



## Universidades Lusíada

Escourido, Joana Sofia Cerqueira

### **Hipoteca versus reserva de propriedade : a (in)admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador**

<http://hdl.handle.net/11067/1922>

#### **Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	2014
<b>Resumo</b>	<p>Pretendendo salvaguardar os seus interesses, o financiador apõe, as mais das vezes, uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo. Desse modo, o mutuante assegura o pagamento do crédito e de uma possível indemnização, bem como se acautela face a uma eventual insolvência do mutuário, restringindo também os poderes de disposição deste sobre o bem financiado. No entanto, perfilhando a posição segundo a qual não é admissível a estipulação de uma cláusula de reserva de propriedade a fa...</p> <p>Abstract: Intending to safeguard its interests the financier affixes most often a retention of title clause in the loan agreement. In this way the lender secures the payment of the claim and possible damages, as well as protecting himself against possible insolvency of the borrower and also restricting the powers of this provision on the property financed. However, assuming the position that is not permissible to stipulate a retention of the title clause in favor of the lender, article 409º of...</p>
<b>Palavras Chave</b>	Direito, Direito Comercial, Crédito ao consumo, Contrato, Garantias de cumprimento, Hipoteca, Reserva de Propriedade
<b>Tipo</b>	masterThesis
<b>Revisão de Pares</b>	Não
<b>Coleções</b>	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-13T12:22:09Z com informação proveniente do Repositório



**UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO**

**HIPOTECA *versus* RESERVA DE PROPRIEDADE  
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE  
PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR**

**Joana Sofia Cerqueira Escourido**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2014



**UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO**

**HIPOTECA *versus* RESERVA DE PROPRIEDADE  
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE  
PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR**

**Joana Sofia Cerqueira Escourido**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre,  
sob a orientação do Professor Doutor  
Américo Fernando de Gravato Morais.

Porto, 2014

## AGRADECIMENTOS

Há quem diga que a vida é feita de pequenos nada, eu penso que esta é feita de pequenas e grandes metas. Neste momento, considero ter alcançado uma dessas grandes metas.

Concluir o mestrado é o culminar de um árduo trajeto, seis anos de empenho e dedicação. Além da riqueza de conhecimentos que adquiri ao longo deste percurso, não posso deixar de referir que o sucesso e a conclusão só foram possíveis com a ajuda de pessoas que, de formas distintas, me motivaram e ajudaram a ultrapassar as dificuldades.

Devo, por isso, agradecer desde já ao Dr. Gravato Moraes, por toda a disponibilidade, atenciosidade e ajuda com que sempre me presenteou, nunca negando uma resposta em qualquer momento. Dificilmente, de outro modo, teria recebido tão sábia e generosa orientação.

Não esqueço também, todos os doutos professores que se destacaram pela sua postura, competência e capacidade em transmitir conhecimentos, transformando algumas disciplinas em verdadeiras válvulas de alargamento de horizontes.

Aos meus grandes amigos, companheiros de vida, que em todos os momentos me animaram e apoiaram incondicionalmente, não permitindo jamais que perdesse o alento, e para os quais reservo um lugar especial no meu coração e na minha memória.

E, porque os últimos são sempre os primeiros, o meu maior agradecimento dirige-se aos meus pais, ao meu irmão e à minha avó. Sem eles este percurso não seria possível e, por isso, um muito obrigada pela paciência, carinho e apoio que nunca me negaram. Por vocês tenho uma enorme gratidão.

Deixo ainda um pensamento presente na minha vida, como um dia escreveu Fernando Pessoa, "*Deus quer... O Homem sonha... A obra nasce*".

# ÍNDICE

Agradecimentos.....	II
Índice .....	III
Resumo .....	V
Abstract.....	VI
Palavras-chave.....	VII
Lista de abreviaturas.....	VIII
Introdução .....	1
1. A Reserva de Propriedade .....	3
1.1 Origem e evolução histórica .....	3
1.2 Direito Comparado.....	4
1.3 Conceito.....	5
1.4 Função .....	6
1.5 Âmbito de aplicação.....	8
1.6 Pressupostos de eficácia .....	9
1.7 Natureza jurídica .....	11
1.8 Efeitos.....	15
1.9 Transferência do risco .....	17
1.10 Extinção da cláusula.....	18
1.11 Incumprimento do contrato.....	20
1.12 Alargamento do âmbito de aplicação .....	23
1.12.1 A reserva de propriedade a favor do trespassante .....	23
1.12.2 A reserva de propriedade a favor do financiador .....	25
2. Hipoteca <i>versus</i> Reserva de Propriedade .....	27
2.1 Hipoteca - regime geral e principais características.....	27
2.1.1 Preferência .....	31
2.1.2 O crédito garantido e a hipoteca – acessoriedade, especialidade e indivisibilidade da obrigação .....	35
2.1.3 Reforço, substituição e redução da garantia.....	39
2.1.4 Proibição de pactos comissórios e de cláusulas de inalienabilidade ....	41
2.1.5 Necessidade de processo judicial executivo .....	43
2.1.6 Estatuto de garantia real.....	48
2.2 Reserva de propriedade – principais vantagens e desvantagens.....	49

2.2.1	Utilização da propriedade como garantia .....	49
2.3	Confronto entre institutos .....	53
3.	A Reserva de Propriedade a Favor do Financiador .....	58
3.1	Formulação da problemática.....	58
3.2	Estado da arte.....	59
3.2.1	Orientação que admite a reserva de propriedade a favor do financiador 60	
3.2.2	Orientação que recusa a admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador .....	66
3.3	Análise da problemática e posição adotada.....	70
3.3.1	Relação entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo ....	71
3.3.2	Conexão contratual, cessão da posição contratual e sub-rogação .....	73
3.3.3	Titularidade do direito de reserva.....	78
3.3.4	Interpretação legal .....	79
3.3.5	Liberdade contratual .....	83
3.3.6	Figuras próximas .....	85
3.3.7	Fraude à lei.....	86
4.	Conclusão .....	89
5.	Bibliografia.....	96

## RESUMO

Pretendendo salvaguardar os seus interesses, o financiador apõe, as mais das vezes, uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo. Desse modo, o mutuante assegura o pagamento do crédito e de uma possível indemnização, bem como se acautela face a uma eventual insolvência do mutuário, restringindo também os poderes de disposição deste sobre o bem financiado.

No entanto, perfilhando a posição segundo a qual não é admissível a estipulação de uma cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador, entende-se que o art. 409º do Código Civil Português não pode ser aplicado, por analogia, a esta situação, uma vez que não é possível equiparar a posição do alienante, proprietário do bem que aliena e a quem é atribuída a possibilidade de convencionar a suspensão dos efeitos translativos do contrato de alienação, com a do mutuante, que não é proprietário desse bem, limitando-se a financiar a sua aquisição. Pela sua natureza, o direito conferido pelo art. 409º só pode ser atribuído a quem é proprietário do bem em causa, não podendo ser atribuído a quem não tenha essa qualidade.

O aparecimento na prática negocial desta cláusula deve-se ao desejo dos financiadores de bens obterem uma garantia *erga omnes*, o mesmo vale dizer, oponível a todos os credores, quer comuns, quer privilegiados.

Não obstante esta ser uma pretensão legítima não podemos descurar princípios básicos do Direito, pois aceitando a sua violação abriríamos a porta a um (ainda maior) desrespeito por todos eles.

Sendo, no nosso ponto de vista, lícito concluir que o meio típico de garantia do financiador de bens imóveis e móveis sujeitos a registo é a hipoteca. Esta garantia real foi criada com esse intuito (garantia sobre bens imóveis ou a eles equiparados) e representa um meio eficaz de tutela do financiador, não sendo desejável permitir que certas entidades moldem a lei às suas necessidades especiais em prejuízo de outras e, até mesmo, do bem comum que é a Justiça.

## **ABSTRACT**

Intending to safeguard its interests the financier affixes most often a retention of title clause in the loan agreement. In this way the lender secures the payment of the claim and possible damages, as well as protecting himself against possible insolvency of the borrower and also restricting the powers of this provision on the property financed.

However, assuming the position that is not permissible to stipulate a retention of the title clause in favor of the lender, article 409° of Portuguese Civil Code cannot be applied by analogy to this situation since it isn't possible to equate the position of the seller/owner as well that alienates and who is in the position to agree to the suspension of the transition effects of the disposal contract with the lender, who is not the owner of the asset, but merely to finance its acquisition. By its nature, the right conferred by article 409° can be attributed to the owner of the property, and can't be attributed to those who do not own the property.

The appearance in the business practice of this clause is due to the desire of the donors of goods obtaining a major warranty, the same that is, enforceable against all creditors, whether common or privileged.

Despite this being a legitimate claim we cannot neglect the basic principles of the law, for accepting their violation would open the door to a (further) disrespect for them.

It is therefore reasonable to conclude that the typical means of ensuring funding of movable property subject to registration is a mortgage, which was created for this purpose (lien on real property or its equivalent) and represents an effective means of protection for the lender, it is not desirable to allow certain entities to shape the law to their specific needs, and even take justice into own hands.



## **PALAVRAS-CHAVE**

Reserva de Propriedade

Hipoteca

Contrato de Crédito ao Consumo

Garantias de Cumprimento

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

art. (s) - artigo(s)

al. (s) – alínea(s)

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

CC - Código Civil

CE - Comunidade Europeia

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Código de Registo Predial

DL - Decreto-Lei

pág.(s) – página (s)

ss. – seguintes

Vol. - Volume

## INTRODUÇÃO

O tema que pretendemos analisar irá tratar a *vexata quaestio* relacionada com a admissibilidade da constituição da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador. Tida como a faculdade, conferida ao alienante de coisa determinada, de conservar na sua titularidade o domínio da coisa até ao cumprimento (total ou parcial) das obrigações que recaiam sobre a outra parte ou até à verificação de qualquer outro acontecimento, a cláusula de reserva de propriedade (*pactum reservati domini*) encontra-se prevista no art. 409º do Código Civil, sendo também regulada a nível comunitário pela Diretiva 2000/35/CE e pelo Regulamento CE nº 1346/2000.

Permitindo ao vendedor manter a propriedade da coisa até que seja pago o preço, as razões para a sua estipulação prendem-se com o facto de que, ocorrendo entre nós a transferência da propriedade em virtude da celebração do contrato, a transmissão dos bens seja demasiado facilitada em prejuízo dos interesses do alienante. Pois, uma vez celebrado um contrato de compra e venda de um bem, o comprador torna-se imediatamente proprietário do bem vendido, podendo voltar a aliená-lo mesmo que este ainda não lhe tenha sido entregue ou o preço ainda não esteja pago. Restando ao vendedor, a faculdade de cobrar o preço em pé de igualdade com todos os outros credores do comprador.

Não havendo dúvidas da titularidade, por parte do vendedor, do direito de reservar para si a propriedade do bem vendido até integral pagamento do preço, a evolução da sociedade originou a necessidade de concessão de crédito por parte de terceiros que não os vendedores dos bens, as entidades financeiras, impondo-se aferir da transmissibilidade dessa garantia. Problemática muito discutida na doutrina e jurisprudência civilísticas, tendo a maior aplicação na prática diária da advocacia.

Nesse sentido, utilizando o método dedutivo, serão retiradas conclusões advindas de autores como Gravato Morais (orientador), Santos Justo, Lima Pinheiro, Romano Martinez, Menezes Leitão, Antunes Varela e Isabel Menéres Campos, não esquecendo a abundante jurisprudência existente, nomeadamente o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 10/2008, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-11-2009, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31-03-2009, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-12-2011, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/02/2011, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01-03-2012, o Acórdão do

Tribunal da Relação de Lisboa de 28-02-2013, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-11-2013, entre outros.

Sendo a perspectiva adotada aquela que defende a inadmissibilidade da constituição da cláusula em causa, considerando-a nula, nos termos do art. 280º nº 1 do CC.

No que tange à estrutura do trabalho, ela seguirá uma divisão em três capítulos. O primeiro tratará da figura da reserva de propriedade em termos amplos.

O segundo procederá ao tratamento do instituto da hipoteca, destacando as características que consubstanciam vantagens e desvantagens do seu regime enquanto meio de garantia e confrontando cada um dos institutos para que mais facilmente se percebam as suas virtudes enquanto meios de garantia.

Por último, o terceiro capítulo, completará esta investigação com a análise da nossa questão de fundo: a (im)possibilidade da constituição do instituto da reserva de propriedade a favor do financiador, colocando inicialmente a problemática suscitada, expondo de seguida as diferentes posições existentes quer na jurisprudência quer na doutrina nacionais, e terminando com a posição adotada quanto aos diferentes argumentos que são nesta sede levantados.

# 1. A RESERVA DE PROPRIEDADE

Numa primeira abordagem à temática que nos propomos desenvolver, cremos ser essencial uma breve análise ao regime jurídico da cláusula de reserva de propriedade no sentido de melhor compreender o seu âmbito de aplicação e a posição adotada quanto às mais diversas problemáticas que lhe são inerentes.

## 1.1 Origem e evolução histórica

Foi nos primórdios do Direito Romano que surgiu a regulação da compra e venda, enquanto contrato basilar de toda a atividade económica era na época perspetivado como uma troca de mercadorias.

Mais tarde, com a Lei das Doze Tábuas acolheu-se a possibilidade de diferimento do pagamento do preço, estando desde então registados os primeiros esforços para encontrar meios de garantia do cumprimento, apesar de ainda se considerar que a propriedade da coisa objeto do contrato apenas seria adquirida pelo comprador quando este pagasse o preço (Justo, 2006: 49, 60-61).

A figura que mais se aproximou da compra e venda com reserva de propriedade foi a fidúcia. Neste contrato estava em causa a “*transferência da propriedade de uma res mancipi do devedor ou de um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), que ficava obrigado a restituí-la ao garante quando se verificasse a satisfação do crédito garantido*” (Cura, 1991: 148), lançando-se assim mão da propriedade como garantia real das obrigações. Utilizada sobretudo no período clássico, a fidúcia deixa de estar presente na época justinianeia devido ao declínio da celebração de contratos deste tipo (Justo, 2006: 39).

A partir da época pós-clássica estavam ao dispor do vendedor certas cláusulas contratuais que visavam o mesmo escopo de garantia, são os exemplos da *lex commissória* e do *pactum de retrovendendo*, que permitiam ao vendedor, respetivamente, reaver a coisa se o comprador não pagasse o preço no prazo acordado, tendo que devolver a este a parte do preço já entregue (Justo, 2006: 62-63).

É contudo no seguimento da revolução industrial, com o incremento das relações mercantis e conseqüente aumento das trocas comerciais, que o Código de Napoleão introduz o princípio da consensualidade no regime dos contratos, fixando-se a transferência

imediate do direito de propriedade na compra e venda com o intuito de assegurar os princípios básicos de certeza e de segurança jurídicas (Campos, 2009: 30).

Com a evolução dos tempos e a crescente celebração de vendas a prestações, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, as legislações europeias foram introduzindo meios de garantia e proteção quer do comprador quer do vendedor.

A nível nacional, embora já admitida nas Ordenações Filipinas, a reserva de propriedade apenas foi incluída no texto legal do Código de 1966.

Atualmente, este instituto encontra-se previsto no art. 409º do CC<sup>1</sup>, localização que nos sugere o seu carácter de exceção face à norma anterior – o art. 408º- que prevê o princípio da consensualidade, ou seja, impõe como regra dos contratos de alienação a eficácia imediata do fim contratual.

Também entre nós a reserva de propriedade se encontra intimamente relacionada com a venda a prestações, daí a sua inserção na previsão legal desta matéria, nomeadamente no art. 934º que fixa a proteção da parte mais fraca – o comprador.

Enquanto proteção do vendedor, o art. 304º destaca ainda a manutenção da cláusula e do direito intrínseco de recuperação do bem objeto do contrato mesmo em caso de prescrição do crédito do preço.

## **1.2 Direito Comparado**

Entendida como meio de garantia do cumprimento do contrato de compra e venda, a cláusula de reserva de propriedade faz hoje parte integrante de um grande número de Códigos europeus.

O primeiro ordenamento jurídico a regular este instituto terá sido o italiano nos arts. 1523º e ss. do seu Código Civil, onde se prevê que, na venda a prestações com reserva de propriedade, o comprador adquira a propriedade da coisa com o pagamento da última parte do preço, assumindo contudo o risco no momento da entrega. Segundo o entendimento legal italiano a transferência do direito de propriedade está subordinada ao pagamento total do preço, limitando a este ato a eficácia do contrato, ao contrário do defendido pela nossa

---

<sup>1</sup> O Código Civil constitui o diploma legal no qual nos iremos basear ao longo de todo o trabalho, pelo que nos iremos abster de o citar sempre que nos referirmos ao seu articulado.

lei civil, que também permite a extinção da cláusula por um qualquer outro evento desde que contratualmente acordado pelas partes.

Perfilhando o ponto de vista italiano, as legislações francesa, espanhola<sup>2</sup> e brasileira consideram a transferência da propriedade efetivada automaticamente após o pagamento integral do valor que consubstancia o preço, tendo a possibilidade de diferir o efeito translativo do contrato apenas para o momento da completa liquidação do montante em dívida.

Na legislação britânica, a s.19 da Sale of Goods Act de 1979 prevê o direito do vendedor dispor do bem objeto do contrato até que estejam verificadas as condições do contrato, permanecendo o direito de propriedade na sua esfera jurídica até aquele momento.

Na ordem jurídica alemã, o instituto está regulado no §449 do BGB, segundo o qual “reservada a propriedade de coisa móvel pelo vendedor até que o seu preço seja integralmente pago, deve então ser presumido, em caso de dúvida, que a propriedade é transferida mediante condição suspensiva do completo pagamento do preço”. Como tal, para o legislador alemão este é um instituto limitado aos contratos de alienação que tenham por objeto coisas móveis, sendo a sua inclusão no contrato uma presunção legal, ou seja, na falta de estipulação em contrário as partes aceitam tacitamente que a compra e venda celebrada naquelas condições esteja sujeita a esta garantia.

Ao nível europeu, têm sido feitos esforços para unificação do direito privado, existem inclusive estudos sobre a integração da reserva de propriedade enquanto garantia das obrigações nesse direito privado europeu, todavia o diferente regime que este instituto prossegue nos vários estados-membros dificulta a tarefa de uniformização.

### **1.3 Conceito**

Nos termos do art. 409º, a reserva de propriedade traduz-se numa cláusula que, uma vez incluída num contrato de alienação, mantém a propriedade da coisa na esfera jurídica

---

<sup>2</sup> Sendo que na ordem jurídica espanhola, esta matéria não é alvo de regulação pela lei civil. Terá sido desde o início da sua utilização comumente aceite pela doutrina e jurisprudência, contudo apenas nos últimos anos é que foi introduzida em legislação avulsa.

do alienante até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de um outro evento convencionado pelas partes (Leitão, 2010: 58)<sup>3</sup>.

A sua aposição verifica-se, assim, no contrato de compra e venda sendo inclusive considerada como uma das suas modalidades. Contudo, é admissível noutros contratos de alienação, como os de constituição ou transferência de direitos reais (doação, dação em cumprimento, permuta).

De facto, a venda com reserva de propriedade deverá considerar-se como um subtipo da compra e venda no sentido em que o fim contratual não é distinto, ou seja, a vontade das partes será a de transmissão do direito real em causa, independentemente de tal não se verificar no momento da celebração do contrato. O contrato de alienação não carece de qualquer outra declaração futura, apenas um dos efeitos<sup>4</sup> fica diferido por vontade das partes, sendo que a produção desse efeito dá-se logo que o evento previsto se verifique, independentemente de qualquer nova declaração dos contraentes.

Os efeitos obrigacionais produzem-se imediatamente, o comprador adquire o direito de gozo da coisa objeto do contrato e o vendedor o crédito do preço, retardando-se tão-só o efeito real. Pelo que, este poderá ser configurado como um contrato sinalagmático, oneroso, comutativo, e cujo efeito real se encontra dependente de um acontecimento que determinará a efetiva transferência da propriedade (Campos, 2009: 91).

Fitando o princípio da consensualidade, expresso no art. 408º nº 1, que explicita a regra da transferência imediata do direito real por mero consenso das partes nos contratos de alienação, é precisamente na parte final da norma que surge ancorada a cláusula de reserva de propriedade, destacando-se então como um desvio à eficácia real dos contratos em causa que deverá ser convencionada *ab initio* pelas partes.

#### **1.4 Função**

A compra e venda celebrada com reserva de propriedade, sem a transferência imediata do direito de propriedade sobre o bem objeto do contrato, garante ao alienante o

---

<sup>3</sup> Que, por norma, será o momento do pagamento integral do preço.

<sup>4</sup> O efeito translativo da propriedade, previsto na al. a) do art. 879º.



cumprimento do contrato na medida em que aquela transferência não ocorre enquanto não for pago o preço. É, portanto, neste sinalagma que se destaca a função de garantia deste instituto.

Constituindo a regra geral, no regime dos contratos de alienação, a transmissão do direito de propriedade por mero efeito do contrato, podemos considerar que, por virtude desta eficácia real, a transmissão dos bens é, em grande parte dos casos, extraordinariamente facilitada em prejuízo dos interesses do alienante (Leitão, 2010: 54).

Note-se que, nos contratos de compra e venda sem reserva, a propriedade transfere-se de imediato para a esfera jurídica do comprador, o que lhe atribuí toda a disponibilidade sobre o bem, inclusive aliená-lo. Ora, nos casos em que o preço não tenha sido pago no momento da celebração, resta ao vendedor o direito de cobrar o preço, direito este que não beneficia de qualquer preferência face aos dos restantes credores. Daí se convencionar a compra e venda como um contrato que comporta grandes riscos para o alienante.

Assim, a função do *pactum reservati domini* resulta claramente da sua sistematização, ou seja, nos contratos de compra e venda, obtendo o adquirente a plena disponibilidade material da coisa em virtude da celebração do contrato, antes mesmo de cumprir com a obrigação de pagamento do preço, é lícito ao alienante conservar a propriedade daquela com o fim único de se acautelar contra o risco de incumprimento por parte do adquirente, ficando a transmissão automática da propriedade subordinada ao total pagamento do preço.

A utilização da cláusula de reserva de propriedade no contrato de compra e venda constitui, desta forma, uma garantia do cumprimento para o vendedor uma vez que os restantes efeitos obrigacionais, principalmente o de entrega da coisa, se verificam regularmente. Sendo apenas através dela que este pode recuperar o domínio da coisa objeto do contrato com fundamento na falta de pagamento do preço após a sua entrega, bem como resolver o contrato nos termos do art. 801º nº 2 (disposição excecional do art. 886º). Já que, no contrato de compra e venda com eficácia real, perante o incumprimento do comprador, ao vendedor apenas subsiste a possibilidade de cobrar o preço, um mero direito de crédito que não lhe atribui qualquer preferência no pagamento efetuado em sede de concurso de credores em consonância com o art. 604º.

## 1.5 Âmbito de aplicação

A reserva de propriedade constitui uma garantia típica a favor do vendedor, pelo que terá que ser estipulada nos termos de um contrato de compra e venda do qual não pode ser afastada.

Entende-se pois que o âmbito de aplicação deste instituto é tendencialmente o da venda com reserva de preço ou venda a prestações em que, na prática, vendedor e comprador estipulam o modo como será pago o preço e, recebendo este a coisa objeto do contrato para utilização imediata mas não pagando de imediato a sua prestação, mantém-se o vendedor como proprietário do bem até ao pagamento integral. Sendo que, na data de vencimento, caso tenha sido paga a totalidade da dívida, o comprador torna-se automaticamente o novo proprietário; ao invés, não tendo sido efetuado o pagamento completo, o vendedor pode reaver a coisa e resolver o contrato.

Esta modalidade da compra e venda compreende um tipo de venda a crédito em que é o próprio vendedor quem permite o fracionamento da prestação atinente ao comprador. A inclusão de uma cláusula de reserva de propriedade em contratos deste tipo funciona então como uma exceção ao regime regra previsto nos arts. 781º e 886º, pois, segundo o exposto no art. 934º, nos contratos de compra e venda a prestações com reserva de propriedade, a falta de pagamento (imputável ao comprador) de uma das prestações só permite a exigibilidade imediata de todas as restantes caso exceda a oitava parte do preço, o que não se verifica no regime geral. Destacando-se nestes casos uma proteção da posição do comprador entendida como parte contratual com maior fraqueza económica.

No que respeita ao objeto do negócio, tendo em conta que estamos no âmbito dos contratos de compra e venda que, por definição, implicam a transmissão do direito de propriedade<sup>5</sup>, aquele incidirá precisamente sobre um qualquer direito real de acordo com o princípio da autonomia privada.

O art. 409º permite a aposição desta cláusula a contratos que tenham por objeto bens imóveis ou bens móveis, estando sempre incluídos os frutos provenientes da coisa principal à exceção dos perecíveis. Sendo que, não faz sentido a possibilidade de

---

<sup>5</sup> De acordo com a noção legal constante no art. 874º.

estipulação da reserva de propriedade para as coisas consumíveis<sup>6</sup> devido quer à função de garantia que esta cláusula prossegue quer à possibilidade do vendedor recuperar a coisa em caso de incumprimento, acrescida da faculdade de gozo imediato da coisa por parte do adquirente que, por seu turno, levaria nestes casos a uma perda das características essenciais da mesma.

### **1.6 Pressupostos de eficácia**

Ao nível estrutural, a cláusula de reserva de propriedade deve obedecer a certos requisitos de forma e de substância no sentido de produzir os efeitos desejados.

Integrando-se no contrato de compra e venda, a cláusula em estudo deve obrigatoriamente resultar de um acordo de vontades explícito<sup>7</sup> em que as partes convencionam a conclusão do negócio em causa com o diferimento da transmissão do direito real para um momento posterior que será tendencialmente o do pagamento total do preço. Pelo que, não sendo a aposição desta cláusula estipulada e aceite de forma expressa pelo comprador, a mesma será considerada inválida e, conseqüentemente, ineficaz (Pinheiro, 1988 : 39).

O mesmo se pode concluir quanto à forma que a cláusula deve assumir, isto é, enquanto estipulação acessória do contrato principal, sendo, por isso, parte integrante deste, o formalismo a respeitar deverá ser o mesmo do próprio contrato de compra e venda que lhe dá origem em consonância com o princípio da equiparação.

Deste modo, no caso de estarem em causa coisas móveis vigora o princípio da liberdade de forma previsto no art. 219º. Nesta hipótese, por interpretação *a contrario sensu* do nº 2 do art. 409º e de acordo com os princípios da causalidade e consensualidade, entende-se que a cláusula de reserva de propriedade é oponível em relação a terceiros<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Encontrando-se a sua noção legal no art. 208º.

<sup>7</sup> Em consonância com as regras gerais presentes nos arts. 224º e ss, essencialmente a do art. 232º referente ao acordo de vontades.

<sup>8</sup> No mesmo seguimento temos as posições de Almeida Costa, de Lima Pinheiro, de Pires de Lima e Antunes Varela e de Menezes Leitão. Assumindo posição contrária Romano Martinez.

Contudo, dado gozar o possuidor da presunção de titularidade do direito correspondente<sup>9</sup>, é transmitida uma certa segurança a terceiros (adquirentes ou credores) que não corresponde à situação real, pelo que a publicidade em matéria de coisas móveis não sujeitas a registo é sempre precária devendo os contraentes ser, por isso, prudentes e informados (Justo, 2009: 43).

Na esteira do enunciado no art. 875º, nos casos de coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo deve a cláusula estar prevista na escritura pública ou em documento particular autenticado, bem como ser inscrita no registo para que tenha eficácia face a terceiros de acordo com a exigência imposta pelo nº 2 do art. 409º, sob pena de ser considerada como imediatamente translativa em relação àqueles<sup>10</sup>, o que se justifica por razões de certeza e de segurança do tráfego jurídico na sua globalidade.

É portanto lícito concluir que, constituindo o registo condição de oponibilidade *erga omnes*, este é totalmente válido e eficaz entre as partes, bem como, para aqueles que não estejam incluídos na noção de terceiros em matéria de registo predial, mais especificamente, aqueles que do mesmo autor ou transmitente adquiram direitos incompatíveis sobre o mesmo bem (Justo, 2009: 68-69)<sup>11</sup>, assumindo uma função meramente declarativa nesta sede.

Por conseguinte, torna-se ainda essencial que a cláusula em estudo seja aposta no contrato *ab initio* pois, caso contrário, transmitindo-se a propriedade para o adquirente por

---

<sup>9</sup> Resultante do art. 1268º nº 1.

<sup>10</sup> Embora o ato não registado seja plenamente válido e eficaz *inter partes*, de acordo com o art. 4º do Código de Registo Predial.

<sup>11</sup> Resultando, igualmente, do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 3/99 (publicado em 10/07/1999) o entendimento segundo o qual “*Terceiros para efeitos de registo predial são todos aqueles que, tendo obtido de boa fé registo de um direito sobre determinado prédio - dimanante de ato jurídico em que haja intervindo o mesmo titular inscrito ou de ato unilateral de autoridade emitido ao abrigo da lei e que tenha esse titular como sujeito passivo - veriam esse direito ser total ou parcialmente arredado por um qualquer facto jurídico anterior não registado, ou registado posteriormente.*”

mero efeito do contrato, não faria sentido que, mais tarde, viesse a operar uma retransmissão da mesma para o alienante, sob pena de afetar direitos de terceiros (Leitão, 2012: 226-227).

Relativamente aos requisitos de conteúdo, não deixando de vigorar nesta sede os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual previstos no art. 405º, a linha de raciocínio a seguir será a do respeito pelo tipo legalmente previsto, ou seja, a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade deve sempre considerar quer, do lado do alienante, a manutenção da propriedade em função da verificação do evento convencionado pelas partes, quer a expectativa jurídica de aquisição do bem por parte do adquirente, em prossecução do disposto no art. 280º e nos princípios da tipicidade e da boa fé (Pinheiro, 1988: 86). Não devendo portanto operar uma modificação de fundo que conseqüentemente altere o tipo jurídico em causa.

A compra e venda com reserva de propriedade está ainda submetida ao regime das cláusulas contratuais gerais previsto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro<sup>12</sup>, não sendo permitidas cláusulas consideradas injustas ou abusivas, para além daquelas cujo conteúdo e implicações sejam passíveis de não ser compreendidos pela parte mais frágil – o adquirente, o que culminará na sua exclusão do contrato<sup>13</sup>.

### **1.7 Natureza jurídica**

Problemática muito discutida prende-se com a natureza jurídica da cláusula em estudo. Existindo diferentes teorias no sentido da sua determinação importa fazer breve alusão àquelas que acolhem mais defensores no ordenamento jurídico nacional.

A doutrina tradicional entende que a compra e venda com reserva de propriedade se trata de uma alienação estipulada com condição suspensiva, isto é, produzindo-se

---

<sup>12</sup> Cujá alteração mais recente resulta do Decreto-Lei nº 323/2001, de 17 de Dezembro, já enquanto transposição da Diretiva 93/13/CEE.

<sup>13</sup> O que se encontra acautelado nos arts. 4º e ss do referido diploma, através da exigência de aceitação de todas as cláusulas e de deveres de comunicação e informação.

integralmente os efeitos do negócio, o efeito translativo fica subordinado a um evento futuro e incerto, geralmente o pagamento do preço.

Outra parte da doutrina defende que está em causa uma condição ou termo resolutivo, o que implica que o comprador se torne proprietário no momento da celebração do contrato, estando contudo esta propriedade condicionada ao cumprimento da obrigação de pagamento total do preço ou à verificação do evento fixado pelas partes, sem o qual o vendedor pode resolver o contrato e assim, a título retroativo, reaver o direito de propriedade sobre a coisa.

Para além destas duas teorias básicas, uma outra surgiu defendendo que a venda com reserva de propriedade seria uma venda obrigacional nos termos da qual cabia ao vendedor, após ter recebido a totalidade do preço, a obrigação de fazer o comprador adquirir a propriedade.

Terá sido perspectivada também a teoria da dupla propriedade em que quer o vendedor quer o comprador são considerados proprietários do bem a partir da celebração de uma compra e venda com reserva de propriedade. Estariam aqui em causa propriedades especiais atinentes a cada um dos sujeitos contratuais.

Há também quem considere a reserva de propriedade como uma venda com eficácia translativa imediata sendo o comprador desde logo o titular do direito de propriedade e assistindo ao vendedor apenas um direito de penhor sobre a coisa.

Por último, sobrevém a tese considerada maioritária, a da venda com o efeito translativo diferido cujo pensamento se traduz na ideia de que a venda com reserva de propriedade será uma alienação em que o efeito translativo da propriedade se encontra diferido e dependente do pagamento do preço, sendo o comprador titular de um direito de natureza real (distinto do de propriedade) na pendência do contrato.

Embora à partida sejamos como que forçados a admitir o paralelismo entre o regime da condição suspensiva e o da reserva da propriedade, a realidade é que a alienação aqui em causa não está verdadeiramente sujeita a uma condição visto que os restantes efeitos do contrato se verificam normalmente *ab initio*. Para além de que o pagamento do preço não pode ser perspectivado como futuro nem tão pouco como incerto, quer por ser um dos elementos essenciais do contrato, quer pelo facto de o vendedor poder requerer o seu cumprimento coercivo. Pelo que não se verifica portanto uma verdadeira suspensão dos efeitos contratuais.

Acresce que o direito que passa a estar investido na esfera jurídica do comprador insere-se, como veremos, num regime especial que se distancia das disposições legalmente

previstas em sede de contratos sob condição suspensiva, como é exemplo a matéria de transferência do risco pois, admitindo esta perspectiva, mesmo após a entrega do bem ao comprador, o risco de perecimento correria tão-somente por conta do vendedor durante a vigência do contrato, solução que não parece ser a mais justa.

Nem mesmo a tese da condição resolutiva pode operar uma vez que a letra da lei refere precisamente o inverso quanto ao momento em que se verifica a transmissão da propriedade, contrariando plenamente a função essencial da compra e venda com reserva de propriedade – a manutenção do direito de propriedade na esfera jurídica do vendedor como garantia *erga omnes* do pagamento da totalidade do preço. Apesar de neste caso a divisão do risco respeitar o imposto pela primeira parte do n° 3 do art. 796°, o entendimento do pacto de reserva de propriedade como condição resolutiva não se coaduna com o seu regime legal.

Quanto às teorias da venda obrigacional e da dupla propriedade ambas são igualmente reprováveis, quer porque, no primeiro caso, a transmissão da propriedade para o comprador acontece por via da realização do evento convencionado pelas partes e não devido ao cumprimento de um qualquer tipo de obrigação por parte do vendedor, quer, no segundo caso, por não ser ainda concebível a existência de duas propriedades sobre o mesmo bem.

A doutrina atinente à eficácia translativa imediata não logrará do mesmo modo aceitação pois, além de não respeitar a letra da lei, implicaria que o efeito real operasse no momento da celebração do contrato, pelo que, o pagamento do preço implicaria a extinção daquela garantia em vez da aquisição da propriedade tal como resulta do próprio art. 409°.

Já no que toca à doutrina relativa ao efeito translativo diferido, ela permite desde logo ao comprador exercer o seu direito e opô-lo a terceiros, bem como aliená-lo embora com limitações que estudaremos de seguida, tornando-se, nesta última hipótese, o subadquirente como proprietário no momento em que o primeiro pague a integralidade do preço. O que significa que a verificação do momento a que as partes condicionam a produção do efeito translativo desencadeia, também aqui, a aquisição da propriedade.

A resposta, segundo a análise feita por ISABEL MENÉRES CAMPOS, deverá basear-se na caracterização das posições jurídicas subjetivas dos intervenientes no tempo que medeia entre a celebração do contrato e a efetiva verificação do efeito real (Campos, 2009: 293).

Por um lado, analisando a posição jurídica do vendedor verifica-se que este reserva para si a propriedade do bem objeto do contrato como garantia do pagamento do preço,

perdendo a disponibilidade fática sobre o mesmo ao entregar a coisa ao adquirente para utilização imediata no momento da celebração do contrato. Pelo que, encontrando-se a propriedade reservada com a função única de garantia do recebimento do preço devido, o vendedor apenas pode exercer este mesmo direito em termos que não extravasem tal finalidade, nomeadamente, a invocação de ação de reivindicação e de providências cautelares adequadas contra o comprador ou terceiros que através dos seus atos ameacem a manutenção da garantia, bem como, a resolução do contrato e consequente exigência de restituição da coisa no caso de não cumprimento pelo comprador.

Por outro lado, observando a posição jurídica do comprador claramente se constata que, uma vez recebida a coisa a partir da celebração do contrato, este passa a utilizá-la de acordo com os seus interesses, como se de um proprietário se tratasse, começando a produzir-se o facto complexo, de formação sucessiva, a que corresponde o efeito aquisitivo do direito de propriedade. De facto, a celebração do contrato com a propriedade reservada acompanhada da atribuição do direito de gozo sobre a coisa, conferem ao adquirente, no mínimo, uma expectativa de aquisição efetiva da mesma. Esta expectativa será naturalmente oponível a terceiros, sendo lícito ao adquirente a defesa do seu direito perante o alienante ou terceiros que interfiram com a sua posição legal face à coisa objeto do contrato ou ao direito que lhe está inerente, configurando portanto uma expectativa de natureza real<sup>14</sup> provida das necessárias características de eficácia absoluta, de inerência e de sequela<sup>15</sup>.

Neste sentido, o adquirente pode ser perspectivado como um possuidor nos termos da definição legal prevista no art. 1251º, tendo, para além do necessário *corpus* ou domínio fatural sobre a coisa, o *animus possidendi* que se traduz na intenção de exercer sobre a coisa o direito que está inerente àquele domínio, até mesmo porque o próprio direito de propriedade que permanece na esfera jurídica do vendedor se encontra limitado à função de garantia do cumprimento do contrato, não contendo poderes de disposição na sua aceção plena, ao que se contrapõe precisamente a intenção do comprador de fazer sua a

---

<sup>14</sup> Uma vez que está aqui em causa a perspectiva da aquisição de um direito real.

<sup>15</sup> No mesmo sentido Lima Pinheiro, Isabel Menéres Campos, e Menezes Leitão.



coisa objeto do contrato. Devendo este ser então considerado um possuidor em nome próprio, embora nestes casos, de propriedade reservada, se verifique uma exceção à possibilidade de usucapião uma vez que existe uma relação contratualmente estabelecida subjacente à posse, relação esta que permite a concretização sucessiva do seu direito à propriedade da coisa à medida que vai realizando o pagamento do preço. Da mesma forma que existe uma exceção legal<sup>16</sup> à prescrição do direito inerente ao vendedor, permitindo-lhe a exigência de restituição da coisa em caso de incumprimento a qualquer tempo.

Por tudo o que foi referido, aderimos então à tese que configura a venda com reserva de propriedade como uma venda em que o efeito translativo da propriedade é diferido para o momento do pagamento do preço ou outro convencionado pelas partes, auferindo o comprador de uma expectativa real de aquisição a partir da celebração do contrato, à qual se contrapõe, do lado do vendedor, um direito de propriedade reservada compatível com a função de garantia prosseguida por este instituto.

### **1.8 Efeitos**

Atendendo às palavras de ISABEL MENÉRES CAMPOS, “*a propriedade do vendedor é, por força do contrato celebrado, uma titularidade formal, sem qualquer conteúdo que corresponda aos poderes de um verdadeiro proprietário – de usar, de fruir e de dispor da coisa. O direito do vendedor está esvaziado destes poderes, por força do pacto, mantendo-se a titularidade apenas para a hipótese de o dever contratual de pagamento do preço ser incumprido (...) conservando o poder de dispor, apenas na medida em que o ato de disposição não afete o correspondente direito do adquirente sob reserva.*”.

Vale por isso dizer que apenas é permitido às partes dispor da sua posição jurídica (Ventura, 1983: 608). Ou seja, o vendedor pode alienar a sua posição<sup>17</sup> desde que com respeito pela expectativa de aquisição do comprador, implicando a existência da cláusula

---

<sup>16</sup> Prevista expressamente no nº 3 do art. 304º.

<sup>17</sup> Que será a de proprietário reservatório, onde se inclui apenas o direito de crédito do preço.

de reserva de propriedade a impossibilidade de o vendedor alienar o direito de propriedade plena sobre a coisa durante o período de vigência do contrato<sup>18</sup>, reconhecendo-se inclusive ao adquirente a viabilidade de tutela conservatória do seu direito.

Por sua vez, o comprador, que disfruta livremente das utilidades da coisa, pode também alienar livremente a sua expectativa de aquisição desde que tal alienação não pressuponha a titularidade do direito de propriedade inerente cujo titular é ainda o vendedor originário que, mantendo o correspondente direito de sequela, tem sempre a possibilidade de defender o seu direito contra a agressão cometida<sup>19</sup>. No caso de o comprador ter já transmitido o seu direito, com o pagamento do preço o direito de propriedade é adquirido diretamente pelo subadquirente, agora titular do direito de expectativa.

No que diz respeito aos efeitos nas relações extracontratuais, a reserva de propriedade poderá ser normalmente oposta a terceiros<sup>20</sup>, mesmo que estejam de boa fé<sup>21</sup> e que tenham adquirido a propriedade quer por via do alienante quer por transmissão do adquirente sob reserva<sup>22</sup>, prevalecendo sempre a posição jurídica do vendedor e comprador reservatórios face a subadquirentes.

---

<sup>18</sup> Segundo o entendimento de Ana Maria Peralta, caso o vendedor reservatório aliene o direito de propriedade pleno, este negócio poderá considerar-se eficaz mas precário, sendo que apenas perderá essa eficácia se e quando o comprador pagar o preço.

<sup>19</sup> Considerando-se nesta hipótese o comprador reservatório como vendedor de má fé, incorrendo no regime da venda de bens alheios explanado nos arts. 892º e ss.

<sup>20</sup> Sempre que obedeça aos requisitos de forma enunciados no subtítulo anterior no caso de bens imóveis ou a eles equiparados. Já quanto aos bens móveis a questão é discutível, sendo por nós seguido o entendimento segundo o qual vale perante terceiros por simples convenção das partes, de acordo com Antunes Varela e Raul Ventura. Em sentido oposto veja-se Romano Martinez e Fuzeta da Ponte.

<sup>21</sup> Com ressalva das aquisições feitas através de usucapião ou de boa fé a comerciante, de acordo com os arts. 1299º e 1301º respetivamente.

<sup>22</sup> O contrário apenas não se verificará nos casos de aquisição originária, como a acessão ou a usucapião, em que a cláusula se extingue.

Quanto aos credores do comprador, a manutenção do direito de propriedade na esfera jurídica do vendedor impede a execução do bem, atribuindo ainda um meio de defesa deste direito – os embargos de terceiro.

Do lado dos credores do vendedor, por norma estes não poderão executar os bens alienados sob reserva de propriedade, estando ao dispor do comprador o mesmo meio de defesa uma vez que é titular de uma expectativa real de aquisição e, por isso, incompatível com a penhora. A exceção verifica-se apenas nos casos de insolvência do vendedor em que o administrador de insolvência pode recusar o cumprimento do contrato, tendo o comprador em todo o caso direito à diferença positiva entre as prestações previstas até ao final do contrato e o valor da coisa à data da recusa (Leitão, 2010: 59)<sup>23</sup>.

### **1.9 Transferência do risco**

Face ao referido cremos ser então permitido formar opinião quanto à questão da transferência do risco neste tipo de contrato.

O art. 796º prevê no seu nº 1 que “*nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente*”, o que significa que o risco se transfere no exato momento em que seja já o credor da prestação correspondente a suportar qualquer perturbação que a coisa possa vir a sofrer, mais concretamente, no momento da conclusão do contrato. Não estando em dúvida a não aplicação do nº 3 pois, como vimos, a cláusula de reserva de propriedade não se coaduna com o regime da condição.

Ora, como já referido, se a partir da entrega da coisa o comprador passa a usar e fruir da mesma, é-nos lícito concluir que essa mesma receção faz pender sobre ele a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa, sendo a tradição da coisa que determina a passagem do risco. O contrário seria de todo injusto uma vez que encontrando-se a coisa no domínio do comprador, e beneficiando ele do direito em causa, é

---

<sup>23</sup> Tendo em conta a letra do art. 104º nº 5 do CIRE.

apenas e só a sua conduta que a poderá colocar em perigo, justificando-se claramente que este suporte o risco associado à prestação que lhe foi transmitida. O que implica como consequência direta a manutenção da obrigação de pagamento do preço em caso de perda ou deterioração fortuita da coisa.

Contudo, visto que o vendedor conserva na sua esfera jurídica o direito de propriedade (ainda que reservada) sobre a coisa, consideramos ser de acolher o entendimento segundo o qual se deve distribuir o risco de acordo com o interesse que vendedor e comprador têm na pendência do contrato. Desta forma, se o alienante mantém a propriedade da coisa como garantia do cumprimento do contrato pela outra parte, o risco pelo qual se responsabiliza é precisamente aquele que está inerente à perda dessa garantia<sup>24</sup>. Por seu turno, se é o comprador que com a celebração do contrato passa a usar e dispor da coisa, tirando o proveito da mesma, será também ele a arcar o risco pela sua perda ou deterioração<sup>25</sup>. Pelo que, nos casos de danos causados culposamente por terceiro, acreditamos não corresponder ao vendedor o direito de requerer a totalidade da indemnização, até mesmo porque não sofreu prejuízo direto no seu património na medida em que mantém o direito ao crédito devido (Leitão, 2012: 229-230).

### **1.10 Extinção da cláusula**

No que se refere à extinção da cláusula de reserva de propriedade, por norma, esta verificar-se-á com a conclusão do contrato, mais concretamente, no momento do cumprimento das obrigações correspondentes<sup>26</sup> das quais se destaca, evidentemente, a de pagamento do preço por parte do comprador ou a ocorrência do evento fixado contratualmente.

---

<sup>24</sup> O que se verifica nomeadamente nos casos em que a perda ou deterioração da coisa se deve a dano culposamente causado por terceiro.

<sup>25</sup> Neste sentido também Isabel Menéres Campos e Menezes Leitão.

<sup>26</sup> Que se verifica por via da realização das prestações a que cada uma das partes se encontra vinculada (art. 762º nº 1).

Desta forma, a cláusula de reserva de propriedade finda automaticamente sem necessidade de qualquer outro formalismo, operando prospectivamente<sup>27</sup>. Sendo que, nos casos em que o objeto do contrato seja uma coisa imóvel ou móvel sujeita a registo torna-se essencial que as partes a eliminem da inscrição registal para efeitos de publicidade e, consequentemente, de oponibilidade face a terceiros.

Apesar de este ser o meio tendencial de extinção outros se destacam como a revogação e a renúncia.

Na sequência do princípio da liberdade contratual é lícito às partes acordarem na extinção da cláusula, revogando assim apenas o pacto que difere o efeito real para o momento do pagamento do preço e não todo o contrato se não for essa a intenção. Pelo que o efeito imediato desta revogação será a transmissão da propriedade para o comprador, circunstância que justifica o facto de o vendedor normalmente só aceitar a revogação após ter recebido a prestação que lhe é devida.

Enquanto forma de cessação autónoma da cláusula de reserva de propriedade, destaca-se ainda a renúncia por parte do vendedor que, ao abdicar da garantia instituída a seu favor, não necessita de qualquer consentimento da contraparte. À partida, também nesta hipótese, tal sucederá somente nos casos em que o vendedor tenha já verificado a satisfação do seu crédito ou nos casos em que recorre ao cumprimento coercivo uma vez que lhe está inerente a restituição da coisa<sup>28</sup>.

Merecendo tratamento distinto, como já referido, a extinção por prescrição não se verifica dado a estipulação legal prevista no art. 304º nº 3, o que evidencia uma proteção do direito de recebimento do preço pelo vendedor que não tem assim que se preocupar em cobrar o seu crédito dentro do prazo prescricional.

---

<sup>27</sup> A eficácia *ex nunc* é claramente a mais lógica pois de outro modo o nosso entendimento quanto à posição das partes na pendência do contrato teria que ser necessariamente diferente, nomeadamente o vendedor não poderia ser considerado como proprietário durante esse espaço de tempo.

<sup>28</sup> Por consequência do disposto no art. 801º nº 2.

Ainda como formas de extinção da cláusula em estudo, evidenciam-se a usucapião e a acessão no sentido em que constituem modos de aquisição do direito de propriedade a título originário.

### **1.11 Incumprimento do contrato**

Encontrando-se o comprador em mora, deve o vendedor fixar um prazo razoável para a execução da prestação em falta, sendo que é apenas após o vencimento desse prazo que a mora se converte em incumprimento definitivo, tendo em conta o estipulado nos arts. 804º, 805º e 808º.

No respeitante ao não cumprimento do contrato, enquanto, tal como refere ANTUNES VARELA, “*não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional*”, rege o art. 801º nº 2, prevendo, nos casos de incumprimento imputável ao devedor<sup>29</sup>, que o credor disponha de uma entre duas opções: decidindo manter o contrato pode recorrer ao cumprimento coercivo, o que o levará a ver satisfeita a prestação a que tinha direito acrescida de uma indemnização pelo interesse contratual positivo<sup>30</sup>; ou, pretendendo a extinção da relação contratual tem a possibilidade de desencadear a resolução do contrato<sup>31</sup>, a qual tem como consequência, por um lado, a extinção da cláusula de reserva

---

<sup>29</sup> Sem esquecer que o art. 799º estabelece a presunção de culpa do devedor nos casos de não cumprimento do programa contratual, devendo este fazer prova em contrário.

<sup>30</sup> Tendo por base o art. 798º, a indemnização referida traduzir-se-á nos danos diretamente resultantes do incumprimento.

<sup>31</sup> Possibilidade admitida uma vez que a existência no contrato de compra e venda de uma cláusula de reserva de propriedade implica uma exceção à norma constante no art. 886º, que proíbe precisamente a resolução do contrato com fundamento na falta de pagamento do preço nos casos em que já tenha ocorrido a transmissão da propriedade da coisa.

de propriedade, e, por outro, o direito a uma indemnização pelo interesse contratual negativo<sup>32</sup>.

De acordo com o enunciado no art. 433º com remissão para o art. 289º, os efeitos típicos resultantes da resolução prendem-se com a restituição daquilo que haja sido prestado, pelo que, nestes casos, o vendedor passa a dispor do direito de recuperar a coisa vendida<sup>33</sup> e o comprador deverá ser restituído das prestações já pagas<sup>34</sup>.

A resolução opera assim como forma de extinção do vínculo contratual por ato unilateral com base no incumprimento do contrato por uma das partes, a sua eficácia depende de declaração à contraparte, tornando-se irrevogável também nesse momento<sup>35</sup>. Os efeitos retroativos e restitutórios que lhe são intrínsecos não afetam a cláusula de reserva de domínio de acordo com parte final do nº 1 do art. 434º, sendo este instituto também uma exceção quer à regra presente no art. 435º quer, como já vimos, à que consta no art. 886º, devido à circunstância de o vendedor se manter como proprietário.

Ainda no que ao incumprimento contratual diz respeito, importa atentar às situações em que o pagamento do preço é feito fracionadamente, nomeadamente nos casos de falta de pagamento de uma prestação em que vigoram os arts. 934º, 935º e 936º.

---

<sup>32</sup> Mais concretamente, uma indemnização relativa aos danos que o comprador não teria sofrido se não tivesse celebrado o contrato.

<sup>33</sup> A resolução do contrato é inclusive pressuposto necessário do direito à restituição da coisa, o que significa que é apenas através da resolução que o vendedor pode lançar mão da garantia inerente à cláusula de reserva de propriedade, exigindo a devolução do objeto do contrato.

<sup>34</sup> Nesta sede não se aplica o nº 2 do art. 434º pois, mesmo nos contratos de compra e venda a prestações, a obrigação que impende sobre o comprador é única, sendo apenas convencionado o seu pagamento fracionado, não estando em causa um contrato de execução continuada. Contudo, o vendedor terá sempre direito a uma indemnização pelo uso e conseqüente desvalorização da coisa cujo montante e abrangência são avaliados caso a caso quando não esteja especificada no contrato nos termos do art. 935º.

<sup>35</sup> De acordo com o disposto nos nºs 1 dos arts. 224º e 230º.

Nesta sede, o legislador protege excepcionalmente o comprador não atribuindo ao vendedor a possibilidade de fazer uso do regime geral do incumprimento sem estarem preenchidos certos pressupostos. O art. 934º evidencia-se então como uma exceção à regra do art. 886º, sendo um obstáculo à aplicação dos arts. 801º nº 2 e 781º, isto porque: a primeira parte da norma prevê que nos casos de compra e venda a prestações com reserva de propriedade e em que a coisa tenha sido já entregue ao comprador, o não pagamento de uma das prestações que não exceda a oitava parte do preço não permite por si só a resolução contrato, ou seja, a previsão do nº 2 do art. 801º; enquanto a segunda parte do preceituado legal impede a perda do benefício do prazo enunciada no art. 781º nos mesmos casos mas independentemente da existência de reserva de propriedade.

Ao invés, sempre que estejam em falta duas ou mais prestações, ou uma que constitua mais de uma oitava parte do preço, a obrigação torna-se exigível na totalidade, deixando o devedor de ter a proteção do art. 934º visto que se verifica uma prática reiterada de incumprimento. Nestas situações, o credor deverá interpelar o devedor atribuindo-lhe um prazo suplementar para efetuar o pagamento no sentido de converter a mora em incumprimento definitivo<sup>36</sup>, sendo que somente após o vencimento desse prazo e não se tendo verificado o cumprimento é que o vendedor poderá efetivamente resolver o contrato ou exigir o cumprimento coercivo<sup>37</sup>.

Enquanto exceções aos arts. 934º e ss, destacam-se também os casos em que o contrato contém uma cláusula resolutiva expressa que prevê a possibilidade de o vendedor

---

<sup>36</sup> Nos termos do art. 808º, é a denominada interpelação admonitória.

<sup>37</sup> Regulado nos arts. 817º e ss. O que claramente implica uma renúncia à garantia fundada na cláusula de reserva de propriedade pois não optando pela resolução do contrato o vendedor não recupera a coisa, sendo a venda executiva que garante a satisfação do seu direito de crédito. Renúncia esta que entendemos ser tácita uma vez que é o próprio titular a requerer a venda em execução, perfilhando assim a posição de Isabel Menéres Campos.



o resolver automaticamente<sup>38</sup> face ao atraso no cumprimento de um número pré-definido de prestações com prazo certo.

### **1.12 Alargamento do âmbito de aplicação**

O facto de o âmbito de aplicação típico da cláusula de reserva de propriedade ser, como já vimos, o contrato de compra e venda, tendencialmente a venda a prestações, em que o vendedor garante o pagamento do preço reservando a propriedade da coisa para si, não sendo sequer discutível a sua admissibilidade<sup>39</sup>, não tem sido impeditivo da utilização deste instituto noutras situações.

Por conseguinte, para além de constituir um meio de garantia típico ao dispor do vendedor, a cláusula tem vindo também a ser empregue quer a favor do trespassante quer em benefício do financiador, situações que merecem uma pequena abordagem com o objetivo de equacionar as principais problemáticas decorrentes da aplicação de um instituto legal em factuais distintas daquelas para as quais foi erigido.

#### **1.12.1 A reserva de propriedade a favor do trespassante**

Nesta hipótese, com o objetivo de acautelar o seu direito de crédito o trespassante reserva para si a propriedade do estabelecimento comercial até integral pagamento do preço.

A admissibilidade da aposição desta cláusula no contrato de trespasse não é criticável visto que nestes casos estamos igualmente face a uma compra e venda em que é o próprio vendedor quem mantém o direito de propriedade na sua esfera jurídica, pelo que, enquanto contrato oneroso de alienação de bens é permitida a inclusão de uma cláusula deste tipo no seguimento do disposto no art. 939º.

---

<sup>38</sup> Sendo desnecessário qualquer outro formalismo, nem mesmo a interpelação prevista no já referido art. 808º.

<sup>39</sup> Dado encontrar-se expressamente prevista nos arts. 408º nº 1, 409º n.ºs 1 e 2, e 1317º al. a).

A questão que se apresenta mais controversa nesta situação prende-se com a transferência do direito de arrendamento. Pergunta-se então se esse direito se transmite para o trespasário ou se mantém no trespasante reservatário.

Quanto à posição de arrendatário, traduzindo-se o trespas na venda do estabelecimento em globo, com tudo o que o compõe. Nele, as partes gozam de liberdade para excluírem da transmissão alguns dos seus elementos, desde que essa exclusão não descaracterize, ou seja, não abranja os bens necessários ou essenciais para identificar a empresa objeto do contrato. Assim, enquanto universalidade de facto e de direito, incluem-se no âmbito essencial, dada a enorme importância que evidenciam na grande maioria dos casos, as respetivas instalações. Pelo que, em princípio, o trespas de estabelecimento comercial instalado em local arrendado integra no seu ativo o direito ao respetivo arrendamento, que se transmite naturalmente para o adquirente, salvo estipulação contratual em contrário.

Ressalva que se verifica precisamente nos contratos de alienação com reserva de propriedade em que, não tendo como efeito imediato, típico dos contratos com eficácia real, a transferência da propriedade da coisa alienada, impedem, no caso do trespas, a transmissão do estabelecimento comercial, a título definitivo, para o adquirente, conservando o vendedor-trespasante a propriedade deste.

Logo, acreditamos que, fazendo a posição de arrendatário parte integrante do direito de propriedade do estabelecimento, e conservado este na titularidade do trespasante, o mesmo se verificará com o respetivo direito de arrendamento mantendo-se também como arrendatário até à verificação do evento convencionado pelas partes. Isto porque, se o contrato de arrendamento é outorgado pelo senhorio e pelo arrendatário que é também, no caso do trespas, o proprietário do estabelecimento comercial, não faz sentido que, enquanto não se alterar a pessoa que constituí este (proprietário), se altere a que constituí aquele (arrendatário). Estando aqui em causa, inclusive, os princípios de certeza e de segurança jurídicas.

Para além de que, em situações como a falta de pagamento da renda, obrigação que nos casos de trespas, mesmo que com reserva de propriedade, normalmente cabe ao trespasário, seria o trespasante que, por manter a titularidade do estabelecimento, sairia prejudicado (podendo até mesmo ser despejado), motivo que justifica a salvaguarda da sua posição, especificamente por meio da manutenção da posição locatícia na sua esfera jurídica até ao pagamento integral do montante devido pelo trespas.

Coloca-se ainda a questão relativa à situação da fiança prestada ao primitivo arrendatário face ao trespasse do estabelecimento para terceiro.

Sendo a fiança uma obrigação acessória, significa que, após a sua constituição passa a haver uma obrigação principal que vincula o devedor e uma outra a que o fiador fica adstrito, tutelando o seu cumprimento. Daí que, dependendo esta da primeira, a extinção da obrigação principal seja acompanhada da extinção da obrigação do fiador, de acordo com o enunciado no art. 651º. O que se verifica justamente nos casos de trespasse na medida em que a pessoa que figurava como arrendatário-afiançado não é já a mesma.

Desaparecendo o vínculo pessoal que existia entre fiador e afiançado, visto que os patrimónios em causa (do primitivo arrendatário e do novo arrendatário) serão totalmente distintos e, tendo o fiador contratado em termos específicos, numa situação concreta, não se afigura justo exigir-lhe a garantia de uma obrigação pertencente a pessoa desconhecida e cujo património não é certo. Impondo-se por isso acautelar a posição do fiador.

Concluir-se-á, portanto, que o fiador do trespasante não subsiste relativamente ao trespasário, a não ser que a fiança tenha sido prestada em termos de também abranger este último. Daí que o novo arrendatário deverá nomear fiador, nos casos de trespasse com reserva de propriedade, até integral pagamento do preço (momento em que se extingue a obrigação do primitivo arrendatário).

Em suma, considerando-se que a reserva de propriedade faz diferir no tempo a transmissão definitiva do direito de propriedade, mantendo-se o alienante na posição de proprietário, o contrato de trespasse que contenha uma cláusula deste tipo implica que toda a relação contratual cedida, incluindo o direito ao arrendamento quando não excluído expressamente, se mantenha na esfera jurídica do trespasante até ao momento convencionado pelas partes.

Circunstância que, devido ao carácter pessoal desta garantia, faz subsistir a fiança prestada ao arrendatário primitivo até aquele acontecimento, cessando logo que o trespasário adquira a propriedade do estabelecimento a título definitivo.

### **1.12.2 A reserva de propriedade a favor do financiador**

Devido ao desenvolvimento da atividade comercial e financeira, na concessão de crédito para aquisição de bens deixou de ser o vendedor a permitir que o preço fosse pago posteriormente à entrega do bem, para o mesmo ser pago no ato de outorga do contrato, através do financiamento concedido por entidade dedicada à atividade de concessão de crédito. Passando a ser celebrados dois contratos: um de compra e venda, entre o vendedor

e o comprador, e um contrato de mútuo, celebrado entre a entidade financiadora da aquisição e o comprador.

Apesar de haver já diversa doutrina e jurisprudência sobre o assunto, coloca-se a questão da sua admissibilidade uma vez que a lei não prevê expressamente uma solução.

Nestes casos, inserem-se aqueles em que, apesar de ser constituída a favor do vendedor, a cláusula encontra-se condicionada ao pagamento das prestações ao financiador. Aqui verifica-se tendencialmente uma ligação<sup>40</sup> entre o vendedor e o financiador que parece justificar o interesse daquele no pagamento do crédito a este, aditando assim a cláusula de reserva de domínio sobre a coisa objeto do contrato. Contudo, parece-nos, desde logo, lícito concluir que a admissão de uma convenção deste tipo consubstanciaria um resultado pouco satisfatório na medida em que, face ao incumprimento da cláusula por parte do comprador, nem o vendedor poderia resolver a compra e venda pois viu já a prestação a que tinha direito realizada, nem tão-pouco pode o financiador exigir a restituição da coisa uma vez que a propriedade desta se mantém na esfera jurídica do vendedor.

A questão da admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador, por ser aquela que maior debate tem verificado, será a nossa *vexata quaestio*. Importando uma alusão ao regime da hipoteca uma vez que a maior parte dos casos em que é utilizado o instrumento de garantia em estudo atende à venda de veículos automóveis, merecendo, por isso, um especial cuidado.

---

<sup>40</sup> Nas palavras de GRAVATO MORAIS, “*algumas vezes até são empresas pertencentes ao mesmo grupo, dado que o próprio fornecedor cria uma sociedade com a específica finalidade de conceder crédito aos seus clientes*”.

## **2. HIPOTECA VERSUS RESERVA DE PROPRIEDADE**

Fixada a reserva de propriedade a favor do financiador como objeto deste trabalho, destacamos as situações em que estão em causa bens imóveis ou móveis equiparados pelo facto de os financiamentos feitos nesta sede serem os de maior valor económico.

Desta feita, consideramos certamente pertinente uma análise ao regime jurídico da hipoteca, na perspetiva de explicitar as suas vantagens e desvantagens enquanto meio de garantia, numa tentativa de perceber o fundamento que leva parte das entidades financiadoras a utilizar a reserva de propriedade em detrimento da hipoteca, que se apresenta como o meio de garantia típico naqueles casos.

### **2.1 Hipoteca - regime geral e principais características**

Advinda do Direito Romano, a hipoteca constitui uma das garantias mais importantes dos nossos tempos.

Na sua génese, destaca-se a afetação de um bem ao cumprimento de uma obrigação, tendo surgido a partir do direito que era concedido ao senhorio de terras rurais sobre as alfaías agrícolas como garantia em caso de não pagamento da renda.

Tendo-se verificado um alargamento do seu objeto, a hipoteca generalizou-se, passando a abranger qualquer obrigação e sendo passível de incidir sobre todos os objetos suscetíveis de posse e de venda (Justo, 2006: 174-175).

Entre nós, encontra-se prevista nos arts. 686º e ss. e traduz-se numa garantia especial que confere ao credor o direito de se pagar do seu crédito<sup>41</sup>, com preferência sobre os demais credores, através do valor de certas coisas imóveis ou a elas equiparadas pertencentes ao devedor ou a terceiros.

Como direito real de garantia<sup>42</sup> que é, a hipoteca tem por base todas características inerentes a estes direitos sendo igualmente acessória e indivisível.

---

<sup>41</sup> O qual, de acordo com o nº 2 do referido artigo, pode ser futuro ou condicional.

<sup>42</sup> Por conferir ao seu beneficiário o poder de obter o pagamento da dívida de que é titular através de certos bens e com preferência sobre outros credores, como explica Santos Justo.

Tal como refere SANTOS JUSTO, “(...) segundo o princípio da especialidade, o seu objeto deve ser determinado e, no respetivo registo, devem constar o fundamento, o crédito e seus acessórios e o montante máximo garantido. (...)”

*Segundo o princípio da transmissibilidade, a hipoteca pode ser cedida sem o crédito assegurado a outro credor para garantia de obrigação sobre o mesmo devedor (...). E por efeito do mesmo princípio, considera-se nula a convenção que proíba o dono de alienar ou onerar os bens hipotecados (...).*

*O princípio da inerência dispõe que a hipoteca continuará a acompanhar a coisa, podendo o seu adquirente libertar-se dela, exercendo o direito de a expurgar.*

*O princípio da acessoriedade determina que a existência e a validade da hipoteca dependem da existência e validade da obrigação garantida. E justifica que a extinção desta dívida determine a extinção da hipoteca.*

*De acordo com o princípio da indivisibilidade, a hipoteca subsiste por inteiro, ainda que a coisa venha a ser dividida ou o crédito garantido parcialmente satisfeito. Se a hipoteca incidir sobre várias coisas, cada uma delas responde pela totalidade da dívida. E se incidir sobre mais de uma coisa ou direito, o credor só a pode ceder à mesma pessoa e na sua totalidade.”*

É a natureza (imobiliária) do seu objeto que determina a necessidade do registo da hipoteca, sob pena de ineficácia, inclusivamente *inter partes*, (hipotecas voluntárias – art. 687º), ou até mesmo de inexistência (hipotecas legais e judiciais).

O registo assume igual importância quanto aos acessórios do crédito (juros, cláusulas penais, despesas de constituição e de registo), estando assegurados apenas aqueles que nele constam, tal como resulta do disposto no art. 693º.

Conferindo-lhe prioridade, através do registo não se colocam entraves à execução do bem onerado, mesmo que haja sido transmitido para o património de terceiro. Pelo que, em contraposição ao penhor e devido à dificuldade de sonegação deste tipo de bens, na hipoteca não é exigida entrega da coisa, mantendo-se a posse e administração no respetivo proprietário.

Conjuntura que abre a possibilidade de se constituírem várias hipotecas sobre o mesmo bem, determinando-se, nestes casos, a prioridade da hipoteca mais antiga ou, quanto às inscritas na mesma data, o concurso entre si de acordo com os respectivos créditos.

Nas situações de perda, deterioração ou diminuição do valor da coisa ou do direito hipotecado, em que o proprietário deva ser indenizado, o crédito não deixa de ser salvaguardado por via da garantia estabelecida através do art. 692º, segundo a qual o credor hipotecário conserva sobre as correspondentes indenizações as preferências que tinha sobre a coisa onerada.

É ainda possível a substituição ou reforço da hipoteca de acordo com o enunciado no art. 701º, pelo que, sempre que a coisa hipotecada pereça ou a hipoteca se torne insuficiente para garantia da obrigação, em virtude de causa não imputável ao credor, tem este o direito de exigir a substituição ou reforço da mesma. O que não operando nos termos da lei atribuí ao credor a faculdade de reclamar o imediato cumprimento da obrigação ou, sendo a dívida futura, registrar a hipoteca sobre outros bens do devedor.

Não obstante o referido relativamente à vigência do princípio da indivisibilidade, segundo o art. 697º o devedor que seja dono da coisa hipotecada pode opor-se à execução dos bens onerados que exceda o necessário à satisfação do direito do credor, bem como à penhora de outros bens enquanto se não reconheça a insuficiência da garantia.

Do mesmo modo que pode ser reforçada, “*a hipoteca pode ser reduzida voluntária ou judicialmente*” (art. 718º), o que opera apenas nos casos e segundo os termos impostos pelos arts. 719º e 720º.

São, contudo, nulos quer os pactos comissórios (art. 694º) quer as cláusulas de inalienabilidade dos bens hipotecados, ainda que seja lícita a convenção do vencimento do crédito hipotecário no caso de esses bens serem alienados ou onerados (art. 695º).

Assume-se também a admissibilidade de transmissão dos bens hipotecados (arts. 721º e ss.), bem como a transmissão da própria hipoteca (arts. 727º e ss.).

No primeiro caso, é sabido que o respetivo ónus os acompanha em prossecução do princípio da inerência já invocado, podendo conceder-se ao adquirente a faculdade de o extinguir/expurgar, situação que exige a citação de todos os credores hipotecários (art. 723º).

No segundo caso, encontram-se as situações em que a hipoteca é transmitida para segurança de outro credor do mesmo devedor, o que só é possível se a garantia não for

exclusivamente pessoal e se forem observadas as regras da cessão de créditos. Cabendo também aqui a simples cessão do grau de prioridade do registro (art. 729º).

No que respeita às modalidades de hipoteca existentes, conforme o art. 703º, são três, nomeadamente: legal, judicial ou voluntária.

A primeira, “*resulta imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e pode constituir-se desde que exista a obrigação a que serve de segurança*” (art. 704º), a sua constituição está dependente de registro e apenas beneficiará os credores previstos no art. 705º.

A hipoteca judicial tem como fundamento uma decisão do tribunal (art. 710º). Todavia, se for declarada falência do devedor não se atende a qualquer preferência resultante deste tipo de hipoteca, procedendo-se à divisão dos bens hipotecados por todos os credores. Já no caso de o devedor alienar os bens que ela onera, pode o credor hipotecário executá-los no património do adquirente, sem necessidade de recorrer ao instituto da impugnação pauliana.

Por sua vez, a hipoteca voluntária nasce de contrato ou de declaração unilateral (art. 712º). Assentando assim num negócio jurídico, a sua constituição ou modificação carece sempre de constar de escritura pública (art. 714º), sendo que, só tem legitimidade para hipotecar quem possa alienar os bens onerados, ou seja, essencialmente quem tenha poderes de disposição sobre a coisa ou direito em causa (art. 715º). Ao contrário do que se verifica nas modalidades anteriormente explanadas, o título constitutivo da hipoteca voluntária deve especificar quais são os bens hipotecados (regra da especialidade) sob pena de nulidade (art. 716º), não ficando o proprietário do bem inibido de os hipotecar de novo (art. 713º), tal como explicitado anteriormente.

Extinguindo-se a obrigação a que serve de garantia, extingue-se de igual modo a própria hipoteca nos termos do já analisado princípio da acessoriedade. Sendo que o art. 730º prevê ainda outras formas de extinção como: a prescrição [al. b)], o perecimento do bem [al. c)], e a renúncia do credor [al. d)]. Tornando-se então necessário o cancelamento do respetivo registro para que a mesma seja totalmente eficaz.

Feita uma breve azeção ao regime jurídico da hipoteca, importa agora especificar as características que traduzem as vantagens e desvantagens deste meio de garantia.



### 2.1.1 Preferência

De acordo com o preceituado no art. 686º o titular da garantia dispõe de uma preferência especial relativamente a outros credores estranhos à relação obrigacional garantida.

É certo que na hipoteca, por um lado, o devedor mantém o poder de disposição sobre a coisa, circunscrito claramente aos atos insuscetíveis de diminuir a garantia do credor. Sendo que, por outro lado, é atribuído ao credor o poder jurídico de executar o bem sobre o qual incorre a garantia, alcançando a satisfação do seu crédito por meio do valor resultante da venda judicial.

Ora, é precisamente no momento do pagamento do crédito que se destaca a vantagem deste meio de garantia. Com efeito, em sede executiva o produto da venda judicial dos bens do devedor é distribuído pelos diferentes credores, distinguindo-se entre estes aqueles que dispõem de uma garantia especial, como é o caso da hipoteca.

Pelo que, nestes casos, reunindo-se em concurso credores hipotecários ou titulares de privilégio de tipo especial, a satisfação dos respetivos créditos será realizada tendo em conta o tipo de garantia e as regras de registo ou, quanto às inscritas na mesma data, concorrendo entre si de acordo com a graduação dos respetivos créditos<sup>43</sup>.

Já no respeitante aos restantes credores, estes encontram-se numa verdadeira posição de sujeição<sup>44</sup> na medida em que veem a satisfação dos seus créditos limitada ao total pagamento das dívidas sustentadas por garantias deste tipo, pagando-se apenas com o remanescente do produto da venda judicial, se o houver.

O credor hipotecário, enquanto titular de um direito real de garantia, prefere àqueles credores no pagamento do seu crédito através do produto da arrematação do bem, sendo que, será este mesmo valor primeiramente destinado ao pagamento do seu crédito, secundarizando-se a satisfação dos créditos titulados pelos credores comuns.

---

<sup>43</sup> Todavia, a preferência resultante da hipoteca cede perante os privilégios creditórios imobiliários (art. 751º) e direito de retenção também sobre coisa imóvel (art. 795º nº 2), mesmo que posteriormente constituídos uma vez que a sua constituição não depende de registo, como veremos de seguida.

<sup>44</sup> De acordo com a ideia do autor italiano Rubino, explicitada por Isabel Menéres Campos.

Para além de que, até mesmo em ação executiva proposta por outros credores que tenha por objeto o bem hipotecado, são notificados a título pessoal todos os credores que disponham de garantia deste tipo no sentido de assegurarem a satisfação dos seus créditos através do montante que irá resultar dessa mesma venda judicial.

Nesta perspetiva, é-nos lícito concluir que a garantia subjacente à hipoteca se traduz diretamente nesta preferência especial que é atribuída ao credor em sede de execução do bem hipotecado em concurso com os outros credores. Consubstanciando assim a hipoteca, de acordo com ISABEL MENÉRES CAMPOS, uma derrogação às regras da responsabilidade geral do património do devedor pela satisfação dos seus débitos (Campos, 2002: 35).

Não obstante ser uma das principais características do instituto em estudo, a garantia hipotecária não se esgota na preferência conferida ao seu titular. Esta é um dos direitos resultantes do carácter absoluto da garantia pois, exercendo contra terceiros o direito preferencial, o credor hipotecário beneficia de um direito absoluto com eficácia *erga omnes* que, pelo facto de o poder de disposição sobre o bem continuar na esfera jurídica do proprietário, o acautela face a posteriores alienações que tenham o mesmo bem como objeto.

Destacando-se já aqui a amplitude da natureza real desta garantia, é deste modo também afastada qualquer dúvida sobre o carácter substantivo deste direito especial de preferência.

Tal evidencia-se, quer por ser permitida a sua livre disposição, nomeadamente por via da cessão do grau hipotecário pelo credor, em consonância com o entendimento da doutrina maioritária (Campos, 2002: 37). Quer pelo facto de a sua vigência ser independente da propositura de uma ação executiva; não implicando a indisponibilidade jurídica da coisa<sup>45</sup> devido a relacionar-se diretamente com o crédito hipotecário, o direito de preferência é titulado diretamente pelo credor hipotecário enquanto perdurar o crédito a

---

<sup>45</sup> Ao contrário do que se verifica com garantia de natureza processual, como a penhora ou o arresto.

que tem direito e independentemente da disposição levada a cabo pelo proprietário durante esse período de tempo<sup>46</sup>.

A grande vantagem atribuída por este direito de preferência pode, contudo, ser preterida. É o que ocorre nos casos de concurso com outras garantias reais, quando vigora registo anteriormente lavrado de outra garantia a ela equiparada, e face à insolvência do devedor no caso das hipotecas judiciais.

Na primeira situação, destacam-se, enquanto garantias reais que prevalecem face à hipoteca, os privilégios creditórios e o direito de retenção.

Os privilégios creditórios constituem, de acordo com o art. 733º, direitos conferidos legalmente a certos credores de serem pagos em sede executiva com preferência sobre os demais, tendo em atenção a natureza dos seus créditos, independentemente de registo<sup>47</sup>. Os créditos enriquecidos com esta garantia são os previstos nos arts. 736º a 744º e dividem-se entre mobiliários e imobiliários tendo em conta o seu objeto. Sendo que, os primeiros admitem uma abrangência geral ou especial, consoante incidam sobre todos ou apenas parte dos móveis do devedor existentes à data da penhora; já os segundos serão tendencialmente especiais<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Veja-se o referido quanto à citação dos credores hipotecários em ação executiva movida por credor comum.

<sup>47</sup> A inexistência da necessidade de registo no regime dos privilégios creditórios é o ponto que mais críticas levanta. Considera-se constituir um grande perigo para a segurança do comércio jurídico pois “não tendo o mínimo de publicidade a assinalar a sua presença (...) podem atingir seriamente terceiros que contratam com o devedor, na ignorância da sua existência e dos seus reflexos sobre a garantia patrimonial por ele oferecida”, tal como refere Antunes Varela.

<sup>48</sup> Em contrariedade ao espírito da lei no momento da sua criação, mais tarde veio a tornar-se possível a vigência de privilégios imobiliários gerais previstos em diplomas avulsos. Quanto a estes tem sido amplamente discutida a questão da sua preferência ou não perante direitos de terceiros. Seguimos aqui a posição segundo a qual os privilégios imobiliários gerais estão sujeitos às regras do art. 749º por ser a norma logicamente atinente aos privilégios deste tipo. Em consonância com a explicitação dada por Isabel Menéres Campos.

No que respeita aos seus efeitos face a direitos de terceiro, a lei prevê nos arts. 749º, 750º e 751º que, do lado dos privilégios gerais, estes não prevalecem sobre direitos de terceiro que sejam oponíveis ao exequente por quanto a eles não existir determinação da coisa<sup>49</sup>. Já do lado dos privilégios especiais, se estiver em causa conflito entre um direito de terceiro e um privilégio mobiliário prevalece o mais antigo, ao contrário do que se verifica em conflitos entre aquele e privilégio imobiliário. São de facto estes últimos que maior ingerência têm no regime da hipoteca, isto porque os privilégios imobiliários são oponíveis a terceiros adquirentes ou titulares de direito real sobre o bem objeto da garantia, preferindo quer à hipoteca quer ao direito de retenção, mesmo que posteriores.

O direito de retenção encontra-se regulado nos arts. 754º e ss. e consiste na faculdade do credor recusar a entrega de coisa pertencente ao devedor enquanto este não satisfizer a dívida resultante de despesas feitas por causa delas ou de danos por ela causados. Traduz-se, por isso, numa garantia real das obrigações e tem como requisitos: o detentor ter licitamente em sua posse coisa do devedor (detenção da coisa) e ser seu credor (simultaneidade entre detentor e credor) sobre despesas ou danos causados por essa mesma coisa (conexão entre a coisa e o crédito).

Nos termos do nº 2 do art. 759º, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca ainda que anteriormente registada. Este é, assim, um direito absoluto, oponível *erga omnes*, até mesmo porque o credor apenas o pode invocar em sede executiva, daí lhe ser atribuída tal preferência.

Quanto à segunda situação, como vimos anteriormente, restringindo-se o objeto da hipoteca a coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo vigora no regime hipotecário a regra de necessidade de registo. O que se deve essencialmente ao valor dos bens em causa, revelando-se preponderante dar publicidade à real situação jurídica dos mesmos de modo a garantir a proteção dos direitos em geral e a segurança jurídica do comércio imobiliário<sup>50</sup>. De acordo com o enunciado no art. 687º e no art. 4º nº 2 do CRP defendemos, em

---

<sup>49</sup> Estes cedem portanto face a créditos garantidos por hipoteca, de acordo com Carvalho Fernandes.

<sup>50</sup> De acordo com o art. 1º do Código de Registo Predial.

consonância com a doutrina majoritária, que no caso da hipoteca este será um registo constitutivo, não porque sem o registo a hipoteca deixe de existir ou de estar validamente constituída, mas sim pois sem ele a hipoteca não produziria os efeitos com vista nos quais foi celebrada, pelo que, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “*seria um direito sem conteúdo, um direito que não redundaria em qualquer afetação.*”

Nestes termos, em caso de concurso entre diferentes hipotecas ou entre estas e outros direitos reais de garantia a ela equiparados que não possuam especial preferência, aplica-se o princípio da prioridade do registo explanado no nº 1 do art. 6º do CRP, segundo o qual “o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que se lhe seguirem relativamente aos mesmos bens, por ordem da data dos registos e dentro da mesma data, pela ordem temporal das apresentações correspondentes”.

Por último, nas situações de insolvência do devedor, refere o nº 3 do art. 140º do CIRE que, a hipoteca judicial, tal como acontece com a penhora, não é atendida na graduação de créditos dos vários concorrentes à massa insolvente, derrogando por isso as normas constantes nos arts. 686º e 822º do CC que tutelam a preferência atribuída a estes meios de garantia face a outros.

Deste modo, constatamos que a preferência para a realização do crédito conferida ao credor hipotecário nem sempre se aplica, cedendo perante outros meios de garantia, àqueles que lhe são anteriores ou em situações específicas como a que acabamos de analisar. O que não invalida o facto de ser uma característica com a maior importância no regime jurídico da hipoteca, tornando-a um dos meios de garantia mais completos no nosso ordenamento jurídico.

### **2.1.2 O crédito garantido e a hipoteca – acessoriedade, especialidade e indivisibilidade da obrigação**

Recorrendo-se à hipoteca para garantia da satisfação de um crédito, na sua base encontrar-se-á sempre uma relação creditícia cujo incumprimento se pretende prevenir. O

crédito em causa traduz-se assim na obrigação de realizar uma prestação<sup>51</sup>, pelo que estará aqui subjacente um verdadeiro direito de crédito a que, do lado passivo, corresponde o respetivo dever de prestar sobre o qual incide a garantia hipotecária.

Dotada da necessária coercibilidade qualquer obrigação é, portanto, suscetível de ser garantida hipotecariamente (Campos, 2002: 97). Quer tenha por objeto uma prestação positiva ou negativa, quer esta seja futura ou condicional<sup>52</sup>, o importante para efeitos da constituição de hipoteca é a determinação do montante máximo do crédito garantido, de modo que este terá que ser sempre monetariamente determinável.

A hipoteca irá abranger as partes integrantes<sup>53</sup> e os direitos inerentes ao imóvel dado em garantia, bem como as acessões naturais e as benfeitorias, tal como resulta do art. 691º. Para além de que, nos termos do art. 693º, esta é uma garantia que se estende também aos acessórios do crédito hipotecário, nos quais estão compreendidos os juros<sup>54</sup>, despesas de registo e de constituição da hipoteca e as cláusulas penais acordadas pelas partes, bem como a pluralidade de deveres que incumbiam ao devedor salvo convenção em contrário (Campos, 2002: 79).

Deste modo, são no seu regime jurídico bem patentes os princípios da acessoriedade, especialidade e indivisibilidade.

De facto, a hipoteca é comumente designada como um direito de garantia acessório do crédito, o que se justifica logicamente por estar adstrita a um direito de crédito do qual

---

<sup>51</sup> De acordo com a definição de obrigação explanada no art. 397º, segundo a qual “*obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*”.

<sup>52</sup> Segundo a disposição legal constante do nº 2 do art. 686º.

<sup>53</sup> Enquanto coisas móveis ligadas materialmente ao prédio com carácter de permanência, segundo o nº 3 do art. 204º.

<sup>54</sup> No caso dos juros, reproduzindo o nº 2 do art. 693º, “*a hipoteca nunca abrange, não obstante convenção em contrário, mais do que os relativos a três anos*”, o que, de acordo com o nº 3, “*não impede o registo de nova hipoteca em relação a juros em dívida*”.

acautela o pagamento. Esta relação de dependência entre a garantia e o crédito garantido faz com que a manutenção da hipoteca esteja sujeita à existência do crédito em causa, sendo incindível do seu titular.

No seguimento deste princípio, torna-se também evidente que a garantia só possa ser transmitida juntamente com o crédito garantido, sendo impossível transferir a hipoteca para um outro crédito posteriormente estabelecido entre as mesmas partes ou com terceiro credor comum do mesmo devedor. Não sendo livremente separada do crédito garantido, nestas situações a solução passará sempre pela constituição de nova hipoteca, sub-hipoteca ou cessão do grau hipotecário. Vicissitude que afeta a livre circulação deste meio de garantia, podendo tornar-se um obstáculo à sua utilização.

Ora, tal como escreve ANTUNES VARELA, constituindo a obrigação um meio para a satisfação de certo interesse - o do credor -, e estando este na génese da constituição da garantia aqui em estudo, a sua observância por uma das vias postas ao seu serviço extingue todas as demais. Pelo que, a permanência da hipoteca será sempre concertada com a existência/ validade do crédito garantido, sendo por norma o momento do pagamento da dívida aquele que determina a cessação do vínculo hipotecário (Varela, 2000: 158).

Em prossecução da segurança e da certeza jurídica, o princípio da especialidade impõe que o registo da hipoteca contenha o valor máximo que é por este meio garantido, sob pena de invalidade da inscrição registal.

Pelo que nela devem constar, por um lado, quer o crédito garantido quer os seus acessórios e fundamento da hipoteca<sup>55</sup>, permitindo dar publicidade ao encargo efetivo que onera o bem dado especificar as características concretas do direito de crédito garantido, não se limitando ao valor da dívida mas antes a todo o montante compreendido no título hipotecário, isto é, aquele que no final o devedor terá suportado para extinguir a obrigação.

Por outro lado, o registo deverá também determinar os elementos caracterizadores da coisa sobre a qual recai a garantia, individualizando as partes integrantes da mesma de modo a especificar com clareza os limites da hipoteca.

---

<sup>55</sup> Nos termos da al. a) do n.º 1 do art.96º do CRP.

Deste modo, seguindo a ideia de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “nenhuma garantia pode abranger elementos que não constem da inscrição e exige-se a indicação do máximo do crédito assegurado para habilitar terceiros a conhecerem o encargo que pesa sobre os bens hipotecados”. Fixando-se no registo o crédito específico e os seus limites, assegura-se uma proteção não só para o credor como também para o devedor e para terceiros, o que se afigura capaz de constituir um estímulo à difusão do crédito.

Por último, o princípio da indivisibilidade previsto no art. 696º, determina que a hipoteca subsiste por inteiro sobre a totalidade da coisa onerada, mesmo que esta se divida ou que o crédito esteja já parcialmente satisfeito. Desta forma, este meio de garantia irá subsistir na íntegra sobre todos e cada um dos bens hipotecados, assim como sobre cada uma das suas partes.

Não obstante ser possível afastá-la por acordo entre as partes, a regra da indivisibilidade consubstancia um reforço da garantia em prol da tutela do credor na medida em que lhe atribuí a faculdade de fazer cumprir o seu crédito por via da execução da totalidade da coisa hipotecada, quer esta se divida em várias partes<sup>56</sup> quer seja, por sua vez, o crédito fracionado ou parcialmente cumprido.

O mesmo se verifica em caso de pluralidade de credores e/ou devedores. A divisão da garantia por diferentes credores ou a existência de vários devedores da mesma obrigação não afeta a indivisibilidade da hipoteca, permanecendo sobre toda a coisa e garantindo a totalidade da dívida, mesmo no caso de um dos credores ter visto o seu crédito satisfeito por parte do (ou um dos) devedor(es).

Assim, constituindo-se a hipoteca no sentido de acautelar a satisfação de determinado crédito, enquanto não se verificar a total extinção da dívida em causa a garantia mantém-se incólume, incidindo da mesma forma sobre a totalidade do objeto hipotecado.

---

<sup>56</sup> Caso em que qualquer uma dessas partes poderá responder individualmente pela integralidade da dívida.



### 2.1.3 Reforço, substituição e redução da garantia

Tendo em conta as características até aqui analisadas impõe-se destacar os meios de defesa existentes no regime jurídico da hipoteca quer a favor do credor quer a favor do devedor.

Assim, não implicando a hipoteca a indisponibilidade do bem hipotecado, grandes riscos poderiam advir para o credor, pelo que, para além da preferência que, de acordo com o art. 692º, lhe é conferida na indemnização devida por terceiro em caso de perda, deterioração ou diminuição do valor da coisa<sup>57</sup>, a lei concede-lhe a faculdade de exigir o reforço ou substituição da hipoteca nos casos de perecimento da coisa por causa que não lhe seja imputável.

Com efeito, dispõe o nº 1 do art. 701º que *“quando, por causa não imputável ao credor, a coisa hipotecada perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente para segurança da obrigação, tem o credor o direito de exigir que o devedor a substitua ou reforce; e, não o fazendo este nos termos declarados na lei de processo, pode aquele exigir o imediato cumprimento da obrigação ou, tratando-se de obrigação futura, registar hipoteca sobre outros bens do devedor”*.

A faculdade especial de efetuar um reforço ou substituição da hipoteca terá, desta forma, como pressuposto o facto do perecimento ou deterioração da coisa hipotecada ser de tal modo que converta a hipoteca claramente insuficiente para garantir o crédito hipotecário.

Caso o devedor não proceda ao reforço ou substituição requeridos, opera o vencimento da obrigação, desperdiçando o benefício do prazo. Sendo que, nos casos de obrigação futura, a falta de ação por parte do devedor permite ao credor registar nova hipoteca sobre outros bens.

Por sua vez, o art. 702º regula a possibilidade de constituir seguro sobre a coisa hipotecada. Pelo que, quando o devedor se comprometa a segurar a coisa hipotecada e não a segure no prazo acordado ou entre em incumprimento por falta de pagamento dos

---

<sup>57</sup> Considerando-se nestes casos haver lugar a uma sub-rogação da indemnização atribuída no lugar da coisa hipotecada, em consonância com o entendimento de Romano Martinez e Fuzeta da Ponte.

respetivos prémios, o credor poderá optar por uma de duas alternativas: segurar a coisa às custas do devedor<sup>58</sup>, ou, exigir o cumprimento imediato da obrigação.

Nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, esta será “*uma garantia adicional*” que, convencionada contratualmente pelas partes, permite ao credor, nos casos de deterioração ou perecimento efetivo da coisa, exigir do devedor a indemnização devida pela segurada.

Para além destes meios de defesa, nas hipotecas legais o credor goza ainda da faculdade da sua substituição por outra caução. Neste sentido refere o n.º 2 do art. 707º que não tendo o devedor bens suscetíveis de hipoteca suficientes para garantir o crédito, é legítimo que o credor exija outra caução. O que se justifica através da *ratio legis* do art. 625º, tendo como exceções os casos de hipotecas destinadas a garantir o pagamento das tornas ou do legado de dinheiro ou outra coisa fungível<sup>59</sup>.

Do lado do devedor não poderiam deixar de ser instituídos meios igualmente capazes de defesa contra eventuais situações de abuso.

Sem esquecer o princípio da indivisibilidade, a realidade é que frequentemente o devedor fica sujeito a um ónus nitidamente desproporcionado face à obrigação em causa. Isto porque, nos termos do referido princípio, como já explicado, a hipoteca é insensível às alterações que a dívida sofra após a sua constituição. O que significa que, independentemente de o devedor já ter pago ou não parte do valor do crédito, a garantia hipotecária irá sempre perdurar até que aquele montante seja retornado ao credor.

Numa tentativa de evitar situações deste tipo, o legislador regulou nos arts. 718º, 719º e 720º a possibilidade de redução da hipoteca, prevendo dois tipos de redução: a voluntária e a judicial.

Na primeira, o credor terá que dar o seu consentimento para que seja diminuída a garantia. Sendo que, operando de modo semelhante à renúncia, por remissão para o art.

---

<sup>58</sup> Nestes casos, como refere a última parte do n.º1, o devedor poderá sempre exigir a redução do contrato ao necessário sempre que o credor o faça por um valor excessivamente desajustado.

<sup>59</sup> Tal como resulta também do art. 709º com remissão para as als. e) e f) do art. 705º.

731º, esta deverá obedecer aos mesmos formalismos para lograr da necessária eficácia, nomeadamente ser expressa e escrita em documento com a assinatura reconhecida presencialmente.

Na segunda, teremos que atentar primeiramente ao tipo de hipoteca em causa. Nas hipotecas legais e judiciais, a redução poderá ser requerida por qualquer interessado<sup>60</sup> e atentar quer à quantia especificada no ato registal quer aos bens hipotecados. Já nas hipotecas voluntárias, a redução está visivelmente circunscrita, limitando-se a duas hipóteses específicas: quanto à redução do valor em dívida, terá que ser requerida em consequência do cumprimento parcial ou de outra causa de extinção, e apenas nos casos em que a dívida se encontrar reduzida a menos de dois terços do seu montante inicial (al.a); e, relativamente à redução dos bens hipotecados, deverá basear-se em valorização superior a um terço do seu valor inicial por virtude de acessões naturais ou benfeitorias (al.b), e apenas nos casos em que o bem ou direito seja suscetível de divisão (nº 3).

Em suma, não operando automaticamente, o devedor terá sempre que requerer a redução da hipoteca se nela estiver interessado. Para além de que, nos casos de hipoteca voluntária esta faculdade estará sempre limitada à aceitação do credor ou às hipóteses estritamente delimitadas que acabamos de referir quanto à redução judicial.

#### **2.1.4 Proibição de pactos comissórios e de cláusulas de inalienabilidade**

Segundo o art. 694º, será considerada nula toda a convenção que atribua a propriedade da coisa onerada ao credor no caso de o devedor não cumprir a obrigação a que está vinculado.

O pacto comissório surge-nos, assim, como um pacto acessório da hipoteca, passível de o ser também no âmbito de outras garantias reais, como o penhor ou a consignação de rendimentos. Não importando o instrumento jurídico utilizado pelas partes, seja a condição suspensiva do incumprimento ou a condição resolutiva do cumprimento.

Verificando-se nestes casos uma responsabilização excessiva do devedor pelo (in)cumprimento do contrato, proíbe-se o pacto comissório ferindo-o de nulidade sempre que convencionado entre as partes.

---

<sup>60</sup> Estando aqui incluídos não só o devedor como também qualquer um dos seus credores.

O intuito principal será a proteção da parte mais débil da relação de crédito, o devedor, que pode ser levado a aceitar cláusulas danosas aos seus interesses. O que se justifica devido ao estado de necessidade em que este se pode encontrar no momento da constituição da dívida, permitindo a eventual transferência do bem objeto da garantia pelo valor da dívida, que poderá ser bem mais diminuto. Prosseguindo deste modo uma função de prevenção à usura regulada nos arts. 282º, 283º, 284º e 1146º.

Todavia, mantendo-se a nulidade da convenção em estudo mesmo nos casos em que esta não seja prejudicial para o devedor, aponta-se como finalidade da proibição do pacto comissório não só a tutela deste como também a de todos os seus outros credores, na medida em que impede que se retire do património do devedor um bem que, se alienado em processo executivo, possibilitaria a obtenção de um valor superior ao montante do crédito garantido, suscetível portanto de satisfazer mais créditos para além daquele que sustentou o próprio pacto (Gomes, 2004: 57-72).

Não obstante consubstanciar um meio de proteção do devedor e dos restantes credores, a proibição do pacto comissório tem sido de igual modo fundamentada na prossecução do interesse público que, inclusive, sustenta mais eficazmente a nulidade prevista no art. 694º. O interesse público em causa relaciona-se tanto com a questão de exclusividade da função executiva por parte do Estado, como com a intenção de que esta garantia não se difunda a todas as relações creditícias de modo a preservar a tipicidade das garantias reais legalmente fixadas.

Seguindo uma perspetiva diferente, questiona-se a proibição do pacto comissório quando o nosso sistema jurídico permite outros institutos suscetíveis de desencadear os mesmos efeitos, como são os casos da dação em cumprimento, da venda a retro ou da cláusula penal. Motivo que justifica, tal como explica JANUÁRIO GOMES, a necessidade de se verificarem três pressupostos para que o pacto seja considerado comissório e, por isso, nulo, nomeadamente: deve ter uma função de garantia ao destinar um determinado bem à auto-satisfação do credor; o devedor poder desvincular o bem desse fim através do cumprimento da sua obrigação; e, no caso de incumprimento, o devedor não ter assegurado o direito de recuperar um eventual excesso do valor do bem sobre o valor do crédito garantido (Gomes, 2000: 95).

Deste modo, será nula a cláusula contratual que evidencie conteúdo deste tipo, sendo substituída pelas normas imperativas desrespeitadas. O que apenas não se verificará quando se prove que as partes não teriam celebrado o contrato sem a referida convenção,

caso em que será determinada a nulidade de todo o negócio, de acordo com o estipulado no art. 292º quanto à redução dos negócios jurídicos inválidos.

No que concerne às cláusulas de inalienabilidade, podemos defini-las, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “*como sendo as estipulações, incluídas em atos de transmissão de bens, que têm por objeto privar o adquirente de dispor deles*”.

Subtraindo os bens ao comércio jurídico até à verificação efetiva do fim contratual nos termos do qual foram acordadas, a sua proibição fundamenta-se desde logo no princípio da livre circulação ou disposição dos bens, imperativo no regime jurídico da propriedade.

O contrário seria de todo inaceitável por desrespeitar quer a inerência da faculdade de alienação ao direito de propriedade tal como resulta do art. 1305º, quer ainda o princípio da taxatividade do conteúdo dos direitos reais que limita o âmbito de intervenção da autonomia privada no regime das coisas de acordo com o art. 1306º<sup>61</sup>.

O art. 695º determina, por isso, a nulidade deste tipo de convenções com base na faculdade atribuída ao devedor de continuar a gozar do poder de disposição em relação ao objeto da hipoteca, podendo vendê-lo ou onerá-lo livremente.

Pelo que, uma vez celebrada com uma cláusula de inalienabilidade, a hipoteca será reduzida ao seu conteúdo lícito, sendo considerada nula apenas a referida convenção, exceto quando seja explícito que a negociação não teria sido concluída sem a parte viciada, como já referido, nomeadamente, com base no art. 292º.

Com efeito, é-nos lícito concluir que ao credor apenas é atribuída a faculdade de se fazer pagar do seu crédito através do valor da coisa hipotecada, estando fora do seu alcance os poderes de gozo e disposição sobre a mesma que cabem imperativamente ao devedor.

### **2.1.5 Necessidade de processo judicial executivo**

Constituindo a hipoteca um direito real de garantia que concede ao credor a possibilidade de salvaguardar o cumprimento de uma obrigação através da observância do valor dos bens imóveis sobre os quais incide. Na prática, a sua efetivação verifica-se por

---

<sup>61</sup> Veja-se a mesma obra do referido autor, págs. 23 e ss.

meio do valor resultante da venda do bem, como consequência de um processo judicial proposto para esse efeito.

De facto, somente a ação executiva permite ao credor a restituição do crédito hipotecário, não sendo permitida a venda extrajudicial da coisa hipotecada, em consonância com a proibição do pacto comissório prevista no art. 694º, como já vimos. Desta forma, protege-se não só o devedor de eventuais abusos resultantes da alienação do objeto da garantia por parte do credor, mas também os restantes credores titulares de direito de crédito dotado de preferência real sobre os mesmos bens.

Nos termos do art. 817º, ao credor cabe o direito de exigir judicialmente a efetivação de obrigação não cumprida voluntariamente, por via da execução do património do devedor. Reconhece-se, deste modo, a possibilidade de realização coactiva da prestação através da propositura de uma ação de cumprimento ou execução que, no ordenamento jurídico nacional, se designa por ação de execução para pagamento de quantia certa.

Prevista nos arts. 724º e ss. do atual CPC, a execução com base em hipoteca segue, em consonância com o nº 2 do art. 550º<sup>62</sup>, a forma de processo sumário (arts. 855º e ss.) sempre que o valor em causa não exceda a alçada do tribunal de 1ª instância, sendo que ultrapassado este montante o processo deverá seguir a forma ordinária (arts. 724º e ss.)<sup>63</sup>. Processando-se inicialmente através da penhora dos bens hipotecados, seguida da venda judicial dos mesmos e terminando com o pagamento aos credores com o valor obtido nessa venda, visto serem convocados todos os credores preferentes para a execução.

Analisando mais detalhadamente todo o processo, constatamos que, entregue o requerimento executivo a secretaria irá remetê-lo para o juiz no caso de processo ordinário

---

<sup>62</sup> Ditará a al. a) para as hipotecas legais e judiciais, e a al. c) para as hipotecas voluntárias.

<sup>63</sup> A diferença substancial entre as duas formas de processo executivo comum reside na possibilidade de ocorrência de despacho liminar e de citação prévia que se verifica no processo ordinário, ao contrário do processo sumário que será mais expedito pois, uma vez avaliada a procedência do pedido, iniciam-se de imediato as consultas e diligências prévias à penhora, atribuindo para o efeito várias competências ao próprio agente de execução.

ou para o agente de execução sempre que a forma de processo a seguir seja sumária, no sentido de avaliação da procedência do pedido.

Uma vez entregue ao juiz este deverá pronunciar-se através do despacho liminar que pode culminar no indeferimento do requerimento executivo ou na citação do executado, cabendo sempre recurso desta decisão para a Relação. No processo sumário, o agente de execução pode: recusar o pedido, podendo ser apresentada reclamação ao juiz quando rejeitado; suscitar a intervenção judicial; ou dar procedência à pretensão do exequente.

Devendo prosseguir a ação, poderá ou não ocorrer a citação prévia do executado quando verificadas as condições previstas no art. 727º. Na prática, nos casos em que esta aconteça provavelmente serão apresentados embargos de executado cuja avaliação é da competência do juiz. Sendo que, será sempre o agente de execução que irá dar início à fase de consulta e diligências prévias à penhora.

Não tendo sido levantada oposição ou não devendo esta proceder, segue-se a fase da penhora. Encontrando-se regulada nos arts. 735º a 785º, na medida em que se baseia em hipoteca previamente constituída, deverá iniciar-se pelos bens sobre que incida a garantia, apenas sendo possível recair noutros quando se reconheça a insuficiência deles para conseguir o fim da execução, com respeito pelo enunciado no nº1 do art. 752º.

Pelo facto de estarem em causa bens imóveis, vigora ainda o disposto nos arts. 755º e ss., pelo que a penhora se realiza por comunicação eletrónica ou com a apresentação de declaração do agente de execução ao serviço de registo competente. De seguida a lhe ser disponibilizada uma certidão dos registos em vigor sobre os prédios penhorados, aquele lavra auto de penhora e procede à afixação de um edital nos mesmos, momento em que fica constituído como seu depositário, salvo determinadas exceções previstas no art. 756º. Sendo que, após a penhora o executado é notificado para que possa apresentar oposição.

Havendo que prosseguir a execução, segue-se a fase de citação e concurso de credores. Nesta sede é citado o cônjuge do executado e os credores com garantia real, bem como as entidades referidas na lei fiscal, Fazenda Pública, Instituto da Segurança Social e Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social. Sendo facultada a possibilidade de apresentar reclamação para verificação e graduação de créditos com garantia real registada ou não sobre os bens penhorados que não tenham sido alvo de citação.

Concluído o reconhecimento opera a graduação dos créditos impugnados que não careçam de prova ou não impugnados, isto porque os créditos impugnados que carecem de prova devem seguir os termos do processo comum declarativo nos termos do art. 791º.

Segue-se a fase de pagamento regulada nos arts.795º e ss. Este deve ocorrer no prazo de três meses a contar da penhora e pode ser feito por via da entrega de dinheiro, através da adjudicação dos bens penhorados, com a consignação dos seus rendimentos, por acordo de pagamento ou pelo produto da respetiva venda.

Por último, sucede a extinção da execução que se verifica em consequência de: inexistência de bens (arts.748º nº 3 e 750º nº 1), frustração da citação pessoal do executado (art. 750º nº 3), sustação integral da execução (art. 793º nº 4), desistência por parte de exequente, ou, pagamento ou acordo de pagamento que, espera-se, seja o meio comumente utilizado.

Deste modo, sempre que o credor recorra à via judicial verifica-se a extinção da hipoteca<sup>64</sup> visto que o próprio processo de execução culmina com uma decisão que faz cancelar o seu registo. Para além de que, através da entrega ao credor do produto da venda judicial constata-se o adimplemento do fim para o qual a hipoteca foi constituída, daí ser este acontecimento uma das principais causas de extinção do vínculo hipotecário.

#### **2.1.5.1 Processo especial para apreensão de veículo automóvel**

Tendo a hipoteca por objeto um automóvel vigora o DL nº 54/75, de 12 de Fevereiro<sup>65</sup>, fixando o regime atinente ao registo daquele tipo de bens.

Desde logo, é no art. 4º que se prevê diretamente a possibilidade de constituição de hipoteca legal, judicial ou voluntária sobre veículo automóvel. Sendo que, não obstante

---

<sup>64</sup> Como escreve Isabel Menéres Campos, “*dizemos que se trata de extinção funcional da garantia hipotecária porque a hipoteca, neste caso, extingue-se em consequência do exercício da sua função, com vista à satisfação coactiva do crédito em ação executiva, fazendo funcionar a garantia com a colocação preferencial do credor hipotecário no concurso com outros credores*”, baseando-se em Maiorca.

<sup>65</sup> Sucessivamente modificado, sendo a alteração mais recente decorrente da Lei nº 39/2008, de 11 de Agosto.



poder ser efetuada por simples documento particular (nº 3), impõe o art. 5º a necessidade do seu registo<sup>66</sup>.

Nos termos do nº 1 do art. 15º “*vencido e não pago o crédito hipotecário, o titular do respetivo registo pode requerer em juízo a apreensão do veículo automóvel e do certificado de matrícula*”. Pelo que, constituindo uma providência cautelar uma vez que precede à própria ação de execução ou penhora do bem objeto da garantia<sup>67</sup>, o tribunal competente para a decretar será o mesmo em que deva ser proposta a ação respetiva, ou seja, o tribunal da comarca da residência habitual do respetivo proprietário, em consonância com o art. 21º<sup>68</sup>.

Uma vez decretada pelo tribunal, este poderá demandar a sua realização a qualquer autoridade administrativa ou policial, valendo o auto de apreensão pela entidade policial como auto de penhora, tal como resulta do art. 17º.

Contudo, refere o nº 2 do art. 768º do CPC que “*a penhora de veículo automóvel pode ser precedida de imobilização deste, designadamente através da imposição de selos ou de imobilizadores*”. Alternativa que se evidencia mais plausível pois, de acordo com o acórdão de 2008 do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>69</sup>, a remoção do veículo apenas deve ocorrer com base num juízo de necessidade, o que se justifica até mesmo porque a penhora que se segue a este procedimento preventivo não só torna inoponível qualquer ato posterior de disposição ou oneração que o executado pratique (art. 819º do CC), como também garante a preferência do exequente (art. 822º nº 1 do mesmo código).

---

<sup>66</sup> Dispõe a al. c) do nº 1 que estão sujeitos a registo “a hipoteca, a modificação e cessão dela, bem como a cessão do grau de prioridade do respetivo registo”.

<sup>67</sup> Devendo o credor proceder à propositura desta ação no prazo de quinze dias a contar da apreensão sob pena desta ficar sem efeito e de, por isso, ter de indemnizar o proprietário por todos os danos causados, de acordo com os arts. 18º nº 1, 19º nº 1 al. a) e 20º, respetivamente.

<sup>68</sup> Que decorre da regra geral do nosso processo civil, o art. 80º nº 1 que, neste caso, advirá da remissão da al. c) do nº 1 do art. 78º, ambos do CPC.

<sup>69</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Junho de 2008, processo nº 1500/2008-1.

Destaca-se desta forma um mecanismo flexível e adequado que consubstancia uma mais-valia deste meio de garantia no que se refere ao tipo de bens aqui em causa, necessário devido à facilidade de circulação dos mesmos.

### **2.1.6 Estatuto de garantia real**

Constituindo a hipoteca um reforço da expectativa do cumprimento da prestação a que o credor hipotecário tem direito, através da possibilidade de execução de um bem específico que integra o património do devedor ou de terceiro, é comumente designada de garantia real especial.

Tal designação deve-se à circunstância de conferir ao credor o poder ou faculdade de se pagar pelo valor daquele bem, com preferência sobre os demais credores do devedor. Consubstancia, assim, um direito real de garantia no sentido em que, nas palavras de SANTOS JUSTO, "*visa assegurar a satisfação de um direito de crédito, colocando o seu titular numa posição preferencial em relação aos restantes credores do mesmo devedor.*"

Considerados *iura in re aliena*, ou direitos reais sobre coisa alheia, os direitos reais de garantia pressupõem a existência de um crédito, presente ou futuro, do qual asseguram o pagamento. Desta forma, a hipoteca permite a respetivo titular agir de acordo com o regime dos direitos reais, ao contrário do que se verifica com os restantes titulares de créditos comuns. Pelo que, para além da obrigação pessoal do devedor, o credor passa a dispor de uma tutela direta sobre o bem em causa, que lhe permite a propositura da ação creditória contra o possuidor deste, seja ele o devedor ou não.

A hipoteca assegura de modo particular a satisfação do crédito do titular da garantia desde a sua constituição, apesar de se destinar ao caso de incumprimento da obrigação em causa. Reforçando a garantia geral que constitui todo o património do devedor, ela atua especialmente na fase de execução da dívida.

Deste modo, o instituto em análise goza das características inerentes aos direitos reais, seja a, já referida, preferência, seja a eficácia absoluta, sequela, e inerência.

Com efeito, a hipoteca é oponível *erga omnes*, não se cingindo à simples relação pessoal entre credor e devedor/proprietário, todas as pessoas devem respeitá-la, não impedindo nem dificultando o seu exercício. Destaca-se como exceção ao princípio da relatividade prevista na parte final do n.º 2 do art. 406.º, na medida em que o seu regime legal decreta a produção dos efeitos contratuais face a terceiros desde que registada (art. 687.º com remissão para os arts. 4.º n.º 2 e 5.º n.º 1 do CRP). Gozando de eficácia absoluta, a hipoteca não é por isso afetada por quaisquer atos de disposição posteriores.

Dotada do direito de seqüela, a hipoteca persegue a coisa que constitui o seu objeto, podendo o credor hipotecário fazer vender a coisa, quer continue a pertencer ao proprietário que a constituiu, quer venha a pertencer a um terceiro. Pelo que o terceiro adquirente poderá ter que entregar o bem se este for executado, apesar de o devedor/alienante ser o responsável pela dívida.

A garantia é, portanto, inseparável do bem, escoltando-o em todas as suas transferências. Pressuposto do qual decorre diretamente a característica da inerência, que traduz a relação incidível do direito à coisa que constitui o seu objeto.

Destaca-se, assim, na hipoteca, enquanto meio de garantia, uma tutela particularmente forte atribuída pelas características que fazem parte dos direitos reais.

## **2.2 Reserva de propriedade – principais vantagens e desvantagens**

Verificando-se uma crescente utilização do instituto da reserva de propriedade nas situações que constituem o âmbito de aplicação típico da hipoteca, importa aferir das vantagens e desvantagens para o mutuante que aquele regime comporta para a parte a quem visa proteger, por norma, o vendedor.

### **2.2.1 Utilização da propriedade como garantia**

Para além das garantias pessoais e reais, existem outros institutos jurídicos capazes de, indiretamente, garantir ao credor o cumprimento do seu crédito. É o que se verifica na compra e venda quando, fazendo uso do princípio da liberdade contratual, as partes estipulam cláusulas com a função de garantia, como é o exemplo da reserva de propriedade em que o vendedor acautela o cumprimento das prestações emergentes do contrato (Martinez & Ponte, 2006: 235).

Por meio da cláusula em estudo, como já vimos na parte inicial deste trabalho, o vendedor reserva para si a propriedade da coisa objeto do contrato até ao pagamento integral do preço devido, portanto, para adquirir a propriedade do bem e proporcionar o fim contratual, o adquirente tem que cumprir a sua obrigação de pagamento do preço, evidenciando-se a função de garantia precisamente na dependência do sinalagma – pagamento do preço/transferência do direito de propriedade.

Ao diferir a verificação do efeito real para o momento do cumprimento da obrigação, o vendedor passa a utilizar a propriedade sobre a coisa objeto do contrato como meio de garantia do recebimento do preço. Pelo que, sendo a propriedade um direito real,

essa própria garantia encontra-se onerada com todo o regime jurídico que é inerente a este tipo de direitos.

Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, o direito que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir é o direito de propriedade (Ascensão, 2000: 122). Podemos considerá-lo, em sentido amplo, como o poder direto e imediato de uma pessoa sobre uma coisa certa e determinada<sup>70</sup>, sendo também, no seguimento do estipulado no art. 1305º, um direito absoluto, no sentido em que produz efeitos em relação a todos, e exclusivo, pois é apenas o seu titular que pode beneficiar das qualidades ou frutos inerentes à coisa. O direito de propriedade traduz-se então no direito de usar, fruir e dispor de uma *res* até ao limite imposto por lei, conferindo ao seu titular o poder de exigir a todas as pessoas que se abstenham da prática de qualquer ato ou ingerência na coisa incompatível com o conteúdo desse direito. Nas palavras de SANTOS JUSTO, a sua essência jurídica evidencia-se no poder de exclusão e do correlativo dever universal de abstenção que compete a todos que não são o seu titular (Justo, 1997: 9).

Vigora portanto o estatuto do direito real, caracterizado essencialmente pela sua natureza *erga omnes* ou eficácia absoluta que se reflete nos direitos de preferência, de sequela, de preferência e de inerência. Por outras palavras, não admite qualquer direito incompatível constituído posteriormente, valendo a prioridade temporal, e impondo-se independentemente da situação da coisa. É, no fundo, segundo o entendimento de ANTUNES VARELA o direito sobre a coisa, e não apenas o direito à coisa, estando todo o domínio ou círculo de atividades que lhe estão associadas reservado ao seu titular (Varela, 2000: 184-185).

Todavia, o intuito da aposição deste tipo de cláusula ao contrato de compra e venda não se prende com a utilização da coisa por parte do vendedor, até mesmo porque, como já vimos<sup>71</sup>, quer este quer o adquirente vêm as suas faculdades sobre a coisa limitadas ao conteúdo da reserva de propriedade, estando os seus direitos reservados até que se

---

<sup>70</sup> Noção em tudo semelhante à de direito real.

<sup>71</sup> Ver capítulo 1, pontos 1.7 e 1.8.

verifique o momento do qual fizeram depender a transferência do direito de propriedade. A sua função é sim defendê-lo das consequências do incumprimento ou insolvência do comprador, garantindo o seu crédito pelo preço da compra, sendo que a cedência do gozo da coisa antes do pagamento do preço constituiu uma mais-valia para o comércio jurídico no sentido em que estimula a circulação dos bens.

Com efeito, numa situação típica de compra e venda, destacam-se as obrigações resultantes para ambas as partes, traduzidas no respetivo direito de crédito de que é titular o credor. Este direito mais não é do que um direito relativo, com natureza obrigacional, que vincula tão-só os sujeitos da relação, pelo que, o vendedor apenas tem ao seu alcance os meios normais de defesa do seu direito em caso de incumprimento pelo comprador.

Recordamos que tais meios de defesa passam pela realização coativa da prestação regulada nos arts. 817º e ss e no direito a indemnização pelo não cumprimento quando verificados os necessários pressupostos<sup>72</sup>, o que se deve ao enunciado no art. 886º<sup>73</sup> "*transmitida a propriedade da coisa, ou o direito sobre ela, e feita a sua entrega, o vendedor não pode, salvo convenção em contrário, resolver o contrato por falta de pagamento do preço.*" Mesmo nos casos em que as partes convencionam a possibilidade de resolução, esta não é oponível a terceiros tal como resulta do art. 435º nº 1, pelo que o credor pode não conseguir reaver a coisa objeto do contrato.

Enquanto convenção capaz de fortificar a tutela precária que está ao dispor do vendedor comum, destaca-se a cláusula de reserva de propriedade, uma vez que permite já a resolução do contrato por parte do vendedor e garante a sua eficácia face a terceiros, como já tivemos oportunidade de analisar<sup>74</sup>, bem como lançar mão da ação de reivindicação perante terceiros que dela se tivessem apoderado ou face a outros credores do comprador que ameacem o seu património, nos termos do art. 1311º.

---

<sup>72</sup> Ilicitude (omissão do dever de agir), culpa (presunção de culpa prevista no art. 799º) e dano (nexo de causalidade entre o dano gerado ao credor e a omissão do dever de efetuar a prestação).

<sup>73</sup> Enquanto exceção ao nº 2 do art. 801º.

<sup>74</sup> Ver ponto 1.11.

Assim, ao diferir a transferência da propriedade para o momento do cumprimento da obrigação do comprador, o direito do vendedor impor-se-á: a todos os adquirentes posteriores, a todos os titulares de qualquer direito pessoal de gozo sobre a coisa, a todos os possuidores ou detentores da coisa, e aos credores do comprador, quer comuns quer privilegiados, pois confere a necessária preferência em sede de execução uma vez que não integra a massa de bens do adquirente.

O direito real de propriedade assume, deste modo, uma função de garantia pois, mantendo-se na titularidade do credor, protege-o de uma eventual inexecução do contrato ou insolvência por parte do adquirente no sentido em que permite a restituição da coisa, independentemente da disposição que este tenha feito dela.

As características e as condições da propriedade "reservada" de que beneficia o alienante evidenciam claramente essa função de segurança, baseando-se, em termos idealistas<sup>75</sup>, num direito real de garantia que, para acautelar o pagamento de um crédito, impende sobre um bem específico (o próprio objeto do contrato) apto a assegurar o preço da dívida através da sua restituição ou execução. Sendo então lícito considerá-la, no seguimento do estudo efetuado por LIMA PINHEIRO, uma garantia especial que, servindo-se dos efeitos essenciais do contrato, subordina a transferência do direito de propriedade (obrigação principal do vendedor) ao pagamento do preço (obrigação principal do comprador) (Pinheiro, 1988: 93).

Em suma, não descurando o facto de se destacar como um meio de pressão para a verificação dos efeitos do contrato por meio do cumprimento da obrigação do comprador, a convenção de reserva da propriedade permite ao credor/beneficiário: resolver o contrato nos termos do art. 886º e assegurar a eficácia *erga omnes* da resolução enquanto exceção ao disposto no nº 1 do art. 435º, reaver a coisa ou receber o equivalente a ela em caso de incumprimento ou de insolvência, e contestar a execução da coisa por terceiro de acordo com o enunciado nos arts. 1311º e ss. Revelando-se uma garantia eficaz para assegurar o direito do credor.

---

<sup>75</sup> Na medida em que não consta do elenco típico previsto no art. 1306º nº 1, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2008, processo nº 3965/07.

### 2.3 Confronto entre institutos

Apesar das grandes vantagens que se destacam no regime da reserva de propriedade, sendo o motivo pelo qual credores de diversa ordem que não apenas na posição de vendedor lançam mão desta garantia, é patente no regime da hipoteca toda uma fundamentação que lhe atribuí a denominação de garantia típica, adequando-se a todas as vicissitudes suscetíveis de afetar o credor comum. Se não vejamos.

A hipoteca pode ser constituída sobre qualquer bem imóvel ou equiparado, independentemente do fim para o qual o crédito é requerido/concedido. Apesar da reserva de propriedade não atentar ao tipo de bem em causa, sendo licitamente convencionada quanto a bens móveis ou imóveis, estará sempre adstrita àquele que é o objeto do contrato de compra e venda, independentemente de ser ou não aquele que, no património do devedor, se encontra em melhor posição para salvaguardar o crédito do credor.

Característica crucial da garantia hipotecária é a preferência especial que concede ao seu titular em sede de concurso de credores. Derrogando as regras gerais da responsabilidade do património do devedor, levanta-se nesta sede a questão da eventual fragilidade dessa preferência.

Como vimos, os direitos reais de garantia, como a hipoteca, permitem a preferência já analisada<sup>76</sup>, derivando diretamente da conceção de direito real enquanto relação direta e imediata entre o sujeito e a coisa, são oponíveis a terceiros devido ao seu carácter absoluto, prevalecendo assim sobre os direitos de outros credores. Contudo, tal não se verifica no confronto com todas as garantias creditórias, de acordo com o art. 686º o credor hipotecário tem direito a ser pago com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou prioridade de registo. Pelo que, no decorrer da ação executiva, a graduação dos créditos a satisfazer é calculada dando primazia aos privilégios creditórios (arts. 743º e 746º), seguindo-se os direitos de retenção (arts. 754º e 759º nº 2) e, por fim, as hipotecas, consignação em rendimentos e penhoras com prioridade temporal

---

<sup>76</sup> Traduzida na obrigatoriedade de o credor hipotecário com prioridade de registo ser satisfeito do produto da venda da coisa antes de qualquer outro credor que não goze de melhor garantia. Ver *supra* 2.1.1.

concedida por data dos respetivos registos ou data de constituição quando não sujeitos a este tipo de formalidade. Para além de que, nas situações de insolvência do devedor as hipotecas judiciais não são tidas em conta na graduação de créditos da massa falida de acordo com o art. 140º do CIRE.

Deste modo, a hipoteca concorre com outras garantias como os privilégios creditórios especiais ou o direito de retenção, o que não ocorre no regime jurídico da reserva de propriedade na medida em que neste o vendedor mantém o próprio direito de propriedade na sua esfera jurídica, não existindo nenhum outro direito com carácter tão forte que com ele seja passível de concorrer. Na verdade, o direito real de propriedade distingue-se do direito de crédito que está na base da hipoteca, nesta o credor tem um direito real sobre a coisa hipotecada contudo é bem distinto da relação subjacente à propriedade reservada na qual o proprietário assume o poder sobre a *res*, tornando-a indisponível para os restantes credores do devedor, bem como assegurando sempre a possibilidade de a reaver.

Para além das situações em que a preferência do crédito hipotecário pode ser fragilizada, e uma vez que ambas as garantias permitem a utilização da coisa por parte do devedor, importa acautelar uma insuficiência ou desvalorização económica que esta eventualmente poderá sofrer, ao que ainda acresce a possibilidade de constituição de várias hipotecas sobre o mesmo bem prevista no art. 713º.

Tal salvaguarda é feita no regime da hipoteca através quer da possibilidade de constituição de seguro sobre a coisa, constante no art. 702º, quer por via da faculdade, legalmente prevista e já analisada<sup>77</sup>, do reforço ou substituição da coisa hipotecada nos casos em que esta pereça ou se torne insuficiente. Funcionando de modo sucessivo ou reparatório, estes mecanismos permitem assegurar o total pagamento da dívida.

Já na reserva de propriedade a possibilidade de compensação pela desvalorização sofrida pela coisa cinge-se ao pedido de indemnização pelo denominado interesse contratual negativo relativo aos danos que o vendedor não teria sofrido se não tivesse celebrado o contrato, sendo que este apenas é atribuído nos casos de incumprimento em

---

<sup>77</sup> Arts. 701º, 707º, 708º e 709º. Ver também *supra* 2.1.3.



sede de resolução do contrato que, como já vimos, faz extinguir automaticamente a cláusula em estudo<sup>78</sup>.

Neste seguimento, aponta-se como desvantagem do regime jurídico da hipoteca a morosidade resultante da necessidade de propositura de processo judicial para proceder à venda judicial do bem e com o seu produto satisfazer o direito do credor. Formalismo que, no nosso ponto de vista, deve ser considerado antes como o poder, conferido ao credor hipotecário, de instaurar a execução para a satisfação coativa do seu crédito, diferindo do direito de que são titulares os restantes credores ordinários na medida da preferência especial que lhe é atribuída.

É claro que no regime da reserva de propriedade a referida preferência não se aplica visto que o vendedor/proprietário pode reaver a coisa a todo o tempo. Porém, na maioria dos casos em que se verifica o incumprimento contratual, este não o consegue fazer de forma tão simples quanto a expressão "reaver a todo o tempo" pode levar a crer. Quer devido ao tipo de bens em causa, quer face a uma atitude menos permissiva da parte do devedor, o próprio credor, ainda titular do direito de propriedade, terá também que se socorrer da ação para pagamento de quantia certa (em sede de cumprimento coercivo) ou requerer judicialmente a resolução do contrato para reaver o bem e ser compensado pelos prejuízos causados pelo devedor, caso em que obrigatoriamente renuncia ao regime da reserva de propriedade com o qual estava abonado, tornando todo o processo lento e dispendioso tal como na hipoteca e tendo a penhora nesta sede efetuada o grande inconveniente de não prevalecer sobre as garantias já constituídas.

A necessidade de registo da hipoteca é motivo para ser, muitas vezes, considerada como um meio de garantia que envolve demasiados formalismos o que o torna também mais oneroso do que os restantes. Todavia, não esquecendo a importante salvaguarda de que no valor da hipoteca estão sempre incluídas todas as despesas de constituição e registo da mesma, é pelo facto de ter que ser registada, prosseguindo-se o princípio de publicidade, que beneficia de uma proteção tão sólida. Com efeito, é enquanto garantia do crédito, estando subordinada aos princípios gerais das garantias, que vê o seu regime como

---

<sup>78</sup> Ver *supra* 1.11.

exceção à regra segundo a qual não é permitido invocar garantias sobre bens relativamente a terceiros que os tenham adquirido de boa fé sem se poderem aperceber da sua existência, atribuindo-lhe uma tutela próxima daquela que pertence ao proprietário.

Nas palavras de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, nos casos de insolvência do comprador, a cláusula de reserva de propriedade apenas será oponível à massa falida se tiver sido estipulada por escrito (art. 104º nº 4 CIRE), pelo que, nessa hipótese, para a oposição da cláusula – para além do registo, quando requerido -, pode ser exigida maior formalidade do que a respeitante ao contrato de onde ela consta. Chegamos, por isso, à conclusão de que, para ser plenamente infalível, necessita exatamente dos mesmos formalismos exigidos na hipoteca, sendo que esta será sempre oponível aos credores de devedor (Martinez & Ponte, 2006: 242).

Há ainda quem aponte à hipoteca a crítica relacionada com o carácter acessório que reveste, segundo a qual, a hipoteca só pode ser transmitida juntamente com o crédito hipotecário no qual se baseia, o que obstará à fácil circulação da garantia (Campos, 2002: 23). Todavia, ao contrapormos este meio de garantia à reserva de propriedade facilmente concluímos que esta é também incidível do contrato de compra e venda em que se insere e, por isso, está do mesmo modo intimamente ligada ao crédito do vendedor. Sendo que a transmissão da hipoteca é possível não só nos casos em que se transfira juntamente o direito de crédito, mas também nos casos em que se admite a sub-hipoteca e a cessão do grau hipotecário de acordo com os arts. 727º e 729º.

A reserva de propriedade logra ainda da vantagem, atribuída pelo nº 3 do art. 304º, de não se extinguir por verificação do prazo de prescrição do crédito ao preço, ao invés do que se verifica na hipoteca que, segundo a al. b) do art. 730º, se extingue "*por prescrição, a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação*". Contudo, este meio de garantia tem a virtualidade de persistir face a aquisições da coisa a título originário por terceiro, o que ocorre na usucapião e na acessão, situações nas quais a reserva de propriedade se extingue.

Desta feita, podemos concluir que o regime jurídico da hipoteca nos ilustra uma garantia mais completa, tal verifica-se também pelo facto de se estender aos acessórios do crédito hipotecário como juros e despesas de constituição e registo nos termos do art. 693º, pelo que através deste meio de garantia é assegurado ao credor o retorno total do investimento feito com base no tipo contratual que subscreveu e não por via de uma eventual indemnização pelo incumprimento.

A hipoteca é um meio de garantia legalmente previsto e regulado, e não apenas uma cláusula contratual. O seu regime beneficia de todas as vantagens das garantias reais, como a eficácia absoluta, a preferência, a inerência e a sequela. Sendo que o único risco inerente se verifica em sede de concurso de credores sempre que existam sobre o mesmo bem garantias que sobre ela prevaleçam, porém, mesmo nestes casos, o credor pode recorrer ao pedido de reforço ou substituição da garantia, não se colocando a questão do risco que no regime da reserva de propriedade é controversa.

Tal como refere ISABEL MENÉRES CAMPOS, a função da hipoteca é, justamente, tornar mais segura a tutela do crédito, reforçando a garantia genérica que representa todo o património do devedor, sendo uma figura que atua sobretudo na fase de execução da dívida. Assumindo um carácter fortemente qualificado, ao vincular coisas imóveis ou móveis registáveis e, por isso, tendencialmente, com maior valor económico, constitui assim uma das garantias do crédito mais tranquilas e seguras, sendo inclusive mais realizável do que qualquer garantia pessoal (Campos, 2002: 86).

### **3. A RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR**

É chegado o momento de dar resposta direta ao tema deste trabalho. Nesse sentido iremos primeiramente explicitar em que termos se coloca a questão de fundo, analisando de seguida o modo como a jurisprudência e doutrina nacionais têm abordado a problemática, e terminaremos com o confronto entre os argumentos preponderantes e respetiva tomada de posição quanto aos mesmos, justificando assim o nosso entendimento relativamente à (in)validade da constituição da reserva de propriedade a favor do terceiro financiador.

#### **3.1 Formulação da problemática**

Com a evolução da sociedade, a concessão de crédito para a aquisição de bens foi tomando uma posição de destaque na atividade económica. Para o efeito foram constituídas entidades financiadoras que, entre nós, a partir do segundo quartel do século XX<sup>79</sup>, passaram a permitir que o bem fosse pago integralmente no ato de outorga do contrato através da atribuição de crédito ao comprador. Seria então o comprador a requerer crédito à entidade mutuante e, com esse valor, pagar o preço total diretamente ao vendedor (Morais, 2007: 230).

A compra e venda financiada por um terceiro decompõe-se assim num contrato de compra e venda, celebrado entre o vendedor e o comprador, e num outro contrato, autónomo deste, o contrato de mútuo, acordado entre o comprador e o terceiro financiador.

Constituindo uma relação tripartida na qual cada uma das partes assume uma figura distinta das outras, imperativamente dissociadas, enquanto terceiro nas relações comerciais diretas entre comprador e vendedor, o financiador necessita de meios próprios para prevenir o risco de incumprimento por parte do financiado.

---

<sup>79</sup> Uma vez que, até essa altura, o credor apenas intervinha quando requerido pelo vendedor, sendo este quem atribuíra o crédito para a aquisição do bem ou, por outras palavras, permitia a aquisição através do pagamento faseado do preço, segundo a explicação de Gravato Moraes.

Se antes, o património geral do comprador era considerado uma garantia estável, sobre o qual incidiam as garantias reais tradicionais, nos tempos que correm não há património suscetível de ser considerado seguro. Com a crise que vivemos facilmente pessoa singular ou coletiva decreta insolvência do seu património, restando aos credores recorrer ao que dele existir. Sendo por todos ambicionado um meio de tutela que beneficie de eficácia *erga omnes* e, dessa forma, permita a satisfação integral dos seus créditos em casos de inadimplemento ou insolvência do devedor.

É neste panorama que surgem as denominadas garantias indiretas, como é o caso da reserva de propriedade a favor do financiador.

Utilizando, como vimos<sup>80</sup>, a propriedade como garantia, o *pactum reservati dominii* permite assegurar ao mutuante o pagamento de seu crédito e de uma eventual indemnização pelo incumprimento, restringindo também os poderes de disposição do mutuário quanto ao bem financiado.

No entanto, prevendo o art. 409º a tutela da posição do vendedor que, pressupõe-se, é o titular do direito de propriedade ou seu representante legal, a reserva de propriedade a favor do financiador não está legalmente consagrada no ordenamento jurídico nacional, impondo-se avaliar a sua admissibilidade.

Nesse sentido, surgem questões relacionadas com o modo como opera a transmissão da reserva de propriedade para o financiador (terceiro na relação contratual de compra e venda). Cessão da posição contratual de vendedor ou sub-rogação? Qual a relação entre o contrato de alienação e o de mútuo? Que fundamento legal sustenta a titularidade pelo financiador de uma cláusula de reserva de propriedade?

### **3.2 Estado da arte**

Distinguem-se na jurisprudência e na doutrina nacionais posições a favor e posições contra a admissibilidade da utilização da reserva de propriedade em prol dos interesses do financiador. Não se verificando (ainda) uma solução unívoca, pensamos ser relevante uma breve análise sobre as orientações que se apresentam a favor e aquelas que existem contra em cada polo da ordem jurídica portuguesa, pelo que, em ambos, vamos primeiramente

---

<sup>80</sup> Ver *supra* Capítulos 1 e 2.2.1.

enunciar algumas aditadas em acórdãos dos tribunais superiores e, de seguida, outras que foram desenvolvidas pela doutrina.

### **3.2.1 Orientação que admite a reserva de propriedade a favor do financiador**

As tomadas de posição que defendem a admissibilidade da cláusula em estudo a favor do financiador são várias quer na jurisprudência quer na doutrina nacionais.

A grande parte da jurisprudência existente que considera a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador válida, remonta a um passado recente em que essa era a ideia que dominava também na doutrina nacional.

Este entendimento baseia-se na ideia de que, devido à proliferação do recurso ao crédito, as entidades financiadoras necessitam de uma forma eficaz que lhes proporcione uma garantia segura e rápida de satisfazer o seu crédito, até mesmo porque o próprio vendedor encontra-se já salvaguardado devido ao cumprimento da obrigação de pagamento do preço com recurso a terceiro (o financiador). Sendo a reserva de domínio essa forma na medida em que, tal como já enunciamos, mantendo a propriedade na esfera jurídica do credor, assegura-o contra uma eventual inexecução do contrato ou insolvência por parte do devedor.

Para o efeito, os argumentos preponderantes referem-se à interligação existente entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo através da utilização do instituto da sub-rogação, o que encontrará aceitação legal por via de uma interpretação atualista e extensiva do art. 409º.

Vejamos agora algumas considerações jurisprudenciais e também doutrinárias que defendem esta posição.

#### **3.2.1.1 Pronunciamentos jurisprudenciais a favor da validade da cláusula**

Perfilhando o entendimento segundo o qual é lícito ao financiador, enquanto terceiro no contrato de alienação de determinado bem, reservar para si a propriedade do objeto do contrato até ao pagamento integral do montante mutuado, destacamos desde logo

o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 2002<sup>81</sup>, vejamos as suas considerações essenciais.

*"O art. 409º nº 1 do CC abrange, na sua letra e espírito, a hipótese de conexão entre o contrato de mútuo a prestações e o contrato de compra e venda do veículo automóvel por virtude de o objeto mediato do primeiro constituir o elemento preço do segundo, situação que se configura como se o pagamento do preço relativo ao contrato de compra e venda do veículo automóvel fosse fracionado no tempo. E a lei também expressa que se o devedor cumprir com dinheiro ou outra coisa fungível emprestada por terceiro pode subrogá-lo nos direitos do credor. Esta situação de sub-rogação não carece do consentimento do credor e depende de declaração expressa, no documento do empréstimo, de que a coisa se destina ao cumprimento da obrigação e de que o mutuante fica subrogado nos direitos do credor (art. 591º do CC).*

*Em tais circunstâncias jurídico-factuais e preenchido o requisito do registo da reserva de propriedade em favor do mutuante, não é de indeferir liminarmente a providência cautelar de apreensão de veículo automóvel pelo mesmo instaurada, uma vez que tal indeferimento pressupõe que a pretensão em causa seja manifestamente improcedente (art. 234º-A do CPC)."*

O mesmo Tribunal pronuncia-se em 2004<sup>82</sup> defendendo igualmente: *"Nesta ampla garantia (reserva de propriedade) está abrangida, sem dúvida, a garantia do pagamento do preço a receber pelo vendedor, mas está também incluída a garantia do pagamento do preço a receber pelo mutuante designadamente quando vendedor e mutuante estão associados de tal forma que afinal o vendedor, a bem do empreendimento comercial assumido em conjunto com o financiador, tem interesse relevante em que o financiamento seja pago e, no caso de incumprimento, ressarcido o crédito financiado pela venda do veículo."*

---

<sup>81</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-06-2002, processo nº0053286.

<sup>82</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29-04-2004, processo nº1531/2004-08.

No ano de 2005<sup>83</sup> dispõe: "*É admissível a constituição da reserva de propriedade com vista a garantir um direito de crédito de terceiro, abrangendo a referência, no art. 18º nº 1 do DL 54/75, ao contrato de alienação também o contrato de mútuo conexo com o de compra e venda e que esteve na origem da reserva de propriedade.*"

Em decisão de 2006<sup>84</sup> defende no mesmo sentido: "*No caso de venda de veículo com reserva de propriedade, tal reserva tanto se pode destinar a garantir ao vendedor o preço de compra do veículo como a assegurar perante um terceiro as prestações decorrentes de um contrato de mútuo, celebrado entre este e o comprador do veículo, para financiamento do custo do mesmo veículo. Num caso como noutro estamos em face de obrigações contraídas por efeito da aquisição do veículo e que podem facultar a estipulação da reserva de propriedade. E o não cumprimento das obrigações que determinaram a constituição da reserva de propriedade facultam ao titular da tal reserva que requeira em juízo a imediata apreensão do veículo. Com efeito, nos termos do art. 15º nº 1 do DL 54/75, não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respetivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e dos seus documentos.*"

Seguindo os mesmos moldes, refere em 2008<sup>85</sup> ainda o Tribunal da Relação de Lisboa: "*É admissível a cláusula de reserva de propriedade no contrato de crédito ao consumo, na modalidade de mútuo, nomeadamente quando este está intensamente conexionado com o contrato de compra e venda. Reconhecida a resolução do mútuo, por incumprimento do mutuário, justifica-se a entrega do respetivo bem ao mutuante.*"

*(...) Apesar da cláusula de reserva de propriedade não ter sido concebida para o contrato de mútuo, vem sendo admitida a sua fixação, nomeadamente quando aquele contrato está intensamente conexionado com o de compra e venda, cujo preço é pago mediante capital obtido através da contração do mútuo. (...) Será, por isso, que se admite*

---

<sup>83</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-10-2005, processo nº8454/2005-6.

<sup>84</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-06-2006, processo nº4667/2006-6.

<sup>85</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31-01-2008, processo nº405/2008-6.



*expressamente a fixação da cláusula de reserva de propriedade, no contrato de crédito ao consumo, sob a forma de mútuo, como decorre do estipulado na al. f) do nº 3 do art. 6º do DL 359/91.*

*Nada no texto desse diploma legal autoriza a afirmar que a cláusula de reserva de propriedade só tem aplicação no caso de coincidência na mesma pessoa do alienante e do financiador. (...)*

*Aliás, a norma do art. 591º do CC possibilita ainda que o devedor, cumprindo a obrigação, designadamente com dinheiro concebido por terceiro, possa sub-rogar este nos direitos do credor. Esta sub-rogação não necessita do consentimento do credor, mas está sujeita a declaração expressa, no documento que formaliza o empréstimo, de que o dinheiro se destina ao cumprimento da obrigação e de que o mutuante fica sub-rogado nos direitos do credor. "*

Por sua vez, o Tribunal da Relação do Porto pronuncia-se em 2011<sup>86</sup> com base na seguinte argumentação: *"Sucede que a venda a prestações enquanto relação bilateral entre comprador e vendedor já não corresponde à realidade sócio-económica atual. A evolução da vida económica determinou uma maior complexidade das relações contratuais. Atualmente, para se concretizar o contrato de compra e venda, na maioria das vezes, intervêm não duas, mas três partes: o comprador, o vendedor e aquela que empresta o dinheiro.*

*(...) Esta dinâmica contratual exige uma leitura atualista das disposições legais, designadamente do art. 409º do CC.*

*Com efeito, do esquema contratual descrito, resulta evidente que o vendedor deixou de correr o risco resultante do incumprimento por parte do comprador, uma vez que lhe passou a ser entregue o preço, por parte da entidade financiadora. E assim, não faria sentido que ficasse registada a seu favor a reserva de propriedade em relação à coisa vendida. Neste caso, quem fica onerado com o risco do incumprimento é a terceira parte contratante, ou seja o financiador, por isso justifica-se que seja este o titular da garantia que constitui a reserva de propriedade.*

---

<sup>86</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-02-2001, processo nº935/09.5TBOAZ.P1

*(...) A reserva de propriedade é um direito do proprietário, ou seja do vendedor, conferida pelo disposto no art. 409º nº 1. Porém, também estabelece o art. 405º o princípio da liberdade contratual.*

*(...) E é à luz deste princípio basilar do regime dos contratos que não se vislumbra qualquer obstáculo legal a que o alienante possa transferir um direito que é seu para a esfera jurídica de terceiro, neste caso o mutuante.*

*(...) Este entendimento encontra pleno acolhimento no art. 591º do CC. Efetivamente, nestas situações existe uma sub-rogação do mutuante na posição jurídica do vendedor, assumindo o risco em que este incorreria se tivesse celebrado um contrato de compra e venda a prestações e passando a dispor das garantias que pertenciam aquele, no caso a reserva de propriedade.*

*Mas ainda que surjam dificuldades em enquadrar dogmaticamente esta transmissibilidade da posição do alienante ou que também a figura da sub-rogação possa revelar alguns escolhos sempre a interpretação atualista do art. 409º permitirá considerar extensiva ao contrato de mútuo conexo com o de compra e venda a referência ali feita ao contrato de alienação e, por consequência, reconhecer legitimidade do financiador para invocar a seu favor a reserva de propriedade.*

*(...) É válida toda a cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante que financiou a aquisição pelo mutuário a um terceiro de um bem sobre que incide a garantia, por resultar da liberdade contratual e não ser proibida por lei."*

*Em 2013<sup>87</sup> também este Tribunal emitiu decisão semelhante explicando: "É juridicamente viável, através da figura da sub-rogação – arts. 589º a 594º do CC - inserir num contrato de crédito ao consumo – DL 133/2009 -, subscrito por todos os interessados, uma cláusula de reserva de propriedade – art.409º do CC - a favor da entidade que mutuou ao comprador e pagou ao vendedor o preço devido no âmbito de um contrato de compra e venda de um automóvel.*

*Se se considerar impeditiva da sub-rogação a circunstância da reserva de propriedade não caber no conceito de garantias e acessórios constante do art. 582º nº 1*

---

<sup>87</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-12-2013, processo nºJTRP000.

do CC, o que não se concede, pois a sub-rogação transfere a posição *tout court* por força da vontade contratual exarada no contrato e comum ao vendedor, comprador e financiador."

### **3.2.1.2 Considerações doutrinárias a favor da validade da cláusula**

O entendimento que sustenta de forma mais completa a admissibilidade da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador é o preconizado por Isabel Menéres Campos.

Na dissertação sobre o tema aqui em estudo, a douta autora resume a sua argumentação nos seguintes moldes: "*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, a reserva de domínio transmite-se para o financiador. Haverá que entender que as partes pretenderam atribuir a esse financiador os direitos que ao vendedor assistiriam se se tratasse de uma pura venda a prestações. Através da figura da sub-rogação é possível transmitir a reserva de propriedade para o financiador que adiante o pagamento do preço necessário à aquisição. O comprador fica, desta forma, adstrito ao cumprimento da dívida, emergente do contrato de mútuo, de acordo com o convencionado, garantindo-se o financiador contra o não cumprimento através da cláusula de reserva de propriedade a seu favor. Perante o incumprimento, o financiador pode desencadear a resolução do contrato de mútuo, caso em que terá direito à recuperação da coisa, ou exigir o seu cumprimento coercivo, peticionando a totalidade da quantia ainda em falta.*

*Pugnamos pela validade dessa estipulação, baseando-nos sobretudo em três argumentos: por um lado, o argumento interpretativo e o princípio da equiparação que permitiriam estender a previsão do art. 409º, que se refere a "contratos de alienação", à compra e venda financiada por um terceiro; por outro lado, o princípio da liberdade contratual, pilar de todo o direito privado português, permite que as partes possam, dentro dos limites da lei, celebrar um contrato deste tipo; finalmente, a reserva de propriedade a favor do financiador corresponderá a um interesse das partes, digno de tutela legal, não contendo, por seu turno, com os interesses de ninguém de tal modo que se possa afirmar que a cláusula é nula.*

*Parece-nos que a afirmação de que a reserva de propriedade a favor do financiador é nula por corresponder a um negócio contrário à lei não colhe, por não conseguirmos descortinar qual a norma jurídica imperativa violada. A regra da*

*consensualidade, constante do art. 408º do CC não corresponde a nenhum princípio de natureza imperativa e inderrogável. As partes podem convencionar o afastamento dessa regra, colocando, convencionalmente, o momento da transferência do contrato.*

*A letra da lei, ao admitir a possibilidade de as partes nos contratos de alienação subordinarem a transferência do direito real ao pagamento do preço ou à verificação de um qualquer outro evento, comporta a possibilidade de a cláusula de reserva de propriedade se transmitir ao financiador que, no âmbito de um contrato de compra e venda financiada por terceiro, empresta os fundos necessários ao pagamento do preço dessa aquisição."*

### **3.2.2 Orientação que recusa a admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador**

A orientação que defende a inadmissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador tem, na atualidade, logrado mais aceitação tanto na jurisprudência como na doutrina portuguesas.

As bases nas quais se sustenta esta tese traduzem-se, principalmente, no facto de o direito de propriedade não existir na esfera jurídica do financiador, sendo ao alienante que cabe a possibilidade de reservar para si esse direito. Por isso, é apenas no âmbito dos contratos de alienação que a cláusula de reserva de domínio pode ser convencionada.

Neste sentido, elencaremos alguma jurisprudência e a respetiva análise doutrinária.

#### **3.2.2.1 Pronunciamentos jurisprudenciais a favor da invalidade da cláusula**

Atualmente são inúmeras as decisões que os tribunais superiores têm emanado na defesa da inadmissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Veja-se neste sentido a referência feita pelo Acórdão da Supremo Tribunal de Justiça de 12-07-2011, processo nº403/07.0TVLSB.L1.S1: "*O entendimento de que a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador/mutuante constante do contrato de alienação é nula, é hoje, segundo cremos, unânime na jurisprudência deste STJ (vide designadamente, os acórdãos de 27-09-2007 (relator o Conselheiro Santos Bernardino), de 17-04-2008 (relator o Conselheiro Urbano Dias), de 03-06-2008 (relator o Conselheiro Silva Salazar), de 27-01-2009 (relator o Conselheiro Pereira da Silva), de 26-02-2009 (relator o Conselheiro Oliveira Rocha), de 31-03-2011 (relator o Conselheiro Álvaro Rodrigues).*"

Exemplo disso é o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2008<sup>89</sup> que considera "a convenção, em contrato de crédito ao consumo, no qual não interveio o vendedor do bem, de que, em garantia, o mutuante goza de reserva de propriedade, é inválida, por objeto legalmente impossível (art. 280º nº 1 do CC), dado não ter existido, ôntica e previamente, qualquer direito substantivo que atribuísse a este a propriedade sobre o bem, ou seja, o direito de, posteriormente, a reservar para si, em negócio de alienação."

Em 2009, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>90</sup> nos seguintes termos: "A reserva de propriedade, dada a sua natureza, a sua finalidade e a sua razão de ser, só é admissível em benefício do alienante, pois só este é que pode reservar para si o que já possui, ou seja, a propriedade da coisa. Não se justificando uma interpretação atualista do disposto no art. 409º de modo a abranger ou equivaler aos contratos de alienação os contratos de financiamento, porquanto o sistema jurídico faculta às financiadoras mecanismos para satisfação dos seus interesses, para além de que, tal interpretação não tem a menor correspondência na letra da lei (art. 9º nº 2 do CC), sendo certo que entre os contratos de compra e venda e de mútuo não existe conexão que implique uma interdependência contratual que permita conferir ao mutuante a reserva de propriedade. Por outro lado, o princípio da liberdade contratual estabelecido no art. 405º não é absoluto, pois tem que se conter nos limites da lei, e a cláusula de reserva de propriedade nos moldes em que foi constituída extravasa aqueles uma vez que não se insere no campo de aplicação previsto no normativo citado.

O teor literal da norma geral que consagra e reconhece o *pactum reservati dominii* aponta, de modo claro, para a conclusão de que só nos contratos de alienação – máxime, nos contratos de compra e venda – é lícita a sua estipulação.

A cláusula de reserva de propriedade visa a proteção do alienante pelo que pressupõe uma relação direta entre o que adquire e o que aliena com espera do preço. Daí

---

<sup>89</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01-07-2008, processo nº 0823636.

<sup>90</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31-03-2009, processo nº 10306/2008-1.

*que a consideração de uma relação tripolar brigue com a essência da previsão legal do art. 409º, porque o financiador de modo algum, ao conceder financiamento ao comprador, intervém ou celebra o contrato de alienação.*

*Nem mesmo se pode fazer uso do argumento segundo o qual a última parte do nº 1 do art. 409º ("até à verificação de qualquer outro evento") estabelece uma ligação direta ao contrato de financiamento. Tal parece abusivo pois os contratos são díspares quanto aos seus efeitos e a resolução do contrato de financiamento jamais concederá ao mutuante o direito a reaver aquilo que o mutuário comprou com o crédito concedido."*

Também em 2009, o mesmo Tribunal<sup>91</sup> argumenta: *"Não tem previsão legal a argumentação da existência de sub-rogação da posição jurídica do vendedor para o mutuante, ao abrigo do art. 591º, desde logo porque o instituto da sub-rogação, nos moldes em que se mostra regulado nos arts. 589º e seguintes, visa a transmissão de direitos de natureza creditícia e não real, sem prejuízo do art. 582º, quanto às garantias e acessórios do crédito."*

Destaca ainda em 2012<sup>92</sup>: *" (...) o beneficiário da reserva de propriedade só pode exigir a restituição da coisa quando exerça a direito de resolução, e o adquirente só deve abrir mão dela em caso de resolução do contrato. Seria, na verdade, um sacrifício excessivo dos interesses do comprador – e até um desvio da finalidade típica visada pelo contrato – admitir que o comprador pudesse ser privado do gozo da coisa e, ao mesmo tempo, continuasse obrigado ao pagamento integral do preço. Face ao incumprimento do adquirente sob reserva de propriedade, o contratante beneficiário da reserva tem de optar por uma de duas vias: ou exige o pagamento de todas as prestações em dívida ou resolve o contrato."*

Em acórdão datado de 2013<sup>93</sup>, o Tribunal da Relação de Lisboa considera a cedência da reserva pelo vendedor ao financiador *"inútil, porque estando cumpridas as*

---

<sup>91</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-7-2009, processo nº 3039/05.6TVLSB.L1-6.

<sup>92</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 01-03-2012, processo nº 472/10.5TVLSB.L1-8.

<sup>93</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-02-2013, processo nº84/13.1TJLSB.L1-6.

*obrigações do comprador enquanto parte do contrato de alienação a mesma extinguiu-se e não pode ser atuada. Nula, porque tal retira objeto à cedência, que se torna legalmente impossível preenchendo a previsão do art. 280º do CC."*

No mesmo seguimento, pronuncia-se<sup>94</sup> também no mesmo ano: "*Nem se poderá dizer que a cláusula de reserva de propriedade se pode transmitir por cessão da posição contratual do alienante ou por sub-rogação dos seus direitos (arts. 577º e 591º do CC), porque, por um lado, tal cláusula sendo própria de um instituto específico (a transmissão de propriedade), não pode ser objeto ela própria de transmissão para garantir um crédito que não respeita à transferência de propriedade e, por outro lado, o alienante, ao receber o preço da compra, deixa de gozar do direito conferido pelo art. 409º, não podendo transmitir ao mutuante a reserva de um direito de propriedade que já não tem e que já foi transmitida para o comprador mutuário."*

Destacando os restantes meios de garantia ao dispor do financiador, refere o Supremo Tribunal de Justiça em 2011<sup>95</sup>: "*A situação do mutuante/financiador quanto a possíveis garantias de seu crédito, é idêntica, aliás (ressalvadas as diferenças que decorrem de uma mais rápida degradação, tanto do valor dos bens como da sua conservação material), à das entidades bancárias que concedem crédito à habitação; não incluem a seu favor cláusulas de reserva de propriedade nos respetivos contratos de mútuo porque não são as alienantes do imóvel financiado, mas constituem outras garantias do seu crédito, reais ou pessoais (hipoteca, fiança, etc), que também se podem usar no crédito para bens móveis sujeitos a registo."*

### **3.2.2.2 Considerações doutrinárias em defesa da invalidade da cláusula**

Em defesa da inadmissibilidade da estipulação da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador destaca-se a posição assumida por Gravato Moraes.

---

<sup>94</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-11-2013, processo n°558/13.4TBTVR.L1-6.

<sup>95</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2011, processo n°4849/05.0TVLSB.L1.S1.

Nas considerações que publicou sobre o assunto em estudo argumenta: "*a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador não encontra (...) expressão no regime jurídico do crédito ao consumo, pois esta visa exclusivamente a tutela dos interesses do consumidor (...).*"

*(...) o argumento da necessidade de tutela do financiador não revela uma forte consistência: este tem ao seu dispor um vasto conjunto de opções para assegurar o cumprimento do contrato pelo consumidor e para obstar à alienação da coisa. (...) o financiador não prescinde, no âmbito do mesmo contrato, da utilização de mais do que um tipo de garantia. Não se descure até a possibilidade de celebração de outros negócios (por exemplo a locação financeira ou o aluguer de longa duração) em vez do mútuo.*

*(...) O financiador nunca foi proprietário da coisa. Nunca a adquiriu para revender. Nem a alienou. Portanto, nunca o objeto passou pelas suas mãos. Por outro lado, não conhece os pormenores que subjazem ao contrato de compra e venda. (...)*

*Acresce que, muitas vezes, o financiador reservatário, em face do incumprimento do consumidor, escolhe um de dois caminhos: ou instaura uma ação executiva, prescindindo assim da sua "propriedade", indicando a coisa à penhora; ou resolve o contrato de mútuo, exigindo a "restituição" do objeto. Como se constata, a atuação do mutuante encerra um (duplo) paradoxo.*

*(...) Cabe realçar que de acordo com a redação do art. 409º nº 1 CC – e a do art. 15º nº 1 DL 54/75 – a admissibilidade da convenção está dependente da sua aposição num contrato de alienação. A transferência do raio de ação da reserva de propriedade para um negócio de cariz diverso – o mútuo – parece não se enquadrar na finalidade visada pelo legislador.*

*(...) No que toca a esta situação, sempre se imporia o preenchimento dos requisitos da união voluntária.*

*(...) A cláusula em que o financiador reserva para si a propriedade de uma coisa vendida pelo fornecedor é, pois, contrária a uma norma de natureza imperativa.*

*A estipulação é, desta sorte, nula ao abrigo do art. 294º do CC, não produzindo qualquer efeito."*

### **3.3 Análise da problemática e posição adotada**

Como vimos, a estipulação da reserva de propriedade a favor do financiador levanta uma série de problemas de fundo aos quais se impõe dar resposta.



Para o efeito, iremos decompor a problemática com base nos diferentes argumentos apontados e, contrapondo-os, alicerçar a nossa posição.

### **3.3.1 Relação entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo**

Logrando obter resposta à possibilidade de constituição da reserva de propriedade enquanto meio de garantia a favor do financiador, é a partir da análise da dependência entre os dois contratos que devemos iniciar a nossa fundamentação.

Tal como já explicitado, a situação típica subjacente à problemática em estudo prende-se com a celebração, por parte do interessado na aquisição de determinado bem, de dois contratos – um de mútuo e outro de compra e venda – com o objetivo de através do crédito proveniente do primeiro proceder ao cumprimento da obrigação de pagamento do preço do segundo. Resultando da ação do financiado/comprador uma relação tripartida entre este, o financiador e o vendedor.

Note-se que a relação se apresenta como tripolar pelo facto único de, sendo o financiador e o vendedor pessoas distintas, aquele que constitui a figura de mutuário no primeiro contrato, assumir também a posição de comprador no segundo.

De facto, o consumidor tem ao seu dispor uma série de meios de financiamento que lhe permitem adquirir bens sem necessidade da disponibilidade imediata do capital inerente. São exemplos: a venda a prestações, o mútuo bancário, o mútuo concedido pelo próprio fornecedor, a locação financeira (simples ou restitutiva), o aluguer de longa duração e a locação-venda. Pelo que, optando o adquirente pelo pedido de crédito a uma entidade distinta daquela que lhe comercializa o bem, cremos estar bem explícita a autonomia entre os contratos celebrados.

Constituindo a regra nestas situações a celebração do contrato de mútuo, é somente a identidade do segundo outorgante o elo de ligação entre os contratos. O que podemos constatar, por um lado, no mútuo livre<sup>96</sup>, em que o capital mutuado não tem que ser

---

<sup>96</sup> Que, tal como refere Gravato Morais, são as situações em que o mutuante não impõe ao consumidor o uso do crédito para uma determinada finalidade, sendo a regra nos denominados "créditos pessoais" ou "créditos livres".

necessariamente afeto à aquisição do bem objeto da compra e venda na medida em que o fim para o qual o mutuário requer o financiamento não é contratualmente estipulado. Portanto, não se verifica aqui uma ligação direta entre os dois contratos.

E, por outro lado, no mútuo de destinação pois, apesar do próprio enunciado contratual prever uma específica vinculação do consumidor quanto à utilização da importância cedida, não deixa de ser este o titular do contrato de compra e venda. O mesmo se verificando inclusive nos casos em que é o próprio mutuante que entrega o dinheiro ao vendedor<sup>97</sup>, permanecendo também aqui o mutuário simultaneamente como credor da entrega do capital mutuado e como adquirente (cumpridor) do contrato de compra e venda.

Logo, não será possível que o financiador utilize a garantia acordada no âmbito do contrato de alienação, devendo para o efeito acautelar-se com uma garantia original do tipo contratual que celebrou, como é exemplo a hipoteca.

Na perspetiva do próprio contrato de compra e venda, recordamos que o âmbito de aplicação típico da reserva de propriedade é o da compra e venda a prestações. Este consubstancia também um tipo de crédito ao consumo, contudo, a relação que lhe está subjacente é meramente bilateral, envolvendo apenas o alienante e o adquirente.

Este é um meio ao dispor dos vendedores para incrementar as vendas, atuando no mercado de forma apelativa e facilitando o acesso imediato aos bens, sem sofrer os riscos normalmente associados. É, portanto, o próprio vendedor que financia a aquisição e não um terceiro, sendo também ele que deverá beneficiar desta garantia.

Neste sentido citamos novamente o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2009<sup>98</sup>: "*A cláusula de reserva de propriedade visa a proteção do alienante pelo que pressupõe uma relação direta entre o que adquire e o que aliena com espera do preço. Daí que a consideração de uma relação tripolar brigue com a essência da previsão legal do*

---

<sup>97</sup> Opção frequente uma vez que evita a utilização do crédito para fim diverso.

<sup>98</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31-03-2009, processo nº 10306/2008-1.

*art. 409º, porque o financiador de modo algum, ao conceder financiamento ao comprador, intervém ou celebra o contrato de alienação."*

O único meio aparentemente viável para justificar uma ligação entre o contrato de financiamento e o contrato de compra e venda poderia ser a dependência da transmissão do direito de propriedade com base no pagamento do crédito requerido ao mutuante, nos termos da última parte do nº 1 do art. 409º. Todavia, fazendo mais uma vez referência ao citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2009, esta será uma interpretação desajustada quer porque os contratos são totalmente autónomos relativamente à sua eficácia, quer ainda pelo facto de a resolução do contrato de mútuo não ser passível de atribuir ao mutuante o direito de reaver o bem adquirido com o crédito concedido. Para além de que, *"fazer depender a manutenção do direito de propriedade, que radica no vendedor até ao pagamento integral do preço pelo comprador, de um evento que apenas tem uma conexão indireta com o contrato de alienação é descabido, pois a lei quis fazer depender a estipulação da reserva de propriedade, até ao cumprimento ou à verificação de outro evento, apenas no âmbito da relação contratual protegida pela cláusula de reserva de propriedade celebrada, e não fora dela."*

Desta forma, facilmente concluímos que entre os contratos de compra e venda e de mútuo não existe ligação que implique uma interdependência contratual que permita conferir ao mutuante a reserva de propriedade, até mesmo porque do ponto de vista formal, a validade de um não determinará necessariamente a validade do outro. Se não, vejamos no próximo ponto as considerações acerca dos argumentos da conexão contratual, da cessão da posição contratual e da sub-rogação.

### **3.3.2 Conexão contratual, cessão da posição contratual e sub-rogação**

Vários são os entendimentos que consideram possível a hipótese de conexão entre o contrato de mútuo a prestações e o contrato de compra e venda por virtude de o objeto mediato do primeiro constituir o elemento preço do segundo. No mesmo seguimento, compreendem que para a prossecução do empreendimento comercial assumido em conjunto com o financiador, o vendedor tem interesse relevante em que o financiamento seja pago.

Enquanto argumento justificativo, entendem que, do esquema contratual descrito, resulta que o vendedor deixou de correr o risco resultante do incumprimento por parte do comprador, uma vez que lhe passou a ser entregue o preço por parte da entidade financiadora. Pelo que, é o financiador, terceira parte contratante, quem fica onerado com o

risco do incumprimento, justificando-se assim que seja este o titular da garantia que constitui a reserva de propriedade.

Da nossa parte, acreditamos desde já que o risco que corre o financiador de um crédito para aquisição de determinado bem é exatamente o mesmo que comportam todos os credores, tendo sido edificados para esse efeito uma série de garantias que se destinam precisamente a acautelar a posição do mutuante, caindo assim por terra este argumento da "necessidade" exacerbada da sua proteção.

Atentemos agora, porém, à questão da conexão contratual. Traduzindo-se nas situações em que os contratos de mútuo e de compra e venda são celebrados em consonância um com o outro, implicando uma subordinação entre eles que, estando verificada, encontra a sua regulamentação no regime do crédito ao consumo.

É no art. 12º do DL nº 359/91 de 21 de Setembro<sup>99</sup> que se encontra diretamente prevista aquela situação, impondo a subordinação do contrato de compra e venda ao contrato de financiamento sempre que este tenha sido celebrado com o intuito único de possibilitar a aquisição do bem seu objeto.

Sendo que, esta será a solução típica naqueles casos quando estejam preenchidos três requisitos cumulativos, a saber: o credor do contrato de mútuo deverá ser distinto do vendedor, o objetivo final do financiamento ser a aquisição de um bem, e a necessidade de unidade económica entre ambos os contratos. Os dois primeiros pressupostos são de fácil verificação, é a situação regra que temos vindo a estudar, contudo, é o terceiro requisito que exige uma maior atenção.

De acordo com a exigência de unidade económica entre os contratos, impõe-se que exista tanto uma colaboração entre o credor e o vendedor, como que essa cooperação tenha na sua base um auxílio na preparação ou na conclusão do contrato de crédito. No fundo, o nexo de ligação que é nesta sede exigido é o mesmo para a figura da união de contratos, ou seja, os negócios celebrados representam uma unidade tal que o consumidor apenas recorre ao contrato de crédito dado que este lhe permite a compra de um determinado bem, tendo credor e vendedor compactuado na elaboração dos trâmites de ambos os negócios.

---

<sup>99</sup> Enquanto transposição da Diretiva 87/102/CE.

Nestes termos, as consequências destacam-se no que diz respeito aos efeitos dos dois contratos celebrados. Isto é, a validade e eficácia do contrato de compra e venda passa a depender da validade e eficácia do contrato de mútuo e vice-versa. Sendo neste exato ponto que surge a controvérsia da utilização deste instituto para a resolução da problemática em estudo.

Porquanto, seguindo a mesma lógica, no caso de incumprimento do vendedor, o comprador poderia opô-lo ao credor, o que justificaria a resolução do contrato de mútuo, bem como, surgindo vícios na coisa, seria também o financiador a responder perante o comprador. Do mesmo modo, caso o contrato de mútuo contivesse alguma invalidade, tal situação daria azo à nulidade do contrato de compra e venda.

Tendo sido a reserva de propriedade erigida no sentido de permitir ao consumidor a aquisição de bens que de outro modo não se encontrariam ao seu alcance, estando, da mesma forma, na base do regime do crédito ao consumo a proteção dos interesses do consumidor, enquanto parte mais fraca, a solução para as situações em que é celebrado em contrato de financiamento entre mutuante e mutuário que pretende com esse capital investir na aquisição de um bem específico por via de contrato de alienação celebrado com terceiro vendedor, não poderia encontrar-se no âmbito da conexão contratual / união de contratos, uma vez que, de acordo com os interesses do comprador, é o vendedor quem está em melhor posição para responder pelas consequências eventuais do cumprimento defeituoso, como a substituição ou reparação da coisa alienada, e não o financiador, entidade totalmente alheia ao setor de atividade em causa.

O mesmo fundamento aproveita quanto à utilização do instituto da cessão da posição contratual, como tentativa de explicação da constituição da reserva de propriedade a favor do financiador.

Regulada nos arts. 424º e ss., na cessão da posição contratual está em causa a transmissão para terceiro da posição do cedente em determinado contrato, incluindo todas as posições subjetivas que lhe estavam subjacentes por força do mesmo.

Ora, se todos os direitos de crédito do cedente em relação ao cedido, todas as suas obrigações em face dele e os demais vínculos inseridos na relação contratual, transitam para a titularidade do cessionário, então, para além da cláusula de reserva de propriedade, transmite-se igualmente a responsabilidade pelos ónus, encargos, limitações e vícios da coisa alienada. Pelo que, mais uma vez, não será do interesse do comprador que o financiador passe a responder pela garantia contratual, nomeadamente pelos vícios da coisa.

Ainda no âmbito da transmissão da posição contratual, neste caso dos créditos, surge a figura da sub-rogação que é frequentemente invocada como meio convincente da possibilidade de utilização da reserva de propriedade a favor do financiador.

Este é um instituto que encontra o seu regime nos arts. 589º e ss., e compreende a faculdade de terceiro, que cumpra a obrigação do devedor, ser colocado na posição do credor.

Assim, nos casos do contrato de compra e venda com reserva de propriedade em que o preço foi pago por via de um crédito de terceiro, sendo este a cumprir a obrigação poderá ser colocado na posição do alienante, na titularidade de uma propriedade reservada para garantia do seu crédito, por sub-rogação, quer pelo vendedor quer pelo comprador, sem necessidade de consentimento do credor. Para esse efeito é apenas necessário que a vontade de sub-rogar seja manifestada até ao momento do cumprimento da obrigação e esteja expressamente declarada no documento do empréstimo.

No entanto, são de apontar a esta possível solução adversidades incontornáveis. Desde logo, é questionável: se nos casos em análise o preço é pago integralmente ao vendedor *ab initio*, como poderá este constituir uma cláusula de reserva de propriedade?! Com que fundamento?! E, assim sendo, como pode ele reservar para si (ou para terceiro) um direito que já foi transferido de forma imediata para o comprador?!

De facto, em qualquer modalidade de sub-rogação o pressuposto será sempre a satisfação do interesse do credor. Sendo inclusive *conditio sine qua non* uma vez que somente nos casos em que o credor receba a prestação de terceiro é que este poderá ficar sub-rogado nos seus direitos.

Para além de que, como é sabido, de acordo com a regra da consensualidade a transferência do direito de propriedade opera por mero efeito do contrato, ou seja, é automática e imediata. E, sendo a cláusula de reserva de propriedade convencionada com o fim de diferir esse efeito para o momento do pagamento do preço, recebendo o vendedor a sua totalidade, a transferência da propriedade irá operar automaticamente.

Na verdade, a sub-rogação apenas incide sobre os créditos e seus acessórios, não estando, por isso, abrangidos no seu conteúdo os direitos inexistentes na esfera jurídica do cedente. A este respeito ISABEL MENÉRES CAMPOS considera que "*este impedimento só pode ser superado se as partes acordarem, expressamente, que a transferência da propriedade para o comprador só se dará, não com o recebimento do valor correspondente ao preço pelo vendedor, como ocorreria numa compra e venda normal, mas com o pagamento da totalidade da dívida ao financiador, sub-rogando-se este nos*

*direitos do vendedor. Configurando-se o negócio como um pagamento com sub-rogação, o vendedor recebendo do financiador a totalidade do preço, subroga-o nos seus direitos por força desse pagamento".*

No nosso entendimento, nem mesmo no caso de as partes preverem essa transferência na redação dos textos contratuais poderá contornar a impossibilidade de sub-rogação do financiador na posição do vendedor. O que se justifica pelo facto de a reserva de propriedade não originar um direito diferente do direito de propriedade.

Esta cláusula apenas limita o direito de propriedade nas suas faculdades para permitir ao vendedor usufruir de uma garantia sobre o comprador. Sendo um reforço da posição do alienante, isso não altera o direito que lhe está subjacente, que é exatamente o mesmo que constituí o objeto do contrato de alienação e aquele cuja transferência da titularidade fica diferida no tempo, portanto, a reserva em si mesma não é transmissível.

Nas palavras de ANTUNES VARELA, "*como a aquisição do sub-rogado se funda substancialmente no ato de cumprimento, só lhe será lícito, porém, exigir do devedor uma prestação igual ou equivalente àquela com que tiver sido satisfeito o interesse do credor.*"

A sub-rogação visa assim a transmissão de direitos de natureza creditícia e das garantias que não sejam incidíveis da pessoa do vendedor. Estando, por isso, naturalmente excluídos os direitos reais, como é exemplo mor o direito de propriedade, não se encontrasse este instituto regulamentado na nossa lei civil na parte referente à transmissão de créditos e de dívidas.

Portanto, visto que a reserva de propriedade é invocada apenas em sede de resolução do contrato por falta de pagamento do preço, não se demonstra viável que a sua transmissibilidade seja desacompanhada do próprio direito de propriedade (que não pode nesta sede ser transmitido<sup>100</sup>).

---

<sup>100</sup> Não se ignore a circunstância de ser este o objeto do próprio contrato de alienação que lhe está na base. Neste pressuposto, ao resolver o contrato de mútuo por incumprimento do devedor, na prática, o mutuante não teria legitimidade suficiente para afirmar na sua esfera jurídica o direito de propriedade.

### 3.3.3 Titularidade do direito de reserva

Como vimos, o art. 409º prevê expressamente a possibilidade de o alienante reservar para si a propriedade do bem objeto do contrato até ao pagamento integral do preço devido, ou outro evento convencionado pelas partes. Contudo, como sabemos, muitas vezes é o mutuante, enquanto terceiro que financiou a aquisição, que reserva para a si a propriedade do bem financiado.

Note-se que, nestes casos, não é o vendedor – proprietário do bem - que transfere para o terceiro a titularidade da reserva de propriedade, pelo contrário, é este que, pelo facto de financiar a aquisição, se reserva no direito de o fazer.

Pergunta-se então, com que legitimidade é que um terceiro, na relação de compra e venda, reserva para a si a propriedade de um bem que não lhe pertence?

No seguimento dos ensinamentos de GRAVATO MORAIS, "*o financiador nunca foi proprietário da coisa. Nunca a adquiriu para revender. Nem a alienou. Portanto, nunca o objeto passou pelas suas mãos. Por outro lado, não conhece os pormenores que subjazem ao contrato de compra e venda. (...)*

*É, neste quadro, que o mutuante acaba por reservar a propriedade da coisa: não a transmite, mas vem "retirá-la" da esfera jurídica do beneficiário do crédito."*

Não é possível equiparar a posição do alienante, proprietário do bem objeto do contrato, a quem é atribuída a possibilidade de suspender a produção do efeito real do contrato, com a do mutuante, que não proprietário da coisa, sendo apenas o financiador do preço.

Resulta ainda do art. 409º a necessidade de coincidência entre o alienante e o titular da reserva de propriedade, sendo que, não existindo o direito de propriedade sobre o bem objeto do contrato de alienação na esfera jurídica do financiador, será "*juridicamente impossível que alguém reserve um direito de propriedade que não tem*".

A reserva de propriedade visa a proteção do alienante pelo que pressupõe uma relação direta entre o que adquire e o que aliena com espera do preço. Não será, portanto, admissível que uma instituição de crédito outorgue um contrato de mútuo com reserva de propriedade a seu favor na medida em que, nesta hipótese, a propriedade seria atribuída ao mutuante e não a quem de direito - o mutuário / comprador.

Não se assemelha assim justo admitir que as entidades financiadoras fiquem numa posição muito mais confortável do que quando garantidas por hipoteca ou penhor. Para além de que, permitindo-o, resultaria para o comprador a impossibilidade de aceder à propriedade com todos os efeitos daí decorrentes, sujeitando-se ao império do mutuante



que consolidaria a propriedade em caso de incumprimento, resolvendo o contrato. De outro modo criar-se-iam situações em que o comprador, reconhecida a invalidade da resolução, não a poderia invocar perante terceiros (art. 435º n<sup>os</sup> 1 e 2), o que não é de todo compreensível.

Deste modo, devemos concluir que não é válida a cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante estipulada em contrato de mútuo pois tal cláusula visa proteger o contraente que transmite a propriedade do incumprimento da contraparte e, não estando em causa no contrato de mútuo a transmissão do direito de propriedade, existem sempre meios próprios para garantir o crédito do mutuante.

A cláusula deste tipo registada a favor do financiador não obedece aos requisitos legais e, nesse sentido, está ferida de nulidade nos termos do art. 280º, não podendo ser invocada como garantia acessória do contrato de mútuo.

### **3.3.4 Interpretação legal**

Argumento muito utilizado no sentido de fundamentar a possibilidade de o mutuante titular uma cláusula de reserva de propriedade incide sobre uma interpretação atualista e extensiva que se deve fazer das normas reguladoras deste instituto.

A interpretação atualista pretende transpor para a realidade dos nossos dias o juízo de valor que presidiu à elaboração da norma, adaptando o seu significado à evolução entretanto verificada, por forma a extrair da norma um novo sentido e ajustá-la assim às necessidades atuais.

Neste seguimento, considera-se lícita uma nova interpretação do art. 409º, do art. 15º nº 1 do DL nº 54/75<sup>101</sup> e do art. 6º nº 3 al. f) do DL nº 359/91<sup>102</sup>, baseada na ideia de

---

<sup>101</sup> Diploma que regula o registo automóvel, prevendo diretamente a citada norma: "*Vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respetivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e do certificado de matrícula*".

<sup>102</sup> Norma constante do diploma regulador dos contratos de crédito ao consumo, dispendo: "*O contrato de crédito que tenha por objeto o financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento em prestações deve indicar ainda (...) o acordo sobre a reserva de propriedade*".

que, tendo-se verificado uma alteração da realidade socio-económica que está subjacente à celebração de contratos de alienação com o preço financiado - atualmente por um terceiro, o mutuante - então também a lei se deve adaptar às exigências dessa nova realidade, permitindo que um instituto criado originalmente para acautelar a posição do vendedor possa agora ser convencionado também a favor do terceiro que atribuiu o crédito necessário para a aquisição.

Este argumento surge ancorado no art. 9º que, prevendo a possibilidade de interpretação da lei extravasando o texto legalmente consagrado, apresenta como elementos essenciais da interpretação, o elemento literal - baseado na letra da lei - e o elemento lógico - relativo ao espírito da lei<sup>103</sup> - sendo precisamente neste último, no que se refere ao seu elemento histórico que assenta a teoria em observação (Justo, 2006: 326-331).

Devendo ser contabilizados conjuntamente, revela-se essencial uma análise ao conteúdo normativo nesta sede vigente para que desse modo alcancemos uma justa consideração sobre a validade ou não deste argumento.

Assim, debruçando-nos sobre o conteúdo literal do art. 409º, verificamos desde logo no seu texto que se refere diretamente a contratos de alienação, isto é, contratos que visam a transmissão, onerosa ou gratuita, do direito de propriedade sobre um bem.

Sendo certo que o mútuo celebrado no âmbito de um contrato de crédito ao consumo não é um contrato de alienação, é sim, de acordo com a definição legal fixada no art. 1142º, um contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando esta obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade. Logo, o credor que apenas financia a aquisição, não alienando a coisa financiada não faz parte integrante da entidade que o legislador pretendeu nesta sede proteger – o alienante.

De igual modo, ao atentar ao elemento lógico deste normativo facilmente depreendemos que não será este um instituto destinado à tutela do mutuante. A sua *ratio legis* encontra-se na regra prevista no art. 604º que estipula no seu nº 1: "*Não existindo*

---

<sup>103</sup> Este elemento interpretativo subdivide-se em três: o elemento histórico, o elemento sistemático, e o elemento racional ou teleológico.

*causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos."*

O vendedor, de facto, logra de uma causa legítima especialmente criada pelo art. 409º que, sendo uma exceção à regra contida no art. 408º, se cinge ao âmbito que lhe está subjacente, isto é, o dos contratos com eficácia real. O mesmo já não acontece com o financiador que dispõe de um variado leque de meios de garantia que diretamente lhe atribuem especial preferência face a restantes credores que delas não beneficiem.

Quanto à expressão final da norma em estudo "*até à verificação de outro evento*", tal como já analisada anteriormente<sup>104</sup>, não deverá ser interpretada de modo a incluir um contrato do qual não é parte o vendedor. Pois, sendo o objetivo da sua estipulação a garantia do recebimento do preço por parte deste, a cláusula visa a proteção do alienante pressupondo uma relação direta entre o que adquire e o que aliena com espera do preço. Não se encontrando abrangida na sua esfera de irradiação a proteção de um terceiro que não tem conexão direta com ele.

Portanto, para justificar a titularidade da reserva de propriedade pelo mutuante não logrará aceitação uma interpretação baseada na razão de ser da lei quer porque esta terá sido a de assegurar uma tutela especial ao alienante, quer devido ao elemento sistemático que nos evidencia a conexão existente entre os contratos de constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada e a exceção à sua eficácia real que se traduz na cláusula de reserva de propriedade.

E o mesmo serve para a interpretação a fazer quer do art. 15º nº 1 do DL nº 54/75 quer do art. 6º nº 3 al. f) do DL nº 359/91.

No primeiro, o legislador é claro ao fazer referência ao titular dos registos da garantia utilizada que, no caso do mutuante será a hipoteca e, no caso do vendedor, logicamente, a reserva de propriedade. Para além de que, no art. 5º nº 1 al. b), prevê-se expressamente a necessidade de registo "*(d)a reserva de propriedade estipulada em contratos de alienação (...)*", bem como, no art. 19º nº 1 al. c), a ineficácia do pedido de apreensão quando o devedor provar "*o cumprimento das obrigações a que estava*

---

<sup>104</sup> Ver ponto 3.3.1.

*vinculado pelo contrato de alienação com reserva de propriedade.*" Obedecendo ao elemento gramatical da interpretação relativa a este diploma legal, é apenas e só no âmbito dos contratos translativos do direito de propriedade que a cláusula em estudo pode ser convencionada.

Mas, mesmo que se admitisse que a entidade financiadora pudesse beneficiar da reserva de propriedade, esta careceria sempre da necessária legitimidade para lançar mão do procedimento cautelar de apreensão do veículo. O que se deve à regra da instrumentalidade do meio processual acessório face a uma ação principal que, por sua vez, de acordo com o art. 18º nº 1, consiste na resolução do contrato de alienação. Contrato sem o qual a reserva de propriedade não seria possível e de que o financiador não é parte. Pelo que, não lhe assistindo o direito de alienação do bem, não será defensável que o terceiro que financiou a aquisição possa lançar mão deste procedimento.

Nos termos do art. 4º deste diploma, a par do vendedor, titular da reserva de propriedade, também o credor com hipoteca registada sobre automóvel pode recorrer à faculdade de apreensão do veículo, estando obrigado a proceder à sua venda. Não se verificando uma necessidade incontornável do mutuante em utilizar este meio de garantia, uma vez que o meio típico que foi colocado à sua disposição pelo legislador também permite beneficiar do procedimento cautelar em causa.

Já no segundo, será de concluir que o legislador se quis referir somente a situações em que o vendedor/proprietário conserva o direito de propriedade na sua esfera jurídica por via de convenção com o comprador, financiando em simultâneo a aquisição. Até mesmo porque uma interpretação diferente seria desproporcionalmente extensiva face à própria letra da lei uma vez que o legislador terá criado originalmente a figura da reserva de propriedade em proveito do vendedor, e não de qualquer outro tipo de credor.

Ao que acresce a circunstância destacada por GRAVATO MORAIS, segundo o qual, *"a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador não encontra (...) expressão no regime jurídico do crédito ao consumo, pois este visa exclusivamente a tutela dos interesses do consumidor, ao contrário daquela estipulação que tem em vista a proteção de outros interesses, em especial do mutuante"*.

Logo, respeitando mais uma vez o espírito do legislador, só quando o vendedor do bem em prestações é simultaneamente o financiador da sua aquisição, é que faz sentido e se justifica que no respetivo contrato de crédito se inclua a cláusula de reserva de propriedade uma vez acordada pelos contratantes.

De modo que, tal como refere o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2007<sup>105</sup>, em prossecução do estabelecido no n.º 2 do art. 9.º, "*a interpretação atualista, também ela, tem de partir do texto da lei, só sendo legítimo estender o seu campo de aplicação, se dela resultar um desfecho que se compagine com o sistema jurídico enquanto unidade e o resultado interpretativo não afrontar o regime jurídico dos institutos com que contende, sob pena de, a coberto de uma interpretação postulada pela essoutra realidade social que a convoca, se tornar arbitrária a interpretação da lei, ferindo, assim, a certeza e a segurança jurídicas valores caros ao Direito.*"

### **3.3.5 Liberdade contratual**

Um outro argumento a favor da admissibilidade da reserva de domínio a favor do financiador reverte da necessária liberdade contratual de que as partes dispõem em resultado do art. 405.º.

Em sede de contratos a, também designada, autonomia privada divide-se na liberdade negocial - faculdade das partes contratarem ou não, escolhendo a outra parte e o negócio a celebrar -, e na liberdade de estipulação - permissão de determinar concretamente os efeitos jurídicos a produzir.

Destaca-se, pelo interesse que assume para este estudo, a última modalidade que se emprega o argumento, uma vez que traduz expressamente a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, as partes se afastarem dos contratos típicos disciplinados na lei ou de incluírem em qualquer destes contratos cláusulas divergentes da regulamentação legal.

O princípio da liberdade contratual é, juntamente com outros como o da boa fé ou o da vinculatividade, um princípio fundamental do regime dos contratos.

Contudo, a autonomia das partes é ditada pelo tipo de restrições que a própria lei contém, por isso o próprio legislador inicia o n.º 1 do art. 405.º com a expressão "*dentro dos limites da lei*".

---

<sup>105</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-10-2007, processo n.º 07A2680.

Não sendo assim um princípio ilimitado, existe nesta sede uma tipicidade normativa a respeitar, limitação esta que se encontra enunciada no art. 1306º enquanto regulação dos direitos reais.

Observa nesse sentido o Juiz Conselheiro PEDRO LIMA DA COSTA, na sua declaração de voto vencido no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2011<sup>106</sup>, que “ (...) a concessão da faculdade de reserva de propriedade num contrato de mútuo que só tem eficácia obrigacional converte esse mútuo em contrato com eficácia real.

*Sucedem que as restrições de natureza real ao direito de propriedade são expressamente proibidas pelo disposto no art. 1306º nº 1 quando se fundam em situações que a lei não prevê especificamente: trata-se do princípio do “numerus clausus” às restrições ao direito de propriedade.*

*Nessa matéria, o que a lei não prevê expressamente é proibido.*

*Então, na situação que se prevê em tese, a reserva de propriedade é cláusula nula, nos termos do art. 280º nº 1 do Código Civil.*

*A reserva de propriedade constitui uma restrição de natureza real ao direito de propriedade transmitido pelo vendedor ao comprador, por via do contrato de compra e venda, o único que tem eficácia real, nos termos do art. 879º al. a) do Código Civil.*

*Tal restrição só a favor do vendedor pode ser instituída, nos termos do art. 409º nº 1 citado. O mútuo conexo com o cumprimento integral do dever de pagar o preço que obriga o comprador perante o vendedor só tem eficácia obrigacional.*

*Para tal mútuo, o disposto no art. 1306º nº 1 citado proíbe expressamente a constituição de limitação de natureza real ao direito de propriedade que o comprador passou a titular por via do único contrato que tem eficácia real, a compra e venda.*

*Com efeito, o disposto no art. 409º nº 1 do Código Civil deve ser compaginado com o disposto no art. 1306º nº 1 do Código Civil, assim se preservando a unidade do sistema jurídico que preside à interpretação da lei (art. 9º do Código Civil), por forma a reservar, na situação suscitada em tese, a reserva de propriedade para o vendedor e nunca para o mutuante.”*

---

<sup>106</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-02-2011, processo nº 935/09.5TBOAZ.P1.

Para além de que, no caso dos contratos de crédito ao consumo, a liberdade de estipulação não é uma realidade na medida em que a sua elaboração é realizada somente pelo financiador, sem prévia negociação juntamente com a outra parte - o financiado.

São os denominados contratos de adesão, nos termos dos quais, nas palavras de GRAVATO MORAIS, *“o consumidor limita-se a elas (estipulações contratuais) aderir sem possibilidade de discutir, casuística ou globalmente, o seu conteúdo. Apenas dispõe da liberdade de não concluir o contrato, sendo certo que a opção em causa significa quase sempre a perda de um conjunto de vantagens.”*

### **3.3.6 Figuras próximas**

Fazendo ainda acentuação ao referido em sede de liberdade contratual, de acordo com CARVALHO FERNANDES, *“cumprir assinalar nos negócios legalmente nominados, a necessidade de tomar em conta as normas que definem o tipo, ou seja, que o qualificam como tal, e que não podem ser afetadas, sob pena de as partes estarem, de facto, a celebrar negócio diverso do que têm em mente.”*

Ora, incluindo como garantia do contrato de mútuo uma cláusula de reserva de propriedade, os efeitos que daí advirão assemelham-se a outras duas figuras contratuais apontadas também como formas de utilização da propriedade como garantia.

A primeira a analisar é a locação financeira, por fazer parte do elenco normativo que prevê os contratos típicos possíveis no nosso ordenamento jurídico. E a segunda é a alienação em garantia pelo facto de se aproximar da figura da venda com reserva de propriedade de uma forma que permite ao mutuante uma garantia completa.

Na locação financeira, regulada através do DL nº 149/95, está em causa um contrato nos termos do qual *“uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos créditos nele fixados”*.

Como explica GRAVATO MORAIS, este é um contrato bilateral, apesar de ter por base uma situação que envolve três partes, ou seja, o locatário indica ao locador a coisa que pretende comprar ou construir, este, por sua vez, adquire-a juntamente do fornecedor / vendedor, atribuindo, de seguida, o gozo da coisa ao locatário mediante o pagamento de uma "renda" que lhe permite no termo do contrato fazer a sua aquisição (Morais, 2007: 55-56).

Relativamente à alienação em garantia, nas palavras de ISABEL MENÉRES CAMPOS, traduz-se numa modalidade contratual que "*consiste na alienação de uma coisa ao credor, com função de garantia, podendo este utilizar a coisa para se pagar do seu crédito, mas devendo restituí-la, caso o crédito a que serve de garantia venha a ser cumprido.*"

Está também aqui em causa uma figura de crédito ao comprador, em que é mais uma vez a entidade financeira que assume o encargo do vendedor, investindo-se na posição de proprietário do bem mas apenas na medida da finalidade de garantia.

A sua regulamentação encontra-se estipulada atualmente no DL nº 105/2004, pelo que constitui uma limitação legal à natureza real dos direitos reais em respeito ao fixado no nº 1 do art. 1306º do CC.

Por isso, se pode concluir que este representa um negócio semelhante ao celebrado com reserva de propriedade registada a favor do financiador mas com conteúdo lícito porque legalmente previsto. Constituindo uma alternativa viável às entidades financiadoras que tanto anseiam uma garantia completa e eficaz.

### **3.3.7 Fraude à lei**

No seguimento da posição adotada quanto às questões analisadas, entendemos como pertinente a vigência do instituto da fraude à lei como fundamentação da inadmissibilidade da constituição da reserva de propriedade a favor do financiador.

Segundo o conceito fornecido por ANA PRATA, a fraude à lei verifica-se "*em termos gerais, quando, usando a permissão conferida por uma norma, se praticam atos que visam um resultado proibido por outra norma*".

Este é um instituto típico do Direito Civil que se aplica maioritariamente no Direito Internacional Privado. Todavia, a sua aplicação no domínio dos negócios jurídicos é lícita quando os sujeitos procuram tornar uma proibição legal através da utilização de um tipo negocial não proibido.

A invocação do seu regime detém-se em dois elementos utilizados pela doutrina. O elemento objetivo, que se traduz no emprego de uma norma jurídica com o objetivo de originar efeitos típicos que de outro modo jamais seriam produzidos na situação em causa. E o elemento subjetivo, o qual pressupõe uma intencionalidade das partes em produzir aquele efeito atípico.

Na avaliação destes requisitos auxiliam as considerações de FERRER CORREIA, segundo as quais será necessário: primeiramente, que o objeto seja constituído por uma



norma de conflitos cujos efeitos o fraudador pretende evitar; também, que seja invocada uma norma jurídica que permita o resultado que a norma fraudada não permite; ainda, que sejam utilizados meios eficazes para a obtenção dos efeitos pretendidos pelas partes; e, por último, que seja patente a sua intenção fraudatória (Correia, 2000: 403).

É certo que o entendimento do autor reporta-se à ponderação do instituto em sede do Direito Privado Internacional, mas isso não impossibilita o aproveitamento do mesmo à situação *sub judice* através de uma interpretação analógica, senão vejamos.

Recorrendo à constituição de uma cláusula de reserva de propriedade, o mutuante aproveita-se da garantia que é atribuída diretamente pelo legislador ao alienante para lograr de um efeito real – a transferência da propriedade para a sua esfera jurídica – que, de outro modo, jamais alcançaria.

Nesta perspetiva, o financiador faz uso daquela que constitui a exceção à regra da consensualidade nos contratos com eficácia real, com o fim único de proteção da sua posição. Por outras palavras, adotando a reconhecida exceção como se de uma regra se tratasse, ele tutela a sua situação jurídica, situação esta totalmente distinta da que a lei arquitetou quer para os contratos de mútuo – regime fraudado – quer para os contratos de alienação – regime fraudatório.

Note-se que o instituto típico que lhe é destinado seria, como vimos, o da hipoteca. Instituto este que, como já analisado no capítulo anterior<sup>107</sup>, proíbe expressamente a celebração de pactos comissórios de acordo com os quais o credor faça sua a coisa hipotecada, nos termos do art. 694º. Regra que o mutuante defrauda completamente ao fazer uso da reserva de propriedade.

Na prossecução do seu intuito, o mutuante regista ainda a cláusula de reserva de propriedade a seu favor, tornando toda a situação atípica integralmente eficaz através de meios legais. O que evidencia também a sua intencionalidade em contornar os termos da lei pois, com base no juízo do homem médio, minimamente sagaz e informado, é clara a realidade de que, não sendo o proprietário do bem objeto do contrato de alienação, não dispõe da necessária legitimidade para constituição da propriedade da coisa como meio de garantia. Pelo que, mutuante e vendedor atuam de forma a atribuir-lhe essa autenticidade

---

<sup>107</sup> Ver *supra* 3.1.4.

para que os seus interesses – pagamento do preço pelo devedor / comprador – permaneçam garantidos.

No entanto, no negócio celebrado com fraude à lei o que releva para se poder afirmar a respetiva ilicitude e conseqüente nulidade são os efeitos obtidos. Conforme foi já sugerido, o negócio em fraude à lei distingue-se por um elemento objetivo cuja presença é indispensável à sua caracterização e que se verifica no caso objeto do presente trabalho, a estipulação da cláusula de reserva de domínio a favor da entidade financiadora, terceira no contrato de alienação, é idónea a alcançar um resultado análogo ao previsto legalmente para uma situação jurídica autónoma e claramente distinta.

Esta é uma garantia desproporcionada para o mutuante na medida em que o seu carácter absoluto não se compagina com a posição que este deve assumir perante os restantes credores do comprador em sede executiva. Logo, afirma-se como ilegítima a prioridade dela resultante visto que o crédito em causa não seria *ab initio* parte independente da massa de bens do comprador, desrespeitando-se assim o princípio da igualdade dos credores.

Embora as disposições legais defraudadas não sejam necessariamente de ordem pública, elas vêm assumir tal carácter pelo efeito fraudulento que provocam – a violação de normas legais componentes da ordem pública nacional. Por isso se diz que este é um regime aplicável ao incumprimento indireto e simulado de normas jurídicas.

Deste modo, procedendo à utilização da reserva de propriedade, o financiador como que manipula o instituto legal com vista a lograr da garantia *erga omnes* que pretende mas da qual não teria normalmente legitimidade para dispor, defraudando assim toda a construção jurídica edificada pelo legislador.

## 4. CONCLUSÃO

Constituindo um tipo de cláusula que, uma vez incluída num contrato de alienação, mantém a propriedade da coisa na esfera jurídica do alienante até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de um outro evento convencionado pelas partes, a reserva de propriedade é um meio de garantia típico dos contratos de compra e venda.

A função de garantia do instituto destaca-se por via do sinalagma pagamento do preço / transferência do direito de propriedade. Entendendo-se, assim, que o seu âmbito de aplicação é tendencialmente o da venda com reserva de preço ou venda a prestações em que, na prática, vendedor e comprador estipulam o modo como será pago o preço e, recebendo este a coisa objeto do contrato para utilização imediata mas não pagando de imediato a sua prestação, mantém-se o vendedor como proprietário do bem até ao pagamento integral. Chegando a data de vencimento, caso tenha sido paga a totalidade da dívida, o comprador torna-se automaticamente o novo proprietário; ao invés, não tendo sido efetuado o pagamento completo, o vendedor pode resolver o contrato e reaver a coisa.

Do lado do vendedor, este dispõe de um direito de propriedade reservada compatível com a função de garantia prosseguida por este instituto, à qual se contrapõe, do lado do comprador, uma expectativa real de aquisição da qual passa a auferir a partir da celebração do contrato. Pelo que, no nosso entendimento, a venda com reserva de propriedade configura-se como uma venda em que o efeito translativo da propriedade é diferido para o momento do pagamento do preço ou outro convencionado pelas partes.

Resultando do nº 1 do art. 796º, que o risco se transfere no exato momento em que seja já o credor da prestação correspondente a suportar qualquer perturbação que a coisa possa vir a sofrer, mais concretamente, no momento da conclusão do contrato. Do mesmo modo, será de concluir que, passando o comprador a usar e fruir da coisa, a sua entrega faz pender sobre ele a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa, sendo a tradição da coisa que determina a passagem do risco. Todavia, uma vez que o vendedor conserva na sua esfera jurídica o direito de propriedade sobre a coisa, o risco deverá ser distribuído de acordo com o interesse que vendedor e comprador têm na pendência do contrato.

Devido ao desenvolvimento da atividade comercial e financeira, na concessão de crédito para aquisição de bens deixou de ser o vendedor a permitir que o preço fosse pago

posteriormente à entrega do bem, para o mesmo ser pago no ato de outorga do contrato, através do financiamento concedido por entidade dedicada à atividade de concessão de crédito. Passando a ser celebrados dois contratos: um de compra e venda, entre o vendedor e o comprador, e um contrato de mútuo, celebrado entre a entidade financiadora da aquisição e o comprador.

Sendo neste quadro que surge a utilização da reserva de propriedade a favor do financiador, impera por isso avaliar a sua possível transmissibilidade.

Nesse sentido, foi feito primeiramente um confronto entre a reserva de propriedade e o meio de garantia típico – a hipoteca, do qual resulta que esta constitui um meio de garantia legalmente previsto e regulado, e não apenas uma cláusula contratual. O seu regime beneficia de todas as vantagens das garantias reais, como a eficácia absoluta, a preferência, a inerência e a sequela. Pode ser estabelecida sobre qualquer bem imóvel ou equiparado, independentemente do fim para o qual o crédito é requerido/concedido, sendo que, em sede executiva mantém a preferência originária, ao contrário da penhora que resulta da ação para pagamento de quantia certa em sede de cumprimento coercivo por parte do titular da reserva de propriedade.

O único risco inerente verifica-se em sede de concurso de credores sempre que existam sobre o mesmo bem garantias que sobre ela prevaleçam, porém, mesmo nestes casos, o credor pode recorrer ao pedido de reforço ou substituição da garantia.

O regime jurídico da hipoteca apresenta-se assim como o mais completo, ilustrando o meio de garantia no qual é assegurado ao credor o retorno total do investimento feito com base no tipo contratual que subscreveu e não por via de uma eventual indemnização pelo incumprimento, como se verifica na reserva de propriedade.

No que respeita à composição da nossa *vexata quaestio*, propusemo-nos dar resposta às questões mais controversas que neste âmbito se colocam: Como opera a transmissão da reserva de propriedade para o financiador (terceiro na relação contratual de compra e venda), por via da cessão da posição contratual ou da sub-rogação? Qual a relação entre o contrato de alienação e o de mútuo? Que fundamento legal sustenta a titularidade pelo financiador de uma cláusula de reserva de propriedade?

Na resposta à problemática opõem-se duas teses. Por um lado, há quem defenda a admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador devido à conexão existente entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo através da utilização do instituto da sub-rogação, o que encontrará aceitação legal por via de uma interpretação atualista e extensiva do art. 409º. Por outro lado, temos aqueles que consideram a

invalidade da cláusula em estudo, sustentando a sua tese, principalmente, no facto de o direito de propriedade não existir na esfera jurídica do financiador, sendo ao alienante que cabe a possibilidade de reservar para si esse direito, sendo apenas no âmbito dos contratos de alienação que a cláusula de reserva de domínio pode ser convencionada.

O nosso entendimento coaduna-se com a segunda orientação, tendo por base as seguintes considerações.

Resultando da ação do financiado/comprador uma relação tripartida entre este, o financiador e o vendedor, sendo apenas a identidade do segundo outorgante o elo de ligação entre os contratos, cremos estar bem explícita a autonomia entre os contratos celebrados, até mesmo porque o adquirente opta pelo pedido de crédito a uma entidade distinta daquela que lhe comercializa o bem. Recordamos que o âmbito de aplicação típico da reserva de propriedade é o da compra e venda a prestações, que consubstancia também um tipo de crédito ao consumo cuja relação subjacente é meramente bilateral, envolvendo apenas o alienante e o adquirente. Constituindo a regra nestas situações a celebração do contrato de mútuo para o financiamento da aquisição, não será possível que o financiador utilize a garantia acordada no âmbito do contrato de alienação, devendo para o efeito acautelar-se com uma garantia original do tipo contratual que celebrou, como é exemplo a hipoteca.

Mesmo uma interpretação que justifique, com base na última parte do nº 1 do art. 409º “*até à verificação de qualquer outro evento*”, uma ligação entre o contrato de financiamento e o contrato de compra e venda será desajustada quer porque os contratos são totalmente autónomos relativamente à sua eficácia, quer ainda pelo facto de a resolução do contrato de mútuo não ser passível de atribuir ao mutuante o direito de reaver o bem adquirido com o crédito concedido.

A conexão contratual encontra-se regulada no art. 12º do DL nº 359/91 de 21 de Setembro, impondo a subordinação do contrato de compra e venda ao contrato de financiamento sempre que este tenha sido celebrado com o intuito único de possibilitar a aquisição do bem seu objeto, quando o credor do contrato de mútuo seja pessoa distinta do vendedor, e seja explícita uma unidade económica entre ambos os contratos na medida em que exista uma colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito. Quando verificada a conexão, as consequências prendem-se com os efeitos dos dois contratos celebrados, ou seja, a validade e eficácia do contrato de compra e venda passa a depender da validade e eficácia do contrato de mútuo e vice-versa. Pelo que, a solução para as situações em que é celebrado um contrato de financiamento entre

mutuante e mutuário que pretende com esse capital investir na aquisição de um bem específico por via de contrato de alienação celebrado com terceiro vendedor, não parece se encontrar no âmbito da conexão contratual / união de contratos, uma vez que, de acordo com os interesses do comprador, é o vendedor quem está em melhor posição para responder pelas consequências eventuais do cumprimento defeituoso, como a substituição ou reparação da coisa alienada, e não o financiador, entidade totalmente alheia ao setor de atividade em causa.

O mesmo fundamento aproveita quanto à utilização do instituto da cessão da posição contratual que, regulada nos arts. 424º e ss., implica a transmissão para terceiro da posição do cedente em determinado contrato, incluindo todas as posições subjetivas que lhe estavam subjacentes por força do mesmo, como a responsabilidade pelos ónus, encargos, limitações e vícios da coisa alienada. Pelo que, mais uma vez, não será do interesse do comprador que o financiador passe a responder pela garantia contratual, nomeadamente pelos vícios da coisa.

Circunstância que se verifica igualmente no âmbito da sub-rogação. Este é um instituto que encontra o seu regime nos arts. 589º e ss., e compreende a faculdade de terceiro, que cumpra a obrigação do devedor, ser colocado na posição do credor, quer pelo vendedor quer pelo comprador, sem necessidade de consentimento do credor. Sendo apenas necessário que a vontade de sub-rogar seja manifestada até ao momento do cumprimento da obrigação e esteja expressamente declarada no documento do empréstimo. O pressuposto da sub-rogação traduz-se na satisfação do interesse do credor, pelo que, nos contratos de compra e venda, de acordo com a regra da consensualidade, uma vez pago integralmente o preço, a transferência do direito de propriedade operará de forma automática e imediata. Na verdade, a sub-rogação apenas incide sobre os créditos e seus acessórios, não estando, por isso, abrangidos no seu conteúdo os direitos inexistentes na esfera jurídica do cedente. Nem mesmo no caso de as partes preverem essa transferência na redação dos textos contratuais poderá contornar a impossibilidade de sub-rogação do financiador na posição do vendedor, o que se justifica pelo facto de a reserva de propriedade não originar um direito diferente do direito de propriedade. Logo, visando a sub-rogação a transmissão de direitos de natureza creditícia e das garantias que não sejam incidíveis da pessoa do vendedor, o direito de propriedade não será por este meio transmissível.

Pergunta-se então, com que legitimidade é que um terceiro, na relação de compra e venda, reserva para a si a propriedade de um bem que não lhe pertence? No nosso ponto de

vista, não é possível equiparar a posição do alienante, proprietário do bem objeto do contrato, a quem é atribuída a possibilidade de suspender a produção do efeito real do contrato, com a do mutuante, que não proprietário da coisa, sendo apenas o financiador do preço. O que se deve à necessidade, resultante do art. 409º, de coincidência entre o alienante e o titular da reserva de propriedade, sendo que, não existindo o direito de propriedade sobre o bem objeto do contrato de alienação na esfera jurídica do financiador, será "*juridicamente impossível que alguém reserve um direito de propriedade que não tem*". Não se afigura, portanto, admissível que uma instituição de crédito outorgue um contrato de mútuo com reserva de propriedade a seu favor na medida em que, nesta hipótese, a propriedade seria atribuída ao mutuante e não a quem de direito - o mutuário / comprador, permitindo desse modo a proteção de pessoa distinta do alienante, o que desrespeita a imperatividade da existência de uma relação direta entre o que adquire e o que aliena com espera do preço.

Nem mesmo uma interpretação atualista do art. 409º, do art. 15º nº 1 do DL nº 54/75 e do art. 6º nº 3 al. f) do DL nº 359/91, baseada na ideia de que a lei se deve adaptar às exigências resultantes da alteração da realidade socio-económica que está subjacente ao seu âmbito de aplicação, poderá lograr aceitação. Pois, ancorada no art. 9º, não respeita quer o conteúdo literal quer a *ratio legis* dos normativos citados, na medida em que esta terá sido a de assegurar uma tutela especial ao alienante, inclusive porque o elemento sistemático evidencia a conexão existente entre os contratos de constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada e a exceção à sua eficácia real que se traduz na cláusula de reserva de propriedade.

Por sua vez, o princípio da liberdade contratual não justificará também a aceitação de uma reserva de propriedade a favor do financiador. A autonomia das partes é ditada pelo tipo de restrições que a própria lei contém, por isso o próprio legislador inicia o nº 1 do art. 405º com a expressão "*dentro dos limites da lei*". Não sendo assim um princípio ilimitado, existe nesta sede uma tipicidade normativa a respeitar, limitação esta que se encontra enunciada no art. 1306º enquanto regulação dos direitos reais.

Para além de que, no caso dos contratos de crédito ao consumo, estamos face a contratos de adesão, nos quais a liberdade de estipulação não é uma realidade na medida em que a sua elaboração é realizada somente pelo financiador, sem prévia negociação juntamente com a outra parte - o financiado.

Acresce que, ao considerarmos válida a possibilidade de contrato de mútuo com reserva de propriedade, estaríamos a retirar o conteúdo útil às figuras contratuais da

locação financeira e da alienação em garantia que se apresentam como meios de financiamento que visam a restituição do crédito concedido e nos quais é o próprio financiador quem adquire o bem, o que efetivamente não será a vontade do legislador uma vez consagrados institutos deste tipo totalmente à disponibilidade das entidades financiadoras.

Concluimos, deste modo, com a vigência do instituto da fraude à lei. A sua aplicação no domínio dos negócios jurídicos é lícita quando os sujeitos procuram torpear uma proibição legal através da utilização de um tipo negocial não proibido.

No negócio celebrado com fraude à lei o que releva para se afirmar a respetiva ilicitude e conseqüente nulidade são os efeitos obtidos. Recorrendo à constituição de uma cláusula de reserva de propriedade, o mutuante aproveita-se da garantia que é atribuída diretamente pelo legislador ao alienante para lograr de um efeito real – a transferência da propriedade para a sua esfera jurídica – que, de outro modo, jamais alcançaria.

Adotando a reconhecida exceção como se de uma regra se tratasse, ele tutela a sua situação jurídica, situação esta totalmente distinta da que a lei arquitetou quer para os contratos de mútuo – regime fraudado – quer para os contratos de alienação – regime fraudatório.

Note-se que o instituto típico que lhe é destinado seria o da hipoteca. Instituto que proíbe expressamente a celebração de pactos comissórios de acordo com os quais o credor faça sua a coisa hipotecada, nos termos do art. 694º. Regra que o mutuante defrauda completamente ao fazer uso da reserva de propriedade.

Na prossecução do seu intuito, o mutuante regista ainda a cláusula de reserva de propriedade a seu favor, tornando toda a situação atípica integralmente eficaz através de meios legais.

O negócio em fraude à lei distingue-se por um elemento objetivo cuja presença é indispensável à sua caracterização e que se verifica no caso objeto do presente trabalho, a estipulação da cláusula de reserva de domínio a favor da entidade financiadora, terceira no contrato de alienação, é idónea a alcançar um resultado análogo ao previsto legalmente para uma situação jurídica autónoma e claramente distinta.

Esta é uma garantia desproporcionada para o mutuante na medida em que o seu carácter absoluto não se compagina com a posição que este deve assumir perante os restantes credores do comprador em sede executiva. Logo, afirma-se como ilegítima a prioridade dela resultante visto que o crédito em causa não seria *ab initio* parte



independente da massa de bens do comprador, desrespeitando-se assim o princípio da igualdade dos credores.

Resulta de toda a argumentação empregue a defesa da inadmissibilidade da cláusula de reserva de propriedade constituída a favor do financiador, constituindo a sua estipulação uma nulidade nos termos do art. 294°.

Não produzindo qualquer efeito, titula o comprador o direito de propriedade sobre o bem adquirido desde o momento da celebração do contrato de compra e venda de acordo com a regra enunciada no art. 408°.

Esta apresenta-se como a única orientação passível de afirmar o total respeito pela ordem normativa que o nosso legislador edificou, não descurando assim os princípios básicos do Direito e, inclusive, o bem comum que é a Justiça.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, J. O., 2000. *Direito Civil. Reais.* 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAMPOS, I. M., 2003. *Da Hipoteca. Caracterização, Constituição e Efeitos.* Coimbra: Almedina.
- CAMPOS, I. M., 2009. *Contributo para o estudo da reserva de propriedade. Em especial a reserva de propriedade a favor do financiador.* Coimbra: s.n.
- CORDEIRO, A. M., 1993. *Direitos Reais.* Lisboa: LEX.
- CORREIA, A. F., 2000. *Lições de Direito Internacional Privado.* Lisboa: Almedina.
- COSTA, M. J. d. A., 1992. *Cláusulas de Inalienabilidade.* Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, M. J. d. A., 1998. *Direito das Obrigações.* 7ª ed. Coimbra: Almedina.
- CURA, A. A. V., 1991. Fiducia cum Creditore. *Boletim da Universidade de Direito*, p. 148.
- FERNANDES, L. A. C., 2007. *Teoria Geral do Direito Civil.* 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FERNANDES, L. A. C., 2009. *Lições de Direitos Reais.* 6ª ed. Lisboa: Quid Juris.
- GOMES, J. M. V., 2004. Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano. *Cadernos de Direito Privado nº8*, Outubro/Dezembro, pp. 57-72.
- GOMES, M. J., 2000. *Assunção Fidejussória de Dívida; sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador.* Coimbra: Almedina.
- JUSTO, A. S., 1997. Direito Privado Romano - Direitos Reais. *Boletim da faculdade de Direito - Studia Iuridica 26*, Volume III, pp. 9-13.
- JUSTO, A. S., 2006. Direito Privado Romano. *Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica 76*, Volume II (Direito das Obrigações), pp. 39, 49, 60-63, 174-175.
- JUSTO, A. S., 2006. *Introdução ao Estudo do Direito.* 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- JUSTO, A. S., 2009. *Direitos Reais.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEITÃO, L. M. T. d. M., 2010. *Direito das Obrigações.* 7ª ed. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. d. M., 2012. *Garantia das Obrigações.* 4ª ed. Coimbra: Almedina.

- LIMA, V. & PIRES, A., s.d. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINEZ, P. R. & PONTE, P. F., 2006. *Garantias de Cumprimento*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R., 2010. *Direitos das Obrigações - Parte Especial. Contratos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, A. F. d. G., 2007. *Contratos de Crédito ao Consumo*. Coimbra: Almedina.
- PERALTA, A. M., 1990. *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*. Coimbra: Almedina.
- PINHEIRO, L. L., 1988. *A Cláusula de Reserva de Propriedade*. Coimbra: Almedina.
- PRATA, A., 2006. *Dicionário Jurídico*. 5ª ed. Lisboa: Almedina.
- VARELA, J. d. M. A., 1997. *Das Obrigações em Geral*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.
- VARELA, J. d. M. A., 2000. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R., 1983. 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; obrigação de entregar a coisa. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 608-611.