

Universidades Lusíada

Rodrigues, Cristina Isabel Moreira

A reserva de propriedade no contrato de mútuo e na cessão de quotas

<http://hdl.handle.net/11067/4456>

Metadata

Issue Date 2018

Abstract Resumo: Na sociedade de consumo em que vivemos, atualmente, é incontestável a importância e complexidade que a compra e venda tem para a atividade económica. Bem como o facto de o referido contrato e toda a sua regulamentação servirem de trave-mestra dos contratos onerosos, atribuindo-lhes uma importância e supremacia tal, que se impõe uma análise deste regime. Com esta dissertação pretende-se analisar a irrefutável relevância jurídicoeconómica do contrato de compra onde lhe é aposta uma cláu...

Abstract: Within the consumer society in which we currently live, the importance and complexity of buying and selling for economic activity is undeniable. As well as the fact that that contract and all its regulations serve as a guide for onerous contracts, giving it such importance and supremacy that an analysis of that system is required. This dissertation intends to analyze the irrefutable juridical-economic relevance of the purchase contract where a clause of reservation of property is ap...

Keywords Direito, Obrigações (Direito)

Type masterThesis

Peer Reviewed No

Collections [ULP-FD] Dissertações

This page was automatically generated in 2025-04-19T11:30:46Z with information provided by the Repository



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A RESERVA DE PROPRIEDADE
NO CONTRATO DE MÚTUO E NA CESSÃO DE QUOTAS**

Cristina Isabel Moreira Rodrigues

21509793

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor João Paulo Remédio Marques

Porto, 30 de Setembro de 2018

Agradecimentos

Ao Sérgio, em especial! Meu companheiro, meu amigo, meu marido, meu pilar. Pelo amor e apoio incondicional e pelas palavras sábias nos momentos cruciais. Sou muito grata pelo teu incentivo ao longo desta caminhada, pelos abraços quando as forças faltavam, sem nunca cobrares. E por, incessantemente, acreditares em mim!

Ao meu filho João, o meu Amor Maior. Pelo orgulho que tem em mim, pela força que sempre me transmitiu, mesmo perante a minha indisponibilidade ao longo da elaboração desta dissertação e pela sabedoria, carinho e determinação que todos os dias irradia. É por ti. É por ti que luto todos os dias.

Às minhas princesas, Eleanor e Rita, pelo vosso carinho. Quando iniciei esta dissertação, fi-lo com a convicção de que seria um exemplo para vocês. O melhor legado que vos posso deixar é o trabalho, a dedicação, o esforço, a capacidade de resiliência e de sonhar. Persigam os vossos sonhos!

À minha companheira de viagem universitária, minha “segunda” filha, a Carolina. Com quem tanto aprendi, que tanto me desafiou e apoiou. Rimos, choramos, evoluímos. Ensinaste-me mais do que imaginas, vais ficar para sempre. Sem ti não seria possível. Não desta forma.

À minha família, pelas energias positivas que sempre me transmitiram, pelos conselhos e por toda a disponibilidade demonstrada.

Aos meus amigos, colegas de curso, de escritório e professores, que todos os dias tiveram, e têm, algo para me ensinar. De quem tanto absorvi, e continuarei a absorver.

Ao meu Professor e Orientador, o Ilustre Dr. João Paulo Remédio Marques, que está presente na minha vida académica, desde o primeiro ano da licenciatura.

Sou uma privilegiada, estou rodeada pelos melhores.

A vocês, o meu muito Obrigada!

Índice

Agradecimentos	I
Índice.....	II
Resumo.....	IV
Abstract	V
Palavras-chave	VI
Lista de abreviaturas	VII
Introdução	1
1. Compra e venda	5
1.1 Origem	5
1.2 Compra e venda civil	8
1.3 Compra e venda mercantil	12
2. Reserva de Propriedade.....	18
2.1 Noção	19
2.2 Evolução histórica.....	20
2.3 Direito comparado	21
2.4 Função	23
2.5 Requisitos de validade: materiais e formais.....	25
2.6 Efeitos	27
2.7 Risco	29
2.8 Extinção de reserva de propriedade	30
2.9 Incumprimento do contrato.....	32
3. Natureza Jurídica.....	34
3.1 Teorias.....	34
3.2 Posição defendida	37
4. A reserva de propriedade a favor de terceiro	39
4.1 Problemática	39
4.2 Doutrina e jurisprudência.....	42
4.3 Posição adotada.....	51
5. A reserva de propriedade na Cessão de Quotas	57
5.1 Problemática	59
5.2 Doutrina e jurisprudência.....	60
5.3 Posição adotada.....	64

Conclusão	68
Bibliografia	74

Resumo

Na sociedade de consumo em que vivemos, atualmente, é incontestável a importância e complexidade que a compra e venda tem para a atividade económica.

Bem como o facto de o referido contrato e toda a sua regulamentação servirem de trave-mestra dos contratos onerosos, atribuindo-lhes uma importância e supremacia tal, que se impõe uma análise deste regime.

Com esta dissertação pretende-se analisar a irrefutável relevância jurídico-económica do contrato de compra onde lhe é aposta uma cláusula de reserva de propriedade, até ao pagamento integral do preço.

Deste modo iniciaremos com uma abordagem ao instituto da compra e venda, quer na vertente civil, quer na mercantil.

Seguindo-se uma análise ao instituto jurídico da reserva de propriedade, onde iniciamos com a sua noção e evolução histórica, bem como os seus efeitos nos contratos de alienação.

Não podemos, no entanto, deixar de estudar a sua natureza jurídica para que estejamos aptos a concluir qual a *ratio* do *Pactum Reservati Dominii*, ou seja, qual a intenção do legislador ao incluir a possibilidade de recurso à cláusula de reserva de propriedade no ordenamento jurídico português. Tendo em conta que se trata de uma exceção ao princípio da consensualidade, pois não sendo este, um princípio de ordem pública, mas uma mera regra supletiva, é suscetível de ser afastado.

Como iremos verificar, o efeito real na reserva de propriedade, não se transmitirá por mero efeito do contrato, logo, teremos que refletir sobre questões como a sua função, os requisitos de eficácia, a possibilidade de extinção da cláusula, por forma a aferir o seu âmbito de aplicação.

Por fim, e após uma breve análise à compra e venda e um aprofundado estudo do instituto da Reserva de Propriedade, concluiremos da sua admissibilidade de aplicação ao contrato de mútuo e à cessão de quotas, ou não.

Para que possamos responder a esta *vexata quaestio* confrontaremos as posições da doutrina e jurisprudência, onde se analisarão os argumentos apresentados, seguidos da posição por nós adotada, em função do referido estudo.

Abstract

Within the consumer society in which we currently live, the importance and complexity of buying and selling for economic activity is undeniable.

As well as the fact that that contract and all its regulations serve as a guide for onerous contracts, giving it such importance and supremacy that an analysis of that system is required.

This dissertation intends to analyze the irrefutable juridical-economic relevance of the purchase contract where a clause of reservation of property is applied, until full payment of the price.

In this way, we will start with an approach to the buying and selling institute, in the civil and commercial aspects.

Following with an analysis to the juridical institute of the reservation of property, where we begin with its notion and historical evolution, as well as its effects on the contracts of alienation.

However, we cannot fail to study its juridical nature in order to be able to determine what the ratio of the *Pactum Reservati Dominii* is, which is to ask, what is the intention of the legislator to include the possibility of recourse to the property reservation clause in the Portuguese juridical system. Taking into account that this is an exception to the principle of consensuality, since it is not a principle of public policy, but a mere supplementary one, it is susceptible of being rejected.

As we will see, the real effect on the reservation of ownership will not be transmitted by the mere effect of the contract, so we will have to reflect on issues such as its function, the effectiveness requirements, the possibility of extinction of the clause, in order to determine its scope of application.

Finally, after a brief analysis of the purchase and sale contract and an in-depth study of the institute of the Reservation of Property, we will conclude from its admissibility of application to the mutual contract and the assignment of quotas, or not.

So that we can answer this *vexatio quaestio*, we will confront the positions of doctrine and jurisprudence, where we will analyze the presented arguments, followed by the position adopted by us, in function of said study.

Palavras-chave

Adquirente

Alienante

Cessão de quotas

Compra e venda

Comprador

Condição

Direito de propriedade

Domínio

Efeito translativo

Financiador

Garantia

Mútuo

Pactum Reservati Domini

Reserva de propriedade

Risco

Sub-rogação

Transferência de propriedade

Vendedor

Lista de abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CC - Código Civil

CCom – Código Comercial

Cfr. - Conferir

CIRE - Código de Insolvência E Recuperação de Empresas

CPC - Código Processo Civil

CRP - Código do Registo Predial

Proc. - Processo

RdP – Reserva de propriedade

Ss. – Seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ - Supremo Tribunal Justiça

TR - Tribunal da Relação

Introdução

Para que possamos aferir em que contratos se aplicam a cláusula de reserva de propriedade, iremos iniciar o nosso estudo abordando a compra e venda.

Trave-mestra dos contratos onerosos, o regime da jurídico deste importante instituto tem características semelhantes na vertente civil e mercantil.

Os contratos comerciais seguem o regime geral dos contratos, no entanto, têm especificidades decorrentes dos usos e das características que lhe são próprias como a celeridade, simplicidade e celebração em massa. Por conseguinte, no que respeita aos requisitos formais, vigora o princípio da liberdade de forma, como sucede no regime civil, também como consequência da rapidez e simplificação a que o comércio obriga.

Consideram-se contratos comerciais aqueles que forem celebrados no exercício da atividade mercantil, ou seja, os que derivam de atos de comércio. Regendo-se esses acordos através da legislação comercial¹, inseridos no código comercial e em legislação avulsa. Os atos de comércio são todos aqueles *que não forem de natureza exclusivamente civil*², celebrados entre comerciantes ou entre estes e os consumidores, no âmbito de uma atividade profissional organizada e reiterada.

No entanto as relações entre os comerciantes e os consumidores são reguladas, também, pelo direito do consumo, integrado no direito comercial, visando a proteção do consumidor, dado que estes têm *tendência para um consumismo exagerado, por vezes compulsivo, que muitas vezes é aproveitado e até mesmo estimulado pelos comerciantes*. (Pais de Vasconcelos, 2014). Excluindo-se das relações *mercantilistas* as profissões liberais, a agricultura, o artesanato e o setor cooperativo.

A compra e venda civil é o *contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito mediante um preço*³, ou seja, é o acordo de vontades onde a titularidade do direito de propriedade de uma coisa ou direito é transmitida a outrem, contra o pagamento de um preço. O direito transmite-se por mero efeito do contrato⁴, correlacionando-se a obrigação de entregar a coisa e de pagar o preço⁵.

¹ Cfr. art 1º CCom

² Cfr. art 2º e art 230º CCom

³ Cfr. art 874º CC

⁴ Cfr. art 879º a) do CC

⁵ Cfr. art 879º b) e c) do CC

Perante a efetiva relação dos dois regimes para a compra e venda, o legislador teve a preocupação de mencionar, a *título não taxativo* (Menezes Cordeiro, 2001) quais as compras e vendas comerciais e não comerciais.

Em suma, o contrato de compra e venda mercantil é aquele pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, contra o pagamento de um preço, quando praticada por um comerciante no exercício da sua profissão, essencialmente inserido num processo de aquisição para revenda.

Existem a par dos contratos obrigacionais, isto é, dos que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas creditórias, os contratos reais ou com eficácia real, que são aqueles cujos efeitos se reportam à esfera jurídica do direito das coisas.

Pode, no entanto, um contrato ter dupla natureza, a real e a obrigacional, como é o caso típico da compra e venda. Onde a eficácia real ocorre, no momento da celebração do contrato com a transferência da propriedade e os efeitos obrigacionais verificam-se com a obrigação da entrega da coisa e do pagamento do preço.⁶

Diz-nos o código civil no n.º 1 do artigo 408º que, *A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvo as exceções previstas na lei*, ou seja, basta a manifestação da vontade das partes para que o contrato produza os seus efeitos reais, consagrando-se, desta forma, o *princípio da consensualidade*⁷.

Isto significa que os contratos que implicam a constituição ou transmissão de direitos reais sobre coisas certas e determinadas produzem, em regra, por si mesmos essa consequência. Como exclusivo resultado do consenso das partes validamente manifestado e no próprio instante da celebração, sem necessidade de qualquer ato posterior (Almeida Costa, 2013). Isto é, pela simples força do contrato transmite-se um direito real, válido *erga omnes*⁸, bem como se transfere o risco de perda ou deterioração da coisa, que passa de imediato a correr por conta do adquirente, mesmo antes da entrega da coisa.

Terminada a exposição do regime da compra e venda e da sua regra quanto à transmissão da propriedade, iniciaremos o estudo da Reserva de Propriedade de forma a aferir-se as especificidades do regime excecional do *Pactum Reservati Dominii*.

⁶ Cfr. o art 879º do CC, onde se constata como efeitos essenciais do contrato de compra e venda: a transmissão da propriedade da coisa ou a titularidade do direito, a obrigação de entregar a coisa e a obrigação de pagar o preço. Efeitos que não concorrem entre si, mas que são paralelos para a atribuição da eficácia plena ao referido contrato.

⁷ Consagrando o princípio romano de consensus parit proprietatem, que foi “introduzido no nosso direito pelo Código de Seabra que se inspirou no Code Civil francês, influenciado pela Escola Racionalista de Direito Natural”. (Santos Justo, 2012)

⁸ Com ressalva das regras do registo, quanto à oponibilidade a terceiros.

Assim sendo, teremos de nos socorrer de uma breve resenha histórica do instituto para que possamos constatar o momento da sua consagração no nosso ordenamento jurídico e qual a *ratio legis*, ou seja, qual era a intenção do legislador ao prever o recurso a este pacto.

Contudo não podemos deixar de lado as nossas fontes, ou seja, o direito comparado de onde o nosso ordenamento jurídico tanto absorve, assim, iremos apreciar como funciona o pacto de reserva de domínio nas ordens jurídicas estrangeiras.

Mas para que possamos concluir qual a natureza jurídica da reserva de propriedade, necessitaremos de nos imiscuir um pouco mais neste instituto, aferindo quais os seus pressupostos de eficácia, quais os seus efeitos, bem como por conta de quem corre o risco nos contratos de compra e venda com reserva de propriedade.

Senão vejamos, numa compra e venda o risco onera sempre o proprietário, mas se a este contrato concreto convencionarem as partes uma cláusula de reserva de propriedade, significa que até à concretização da condição a transferência da mesma fica suspensa. Ou seja, a propriedade mantém-se no vendedor, devendo, segundo a regra geral, o risco correr por sua conta. Mas será justo? Não será mais correto que pelo facto de o adquirente ter já na sua posse a coisa, o obrigue a cuidar dela tornando-se o responsável pelo seu risco de perecimento, visto que ainda não pagou o preço na sua totalidade, mas já usufrui dela totalmente?

Esta e outras dúvidas se levantam neste regime tão peculiar do nosso Direito, e é com recurso a este estudo que iremos responder a todas elas.

Mais analisaremos em relação à resolução contratual, onde, em regra, numa compra e venda a prestações com entrega da coisa, ao vendedor está vedada a faculdade de resolução do contrato por falta de pagamento do preço. No entanto, como verdadeiro regime de exceção que é, neste instituto tal não se verifica.

Deste modo, se o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço o vendedor pode resolver o contrato, verificadas determinadas condições, graças à cláusula de reserva de propriedade, caso contrário, somente poderia exigir o pagamento do preço não resolvendo o contrato. O que nos permite concluir que o vendedor/credor fica numa posição privilegiada.

Com a pesquisa pormenorizada do regime jurídico da reserva de propriedade, ser-nos-á possível concluir qual a sua natureza jurídica.

Terminada a abordagem à compra e venda, e a análise ao regime da reserva de propriedade, iremos tentar perceber qual a sua aplicabilidade para além da típica compra e venda a prestações.

Como sabemos a reserva de propriedade é aplicável a quaisquer negócios jurídicos com efeito real, e permite a aposição da cláusula nos contratos de alienação, em benefício do alienante, no entanto cabe-nos saber se é possível a sua aplicação a outros contratos.

De forma a concluir a problemática alvo deste estudo, começamos pela tão já conhecida convenção de reserva de domínio nos contratos de mútuo que financiam uma compra e venda.

Distinguem-se na doutrina e na jurisprudência nacionais posições a favor e contra a admissibilidade da utilização a reserva de propriedade pelo financiador. Não se verificando uma solução unívoca, este estudo pretende confirmar a crescente tendência de inadmissibilidade da cláusula a favor do financiador. Assim sendo, pretendemos analisar as duas posições, para que possamos concluir qual a posição jurídica do financiador, num contrato de compra e venda com financiamento de terceiro.

Por fim, iremos aferir da possibilidade de nos contratos de cessão de quotas ser admissível o recurso à reserva de titularidade do direito real de propriedade.

Neste contexto a problemática surge com a dificuldade de classificar a quota como uma coisa ou um direito.

Se a entendermos como uma coisa, ainda que incorpórea, poderá ser objeto do direito de propriedade?

Mas mais dúvidas se afiguram neste tema, como por exemplo, quem ocupa a posição de sócio na pendência do *pactum*? Quem tem direito de voto? Quais os direitos e obrigações do cedente e do cessionário?

Em suma, para que possamos responder a todas as questões suscitadas teremos que nos debruçar sobre os temas elencados, afim de nos encontrarmos habilitados a dissipar as dúvidas e capazes de sustentar uma posição.

1. Compra e venda

Não conseguiríamos estudar o objeto desta dissertação, sem fazermos o enquadramento dos institutos que servem de matriz à nossa *vexatio quaestio*.

Deste modo, antes de aprofundarmos a análise do instituto da reserva de propriedade impõem-se uma breve abordagem à compra e venda como expoente máximo dos contratos de alienação.

1.1 Origem

A origem da compra e venda é remota e difícil de definir.

Para alguns autores a compra e venda iniciou-se na era romana com as compras de abastecimento militar do Estado romano a particulares. Antes de partirem, o Estado precisava de munir-se de mantimentos para alimentar os seus soldados, sendo que para tal se socorria do cultivo do seu povo para adquirir as provisões necessárias para a investida.

Para outros, terá surgido no âmbito do *ius gentium*, quando o pretor disciplinou as relações entre os romanos e os estrangeiros. Ou seja, os transeuntes que passavam por terras romanas comercializavam o excedente dos seus produtos, e é dessa relação entre os povos que poderá ter nascido a compra e venda.

No entanto, há um elemento preponderante a não esquecer: a cunhagem da moeda. Pois, até então, as relações comerciais existentes não eram verdadeiras compras e vendas, dado que não havia valor dos produtos.

Assim, quem caçasse mais carne do que o que necessitava para si e sua família, permutava o excesso, com quem tivesse pescado mais do que o necessário, no entanto, algumas mercadorias, dada a sua escassez, passavam a ser mais procuradas que outras assumindo a função de mercadoria-moeda.

Mas só no século VII a.C. é que surgem as primeiras moedas com características similares às de hoje. Da cunhagem do metal surgiu a moeda que permitia o pagamento de um preço pelo produto, elemento essencial da compra e venda.

Ou seja, a origem do contrato de compra e venda está intrinsecamente ligada ao aparecimento do dinheiro, surgindo primeiro em troços de cobre e só posteriormente em moeda cunhada.

Deste modo o tráfego mercantil aumentou tornando o *mercado económico num tráfego de massas, protagonizado por sujeitos cuja atividade profissional consiste na prática seriada de atos homogéneos*. (Remédio Marques, 1995) Originando a que, com uma organização bem definida e estruturada, se constituíssem as primeiras empresas.

Portanto, urgiu a necessidade de uma tutela adequada, submetendo estes atos a uma legislação especial – o direito comercial – distinto do direito civil.

Inicialmente apenas se destrinçava o direito público do privado. Roma não conhecia um direito mercantil como ramo, distinto e separado do direito privado comum (*ius civile*)⁹, estando este direito intimamente ligado às corporações de mercadores que se organizavam para melhor defesa dos interesses da classe.

Sendo fundamento substancial do direito comercial a forma de atividade organizada que surge no âmbito do comércio, assumindo particular significado o risco e a rentabilidade. Verifica-se assim uma conexão entre o direito comercial e o capitalismo, dado que a *empresa é a forma de organização característica do sistema económico*. (Remédio Marques, 1995)

Da evolução das relações comerciais e da empresa, *como célula organizativa do mercado dos fatores de produção* (Remédio Marques, 1995), torna-se evidente a necessidade de regulamentação.

O direito comercial como forma de regulamentação da compra e venda, surgiu na época medieval - sec. XII – em Itália, pois sendo uma época em que o poder político era fraco verificou-se um forte ressurgimento do comércio (Coutinho de Abreu, 2016).

O *Code de Commerce* de 1807 marca o início das codificações comerciais, influenciando outros países, como sucedeu conosco.

Assim, em 1833 surge o primeiro código comercial português, mais conhecido pelo nome do seu autor, *Código Ferreira Borges*, sendo revisto em 1888 por uma equipa liderada por Veiga Beirão, estando, desde então, em vigor o *Código Veiga Beirão*. Que tem por objeto a regulação de atos de comércio, sejam comerciantes ou não, os seus intervenientes.

Tendo em conta a plurilocalização das relações comerciais e a pretensão de se considerarem competentes para regular os conflitos tornou-se necessário a unificação dos elementos de conexão que nas normas de conflito dos ordenamentos jurídicos nacionais se elegem determinantes para atribuição de competência. Para tal contribuíram a Convenção

⁹ URIA, Rodrigo, Derecho mercantil (1999) Madrid:Marcial pons Ediciones “entre otras razones porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar esse Derecho a las necesidades del tráfico comercial.”

de Haia de 1986 sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional, a convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias e os Incoterms¹⁰.

Fontes essas ao qual o Estado português, por força do artigo 8º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, se vincula apenas condicionado ao facto de a sua eficácia depender de publicação oficial, desde que regularmente ratificadas e aprovadas.

Com a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia em 1986, encetou-se um processo de integração, que comportou a inclusão de um vasto leque de normas, entre elas o Tratado de Roma, resultado da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Com vista à harmonização de legislação mercantil internacional existe já uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um direito europeu comum da compra e venda.

Como principal fonte interna surge a Constituição da República Portuguesa, que regula a economia de mercado, ou seja, no capítulo dos *direitos económicos sociais e culturais* distingue os direitos económicos caracterizadores do sistema capitalista. Prevendo no seu artigo 62º o direito à propriedade privada, nele incluindo o direito de liberdade de empresa e a propriedade industrial, ou no seu artigo 80º os princípios fundamentais da organização económico-social como por exemplo a livre iniciativa.

Após a entrada em vigor do código comercial em 1888, rapidamente se sentiu necessidade de elaborar legislação avulsa, que *progressivamente completou o direito comercial originariamente aí contido*. (Remédio Marques, 1995)

Assim sendo, são diversas as leis avulsas como por exemplo, o diploma sobre os contratos de seguro ou sobre os contratos bancários, bem como o código das sociedades comerciais ou o código do mercado de valores mobiliários. A resolução de conflitos mercantis socorre-se de legislação diversa, desde convenções internacionais a regulamentos da união europeia, desde leis internas a regulamentos, e até aos usos comerciais¹¹, sem esquecer a doutrina e jurisprudência.

Apurando-se que compra e venda está, atualmente, fortemente tutelada.

¹⁰ Termos internacionais de comércio, onde se regulam os deveres e obrigações do exportador e importador. Partindo da interpretação precisa dos termos utilizados nos contratos de compra e venda, pretendem promover a harmonia nos negócios internacionais.

¹¹ Previstos nos arts 232º, 382º e 399º do CCom

1.2 Compra e venda civil

O código civil português define-a como *o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*.¹²

Produzindo efeitos reais, porque transfere a propriedade por mero efeito do contrato, e efeitos obrigacionais, porque gera obrigações para ambas as partes – a obrigação de entregar a coisa e a obrigação de pagar o preço – os chamados efeitos essenciais.¹³

O contrato é composto por três elementos: o acordo, o objeto e o preço. Quanto ao acordo, estamos perante uma manifestação de duas vontades, fonte de constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos. Existindo acordo quando há manifestação de *duas ou mais vontades, com conteúdos diversos, prosseguindo distintos interesses e fins, mas que se ajustam reciprocamente para a produção de um resultado unitário*. (Almeida Costa, 2013)

Relativamente ao objeto, este é constituído por coisa ou direito. A coisa pode ser corpórea e não corpórea, e o direito pode ser real ou de crédito.

Quanto ao preço deve ser prestado em dinheiro e não em espécie, pois caso contrário estaríamos perante uma permuta.

Carateriza-se a compra e venda como um contrato real porque transmite a propriedade, só por si, e obrigacional porque cria obrigações para as duas partes: do vendedor entregar a coisa e do comprador pagar o preço. Consensual, porque basta o acordo de vontade para que o contrato seja perfeito¹⁴. Bilateral ou sinalagmático, porque cria obrigações recíprocas, configurando o sinalagma de entregar a coisa vendida e de pagar o preço. Oneroso, visto que existe um nexo entre as atribuições patrimoniais das partes, onde ambos retiram vantagens, mas pagam-nas. Comutativo, dado que as atribuições patrimoniais são certas para cada uma das partes, pois conhecem a sua prestação e a contraprestação. E, instantâneo, já que a sua execução é imediata.

Quando o objeto da compra e venda é um bem imóvel, esta só é válida se for celebrada *por escritura pública ou documento particular autenticado*¹⁵, devendo este formalismo ao facto de, por regra, estarmos perante a alienação de bens cujos valores normalmente são elevados, tornando necessária a forte ponderação sobre as condições de

¹² Cfr. art 874º CC

¹³ Cfr. art 879º CC

¹⁴ Com exceção da compra e venda de imóveis, onde se exige o formalismo da escritura pública ou do documento particular autenticado.

¹⁵ Cfr. art 875º CC

venda. Para além da certeza, a obrigatoriedade de forma visa a segurança do comércio jurídico por forma a evitar os litígios que afetam a alienação.

Sinónimo da liberdade negocial e da autonomia privada, aos particulares é permitida liberdade para regular os seus interesses, uma *faculdade de autorregulamentação exprime-se no princípio da liberdade contratual* (Almeida Costa, 2013). Ou seja, dentro dos limites da lei as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos,¹⁶ desde que não contrariem preceitos imperativos.

Há, no entanto, algumas espécies de compra e venda que são proibidas: a venda de coisa alheia, a venda de pais a filhos e de avós a netos, a venda de bens do incapaz aos seus pais tutores, tutor ou curador, a venda entre cônjuges, a venda de coisa ou direito litigioso, e a compra de bens da massa insolvente pelo administrador de insolvência.

A venda de bens alheios é nula¹⁷, pois não pode vender quem não é proprietário do bem ou do direito que pretende alienar. Relativamente à venda de pais a filhos e de avós a netos, esta é anulável¹⁸ por forma a evitar uma simulação, difícil de provar, evitando que se prejudique a legítima dos outros descendentes, salvo se os outros filhos ou outros netos o consentirem. Quanto à venda de bens do incapaz, é também anulável se não for autorizada pelo Ministério público, dado que se pretende tutelar os bens do incapaz em benefício de terceiros. No que se refere à venda entre cônjuges, esta é nula¹⁹ para evitar que, de forma indireta, se altere as condições do regime de casamento escolhido pelos dois, pois facilmente poderia o estatuto de bem próprio ser alterado para comum ou vice-versa. O que violaria o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais. No que diz respeito a venda de coisa ou direito litigioso, pretende-se evitar que juízes, magistrados do ministério publico, funcionários de justiça, mandatários judiciais ou auxiliares da justiça que tenham intervindo no processo, ou através de interposta pessoa, possam adquirir um bem por baixo preço a pretexto da sua influência no processo. Devendo a venda considerar-se nula, embora o comprador não possa invocar a nulidade.²⁰ Por último, a compra de bens da massa insolvente pelo administrador de insolvência é proibida pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas²¹, constituindo fundamento da sua destituição, obrigando-o a restituir o bem sem que seja ressarcido da prestação que efetuou.

¹⁶ Cfr. art 405º CC

¹⁷ Cfr. art 892º CC

¹⁸ Cfr. art 877º/2 CC

¹⁹ Cfr. art 1714º e 294º CC

²⁰ Cfr. art 876º CC

²¹ Cfr. art 168º CIRE

A compra e venda produz três efeitos essenciais: a transferência da propriedade ou da titularidade do direito, a obrigação de o vendedor entregar a coisa e do comprador pagar o preço.

Quanto à transferência da propriedade, esta *dá-se por mero efeito do contrato*²², ou seja, os efeitos reais verificam-se com o mero acordo de vontades. Sendo bastante para a sua eficácia a celebração do mesmo, havendo, no entanto, exceções previstas na lei, como é o caso dos bens sujeitos a registo²³ ou da venda com reserva de propriedade²⁴.

Relativamente à obrigação de o vendedor entregar a coisa o código civil determina que esta deve ser entregue *no estado em que se encontrava ao tempo da venda*²⁵, devendo o vendedor proceder às diligências necessárias à manutenção das suas qualidades. Logo, sendo a coisa específica, e se esta se deteriorar entre o momento da venda e o da entrega, presume-se que o vendedor é responsável pelo incumprimento dessa obrigação²⁶. Podendo esta ser material, em regra quando é relativo a bens móveis, ou simbólica, quando relativo a bens imóveis, e uma vez cumprida a obrigação, a coisa fica na posse do comprador²⁷. A obrigação de entrega da coisa abarca também as partes integrantes e os documentos a ela relativos.

Quanto ao tempo, ou melhor, ao momento da entrega da coisa, se as partes nada disserem, o comprador pode exigir a entrega da coisa a todo o tempo, bem como o vendedor pode, a qualquer momento, proceder à sua entrega. Mas, se as partes fixarem um prazo certo, o vendedor deve entregar a coisa até ao fim desse prazo, sob pena de incorrer em mora, no entanto, pode antecipar a entrega pois o prazo presume-se que foi fixado em seu benefício. Esta obrigação de entregar a coisa está sujeita ao prazo ordinário de prescrição de vinte anos²⁸.

Quanto ao lugar da entrega da coisa, temos que destringir entre coisas móveis e imóveis. A móvel deverá ser entregue no local em que vier a ser produzida, ou no sítio em que se encontrava à data da conclusão do negócio²⁹. A imóvel deverá ser entregue no local onde se encontra, exceto se as partes convencionarem uma entrega simbólica e nesse caso, será no domicílio do vendedor³⁰.

²² Cfr. art. 408º CC

²³ Cfr. art 5º CRPredial

²⁴ Cfr. art 409º CC

²⁵ Cfr. art 882º CC

²⁶ Cfr. art 918º CC

²⁷ Cfr. art 1263º b) CC

²⁸ Cfr. art 309º CC

²⁹ Cfr. art 773º CC

³⁰ Cfr. art 772º CC

Se o vendedor não cumprir a obrigação de entrega da coisa, o comprador pode intentar uma ação de cumprimento³¹, bem como pode requerer que a entrega lhe seja feita, por recurso ao instituto da execução específica³², caso a coisa seja determinada, porém terá de o indemnizar pelos danos causados. E se ainda assim, este não entregar, pode o comprador resolver o contrato. No entanto, se o comprador não aceitar a entrega da coisa vendida o vendedor pode recorrer à consignação em depósito.³³

Dada a sinalagmaticidade do contrato de compra e venda, à obrigação de entregar a coisa, corresponde a obrigação de pagar o preço, sendo esta obrigação pecuniária e correspondendo a um direito de crédito do vendedor. Este ónus deve ser cumprido em dinheiro, caso contrário não estaremos perante uma compra e venda, mas perante uma permuta ou um contrato inominado.

O preço não precisa ser determinado *ab initio*, basta que seja determinável, caso não o façam existem critérios pré-estabelecidos no artigo 883º do código civil, e na ausência destes, o preço será determinado, segundo juízos de equidade, pelo Tribunal.

Quanto ao momento e lugar do pagamento do preço, este *deve ser pago no momento e no lugar da coisa vendida*.³⁴

Apesar de relacionadas, a obrigação de entrega da coisa e de pagamento do preço, são autónomas, logo, se o comprador atrasar o levantamento da coisa não tem legitimidade para não pagar o preço na data acordada. Caso a entrega seja faseada, o pagamento do preço deve ser coincidente com a última entrega, exceto se o oposto for acordado entre as partes.

Relativamente ao risco, a regra é a de que onera o proprietário, fazendo jus ao princípio romano *res perit domino*³⁵.

Quanto à compra e venda sujeita a condição resolutiva ou suspensiva, na primeira responde o comprador porque a propriedade lhe pertence, enquanto não se verificar a condição, e na última responde o vendedor, porque a propriedade não se transferiu na pendência da condição. Contudo, se a coisa se mantém em poder do vendedor por ter constituído termo a seu favor, o risco onera-o, verificando-se assim uma exceção à regra

³¹ Cfr. art 817º e ss CC

³² Cfr. art 827º CC

³³ Cfr. art 841º e ss CC

³⁴ Cfr. art 885º/2 CC

³⁵ Significa que a coisa morre para o senhor, ou seja, para o dono/proprietário.

geral. Consagrando-se mais um princípio romano, *ubi commodum, ibi incommodum*³⁶, contudo, se o comprador se encontrar em mora o risco não deixa de o onerar.

Em caso de incumprimento da obrigação de pagar o preço, quando o vendedor já cumpriu a entrega da coisa vendida, existe um regime específico que não permite a resolução do contrato.³⁷ Isto é, a mora do comprador não se transforma em incumprimento definitivo da obrigação, caso o vendedor perca o interesse na prestação ou esta não seja prestada no prazo acordado,³⁸ e, consequentemente, o vendedor não pode resolver o contrato. O que o legislador pretende no artigo 886º do código civil é manter a compra e venda, promover o comércio jurídico e evitar que a transmissão da propriedade pudesse ser facilmente revertida, restando ao vendedor intentar uma ação para cumprimento da obrigação,³⁹ acrescido dos respetivos juros *a contar da data da constituição em mora*.⁴⁰

No entanto, quando ao contrato de alienação for convencionada uma cláusula de reserva de propriedade, a resolução contratual já é permitida, surgindo como exceção ao preceituado no artigo 886º.⁴¹

1.3 Compra e venda mercantil

Tendo em conta o exponencial crescimento da economia global, encontramos como figura de topo deste desenvolvimento, os contratos de compra e venda celebrados, merecedores de uma tutela especial.

Desta forma, e após a análise do regime jurídico civil, urge analisar o mercantilístico, por serem neste âmbito onde os contratos de compra e venda com reserva de propriedade são maioritariamente celebrados.

A principal distinção entre a compra e venda civil e a mercantil é o lucro. Podemos afirmar que a compra e venda mercantil é o *contrato pelo qual alguém transmite a propriedade de uma coisa a outrem, mediante um preço, acrescido dos requisitos previstos nos artigos 463º a 464º do Código Comercial, ao qual subjaz um intuito de lucro* (Engrácia Antunes, 2015).

³⁶ Significa que aquele que recolher o benefício de uma situação terá que suportar os prejuízos que dessa situação resultarem.

³⁷ Cfr. art 886º CC

³⁸ Cfr. art 808º CC

³⁹ Cfr. art 817º CC

⁴⁰ Cfr. art 806º CC

⁴¹ Todas as referências a preceitos legais, sem que expressamente se mencione o diploma a que se refere, são relativas ao Código Civil Português.

Tipificada que está na legislação comercial a compra e venda mercantil, conseguimos aferir que a finalidade não é o uso doméstico, privado, mas sim o lucro resultante da revenda.

Podendo o lucro ser do vendedor que adquiriu para revender ou do comprador que comprou para revender. E não deixa de ser comercial pelo facto de a outra parte ter ou não conhecimento desse intuito.

Estão também previstas as compras e vendas não comerciais⁴², traduzindo-se numa interpretação *a contrario sensu* das mercantis. Ou seja, o código consagra as situações que, apesar de celebradas por comerciantes, não o fazem no exercício da sua atividade, nem visando a revenda ou o lucro. Bem como as vendas relativas ao artesanato, agricultura ou pecuária.

Existem ainda modalidades especiais de compra e venda, detentoras de um regime característico e expressamente previstas tanto no Código Civil como no Código Comercial. São elas: a compra e venda para pessoa a nomear, compra e venda de bens futuros, alheios e incertos, a compra e venda sobre amostra, a compra e venda a contento e a compra e venda por conta, peso e medida.

Outras há, que embora não referidas na legislação comercial, mas previstas na lei civil, são utilizadas na contratação mercantil, sendo de natureza subjetivamente comercial, como é o caso da venda a prestações, vendas à distância, vendas automáticas, entre outras.

Os contratos de compra e venda comercial possuem características próprias, e consequentemente, com desvios ao regime civilístico.

A obrigação comercial, é a *relação jurídico-comercial em virtude da qual uma pessoa pode exigir de outra a realização de uma prestação* (Engrácia Antunes, 2015). Consagrando as obrigações emergentes de um contrato de natureza mercantil três características específicas: a solidariedade passiva das obrigações mercantis, a onerosidade e a prescrição das mesmas.

Quanto à solidariedade passiva, está consagrado no código comercial que *nas obrigações comerciais os co-obrigados são solidários*⁴³, contrapondo-se ao regime civil aplicável às obrigações plurais, que é o da conjunção⁴⁴. Tendo natureza supletiva, ou seja, nada impede que as partes convencionem o regime da conjunção, onde cada um responde somente perante a sua parte do crédito.

⁴² Cfr. art. 464º CCom

⁴³ Cfr. art. 100º CCom

⁴⁴ Cfr. art. 513º CC, por interpretação *a contrario sensu*

No entanto, situações há, em que o legislador impõe imperativamente o regime da solidariedade passiva, como no caso da responsabilidade solidária do fiador e do afiançado de uma obrigação comercial⁴⁵. Onde, existindo pluralidade de devedores de uma obrigação comercial, a parte credora tem a faculdade de exigir de qualquer um dos devedores a prestação integral da dívida, desonerando os restantes co-devedores do cumprimento da obrigação⁴⁶ perante o credor comum.

Deste modo, no regime civil a principal preocupação do legislador foi proteger os devedores⁴⁷, no mercantil o alvo de proteção é o credor, premiando a tutela do crédito e assegurando as garantias de cumprimento dos devedores face ao credor. Fazendo, desta forma, jus ao princípio *favor creditoris*⁴⁸.

Mas este regime, apenas tem aplicação na solidariedade passiva, ou seja, perante uma pluralidade de credores, aplicar-se-á o regime da conjunção.

Quando as obrigações resultam de contratos mistos ou unilateralmente comerciais, o regime que vigora é o da conjunção, relativamente à parte de natureza não comercial do contrato.

Outra das características é a onerosidade das obrigações comerciais, onde a uma obrigação patrimonial corresponde uma contrapartida da outra parte. E sendo a atividade comercial destinada ao lucro nenhuma obrigação é contraída sem a respetiva contraprestação.

Oposto também ao regime civilístico, que tem por regra a liberdade de escolha da onerosidade ou gratuitidade entre as partes, no regime mercantil aflora a não gratuitidade dos negócios e atos comerciais, como se constata pelos contratos de mandato e depósitos mercantis ao presumirem-se onerosos⁴⁹, bem como no contrato de empréstimo mercantil que é sempre remunerado.

Desta forma, encontramos plasmado no artigo 102º do código comercial, as regras em relação ao decurso e contagem dos juros relativos às obrigações comerciais. O juro é o rendimento de uma obrigação que se vence pelo decurso do tempo. Podem ser legais ou convencionais, ou seja, por imposição legal ou estabelecido pelas partes, remuneratórios ou moratórios, quando devidos como remuneração de capital ou quando imputáveis em caso

⁴⁵ Cfr. art. 101º CCom

⁴⁶ Não obstante a possibilidade de exercer direito de regresso sobre os co-devedores.

⁴⁷ Plasmando a proteção do consumidor.

⁴⁸ Princípio que prevê uma causa favorável ao credor, protegendo a sua posição em detrimento da do devedor.

⁴⁹ Cfr. art. 232º e 404º CCom

de mora do devedor e, por último, podem ser antecipados ou postecipados, quando pagos antes ou no termo do período legal.

Por fim, quanto à prescrição, estamos também perante um regime específico e diferenciado do civil. Onde distinguimos os atos unilateral dos bilateralmente comerciais.

Quanto aos primeiros, diz-nos o código civil no seu artigo 317º alínea b), que a prescrição presuntiva é de dois anos relativamente a *créditos dos comerciantes pelos objetos vendidos a quem não seja comerciante ou os não destine ao seu comércio*, ou seja, os contratos de compra e venda mercantil celebrado entre empresários e particulares e celebrado entre empresários que adquiram o bem para fins particulares. Protegendo desta forma o devedor, por se achar a parte mais frágil, visto que o comerciante supostamente possui de meios mais eficazes de cobrança dos créditos.

Relativamente aos celebrados entre comerciais, ou seja, em conexão com a sua atividade profissional, o legislador pretende proteger o credor aplicando-lhe o prazo prescricional geral, de vinte⁵⁰ e de cinco⁵¹ anos, consoante o objeto do contrato. Nesta situação estão ambos em igualdade de circunstâncias, consequentemente, protege-se o credor, visto que é o devedor que não está a cumprir a sua obrigação, tutelando desta forma o tráfico mercantil.

Tal como no âmbito civilístico, os efeitos essenciais do negócio são a transferência da titularidade do direito real de propriedade, a entrega da coisa e o pagamento do preço.

Todavia, no domínio comercial, verificam-se algumas especificidades, como sucede em relação à obrigação de pagamento do preço, da entrega da coisa, do incumprimento e dos efeitos sobre terceiros.

Relativamente ao preço, um dos elementos essenciais do contrato, pode este ser determinado *ab initio* ou determinável, socorrendo-se de um critério pré-estabelecido ou previsto por terceiro. A grande diferença entre este instituto e o civil⁵², quanto a esta questão, prende-se com o facto de a sua exclusão ou falta de menção, consubstancia a inexistência do contrato, não produzindo este qualquer efeito.⁵³

Quanto ao prazo de entrega da coisa, e tendo em vista a celeridade e segurança do comércio, estabeleceram-se regras distintas do civil, em caso de falha da entrega da coisa ao comprador este deve interpelar o vendedor para o fazer⁵⁴. Neste regime, distinguem-se

⁵⁰ Cfr. art. 309º CC

⁵¹ Cfr. art. 310º CC

⁵² No qual, em última instância, é aquele que o tribunal fixar – Cfr. art. 883º n.º1 CC

⁵³ Cfr. art. 466º § único CCom

⁵⁴ Cfr. art. 771º/1 e 882º CC

as coisas compradas à vista, que devem ser entregues no prazo máximo de 24 horas, das que não se fez à vista, onde não havendo menção do prazo de entrega, poderá o comprador fixá-lo judicialmente.⁵⁵ Mas, se a venda for celebrada em feira ou mercado, aquela obrigação deve ser cumprida no próprio dia, ou, em última instância no dia seguinte. Ficando o contrato sem efeito, se o prazo para cumprimento da obrigação expirar e nenhum dos contraentes tenha exigido o seu cumprimento, o que significa que *qualquer sinal passado ficará pertencendo a quem o tiver recebido*⁵⁶.

No que concerne ao cumprimento deparamo-nos também com algumas especificidades, nomeadamente, em caso de insolvência e de falta de pagamento do preço. Pois se ficar convencionado que o vendedor tem que entregar a coisa antes de receber o preço, e se o comprador for declarado insolvente, na pendência das contraprestações, este fica exonerado da sua obrigação, ou seja, da entrega da coisa. Ao contrário do regime civil, onde para ficar liberto da sua obrigação tem que prestar uma caução. Ou seja, no regime mercantil após a celebração do contrato e antes das contraprestações, se uma das partes for declarada insolvente, à outra não exigida a sua prestação, enquanto no regime civil, apenas ficaria desonerado da prestação, caso prestasse caução.

Relativamente à falta de pagamento do preço, o regime comercial permite que o vendedor possa colocar em depósito a coisa móvel vendida por conta do comprador⁵⁷, ou revendê-la⁵⁸. Contrapondo-se ao regime civil, onde o vendedor apenas pode resolver o contrato, em caso de convenção⁵⁹.

Finalmente, quanto aos efeitos sobre terceiros, o código civil no artigo 1301º, que tem como epígrafe *coisa comprada a comerciante*, prevê especificamente que quem exigir do comprador de boa-fé a coisa por este adquirida a um empresário, no exercício da sua atividade, fica obrigado a devolver-lhe o preço por este pago, apesar de ter direito de regresso sobre o comerciante.

Pretende-se assim, proteger a aparência no comércio, onde nas compras e vendas subjetivamente mercantis, se presume que o vendedor é o titular do direito de propriedade do bem alienado. Caso não o seja, não estamos perante uma venda de coisa alheia, tutelando-se de forma distinta o negócio jurídico celebrado, onde o verdadeiro proprietário

⁵⁵ Cfr. art. 473º e § único do mesmo artigo CCom

⁵⁶ Cfr. art. 475º e § único do mesmo artigo CCom

⁵⁷ Livrando o devedor da obrigação nos termos do art. 841º CC

⁵⁸ Cfr. art. 474º § 1 e § 2 CCom

⁵⁹ Cfr. art. 886º CC

paga o preço pago pelo comprador de boa-fé, readquirindo o bem e, posteriormente, exerce o seu direito de regresso sobre o vendedor inicial.

Analisemos agora, o regime especial de resolução por incumprimento da obrigação de pagar o preço de mercadorias ocorrido antes da entrega ou no momento desta.

No caso dos contratos de compra e venda em que as mercadorias não são entregues de imediato e se convencionou o pagamento do preço para momento anterior ao da entrega, e ocorra incumprimento no pagamento do preço, a lei prevê que o vendedor não fique obrigado à sua entrega, enquanto não receber o preço⁶⁰.

Permitindo ao vendedor optar entre depositar a coisa por conta do comprador, liberando o credor de cuidar da conservação da coisa, tendo o efeito igual ao de entrega da coisa, ou de a revender em hasta pública.

No regime supletivo civil, o alienante após a celebração do contrato e entrega da coisa já não pode resolver o contrato, exceto se o tiver previamente convencionado. No regime mercantil, a regra é a da resolução contratual até à entrega, acrescentando que o vendedor tem que vender o bem, nos termos do artigo 474º do código comercial e receber a diferença. Demonstrando, desta forma, que o contrato só com a entrega se torna definitivo, no caso de o preço não ter sido imediatamente pago ou de apenas ter de ser pago após a entrega ou na data desta, prevendo a faculdade de resolução por parte do vendedor.

⁶⁰ Mas tal já não se verifica se o incumprimento de pagamento do preço resultar do não cumprimento do prazo da entrega da coisa.

2. Reserva de Propriedade

Como constatado até então, a transferência da titularidade do direito real de propriedade, acontece por mero efeito do contrato, não sendo necessária qualquer diligência das partes para que tal ocorra. No entanto, constatamos também, que essa é a regra geral, logo, temos uma exceção ao previsto no artigo 408º do código civil.

O código civil português não consagra em termos absolutos o princípio da transferência de domínio por força do contrato, como se pode verificar no artigo supramencionado ...*salvo as exceções previstas na lei*. Tratando-se de uma regra supletiva, suscetível de ser afastada através da **cláusula de reserva de propriedade** (*pactum reservati dominii*), que só é possível porque à regra do art 408º o legislador não atribuiu natureza imperativa, não o considerando como *um princípio de ordem pública* (Antunes Varela, 2000).

Permitindo-se a venda de coisa sem a imediata transferência da propriedade, ou seja, o efeito real do contrato fica dependente do pagamento total ou parcial do preço ou da ocorrência de outro evento, como se constata no art 409º n.º 1: *Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer evento*.

Esta cláusula deve constar *ab initio* do contrato de compra e venda, ou seja, deve aí ser inserida e, consequentemente, não pode ser aposta posteriormente, até porque, sem ela, a propriedade já se transmitiu ao comprador, bem como deve obedecer à forma legalmente exigida para o contrato, podendo, porém, não revestir a forma especial.

O pacto convencionado entre as partes é estabelecido nas vendas a prestações bem como nas vendas com espera de preço, representando um excelente meio de defesa do vendedor contra o incumprimento do comprador.

O vendedor pode, sem grande risco, fazer uma venda com espera do preço, e entregar desde logo a coisa ao comprador, pois convencionando tal cláusula o vendedor está sempre seguro (Ribeiro Faria, 2001).

Estamos assim perante uma cláusula acessória estabelecida no respetivo contrato, ou seja, um acordo acessório ao contrato de compra e venda, permitindo que o pleno efeito translativo do domínio seja pelos contraentes subordinado à verificação de um determinado evento futuro, não se produzindo de imediato, mantendo-se a propriedade na titularidade do alienante.

2.1 Noção

Da interpretação do artigo 409º, resulta que a reserva de propriedade se traduz numa cláusula que, uma vez estabelecida 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. Onde o alienante reserva para si a propriedade da coisa, ou seja, reservar significa guardar, conservar, manter na sua titularidade a propriedade enquanto direito real, até à verificação de um acontecimento.⁶¹

O *Pactum Reservati Dominii*, proveniente do latim, significa pacto de reserva de domínio. Ou seja, é permitido por acordo (*pactum*), que a propriedade (*dominii*) seja conservada (*reservatii*) na titularidade do vendedor alienante.

A reserva de propriedade é *um pacto através do qual as partes convencionam diferir o efeito translativo de um contrato de alienação para momento posterior e até ao cumprimento das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento* (Meneres Campos, 2013).

Uma vez integrada num contrato de compra e venda a prestações ou com espera do preço, permite a entrega imediata da coisa ao comprador, para que dela retire o uso e o disfruto, salvaguardando o vendedor na sua posição de titular do direito de propriedade (Lima Pinheiro, 1988).

Conclui-se, como a faculdade⁶² de as partes poderem convencionar o diferimento no tempo da transmissão do direito de propriedade, não pretendendo outro fim que não o da compra e venda. Produzindo-se automaticamente os efeitos obrigacionais, onde o vendedor tem o direito de crédito do preço e o comprador o direito de gozo da coisa. Apenas se diferindo temporalmente a translatividade da propriedade, e no exato momento do cumprimento/verificação desse evento a propriedade que estava na titularidade do vendedor é automaticamente transmitida ao comprador, sem que haja necessidade de qualquer outro procedimento.

A regra de que a transferência da propriedade se opera por mero efeito do contrato encontra-se estabelecida no artigo 408º n.º 1. A possibilidade de diferir o efeito translativo, através de uma cláusula de reserva de propriedade é permitida como uma exceção a essa regra, como verificamos no artigo 409º n.º 1.

⁶¹ No entanto, esta noção será questionada por alguns autores aquando da análise da natureza jurídica da reserva de propriedade, que analisaremos posteriormente.

⁶² Cfr. art.405.º n.º1 CC que permite às partes fixarem livremente o conteúdo dos contratos e incluir neles as cláusulas que lhes aprouver.

Quanto à sua eficácia, no n.º 2 do artigo 409º lê-se: *Tratando-se de coisa imóvel ou móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*. Ou seja, é necessário o registo na Conservatória da referida cláusula, para que possa ser oponível a terceiros. Logo, só é exigida publicidade para se opor a terceiros, mesmo que de boa-fé, de bens móveis ou imóveis sujeitos a registo. Quanto aos bens móveis, *à contrario sensu*, não é necessária qualquer publicidade mesmo que estes estejam de boa-fé e tenham obtido a propriedade por transmissão do adquirente sob reserva⁶³.

Ressalvando sempre que se o terceiro adquirir a propriedade a título originário, como sucede na usucapião e na acessão, a reserva de propriedade se extinguirá.

Podendo assim ser convencionada em contratos de alienação⁶⁴ que versem sobre coisas imóveis, móveis sujeitas a registo ou móveis não sujeitas a registo, tendo que ser de coisas específicas e não consumíveis⁶⁵.

Quanto ao evento do qual depende a transferência de propriedade pode ser o pagamento do preço ou qualquer outro convencionado pelas partes.

2.2 Evolução histórica

Como aferimos anteriormente⁶⁶, a compra e venda remota aos primórdios do Direito Romano, mas o que nos importa é o diferimento da transferência de propriedade. Ocorreria por mero acordo das partes, ou o seu efeito translativo poderia ser protelado até ao pagamento do preço?

Com a Lei das XII Tábuas admitiu-se a possibilidade diferir o efeito translativo da propriedade, ou seja, só quando o adquirente cumprisse integralmente a obrigação do pagamento do preço é que a propriedade se transferia.

No direito Romano o instituto da fidúcia era o que mais se assemelhava à compra e venda com reserva de propriedade. *Remonta ao sec. IV a.C. e caiu em desuso na época pós-clássica, tendo sido substituída, no Corpus Iuris Civilis, pelo pignus* (Santos Justo, 2011), onde o fiduciante transferia a propriedade da *res* para o fiduciário, que se obrigava a restituí-la quando se verificasse a satisfação do crédito garantido, confirmando a função de garantia real.

⁶³ Esta é a posição adotada, no entanto, não é unânime, dado que PEDRO ROMANO MARTINEZ, defendeu a inoponibilidade da cláusula a terceiros de boa-fé, no caso de vir a ser celebrada relativamente a bens móveis não sujeitos a registo.

⁶⁴ A reserva de propriedade é permitida em qualquer contrato de alienação como a doação, a dação em cumprimento, permuta, mas é mormente na compra e venda que o se verifica a sua inclusão.

⁶⁵ Salvo se a inconsumibilidade vier a estipulada.

⁶⁶ Ver ponto 1.1

O *pignus* era uma garantia real que se traduzia *na entrega (traditio) de uma res móvel ou imóvel ao credor, que se obriga a restituí-la após o cumprimento da obligatio garantida* (Santos Justo, 2011), permitindo a celebração de pactos que alterassem as obrigações das partes. Acordos que se tornaram recorrentes como garantia do credor, como a *lex cominissoria*, permitindo que este reavesse a *res* em caso de não pagamento do preço no prazo convencionado.

Como verificamos tratava-se de uma figura similar, no entanto longe da realidade da reserva de propriedade atual.

Com o fomento do comércio, resultado da revolução industrial, urgiu a necessidade se legislar nesse sentido, e em Portugal, apesar de admitida nas Ordenações Filipinas, não tendo previsão no Código de 1867, apenas foi consagrado o preceito no código de Seabra em 1966, *que no seu artigo 715º confirmava o princípio da eficácia real imediata dos contratos de alienação e no seu artigo 1549º admitia que ele podia ser afastado por acordo das partes em contrário* (Carvalho Fernandes, 2005).

O instituto da reserva de propriedade está previsto, nos nossos dias, no artigo 409º, como exceção ao princípio da consensualidade⁶⁷ plasmado no artigo. 408º, permitindo que a transmissão da propriedade seja transferida para o momento do cumprimento da obrigação de pagamento do preço, ou de outro evento.

2.3 Direito comparado

O instituto jurídico da reserva de propriedade, como meio garantístico do cumprimento da compra e venda a prestações, integra, como iremos verificar, a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus.

O código civil italiano prevê este instituto no artigo 1523º - *Nella vendita a rate com riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata de prezzo* -, onde tal como na nossa ordem jurídica, está associado à venda a prestações, permitindo ao comprador adquirir a propriedade da *res* com o pagamento total. Ou seja, só se verifica o efeito da transferência da propriedade, com o pagamento da última prestação e não de qualquer outro evento, como sucede na nossa ordem jurídica. E pese embora nos primórdios apenas fosse aplicável a coisas móveis, atualmente é extensível aos imóveis.

⁶⁷ Segundo o qual a regra da transferência de propriedade ocorre por consenso das partes, no imediato momento da celebração do contrato.

O ordenamento jurídico francês acolhe este instituto, plasmado no artigo 2367º - *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.* – segundo o qual, a propriedade só é transferida após o integral pagamento da obrigação que constitui a contrapartida *maxime* o preço.

Acolhendo a mesma posição que a ordem jurídica italiana, também em França, o efeito real não se difere por outro evento, que não o pagamento total do preço, excepcionando assim o princípio da consensualidade previsto no artigo 1130º do *Code Civile*.

Quanto à ordem espanhola, não encontramos no seu código civil preceito legal que preveja a compra e venda a prestações com reserva de propriedade, no entanto, tanto na doutrina como na jurisprudência, é unanimemente aceite e praticado, fundamentando-se no artigo 1255º do mesmo código – *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrários a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

Considerando, tal como os anteriores ordenamentos, que apenas com o pagamento integral do preço é que se verifica a transferência da propriedade.

Relativamente aos bens opera tanto nos móveis como nos imóveis, encontrando-se inclusivamente regulado na *Ley 2872008 de Venta a Plazos de Bienes Muebles*.

Na legislação brasileira, encontramos a reserva de propriedade no preceituado artigo 521º do Novo Código Civil Brasileiro – *Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago* – que considera aplicável a cláusula de reserva de propriedade apenas a bens móveis e onde a plena propriedade só é transferida quando o comprador realizar a totalidade do pagamento. Relativamente aos imóveis consideram como garantia mais *eficaz* a hipoteca (Perissinoto, 2005)

Quanto à ordem jurídica alemã, segue a mesma linha do direito brasileiro, considerando a sua aplicabilidade tão só relativa a coisas móveis, pois, no que a imóveis concerne, a garantia apta a satisfazer todas as necessidades é a hipoteca.

Previsto no §449 do BGB, segundo o qual se o vendedor reservar a propriedade de coisa móvel até o pagamento do preço, presume-se que a propriedade é transferida mediante condição suspensiva do completo pagamento do preço, estamos assim perante uma presunção legal de garantia. Estipulando no §929 do BGB, que o efeito real depende

da ocorrência de um ato posterior ao mesmo, não o sendo pela simples conclusão do contrato.

Desta forma concluímos que este instituto não é exclusivo do nosso ordenamento jurídico, e visto que os negócios celebrados entre europeus são em grande número, justificava-se uma harmonização legislativa, no entanto, e como pudemos aferir as diferenças dos regimes são várias o que dificulta essa unificação. No entanto, a Comunidade Europeia tem realizado esforços no sentido de harmonizar as disposições dos Estados-Membro, nomeadamente com a Diretiva 2000/35/CE.

2.4 Função

A principal motivação do *pactum reservati dominii* é garantística, visando proteger o alienante nas transações.

No Direito Português a transferência de propriedade ocorre no momento da celebração do contrato, e sendo os bens imediatamente entregues, poder-se-ia prejudicar os interesses do vendedor, que não poderia reaver o bem, em caso de resolução contratual. Sentiu-se então que a proteção, ou a falta dela, poderia prejudicar o desenvolvimento do comércio jurídico impondo-se a necessidade de tutelar a sua posição jurídica.

E dessa forma o instituto jurídico da reserva de propriedade aparece para sanar a falta de tutela jurídica do alienante, no Código Civil Português.

Pois, a regra, é de que se for celebrado um contrato de compra e venda de um bem, o comprador torna-se imediatamente proprietário, podendo voltar a aliena-lo, mesmo que o preço não esteja pago, nem o bem lhe tenha sido entregue. Apenas restando ao vendedor um mero direito de crédito para que receba o preço, o que não lhe atribui nenhuma preferência para receber o seu preço em caso de concurso de credores⁶⁸, tendo de concorrer com outros ao património do comprador. E, se este não tiver bens suficientes para cumprir todas as suas obrigações, pode o vendedor nunca receber a totalidade do seu preço.

Assim se compreende que a compra e venda a crédito bem como a venda com espera de preço acarrete muitos riscos ao alienante, tendo em conta que no momento da celebração do contrato este perde a confortante posição de proprietário, para a de mero credor, sem qualquer garantia, nem mesmo sobre o bem alienando.

⁶⁸ Cfr. art. 604º n.º1 CC

Todavia, reservar para si o bem até integral pagamento do preço, seria bastante redutor bem como constrangedor do desenvolvimento do comércio, pois limitaria o gozo e a fruição da coisa ao adquirente.

Para evitar a diminuição de transações é necessária a entrega da coisa, logo, o alienante merece ver a sua posição juridicamente tutelada e garantida, principalmente em caso de incumprimento. Portanto, o recurso à reserva de propriedade tem como principal função a garantia do alienante, traduzindo-se em vantagens para o credor na medida em que este reserva para si a propriedade, até à verificação do evento estipulado pelas partes.

Na sociedade atual, o recurso a esta garantia tem vindo a mostrar-se muito relevante, permitindo ao comprador o gozo e fruição da coisa e ao vendedor garante-lhe que o bem (ainda na sua propriedade) não esteja disponível no património do comprador em caso de concurso de credores.

Os recursos às tradicionais garantias reais mostram-se mais ineficazes, dada a morosidade e os custos processuais. Pois as garantias reais possessórias, implicam desapossamento, o que acarreta custos de depósito e de conservação do bem para o vendedor, bem como nem o credor nem o devedor podem usufruir do bem. Bem como as garantias sem desapossamento, permitem que o devedor fique com os bens na sua posse, não oferecem garantia ao credor, não lhe permitindo subtrair o seu bem ao concurso de credores (Menezes Leitaó, 2012).

Em suma, a cláusula de reserva de propriedade, tem por função defender o alienante do incumprimento do adquirente, não permitindo ao vendedor a continuação do gozo da coisa, entregando-a ao comprador para lhe permitir o uso e fruição. Na medida em que ao manter a propriedade do bem na esfera jurídica do alienante, até ao pagamento do preço, impede os credores do comprador de executarem o bem, podendo o alienante reagir contra essa execução através de embargo de terceiros⁶⁹. Somente precisa ser salvaguardada, a posição do alienante, em caso de insolvência do comprador, estipulando por escrito que a cláusula é oponível à massa insolvente⁷⁰.

Mais se acrescenta, que em caso de incumprimento pelo adquirente, o vendedor continua a poder resolver o contrato nos termos do artigo 801º n.º 2, dado que a exclusão deste direito pelo artigo 886º, só produz efeitos se tiver havido a transferência de propriedade do bem.

⁶⁹ Cfr. art. 351º do CPC

⁷⁰ Cfr. art.104º n.º 4 do CIRE, caso contrário a cláusula não será oponível à massa insolvente.

No entanto, em caso de incumprimento, o vendedor não pode resolver o contrato com base na falha de pagamento de uma prestação (caso o cumprimento da obrigação seja fracionado), pois o artigo 934º exclui imperativamente a possibilidade de resolver o contrato se o adquirente faltar ao pagamento de uma única prestação e esta não exceder a oitava parte do preço⁷¹. A resolução e o pedido de restituição da coisa é o meio mais correto do alienante recuperar a coisa vendida com reserva de propriedade.

Visando a reserva de propriedade *garantir o crédito do vendedor pelo preço da compra, substituindo o direito de penhor sem posse, inadmissível no nosso código civil* (Lima Pinheiro, 1988).

Não nos restando qualquer dúvida acerca da função garantística da reserva de propriedade ao dispor do alienante. Satisfazendo ambas as partes, permitindo que o vendedor se acautele perante o risco de incumprimento do contrato, podendo *ser reinvestido no direito de propriedade e na posse da coisa alienada e ver assim satisfeito o interesse económico que o pagamento integral do preço realizaria* (Carvalho Fernandes, 2005), bem como, se salvasse em caso de insolvência do comprador, incrementando as suas vendas e permite que o comprador faça o pagamento de forma sucessiva, bem como tenha acesso ao gozo da coisa antes de cumprir o pagamento integral do preço, que de outra forma não teria.

2.5 Requisitos de validade: materiais e formais

O contrato celebrado entre alienante e adquirente, onde ambos acordam a venda de determinado bem, a prazo, e como garantia do seu pagamento, estipula-se que o vendedor se mantém proprietário do bem até ao pagamento integral do preço, recebendo o comprador de imediato o bem, só é possível, quando nele esteja aposta uma cláusula de reserva de propriedade.

Desta forma, o *Pactum Reservati Dominii* tem de ser objeto de uma cláusula no contrato, não bastando *para condicionar o efeito translativo do contrato, uma declaração unilateral do vendedor* (Lima Pinheiro, 1988).

Pois se tal não se verificasse e fosse elaborada posteriormente, considera-se-ia nula, dado que pelo contrato a propriedade ter-se-ia já transmitido, porquanto, terá que ser aposta no contrato para que possa ser válida e eficaz.

⁷¹ Mas, já é possível a resolução contratual, se o adquirente faltar ao pagamento de suas, mesmo que estas em conjunto não excedam a oitava parte do preço.

Todavia, para que o instituto em causa produza os seus efeitos, cumpre-nos aferir se se cumprem os requisitos formais e materiais.

Para tal, é necessário que ambos os contraentes manifestem inequívoca e explicitamente a sua vontade e que as partes convencionem a conclusão do contrato com o diferimento no tempo do direito de propriedade para um momento posterior⁷². Acordo esse que deverá ser manifestado tacita ou expressamente pelas partes, tendo em conta o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual⁷³.

Concluir-se-á que não sendo a aposição desta cláusula ao contrato, aceite por ambas as partes expressamente, a mesma será considerada inválida, e, consequentemente, ineficaz (Lima Pinheiro, 1988), devendo somente salvaguardar-se a licitude⁷⁴ da mesma. Bem como para que a reserva seja oponível à massa insolvente terá que ser estipulado por escrito até ao momento da entrega da coisa⁷⁵.

O Código Civil não faz qualquer menção especial, quanto a forma da compra e venda celebrada com reserva de propriedade, aplicando-se assim as regras vigentes para o negócio principal.

O n.º 2 do artigo 419º, diz-nos que: *tratando-se de coisa imóvel, ou de móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*, constatando-se que, quanto aos requisitos formais, teremos que destrinçar os bens móveis dos imóveis ou móveis sujeitos a registo para garantir a sua oponibilidade.

Relativamente aos móveis respeita-se o princípio da liberdade formal, prevista no artigo 219º, *não depende de forma especial, salvo quando a lei o exigir*. E interpretando o referido artigo *à contrario sensu*, não obriga a nenhum requisito para ser oponível a terceiros⁷⁶, apesar do comprador gozar da presunção de titularidade de direito⁷⁷, transmitindo-se uma situação que não é a real, pelo que na aquisição de bens móveis não sujeitos a registo os compradores deverão ser prudentes. Sendo a cláusula válida, ainda que não tenha sido reduzida a escrito, pois *A redução a escrito, quando nenhuma solenidade é exigida por lei, tem relevância apenas no terreno probatório* (Meneres Campos, 2013)

Quanto aos bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, conjugando a interpretação do artigo 409º n.º 2 com o artigo 875º, conclui-se que o contrato obriga a que seja

⁷² Que será em regra o do pagamento integral do preço.

⁷³ Cfr. os art. 224º e ss, art. 232º e art. 405º CC

⁷⁴ Cfr. art. 280º CC

⁷⁵ Cfr. art. 104º n.º 4 do C.I.R.E.

⁷⁶ Posição contrária à de ROMANO MARTINEZ, e concordante com ALMEIDA COSTA, LIMA PINHEIRO e MENEZES LEITÃO.

⁷⁷ Cfr. art. 1268º n.º 1 CC

celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado, como requisito de validade formal do negócio celebrado, devendo a cláusula de reserva de propriedade ser explicitamente mencionada. Todavia, não existe uma forma especial de reduzi-la a escrito, apenas é necessário que fique inequivocamente expresso e aceite por ambos.

Posteriormente a cláusula de reserva de propriedade terá de ser registada na conservatória⁷⁸, e só assim será eficaz e oponível a terceiros⁷⁹.

2.6 Efeitos

A eficácia da reserva de propriedade *inter partes* não é questionável. A controvérsia impõe-se na sua oponibilidade perante terceiros.

Senão vejamos: o vendedor reservante pode, na pendência da reserva de propriedade, alienar o bem a terceiro, desde que o informe da reserva, ficando esta segunda venda suspensa até à eficácia ou ineficácia da primeira.

Considerando-se este negócio eficaz, mas “*precário*”, perdendo apenas a sua eficácia se e quando o adquirente pagar o preço (Peralta, 1990).

Por sua vez o comprador pode também alienar a sua expectativa de aquisição, desde que informe ao terceiro qual a sua real posição, ou seja, informe que não é o titular do direito de propriedade, estando a posição do vendedor e do comprador sempre salvaguardada, pois o subadquirente sabe que a eficácia da sua aquisição está dependente da eficácia ou não do primeiro negócio.

A dificuldade ocorre quando o vendedor ou o comprador alienam a sua posição sem que informem o terceiro da sua verdadeira posição jurídica.

O artigo 409º n.º 2 pretende resolver esta questão, no entanto, faz somente referência aos bens imóveis e móveis sujeitos a registo. Assim sendo, por força deste artigo, conjugado com o art. 5º do código de registo predial, facilmente se depreende que relativo aos bens imóveis e aos móveis sujeitos a registo, apenas é oponível a terceiros a cláusula registada, mesmo que estes estejam de boa-fé⁸⁰, consequentemente, a *contrario sensu*, se não registam a cláusula, não a podem opor.

Quanto aos bens móveis, a doutrina é divergente.

⁷⁸ Cfr. Art.5º do C.R.Predial

⁷⁹ Com a redução a escrito e inscrição no registo.

⁸⁰ Salvaguardando a aquisição por usucapião ou de boa-fé a comerciante – cfr. arts.1299º e 1301º ambos do C.C.

A dominante⁸¹ entende que a lei nem exclui a reserva de propriedade sobre estes bens nem condiciona a sua oponibilidade a terceiros de boa-fé, interpretando *a contrario sensu* o referido artigo. Pois, para que seja oponível a terceiros a cláusula de reserva de propriedade referente a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, terá que obedecer às regras do registo, à contrário, se for referente a bens móveis não necessita de registo.

Não necessitando, reservante e reservatário, de obedecer às regras registrais para que possam opor a cláusula a terceiro de boa-fé. Dado que, respeitando os princípios da causalidade e da consensualidade vigentes no nosso ordenamento jurídico *a reserva poderá ser oposta a terceiros de boa-fé* (Menezes Leitaó, 2012) .

Aceitando que tratando-se de coisa móvel não sujeita a registo, a cláusula é oponível a terceiros independentemente de qualquer formalidade. E que um comprador cuidadoso pode sempre conhecer a real situação do bem (Antunes Varela, 2000).

Posição distinta defende ROMANO MARTINEZ, para quem a eficácia da cláusula de reserva de propriedade de bens móveis *não pode ser oponível a terceiros de boa-fé* invocando três razões para justificar a sua fundamentação. Primeiro, porque *não havendo registo, o legislador preocupa-se em tutelar a aparência das situações*, como ocorre na coisa comprada a comerciante⁸² e no penhor⁸³ ; em segundo, *vigora o princípio da relatividade dos contratos⁸⁴ , nos termos do qual a cláusula de reserva de propriedade, como cláusula contratual que é, por si (sem registo), não será oponível a terceiros*"; por último, considera que *“não se entenderia que no caso de compra e venda de coisa sujeita a registo, a falta de registo da cláusula implicasse a sua eficácia só inter partes⁸⁵ e sendo vendidas coisas móveis não sujeitas a registo a oponibilidade da cláusula de reserva de propriedade fosse erga omnes* (Romano Martinez, 2001). Trata-se, assim, uma forma de tutelar as aparências, visto que no nosso ordenamento jurídico a posse não vale como título.

Merecedora de algumas críticas, desde logo, pelo argumento da relatividade dos contratos que impediria a oponibilidade da cláusula a terceiros. Bem como, na tradição da coisa no penhor que produz efeitos na publicidade não está consagrada a RdP e a posição do vendedor que cobra o preço do bem vendido sob reserva de propriedade não é análoga à de alguém que solicita um penhor em garantia de qualquer crédito.

⁸¹ Defendida por MENEZES LEITÃO, ANTUNES VARELA e ANA MARIA PERALTA.

⁸² Cfr. art.1301º CC

⁸³ Cfr. art.699º e ss. CC

⁸⁴ Cfr. art. 406º n.º2 CC

⁸⁵ Cfr. art.409º n.º2 CC

No entanto, esta parece ser a posição mais sensata, pois se a RdP de bens imóveis ou móveis sujeitas a registo só é oponível a terceiros, se registada, não faria de todo sentido que a referente a bens móveis fosse oponível a terceiros. Assim sendo, não pode, por maioria de razão merecer uma tutela mais expressiva a reserva de propriedade dos bens móveis, do que os imóveis ou móveis sujeitos a registo.

Importa mencionar que a reserva é oponível pelo vendedor e pelo comprador, onde só deverá funcionar, *pelo lado do vendedor, quando o preço deixar de ser pago e, pelo lado do comprador, quando o preço for pago, porque só nessa altura os seus interesses podem ser postos em causa* (Peralta, 1990).

2.7 Risco

A problemática do risco nos contratos de alienação, suscita-se, sempre que por *caso fortuito ou de força maior atinge a coisa alienada, que por efeito perece ou se deteriora* (Galvão Teles, 1997).

Havendo, conseqüentemente, uma parte que suporta o risco, seja o alienante quando perde o direito à contraprestação, porque fica sem a coisa e sem o seu valor; seja o adquirente, porque fica sem a coisa e apesar disso tem de pagar o valor dela.

Nos contratos de compra e venda com cláusula de RdP, encontramos três momentos importantes: o contrato, a entrega da coisa e a transmissão da propriedade. E é entre o segundo e o terceiro momento que a questão se levanta. De quem é o risco se um acontecimento fortuito, determinante do perecimento do bem ocorre quando a coisa alienada já se encontra no poder do comprador mas este ainda não é titular do direito de propriedade?

A regra é a de que o risco onera o proprietário, o artigo 796º n.º1 prevê que nos contratos de alienação em que haja transferência da propriedade, o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do adquirente.

Ora, na compra e venda com reserva de propriedade o proprietário é o vendedor, significa que o risco iria onerar o proprietário/alienante⁸⁶, ficando o comprador desonerado de realizar a contraprestação, ou recuperá-la, caso a tenha já efetuado.

Mas ao conceder-se o pagamento a prestações ao comprador, subordina-se a transferência da titularidade da propriedade à realização integral do pagamento, para maior

⁸⁶ Cfr. art. 796º do CC

segurança do alienante, conservando este a condição de proprietário e beneficiando das vantagens que essa condição lhe dá. Todavia, o adquirente recebe o bem após a compra, para dele poder usar e fruir, tornando-se possuidor antes de proprietário. Situação em que o risco deveria transitar para o adquirente com a entrega do bem. Não nos parecendo de todo justo que o adquirente, fruidor e detentor do bem, não tenha qualquer responsabilidade no risco tendo em conta que a ratio da oneração do risco é proporcional ao benefício que o alienante ou adquirente retiram da situação, onerando o mais beneficiado.

Ou seja, uma vez que haja entrega da coisa ao comprador, este passa a deter os respetivos poderes de uso e fruição, é entendimento praticamente unânime, na doutrina e na jurisprudência, de que o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do adquirente, como se o direito de propriedade já tivesse sido transferido.⁸⁷

Desta forma, o risco de perecimento ou deterioração onera ambos, mas de forma distinta. Pois, por um lado, o comprador perde a possibilidade de utilizar a coisa e de adquirir a sua propriedade, tendo ainda que cumprir o total pagamento do preço. Por outro, o vendedor, apesar de não ser diretamente afetado pelo perecimento, perde a sua garantia de pagamento do remanescente preço. Pois o comprador mantém-se obrigado ao pagamento da dívida, não podendo socorrer-se da exceção do não cumprimento, porque o alienante cumpriu a sua obrigação de entrega da coisa.

Assim sendo, pese embora a regra do nosso código seja a de que o risco onera o proprietário, na compra e venda com reserva de propriedade, e apesar do alienante continuar como proprietário do bem, o risco corre por conta do adquirente.

No entanto, nos casos em que o dano ocorrido seja culposamente causado por terceiro, entendemos que o direito à indemnização deve ser proporcional ao prejuízo de cada um, pois o vendedor mantém o direito de crédito sobre o comprador e este é que sofreu o dano diretamente no bem.

2.8 Extinção de reserva de propriedade

A extinção da reserva de propriedade ocorre de várias formas. Com o cumprimento da obrigação, através da usucapião e acessão, da renúncia e revogação.

⁸⁷ Ac. TRP de 2013/04/29 — Proc. 4337/11.5TBGDM.P1

Os contratos devem ser pontualmente cumpridos, como previsto no art 406º, significando que, se tal suceder, a cláusula de reserva de propriedade extingue-se pelo seu cumprimento.

Ou seja, o efeito translativo do direito de propriedade, que estava suspenso até ao cumprimento total ou parcial das obrigações, dá-se com o cumprimento da obrigação, determinando assim a sua extinção. Sobrevindo a conclusão do contrato, mais concretamente, com o pagamento do preço por parte do comprador ou a ocorrência do evento fixado contratualmente. Não sendo necessário qualquer formalidade, produzindo efeitos *ex nunc*, no entanto, para efeitos de publicidade e de oponibilidade perante terceiros torna-se necessário que se elimine da inscrição registal.

Quanto à renúncia, esta pode ser realizada pelo alienante sem necessitar de autorização do adquirente, pois após renúncia do direito do vendedor o comprador, automaticamente, adquire a titularidade do direito de propriedade.

Abdicando o alienante da sua garantia, não necessita de consentimento da contraparte, o que normalmente ocorre quando este vê o seu crédito satisfeito, ou nos casos em que o vendedor recorre ao cumprimento coercivo, dado que lhe está inerente a restituição da coisa⁸⁸.

As partes podem ainda acordar a extinção da cláusula, revogando o pacto que difere o efeito real para o momento do pagamento do preço, operando desta forma, automaticamente, a transmissão da propriedade para o adquirente.

Ao abrigo da liberdade contratual às partes é permitida qualquer alteração contratual, desde que não sejam contrárias à lei, facultando-lhes a possibilidade de extinguir a RdP por acordo de vontade de ambos.

Consideradas como forma de aquisição originária do direito de propriedade, terão que ser tidas em consideração a usucapião⁸⁹ e a acessão⁹⁰, como forma de extinção da cláusula de reserva de propriedade. Pois, pese embora o adquirente não receba a titularidade da propriedade na compra e venda com reserva de propriedade, fica com a posse material da coisa, logo beneficia dos mecanismos de defesa da posse, consequentemente, se adquirir o bem por usucapião extingue a reserva.

Relativamente à acessão, não restam dúvidas, que após a incorporação de um bem noutro, o bem inicial, alvo da reserva, desaparece e consequentemente, extingue a reserva.

⁸⁸ Cfr. art.801º n.º2 CC

⁸⁹ Cfr. art.1287º CC

⁹⁰ Cfr. art.1325º CC. A título de exemplificativo, temos o caso da venda com reserva de propriedade de um elevador, que após a sua instalação se extingue, por força do instituto da acessão.

A extinção por prescrição não opera no caso de venda com reserva de propriedade até ao pagamento do preço, dado o preceituado previsto no art 304º n.º 3, que permite a exigência de restituição da coisa em caso de incumprimento a qualquer momento.

O que demonstra uma preocupação em proteger a posição jurídica do alienante, visto que não tem que se preocupar em receber o seu preço dentro do prazo prescricional, pois caso prescreva o crédito do preço, não se considera a obrigação como cumprida, podendo o alienante *exigir a restituição da coisa quando o preço não seja pago*.

2.9 Incumprimento do contrato

A não realização da prestação sem que, entretanto, se tenha verificado nenhuma das causas de extinção do contrato, resulta no incumprimento contratual.

No caso de o comprador não cumprir a prestação na data convencionada, faz com que este se encontre em mora. Nessas circunstâncias deve o vendedor interpelar o comprador para cumprir a obrigação, fixando um prazo razoável para o fazer e comunicar que caso não cumpra, e findo esse tempo, a mora transforma-se em incumprimento definitivo⁹¹.

Verificado o incumprimento definitivo, o alienante tem duas possibilidades ao seu dispor, ou mantém o contrato e recorre ao cumprimento coercivo, vendo cumprida a obrigação acrescida de uma indemnização pelos danos causados com o incumprimento⁹², ou, pretendendo a extinção do contrato tem a possibilidade de desencadear a resolução do mesmo, consubstanciando deste modo a extinção da cláusula de reserva de propriedade bem como uma indemnização pelos danos causados ao vendedor, que este não teria sofrido caso não tivesse celebrado o contrato. A resolução por incumprimento contratual permitida na compra e venda com reserva de propriedade é assim uma exceção à norma constante no artigo 886º, que impossibilita o recurso a este mecanismo, no caso de entrega da coisa.

Os efeitos da resolução levam a que haja restituição de todas as obrigações prestadas, o que permite ao vendedor recuperar a coisa vendida⁹³ e o comprador deverá ser restituído das prestações já pagas.

⁹¹ Cfr. art.805º do CC

⁹² Cfr. art.798º do CC

⁹³ só através da resolução é que o alienante pode socorrer-se da garantia da cláusula de reserva de propriedade, exigindo a restituição da coisa.

Importa também salientar, que nas situações de pagamento fracionado do preço, caso se verifique a falta de pagamento de uma prestação que não exceda a oitava parte do preço, não dá lugar à resolução contratual, nem à perda do benefício do prazo⁹⁴. Verifica-se aqui uma proteção do adquirente, não permitindo ao alienante socorrer-se do regime do incumprimento levianamente.

O artigo 934º surge como uma exceção ao artigo 886º, sendo também um obstáculo à aplicação dos artigos 801º n.º 2 e 781º, pois a primeira parte do dito preceito prevê que na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, e tendo a coisa sido 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 do contrato, ou seja, o previsto no artigo 801º n.º 2. E na segunda parte impede a perda do benefício do prazo prevista no artigo 781º.

Mas, se estiverem em falta duas ou mais prestações, mesmo que não constitua uma oitava parte do preço, a obrigação torna-se exigível na totalidade, podendo o vendedor resolver⁹⁵ o contrato e o comprador perde o benefício do prazo.

O vencimento é automático, não estando dependente de qualquer interpelação ao devedor, razão porque todas as prestações em falta se tornam exigíveis.

Constata-se assim, que o instituto da reserva de propriedade, prevê algumas exceções ao regime do incumprimento contratual, pois se tal não se verificasse, poder-se-ia colocar em causa a ratio do *pactum reservati dominii*, pretendendo com o seu escopo garantístico fomentar o comércio jurídico e não o dificultar.

⁹⁴ Cfr. art. 934º e art. 781º do CC

⁹⁵ Socorrendo-se do mecanismo da interpelação admonitória prevista no art. 808º CC, para transformar a mora em incumprimento definitivo, que serve de fundamento à resolução contratual.

3. Natureza Jurídica

A doutrina divide-se em relação a este tema. Trata-se de uma questão bastante pertinente e que acolhe diferentes perspetivas no panorama jurídico nacional.

De onde se destacam as seguintes teorias: da condição suspensiva, da condição resolutiva, da venda obrigacional, da dupla propriedade e da expectativa real de aquisição. As quais passamos a explicar, por forma a sustentar a posição por nós defendida.

3.1 Teorias

A teoria da condição suspensiva, denominada como teoria clássica, é a mais apoiada entre nós⁹⁶ que entende a compra e venda com reserva de propriedade como sendo uma venda sujeita a condição suspensiva, ou *parcialmente sujeita*” (Lima Pinheiro, 1988).

Segundo a qual, o alienante reserva a propriedade enquanto o adquirente não pagar total ou parcialmente o preço ou até à verificação de outro evento. A partir do imediato momento do pagamento total do preço ou da ocorrência desse evento (facto futuro e incerto), o comprador adquire a propriedade, em consequência de aquela cláusula se considerar cumprida. Ficando o efeito translativo sujeito a condição suspensiva e constituindo-se um direito de gozo a favor do adquirente. Por se entender que o pagamento é um evento futuro e por efeito dele cessa a condição e o negócio produz os seus efeitos. Quanto ao risco considera, a regra clássica que onera o proprietário, ou seja, o vendedor, na pendência da condição.

Destacando como aspetos positivos, o facto de o alienante, enquanto o comprador não pagar o preço, ter de agir de boa-fé, cuidar da coisa, bem como nenhum dos dois pode alienar o bem, ambos estão limitados à eficácia do negócio jurídico entre eles celebrado para posteriormente celebrarem outros negócios.

Todavia, existem algumas críticas, desde logo, o facto de o preço ser um elemento essencial do negócio e não um evento condicional, não podendo ser visto como futuro e tão pouco como incerto, fragilizando esta teoria. Bem como, o vendedor, em caso de incumprimento do comprador, pode proceder à sua cobrança, exigindo coercivamente o pagamento do preço, o que revela não existir qualquer suspensão dos efeitos da condição.

⁹⁶ Apoiada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (CC Anotado), ALMEIDA COSTA, RIBEIRO DE FARIA e ROMANO MARTINEZ.

Para além de que no momento do pagamento do preço, o comprador torna-se proprietário, não retroagindo os seus efeitos ao momento da celebração do negócio, contrariando assim os preceitos do artigo 276º. No entanto, como considera LIMA PINHEIRO, o facto de a transferência da propriedade estar subordinada ao cumprimento de uma obrigação principal, isso não parece impor uma “*desqualificação da condição*”, pelo contrário, estamos perante “*uma instrumentalização*” da condição ao serviço de um fim de garantia.

Quanto ao facto de o risco onerar o vendedor, é também alvo de críticas, visto que quem tem o uso e a fruição é o comprador, logo, este é o beneficiário, sendo este a quem deve ser onerado o risco.

Defendida por CUNHA GONÇALVES⁹⁷, a teoria da condição resolutiva entende que com a celebração do contrato a propriedade se transfere de imediato ao comprador, ocorrendo em simultâneo a entrega da coisa, onerando-o, consequentemente, do risco. Ficando dependente da verificação de um facto futuro e incerto (o não pagamento total ou parcial do preço ou não ocorrência de outro evento previsto), que quando sucedesse resolveria o negócio com eficácia retroativa, sendo a propriedade readquirida pelo vendedor.

Na pendência da condição resolutiva, no caso a reserva de propriedade, o comprador ficava com a propriedade do bem e o vendedor com o direito real de garantia.

Alvo de bastantes críticas, esta doutrina tem pouca aceitação entre nós, desde logo porque contraria o disposto nos artigos 409º n.º 1 e 304º n.º 3. Visto que o primeiro diz que a propriedade é do vendedor, contrariando a transferência da propriedade para o adquirente, aqui defendida. E quanto ao segundo, que permite em caso de prescrição do crédito do preço – que equivale à certeza de não se ter verificado a condição – permite ao vendedor recuperar a coisa, exigindo a sua restituição, quando o preço não for pago. Ou seja, se prescreveu é como se não devesse a obrigação, é como se tivesse pago, logo se pagou, a condição resolutiva não se verifica, consequentemente o comprador seria o dono não podendo o vendedor resolver o contrato e a título retroativo, reaver o direito e propriedade sobre a coisa. Esta tese é assim muito pouco acolhida na jurisprudência.

Quanto à teoria da venda obrigacional, a reserva de propriedade afasta o efeito translativo como produção automática do contrato, substituído pela obrigação de o vendedor fazer com que o comprador adquira a propriedade depois do pagamento do preço.

97 CUNHA GONÇALVES, Luiz – 1961 - Tratado de direito civil – Vol.I – Coimbra: Coimbra Editora

Também este acolhimento é alvo de críticas, porque a propriedade transfere-se imediata e automaticamente por efeito do pagamento do preço, sem qualquer intervenção do vendedor que não seja recebê-lo. Ou seja, a transmissão da propriedade para o comprador acontece por via da realização do evento condicionado pelas partes e não pelo cumprimento de uma qualquer obrigação do vendedor.

Existem ainda autores que consideram a teoria da dupla propriedade, segundo a qual estamos perante duas propriedades do mesmo bem, a do vendedor e a do comprador, embora que limitadas. O vendedor apenas teria a garantia que o comprador lhe pagaria o preço, e o comprador, em caso de incumprimento, perderia a propriedade. Adquirindo o comprador, por efeito do contrato, uma propriedade mais reduzida na medida em que poderia perdê-la em caso de não cumprimento, e o vendedor gozaria também de uma propriedade limitada, por se destinar apenas a garantir o pagamento do preço.

Altamente criticada esta teoria, por não ser de todo permitida a existência de duas propriedades sobre o mesmo bem.

Defendida entre nós por MENEZES LEITÃO, a teoria da dupla expectativa real de aquisição, prevê a existência de duas expectativas jurídicas, a do vendedor e a do comprador. Segundo a qual, o primeiro tem a expectativa da garantia de que se o comprador não pagar o preço o bem mantém-se na sua esfera jurídica, tendo plena propriedade. E o segundo a expectativa de adquirir a plena propriedade do bem, pagando o preço.

Considerando o comprador como possuidor e não como mero detentor, podendo assim socorrer-se da tutela possessória contra o vendedor e contra terceiros, onde o contrato lhe atribui imediatamente um direito de gozo, naturalmente oponível *erga omnes*, sendo assim titular de uma posição jurídica de natureza real, uma vez que é dotado de inerência e sequela (Menezes Leita, 2012).

Ao considerar dois direitos reais sobre o mesmo bem, defende a distribuição do risco de acordo com o benefício de cada um, ou seja, como ambos têm expectativas, o comprador corre o risco de perda do gozo e fruição da coisa e o vendedor corre o risco de perder a garantia.

Criticável esta teoria, uma vez que falar de expectativa real é errado, pois colide com o artigo 1306⁹⁸ que não permite a constituição de novos direitos reais, para além dos taxativamente previstos, nomeadamente o aqui referido direito real de garantia do

98 Princípio do Numerus Clausus

vendedor, tendo em conta que não estamos perante nenhuma hipoteca nem nenhum penhor.

Para além de considerar o comprador como possuidor, o que implica que este goze de tutela possessória, não podendo o vendedor reivindicar o bem do comprador enquanto este não pagar, alegando que o comprador é possuidor, o que contraria o artigo 1311º.

3.2 Posição defendida

O legislador estabeleceu, não como princípio absoluto, mas como regra supletiva, o princípio da transferência da propriedade ou domínio por mero efeito do contrato, sendo lícito às partes afastá-lo através da constituição de reserva a favor do alienante até ao cumprimento das obrigações do comprador. Ficando assim o negócio quanto à transferência da propriedade, sujeito a uma *condição suspensiva*.

O efeito translativo da compra e venda não se verifica no momento da celebração do contrato, ficando antes *suspense* até à verificação de um evento futuro e incerto. Que em regra é o pagamento parcial ou total do preço, podendo, no entanto, ser qualquer outro contratado pelas partes. Verificada a condição, *máxime*, o pagamento do preço, os efeitos reais produzem-se automaticamente, passando o comprador, sem que seja necessário qualquer procedimento por parte do vendedor, a ser titular do direito de propriedade.

Note-se que, o vendedor deve agir de boa-fé, para não comprometer o direito da outra parte, bem como o comprador deve praticar atos conservatórios, para também não comprometer o direito da outra parte, respeitando assim as regras previstas no nosso ordenamento jurídico, relativas à pendência da condição suspensiva.

Sendo a tese clássica a maioritariamente acolhida na nossa doutrina, é também a mais sustentada na jurisprudência atual como se pode constatar nos exemplos seguintes.

No Acórdão do STJ de 12-07-2011⁹⁹ constatamos a adoção da teoria clássica: *A cláusula de reserva de propriedade e a correspondente condição suspensiva, não incide propriamente sobre a essência do contrato de compra e venda, mas tão só sobre o efeito real do contrato, ou seja, sobre a transferência da propriedade da coisa.... Suspendendo, a cláusula em questão, os efeitos translativos inerentes ao contrato de alienação...*

⁹⁹ Ac. STJ de 2011/07/12 – Proc. 403/07.0TVLSB.L1.S1

No Acórdão do STJ de 07-07-2010¹⁰⁰ corroboramos a mesma natureza jurídica da reserva de propriedade, quando diz: *A cláusula pactum reservati dominii traduz a realização de um negócio sob uma condição suspensiva*, mais acrescentando que *A jurisprudência maioritária vai neste sentido, pois a natureza de condição suspensiva dos efeitos reais do contrato da reserva impede a transmissão da propriedade, enquanto se não verificar o cumprimento integral da obrigação*.

Tese esta acolhida não só no Supremo Tribunal de Justiça, como também na Relação, conforme se constata no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08-03-2016¹⁰¹ quando diz: *A reserva de propriedade traduz-se na sujeição do efeito translativo destes negócios a uma condição suspensiva...suspendendo ela apenas os efeitos translativos inerentes a um contrato de alienação*

A cláusula de reserva de propriedade, porque condiciona a transmissão do direito de propriedade à verificação do facto futuro e incerto de pagamento por parte do comprador, configura-se como condição suspensiva. Dada a estrutura que é própria de tal cláusula, na pendência da condição que ela envolve, o vendedor continua a ser o titular do direito de propriedade, enquanto o comprador goza de uma expectativa jurídica de aquisição do direito de propriedade sobre ela.

E os efeitos do contrato de compra e venda no que concerne à transmissão da propriedade da coisa ficam suspensos da ocorrência da referida condição, ou seja, os efeitos translativos ficam suspensos até à verificação da condição. Ocorrendo o futuro condicionante que motivou a cláusula de reserva de propriedade, transmite-se o direito de propriedade sobre o objeto do contrato para o comprador.

A cláusula de reserva de propriedade, consistindo numa exceção ao artigo 408.º, tem como efeito suspender a transmissão da titularidade do bem permitindo ao alienante reservar para si a propriedade até ao cumprimento das obrigações assumidas pelo comprador.

*Assim sendo, face ao disposto no artigo 409º do CC, a cláusula de reserva de propriedade suspende, somente os efeitos translativos inerentes a um contrato de alienação.*¹⁰²

¹⁰⁰ Ac. STJ de 2010/07/07 – Proc. 117/06.8TBOFR.C1.S1

¹⁰¹ Ac. TRC de 2016/03/08 – Proc. 934/15.8T8LMG.C1

¹⁰² Ac. TRP de 2016/03/08 – Proc. 2032/14.2TBVNG-C.P1

4. A reserva de propriedade a favor de terceiro

Quando mencionamos a reserva a favor de terceiro, pretendemos que seja analisada a possibilidade de aposição de uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo, que financia uma compra e venda.

O âmago da questão não visa a compra e venda, mas sim o recurso a um financiamento, que serve para cumprir a obrigação do pagamento do preço.

Desta forma, pese embora o mútuo não se qualifique como um contrato de alienação, certo é que se socorreu da reserva de propriedade como garantia do seu cumprimento.

4.1 Problemática

Neste momento, o foco do estudo versa sobre a admissibilidade ou não da inserção de uma cláusula de reserva de propriedade a favor de um terceiro *máxime* uma entidade financeira no âmbito de um contrato de mútuo para aquisição de um bem. E se a resposta for afirmativa, em que moldes ocorre.

Tendo em conta que esta matéria não é consensual cabe-nos explicar qual a sua problemática.

Resultado da evolução da atividade socioeconómica, o vendedor deixou de permitir o pagamento fracionado do preço justificando um aumento do recurso a instituições de crédito, afim de os compradores obterem um financiamento para cumprir o pagamento do bem à data da celebração do contrato.

As instituições bancárias ou financeiras incrementaram a concessão de crédito para aquisição de bens, concedendo financiamento ao adquirente através da celebração de um contrato de mútuo. Ou seja, passará o comprador a celebrar a compra e venda do bem com o alienante pagando integralmente o preço à data da sua celebração, como resultado do contrato de mútuo solenizado com o mutuante.

Ocorrendo uma ligação entre o vendedor e o financiador a partir do momento em que o comprador recorre ao crédito para cumprir a sua obrigação na compra e venda, celebrando contrato de mútuo com a financeira, que adianta o preço, ficando agora obrigado a cumprir o pagamento prestacional à entidade financeira.

Quando, anteriormente, nos encontrávamos perante uma compra e venda onde o alienante permitia o pagamento fracionado do preço apesar da entrega imediata do bem, hoje assistimos a um desdobramento desta situação, com a celebração de um contrato de compra e venda entre vendedor e comprador e um contrato de mútuo entre comprador e financiador. Estamos perante dois contratos, com dois intervenientes diferentes, tendo como denominador comum um sujeito, que é comprador e mutuário.

Como analisado até então, verificamos que a *ratio legis* do preceituado no artigo 409º visa atingir uma função garantística, defendendo o vendedor do incumprimento contratual ou insolvência do adquirente, assegurando o seu crédito, onde da cedência do gozo da coisa antes do pagamento integral do preço apenas ocorreu para incrementar a atividade comercial.

Mas como se depreende da letra da lei, trata-se de uma garantia do proprietário do bem numa compra e venda a prestações, como facilmente se afere da norma quando expressamente refere: *Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até....*

No entanto, atualmente, testemunhamos uma usurpação deste instituto jurídico. Mormente pelas instituições de crédito, que insistem em colocar uma cláusula de RdP a seu favor nos contratos de mútuo que celebram para financiarem a compra de bens, essencialmente no comércio automóvel.

Tendo em conta a conjuntura socioeconómica, raros são os sujeitos que não recorrem a financiamento para aquisição de uma viatura, ou seja, socorrem-se de um contrato de mútuo celebrado com uma instituição de crédito de forma a viabilizar a compra e venda do bem. Com grande necessidade de garantias, a cláusula de RdP surge aposta no contrato celebrado entre as partes como uma praxis comum.

A titularidade da propriedade como garantia do crédito, ou melhor como garantia do pagamento do preço, pretende salvaguardar a posição do credor/vendedor/reservante em caso de incumprimento do devedor, permitindo, como previsto no artigo 934º, que mesmo tendo entregue a coisa lhe seja lícito resolver o contrato (por recurso à cláusula de RdP). Não ficando sujeito apenas à possibilidade de lhe exigir o cumprimento da obrigação. Vendo, desta forma, o seu propósito garantido, pois caso não houvesse um *pactum reservati dominii* teria de se resignar ao direito de exigir o pagamento do preço não havendo qualquer restituição do bem.

Porém, observamos que as instituições de crédito recorrem a esta garantia em proveito próprio, reservando para si a propriedade do bem que financiam através de um

contrato de mútuo de valor correspondente ao preço do bem, em regra um automóvel. Ou seja, para que ao comprador seja viável a celebração do contrato de compra e venda recorre à solenização de um contrato de mútuo por forma a financiar a dita compra verificando-se todos os seus efeitos com o pagamento do preço, nomeadamente a transferência de propriedade.

Sendo exatamente aqui que surge o cerne da questão, pois com a celebração do contrato de mútuo concretizam-se todos os efeitos do primeiro contrato¹⁰³ e a propriedade do bem transfere-se imediatamente para o comprador/devedor.

E como bem sabemos, o único efeito que fica pendente numa compra e venda a prestações com reserva de propriedade é a transmissão da propriedade, que suspende o efeito translativo do contrato até ao pagamento do preço.

Quer isto dizer, que a propriedade do bem pertence agora ao vendedor/mutuário, logo não pode a financeira para além de mutuante ser reservante.

No entanto, as instituições de crédito recorrem a este pacto para se salvaguardarem, surgindo uma relação triangular onde nos deparamos com uma terceira parte a quem o comprador recorre de forma a obter crédito para adquirir os bens, que de outra forma não seria possível. Fazem-no com o intuito de conseguir uma posição privilegiada e garantística do crédito concedido, sub-rogando-se na posição de titular da reserva de propriedade.

Apesar dos dois contratos estarem intrinsecamente conectados, embora distintos quer quanto ao objeto, quer quanto às partes, o mútuo surge apenas para que seja possível celebrar o contrato de compra e venda.

Desta forma, temos uma instituição de crédito que reserva para si a propriedade de um bem da qual não é, nem nunca foi, de facto proprietária, apenas e só financiou a sua compra, através da aposição de uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo. Onde a propriedade em vez de ser reservada pelo alienante, é reservada em prol do financiador, que somente detém um direito de crédito sobre o comprador.

Ou seja, ao invés de recorrerem às tradicionais garantias reais, como a hipoteca, socorrem-se de um instituto jurídico que não está ao seu alcance, nem tem como fundamento uma função garantística de uma terceira figura, apenas pretendendo tutelar o vendedor/proprietário com legitimidade para ser reservante.

¹⁰³ A compra e venda, que só se completa quanto aos seus efeitos reais e obrigacionais graças ao financiamento que a instituição de crédito celebrou com o comprador.

Claro está que esta reserva, pese embora usurpada por parte do financiador, lhe dá maior garantia de cumprimento da obrigação de pagamento do preço, pois permite a resolução do contrato e a recuperação do bem de forma mais célere e económica do que se se socorresse das vulgares garantias reais.

Pois como bem sabemos crédito é sinónimo de incerteza e garantia é sinónimo de segurança.

Sendo o património do devedor a garantia do credor, não incorreria o mutuante em qualquer risco caso se verificasse incumprimento do mutuário. No entanto, tendo em conta a conjuntura económica dos últimos anos e o crescente número de insolvências, o financiador necessitou de maiores garantias tendo para tal se socorrido da garantia do vendedor – a reserva de propriedade – em proveito próprio, com o objetivo de tutelar a sua posição jurídica assegurando o pagamento do seu crédito ao restringir o devedor da disposição do bem adquirido com recurso a financiamento.

Impondo-se agora o estudo da admissibilidade, ou não, da cláusula de reserva de propriedade a favor do terceiro financiador e em caso afirmativo em que moldes ocorrerá.

4.2 Doutrina e jurisprudência

Quer na doutrina quer na jurisprudência, deparamo-nos com uma falta consenso, todavia a maioria tende a não admitir a reserva de propriedade pelo financiador.

Mas nem sempre assim foi como iremos aferir com o exemplo seguinte.

Em 2009, A, mutuante, intentou uma ação declarativa contra B, mutuário, pedindo que fosse julgada procedente a referida ação e se:

- a) Declarasse válida a resolução do contrato de financiamento para aquisição do veículo automóvel de marca X,
- b) Condenasse B a reconhecer que o veículo pertencia a A,
- c) Condenasse B na entrega definitiva a A do dito veículo.

Visto que ambas celebraram um contrato de mútuo para que B pudesse adquirir a viatura à empresa C.

B assumiu a obrigação de pagamento a A de sessenta prestações mensais, das quais apenas cumpriu a primeira, apesar de ter sido interpelada para pôr termo à mora.

Na contestação B alega que não se justifica a sua condenação à restituição do veículo a A, nem que exista fundamento para que seja reconhecido o peticionado direito de propriedade do veículo, sustentando a sua tese com o facto de que entre ambos apenas foi

celebrado um contrato de crédito e não um contrato de compra e venda a prestações, uma alienação. Acrescentando ainda que a *reserva de propriedade 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*.

Tendo decidido o tribunal de 1.^a instância a ação parcialmente procedente, julgando o contrato celebrado entre as partes validamente resolvido pelo autor e absolvido a ré dos restantes pedidos.

Inconformada com a sentença, A interpôs recurso ao qual o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu o seguinte acórdão: *Revoga-se a decisão recorrida na parte em que absolve a ré dos restantes pedidos, condenando-a a reconhecer que o referido veículo, financiado pela autora, pertence a esta e ainda a proceder à entrega definitiva à autora do veículo automóvel*.

Naturalmente, B interpôs recurso para o STJ, alegando que A foi apenas financiadora, tendo celebrado com esta um contrato de mútuo no qual foi aposta uma cláusula de RdP. Reforçando o facto de A ser terceira relativamente ao contrato de compra e venda do veículo, nunca tendo sido dona da viatura, não lhe permitindo reservar para si a propriedade da mesma, já que a constituição da reserva a seu favor pressupunha a titularidade por parte de A da propriedade da coisa, titularidade que o alienante reserva durante a execução do contrato.

E que, nos termos legais, a reserva de propriedade só pode ser estipulada no âmbito do contrato de compra e venda a favor e em benefício do alienante, operando como condição suspensiva do efeito translativo do contrato.

Pese embora tenha o Tribunal entendido que ao abrigo do princípio da liberdade contratual a cláusula de RdP era permitida, este tem limites que se impõem. Porquanto considera injustificável e consequentemente nula a dita reserva por considerar incorreta a interpretação dos artigos 405º n.º 1, 408º e 409º.

As contra-alegações de A fundaram-se na expressão *qualquer outro evento*, segundo a qual permite abarcar realidades como sejam a satisfação de crédito de terceiro que não o reservatário originário, nada impedindo a constituição, tal como foi efetuada, de uma reserva de propriedade a favor de entidade que financiou a aquisição do veículo automóvel pela reservatária originária do mesmo.

Acrescentaram ainda, que tal conceito permitirá inegavelmente enquadrar *as obrigações emergentes de um contrato de financiamento em que o próprio vendedor tenha*

outorgado, ou de cujo clausulado resulte para ele um interesse relevante (Acórdão da Relação de Lisboa n.º 7622/00 de 26 de Julho de 2000 – não publicado).

Terminando o seu fundamento com a tese de que a vendedora e a mutuante são entidades que, embora distintas, se encontram comercialmente associadas e que a transação de veículos quando não é feita a pronto pagamento, apenas é possível por recurso ao o financiamento do capital necessário, tendo, desta forma, a vendedora do veículo todo o interesse no cumprimento integral do contrato de financiamento. Por considerar que na pendência da venda com reserva de propriedade o vendedor pode dispor da titularidade da coisa vendida, através da cessão de posição contratual, porque nos termos dos artigos 588º e 591º, a reserva de propriedade foi cedida pela vendedora do veículo, ficando A sub-rogada nos direitos da vendedora, adquirindo a propriedade do veículo pela cessão da reserva de propriedade e sub-rogação dos direitos que a reservatária originária detinha.

Por se considerar legítima titular do direito de propriedade – ainda que sob reserva – por transmissão efetuada pelo vendedor e autorizada pelo comprador, para A não existe qualquer nulidade da reserva de propriedade constituída.

Concluiu o Supremo Tribunal de Justiça por negar a revista e confirmar o acórdão recorrido, ao considerar a reserva de propriedade como um instituto previsto na lei ao alcance do mutuante, por força da liberdade contratual.

Assumindo na prática comercial uma função de garantia do crédito, resulta no pagamento diferido do preço por parte do comprador e com um objetivo geral de facilitar aos consumidores a aquisição de bens, com pagamento fracionado, considerando-se como um complemento do quadro tradicional de garantias reais.

Fundamentam a decisão com recurso ao princípio da liberdade contratual e a uma interpretação atualista do artigo 409º, por considerarem que tanto este como o artigo 408º têm natureza dispositiva e não imperativa, permitindo às partes a sua derrogação.

Mais acrescentam, que se os preceitos legais preconizam a possibilidade de a transferência da titularidade da propriedade seja diferida até à verificação de um qualquer evento, o financiamento do terceiro pode ser visto como tal, permitindo assim que a posição do vendedor se possa remeter para o financiador.

Processando-se esta transferência por sub-rogação voluntária nos contratos celebrados, visto que o preço foi entregue diretamente da financeira ao vendedor e que o comprador aceitou a inclusão da cláusula de RdP aquando da celebração do mútuo.

Fundamentam ainda a decisão no parecer da Direção Geral dos Registos e Notariado, que admite a transmissão dos direitos do vendedor para o mutuante por sub-

rogação, quando a compra e venda de um automóvel é financiada por uma instituição de crédito. Permitindo que na alienação do veículo o vendedor convencie uma cláusula de RdP a seu favor até ao integral pagamento do preço, onde para tal o adquirente celebra um contrato de mútuo para financiamento da compra, liquidando esta o preço diretamente ao vendedor, que sub-roga os seus direitos na instituição de crédito. Solenizando as partes que a titularidade do direito real, por sub-rogação, transfere-se da esfera jurídica do alienante, para o mutuante até o integral cumprimento do mútuo, por forma a evitar que a propriedade do veículo se transfira para o comprador aquando do pagamento do preço ao vendedor.

Deste modo concluímos que a jurisprudência corrobora o recurso das entidades financeiras à reserva de propriedade em vários fundamentos, entre elas na liberdade contratual, na interpretação atualista do artigo 409º, pelo facto do princípio da consensualidade não ser uma norma imperativa, e por recurso ao instituto da sub-rogação.

Em consequência do crescimento do consumo e da evolução da atividade financeira, o recurso ao crédito para a aquisição de bens aumentou substancialmente, significando que o mutuante sente necessidade de ver a sua posição salvaguardada, em caso de incumprimento, embora não pretendam munir-se das costumeiras garantias reais.

Ao saber que a reserva de propriedade visa facultar a possibilidade de o vendedor manter na sua esfera jurídica a propriedade do bem alienado, até o integral pagamento do preço, as entidades financeiras optaram por se socorrer deste instituto em proveito próprio, sendo inclusivamente defendido por alguma jurisprudência, como acabamos de verificar, e por uma doutrina minoritária.

A liberdade contratual, plasmada no artigo 405º prevê que as partes possam fixar livremente o conteúdo contratual e incluir as cláusulas que lhes aprouver. Ou seja, as partes têm liberdade para manifestar a sua vontade e transpô-la para os contratos desde que não seja *contra legem*. Fundando-se nesta justificação, estipulam as financiadoras, nos contratos de mútuo celebrados com os mutuários, uma cláusula de Reserva de Propriedade a seu favor, colocando-se na posição de reservante.

Defendendo uma interpretação atualista do artigo 409º parte da doutrina advoga a teoria de que o legislador pretendia defender a posição do vendedor, o que nos tempos atuais não se justifica, visto que o pagamento fracionado deixou de ser uma prática comum, sendo substituída pelo recurso a financiamento. Desta forma, fazem uma interpretação extensiva e atualista do vertido no preceito legal, consentindo que a reserva de propriedade dever-se-ia aplicar não ao alienante, em sentido literal, mas a quem

permitia o pagamento a prestações do preço, no caso as entidades financeiras, aplicando-se extensivamente ao contrato de mútuo por conexão com o contrato de compra e venda

Ora, conjugando os artigos 405º e 409º, e porque o princípio da consensualidade é uma *simples norma supletiva e não um princípio de ordem pública, ...podem as partes afasta-lo através de um pactum reservati dominii*” (Campos, 2013).

Jurisprudencialmente deparamo-nos com pronúncias nesse sentido, ao considerarem que a venda a prestações *já não corresponde à realidade socio-económica atual... para se concretizar o contrato de compra e venda, na maioria das vezes, intervém, não duas, mas três partes: o comprador, o vendedor e aquela que empresta o dinheiro*¹⁰⁴, reclamando uma interpretação atualista. Mais se acrescenta que a jurisprudência não tinha dúvidas quanto à admissibilidade da cláusula de RdP no mútuo, por conexão contratual, *nomeadamente quando aquele contrato está intensamente conexionado com o de compra e venda*¹⁰⁵, bem como tendo em conta o princípio da liberdade contratual uma vez que o *art. 405º do Código Civil, permite aos cidadãos, dentro dos limites da lei, auto-compor os seus interesses*¹⁰⁶.

A mesma posição é defendida na doutrina por ISABEL MENERES CAMPOS quando defende que *a regra da consensualidade, constante do art. 408º, não corresponde a nenhum princípio de natureza imperativa e inderrogável*, o que permite às partes a sua derrogação, pois se a lei permite que o momento da transferência da titularidade da propriedade seja diferido até à verificação de um qualquer evento, o financiamento do terceiro pode ser visto como tal, permitindo assim que a posição do vendedor se possa remeter para o financiador.

Mas em que moldes se baseiam para aplicar este instituto ao financiador e não ao alienante? Com recurso à sub-rogação!

Instituto previsto nos artigos 589º e seguintes, consagra que *o credor que recebe a prestação de terceiro pode sub-rogá-lo nos seus direitos, desde que o faça expressamente até ao momento do cumprimento da obrigação*, podendo operar também por vontade do devedor, não carecendo de consentimento do credor¹⁰⁷.

Ou seja, transferindo os direitos do vendedor para o mutuante, o recurso a este instituto, visa tornar válida e eficaz a cláusula de RdP, pois apesar de o cumprimento da obrigação de pagamento do preço ao alienante ocorrer com celebração do contrato, em

¹⁰⁴ Cfr. Ac. TRP de 2011/02/14 – proc. n.º 935/09.5TBOAZ.P1

¹⁰⁵ Cfr. Ac. TRL de 2008/01/31 - proc. n.º 405/2008-6.

¹⁰⁶ Cfr. Ac. TRP de 18/12/2013 - proc. n.º 6534/12.7TBVNG-A.P1

¹⁰⁷ Cfr. art. 591º n.º 1

consequência da união contratual, a sub-rogação, e consequentemente o pacto de domínio, é aceite. Ou seja, permite-se que o mutuário se sub-rogue nos direitos do alienante, mais propriamente, na faculdade de reservar para si a titularidade do direito de propriedade até ao cumprimento da obrigação.

Ao admitir a sub-rogação dos direitos do alienante no financiador e permitir a constituição de uma reserva de propriedade a seu favor, a instituição de crédito vê-se abrangida pela garantia do pagamento do preço, que estaria ao dispor do vendedor, encontrando-se agora na esfera jurídica do mutuante, por considerar que o vendedor tem *interesse relevante em que o financiamento seja pago*¹⁰⁸, permitindo que o *financiador, ao pagar o crédito do vendedor, fica sub-rogado nos direitos deste, transmitindo-se para aquele o crédito e os seus acessórios e garantias, incluindo a cláusula de reserva de propriedade constituída a favor do vendedor*¹⁰⁹.

Na doutrina, Maria Isabel Menéres Campos é a grande difusora desta tese, fundamentando a admissibilidade da validade da cláusula de RdP a favor do financiador na liberdade contratual, na autonomia privada, na sub-rogação convencional e na interpretação atualista do artigo 409º.

Argumentando da seguinte forma: *Pugnamos pela validade dessa estipulação, baseando-se 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 o 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.*

Acrescentando: *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, emprega os fundos necessários ao pagamento do preço dessa aquisição.*

¹⁰⁸ Cfr. Ac. TRL de 2004/04/29 – proc. n.º 1531/2004-08.

¹⁰⁹ Cfr. Ac. STJ de 2014/09/30 – proc. n.º 844/09.8TVLSB.L1.S1

No entanto, esta não é a posição que acolhe maior número de defensores nem na doutrina, nem na jurisprudência.

A reserva de propriedade a favor do mutuante, para garantia do cumprimento das obrigações do mutuário, também adquirente do bem, apenas pode ser constituída pelo vendedor, não podendo ser validamente convencionada no contrato de mútuo onde apenas intervêm os que nela assumem as posições de mutuante e mutuário.¹¹⁰ Propósito este acolhido também pela doutrina ao considerar que *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* (Moraes, 2007).

Pese embora estejamos perante uma interdependência entre os dois contratos, estes são distintos, logo não é lícito ao mutuante registar a cláusula de reserva de propriedade a seu favor, sendo *necessariamente nula porque celebrada contra lei imperativa. E não só: a reserva de propriedade a favor do comprador, na perspetiva de que este recebe o direito de propriedade do vendedor, isto é, do respetivo titular, é uma reserva que verdadeiramente se pode dizer contra natura*.¹¹¹

A tese da inadmissibilidade advoga contra a interpretação literal do artigo 409º, ao considerar que *resulta de uma forma clara que a estipulação da reserva de propriedade sobre uma coisa só é válida nos contratos de alienação*. Consequentemente, no contrato de mútuo que financia a aquisição do bem, *apesar de haver conexão entre os dois contratos, o mutuante não pode reservar para si o direito de propriedade sobre esse bem, pela simples razão que não é o seu titular, sendo juridicamente impossível que alguém reserve um direito de propriedade que não tem. Assim, a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador, porque legalmente impossível, ter-se-á de considerar nula, nos termos do art. 280º n.º1, o que determina a improcedência dos pedidos de restituição do veículo e cancelamento da inscrição do registo de propriedade sobre o veículo a favor do mutuante*.¹¹²

Mais se pronunciou no mesmo acórdão, que o artigo 409º *não pode ser aplicado, por analogia, a esta situação, uma vez que não é possível equiparar a posição do alienante, proprietário de um bem que aliena, 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. O*

¹¹⁰ Cfr. Ac. TRL de 2009/03/12 – proc. n.º3184708-2

¹¹¹ Cfr. Ac. TRC de 2014 /12/17– proc. n.º4435/13.0TLRA.C1

¹¹² Cfr. Ac. TRC de 2016/03/08 – proc. n.º 934/15.8LMG.C1

direito atribuído pelo referido preceito legal, pela sua natureza, só pode ser atribuído a quem é proprietário do bem em causa, não podendo ser concedido a quem não tenha essa qualidade. A liberdade das partes estipularem cláusulas diferentes das legalmente previstas – art. 405º do código civil – tem os limites impostos no art. 280º do código civil, designadamente a impossibilidade jurídica do seu objeto.

Relativamente à interpretação atualista do mesmo artigo não existe, na letra da lei, qualquer correspondência que permita, nos termos do artigo 9º n.º 2, uma interpretação extensiva por forma a tutelar os interesses do financiador incluindo uma cláusula de RdP no contrato de mútuo a seu favor. Segundo SANTOS BERNARDINO, *a interpretação atualista deve ser aplicada com a necessária prudência, estando, logo à partida, condicionada pelos fatores hermenêuticos, designadamente pela ratio da norma interpretada e pelos elementos gramatical e sistemático. Quer o elemento gramatical, quer o escopo ou finalidade visado pela norma, afastam a possibilidade de uma interpretação atualista, no sentido de alargar o seu alcance ao contrato de mútuo ou financiamento, mesmo quando se trate de um contrato de mútuo a prestações conexionado com o contrato de compra e venda do bem financiado, sendo ademais, certo que o financiador não se acha totalmente desprotegido, pois tem meios ao seu dispor para fazer face a eventual incumprimento do mutuário*¹¹³, nomeadamente a hipoteca.

No que à sub-rogação diz respeito, bem como por via da cessão de créditos, também não é viável a sua aplicação, pois apenas transmitem direitos de crédito e não direitos reais, que nos termos do artigo 1316º apenas se adquirem por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação e acessão.

Mais se pronuncia no referido acórdão: *Não pode entender-se verificada a sub-rogação do mutuante na posição jurídica do vendedor, designadamente nas garantias de que este poderia dispor, não podendo ela fundar-se nem no art. 591º nem no art. 405º, ambos do código civil.*

A doutrina enfatiza estes argumentos, demonstrando de forma clara e inequívoca a inadmissibilidade de recurso à reserva de propriedade como forma de tutelar os interesses do credor. Não lhes restando dúvidas de que a função da mesma é de garantia, mas do alienante e não do mutuante.

Assim sendo, GRAVATO MORAIS defende que *a finalidade do legislador, ainda que interpretada atualisticamente, não terá sido a de permitir a quem não aliena um bem,*

¹¹³ Cfr. Ac. STJ de 2008/07/10 – proc. n.º 08B1480

mas tão só o financia, a constituição a seu favor de uma reserva de domínio sobre esse objeto – que não produziu nem forneceu – apenas em razão do fracionamento das prestações, acrescentando ainda que a cláusula em que o financiador reserva para si a propriedade de uma coisa alienada pelo vendedor, porque contrária a uma disposição de natureza imperativa, é assim nula, nos termos do art. 294º. Argumentando que a reserva de propriedade a favor do mutuante mais não é nos seus objetivos e formulação do que uma figura próxima da hipoteca tendo indubitavelmente, como já se disse, a natureza de direito real de garantia.

Acrescenta ALMEIDA COSTA que é inequívoca a função económica da reserva de propriedade é a de garantir o crédito do vendedor pelo preço da compra não permitindo ao credor lançar mão de um mecanismo que se encontra na esfera jurídica do vendedor. Na mesma senda corroboram PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA ao considerarem que, *a reserva tem, pois, essencialmente, uma função de garantia do direito primeiro do credor que é a manutenção da solvabilidade do património do seu devedor, mas assegurando a este a plena fruição, ou a disposição material da coisa.*

O argumento da sub-rogação padece de enfermidades visto que dela apenas decorre uma transmissão de crédito e não uma posição contratual. Demonstrando que somente se transferem as garantias reais e pessoais que não podem ser dissociadas do credor, ou seja, nos casos em apreço a reserva de propriedade não se transfere pelo decurso da sub-rogação, uma vez que ocorrendo o pagamento do preço ao vendedor, esta extingui-se-á, porque automaticamente a propriedade se transfere para o adquirente, encontrando-se desta forma dissociada do alienante.

Neste sentido, SÓNIA PEREIRA defende que a sub-rogação *consiste num meio de transmissão de créditos e de acessórios de créditos, como sejam as garantias pessoais e reais... Admitimos, porém, ao abrigo da liberdade contratual a validade da cláusula se o mutuário transmitir previamente a propriedade do bem para o mutuante, configurando-se então a cláusula como figura similar à alienação em garantia*, corroborando a tese da não transmissibilidade do direito real por sub-rogação na posição contratual do alienante.

Para LIMA PINHEIRO *a reserva de propriedade substitui o direito de penhor sem posse do vendedor, inadmissível face ao nosso Código Civil. Com a reserva de propriedade visa o vendedor precaver-se de uma eventual inexecução do contrato ou insolvência por parte do comprador, caso em que o vendedor deseja obter a restituição da coisa, fazendo valer os seus direitos sobre a coisa. Consegue-o convencionando que a*

titularidade do direito de propriedade permaneça na sua esfera jurídica até ao integral pagamento do preço.

A reserva de propriedade caracteriza-se pela utilização da propriedade como garantia, *quando a titularidade do direito de propriedade é atribuída a um sujeito, não para que ele disfrute a coisa, mas sim como garantia de um seu crédito* (Pinheiro, 1998).

Concluindo-se que *a estipulação da reserva de propriedade parece ter como único efeito útil o evitar a inoponibilidade da resolução a terceiros que, entretanto, tenham constituído direitos sobre a coisa (art. 435º n.º1), o que, aliás, será uma hipótese fundamentalmente teórica* (Lima Pinheiro, 1998).

Segundo CARVALHO FERNANDES, *quando há concessão de crédito ao consumidor, isto é, ao adquirente dos bens cuja propriedade é reservada, mediante contrato de crédito, em rigor, as prestações a pagar, de cujo cujo cumprimento integral a transmissão do correspondente direito depende, não são as obrigações de pagar o preço de aquisição do bem, mas as do crédito concedido. Sendo manifesto que o crédito concedido para financiar o comprador na aquisição de certo bem, o valor mutuado se destina ao pagamento do preço ao vendedor. Em suma, não há preço em dívida de que a transmissão do direito fique dependente, nos termos estritos do n.º 1 do art. 409º.*

Terminamos a propugnação dos vários argumentos que defendem a possibilidade de constituição do *pactum reservati dominii* no contrato de mútuo, que serve para financiar o pagamento do preço numa compra e venda, quer doutrinaria, quer jurisprudencialmente, bem como pelos que advogam contra a sua admissibilidade.

4.3 Posição adotada

Atendendo ao conteúdo jurídico de cada instituto que serviu de sustento às variadas teses de admissibilidade e inadmissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador, cabe-nos agora fundamentar a posição adotada.

Cientes que estamos do crescente recurso a financiamento e da dificuldade do mutuante em cobrar o seu crédito, não logrará aceitação entre nós a possibilidade de este se socorrer de um instituto jurídico que não se encontra na sua legitimidade, em proveito próprio.

Caso assim não se entendesse o mutuante aproveitar-se-ia de uma garantia que é atribuída pelo legislador ao alienante, para alcançar um efeito – a transferência da propriedade para a sua esfera jurídica em caso de incumprimento do devedor – que nunca

esteve ao seu dispor, violando o princípio do *numerus clausus*, que proíbe a constituição de limites de natureza real ao direito de propriedade, que não os previstos no artigo 1306º. Permitindo ao financiador, apesar do risco que sabe de antemão que corre, constituir uma garantia sobre o bem conhecido do devedor, sem que este se pudesse opor.

Tendo em conta que na relação creditícia a garantia do credor é o património do devedor, o financiador ao reservar para si a titularidade do direito de propriedade, impediria que o mutuante pudesse alienar o seu património, de modo a que não perdesse a garantia do cumprimento da obrigação *máxime* o pagamento do preço.

Efetivamente, no contrato de mútuo a posição do financiador é merecedora de tutela, onde para tal estão ao seu dispor garantias várias, mas não a do alienante, que ao ser admitida estaria a descaraterizar todo o seu regime e natureza jurídica.

Nos termos do artigo 879º, os efeitos essenciais da compra e venda são três – a obrigação da entrega da coisa, o pagamento do preço e a transmissão da propriedade. Que por regra ocorre por mera declaração da vontade das partes – conforme estabelecido no artigo 408º - podendo, no entanto, excepcionar-se por condições previstas na lei. Exceção essa que encontramos prevista no artigo seguinte, em que a titularidade do direito de propriedade nos contratos de alienação não se transfere de forma imediata, mas sendo diferida até ao cumprimento total da obrigação ou até à verificação de qualquer outro evento.

Não tendo o princípio da consensualidade – no qual a transferência dos direitos reais sobre determinada coisa se produz por mero efeito do contrato – natureza imperativa, a reserva de propriedade é uma verdadeira exceção¹¹⁴ a este, visto que pode estipular-se a transmissão da propriedade para momento posterior ao da celebração do contrato.

Todavia, o facto de ser legítimo diferir no tempo o efeito real não significa que o financiador tenha legitimidade para o fazer, garantindo-se com a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade no contrato celebrado com o comprador/mutuário.

Mais se acrescenta que, relativamente à expressão “outro evento”, constante do artigo 409º n.º 1, esta diz respeito ao próprio contrato de alienação e não a qualquer outro, mesmo que com ele esteja relacionado.

¹¹⁴ Consagrado por Gabriela Figueiredo Dias, no texto “*Reserva de Propriedade* In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”. Vol. III. Coimbra Editora. Publicado em 2007. Todavia, posição antagónica defende Sónia Pereira, no texto “*Reserva de propriedade e realização coativa do direito ao preço – o acórdão de fixação de jurisprudência n.º10/2008* In: Boletim da Faculdade de Direito”. Vol. LXXXV. Coimbra Editora. Publicado em 2009, que considera “que a reserva não consubstancia uma exceção, mas um mero diferimento do momento da transferência que, embora em momento distinto, não deixa de se verificar por mero efeito do contrato.”

A cláusula de reserva de propriedade só pode ser convencionada no âmbito de um contrato de alienação e não em qualquer outro, uma vez que é sua característica essencial suspender os efeitos translativos inerentes a tal convenção. Consequentemente, a instituição de crédito não sendo proprietária do veículo vendido, ou de qualquer outro objeto alienado, não pode estabelecer a seu favor uma cláusula de reserva de propriedade, que nunca teve, sendo nula nos termos do artigo 280º, bem como não pode ser invocada como garantia acessória do contrato de mútuo.

A reserva de propriedade constituída a favor do alienante não incide sobre a essência do contrato de compra e venda, apenas operando sobre o efeito translativo do mesmo, ou seja, sobre a transferência da propriedade do vendedor para o comprador, sendo a transmissão da propriedade diferida para momento posterior. Deste modo, o credor/alienante é titular da propriedade do bem até integral pagamento do preço não sendo apenas, ao contrário das restantes garantias reais, preferente em relação ao bem do devedor.

Sem olvidarmos que o contrato de mútuo é unilateral, uma vez que não existe obrigação para o mutuante, apenas o mutuário tem como imposição a restituição do dinheiro, conforme o previsto no artigo 1142º, é oneroso, pois tem o mutuário para além da incumbência da restituição do preço o pagamento de juros, bem como é um contrato real *quoad constitutionem*, visto que apenas está completo com a entrega material da coisa, não bastando o acordo das partes. E que quanto à sua resolução ocorre conforme plasmado no artigo 1150º, implicando, consequentemente, a perda do benefício do prazo previsto no artigo 781º, onde em caso de incumprimento pelo mutuário do pagamento de uma prestação, as demais vencem-se de imediato.

Deste modo, concluiu-se que face a esta descrição não apuramos qualquer coincidência entre este e um contrato de alienação, como preceituado no artigo 409º, o que legitimaria a sua aplicação.

Quanto ao argumento da sub-rogação, também não acolhe a nossa defesa.

Inscrita no capítulo da transmissão de créditos e dívidas e prevista nos artigos 589º, a sub-rogação apenas se aplica a direitos de crédito e não a direitos reais. Trata-se de uma forma de transmitir um crédito e não um direito real, podendo o financiador receber os direitos creditícios do vendedor, mas, em circunstância alguma, pode estar o direito de

propriedade incluído, que só ocorre pelos meios previstos no artigo 1316¹¹⁵, não havendo qualquer viabilidade em admitir a sub-rogação na reserva da propriedade.

A celebração da compra e venda não está dependente da contratualização do mútuo como nexo de causalidade, ou seja, estamos perante dois contratos independentes, com declarações de vontade autónomas, que se relacionam, apenas e só, quanto aos sujeitos. Apesar de funcionalmente ligados entre si, cada um está subordinado ao seu regime jurídico, com distintas características.

Porém encontram-se numa relação de dependência, uma vez que o contrato de mútuo só é celebrado para que se possa concretizar a compra e venda e esta só opera porque o financiador concede ao comprador um crédito para aquisição dos bens.

No entanto, apesar de co-relacionados não estamos perante uma união de contratos, apenas nos deparamos com uma relação tripartida, pelo facto de através do crédito concedido no contrato de mútuo se cumprir a obrigação de pagamento do preço no contrato de compra e venda, assumindo o mutuário a posição de adquirente. Este apenas opta pelo recurso a uma instituição financeira para obter um crédito que lhe permita a aquisição de um bem, entre outros meios que tem ao seu dispor¹¹⁶, o que personifica dois contratos individuais e não uma união de contratos, visto que não há uma imposição de subordinação da compra e venda ao mútuo, em caso de este ter sido celebrado com o fim de adquirir o bem em questão. Ou seja, para que tal se verificasse, necessário seria que o credor e o mutuário fossem sujeitos distintos, o que nos casos em apreço se verifica, o financiamento ter como fim a compra da coisa, que também se verificou e a obrigatoriedade de unidade económica entre os dois contratos, onde mutuante e alienante colaboram na composição de ambos os contratos, o que não sucede.

Como tal, não restam dúvidas, de que apenas têm como elemento de conexão o sujeito, que é o mesmo em ambos os contratos, sendo no mútuo denominado de mutuário e na compra e venda de adquirente. Porém, caso assim não se entendesse, a validade de um contrato implicaria a validade do outro e vice-versa, o que não sucede, bem como se surgissem vícios na coisa poderia ser o financiador a responder por eles.

O que nos leva a concluir que não estamos perante contratos de crédito coligados, que com recurso à tese da interpretação extensiva e atualista permitiria tal entendimento,

¹¹⁵ princípio do *numerus clausus*, que consubstancia a proibição da constituição de direitos reais que não caibam nos tipos previstos na lei, bem como a atribuição de conteúdo diferente.

¹¹⁶ Como a locação financeira, o ALD ou o mútuo bancário.

nem que o contrato de crédito ao consumo celebrado entre vendedor, consumidor e financiador teria de ser conjugado com a lei do crédito ao consumo.¹¹⁷

Terminado este estudo aferimos que a constituição da reserva de propriedade obriga a certos requisitos, como a existência de um contrato de alienação, a convenção da reserva de propriedade a favor do alienante antes da celebração do referido contrato e o seu condicionamento ao cumprimento total ou parcial da obrigação do pagamento do preço ou até à verificação de qualquer outro evento, bem como a concomitância entre o vendedor e o titular da propriedade.

Desta forma, não restam dúvidas da inadmissibilidade da cláusula de RdP a favor do financiador, exceto se o alienante for também o mutuante, caso contrário não estão preenchidos os requisitos legais indispensáveis, desde logo, o contrato ser de alienação que não outro.

A cláusula de reserva de propriedade tem como escopo a garantia do vendedor, ao permitir que o alienante reserve para si a propriedade, ou seja, significa que teremos que estar perante uma alienação, e que apenas o titular desse direito real pode socorrer-se de tal faculdade, desta forma o mutuante não celebra um contrato de compra e venda, apesar de o financiar, nem a expressão *até à verificação de qualquer outro evento*, pode ser entendida como premissa de aplicação a qualquer outro contrato em que o alienante não seja parte. Porquanto esta expressão tem, obrigatoriamente, como âmbito de aplicação a proteção da relação contratual para a qual foi instituída, ou seja, proteger o vendedor nos contratos de alienação, estando apenas na disposição do vendedor, titular do direito de propriedade.

De todo o explanado, a cláusula de reserva de propriedade tem de ser convencionada apenas no âmbito de um contrato de alienação e não em qualquer outro, sendo sua característica essencial suspender os efeitos translativos inerentes a tais contratos. Para além de garantir o pagamento do preço, a reserva de propriedade garante também a devolução do bem, em caso de incumprimento da obrigação, não se aplicando para o incumprimento do mutuário. Ou seja, ao mutuante não lhe assiste o direito à restituição da coisa, cuja aquisição foi financiada, mas apenas ao cumprimento do contrato, o pagamento do montante em dívida. Nada obstando a que o mutuário permita a venda extrajudicial do bem para pagamento da dívida resultante do mútuo celebrado.

¹¹⁷ DL n.º 133/2009, de 2 de Junho, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2008/48/CE

Pese embora possamos compreender que o recurso ao *pactum reservati dominii* como garantia da instituição creditícia, seria menos formal, menos moroso, e menos oneroso que as demais garantias ao seu dispor. Tal como a hipoteca, onde beneficia de todas as vantagens das garantias reais - a eficácia absoluta, a preferência, a inerência e a sequência - e que tem como especial função a garantia do crédito, mas não a garantia da titularidade do bem.

Todavia, o instituto jurídico da Reserva de Propriedade não pode ver a sua essência e âmbito de aplicação deturpados e aplicados a casos para os quais não foram previstos - os contratos de mútuo – quando outros meios estão legalmente previstos e regulados de forma a tutelar os seus interesses. Mormente em relação à resolução contratual, uma vez que a vantagem que resulta da estipulação da cláusula permite ao alienante para além do direito à restituição da coisa, optar por exigir a realização coativa da prestação.

A reserva de propriedade é admissível não só nos contratos de compra e venda, mas em qualquer outro contrato de alienação como a doação, a permuta ou a dação em cumprimento. Bem como, a transferência de propriedade não se restringe ao pagamento do preço, podendo ocorrer, também, quando se tratar de qualquer outra obrigação contratual ou outro evento.

Todavia não é admissível nos contratos de mútuo, por não se tratar de um contrato de alienação, bem como pelo facto de o mutuante dispor de outras garantias reais, legalmente previstas, que não aquela para a qual não tem legitimidade para usufruir – a reserva de propriedade a seu favor.

Finda a exposição concluímos, indubitavelmente, pela inadmissibilidade de pacto de reserva de domínio a favor da instituição financeira, aquando da celebração de um contrato de mútuo que financie a aquisição de um bem.

Uma vez que a faculdade de recurso à reserva de propriedade, como exceção ao princípio da consensualidade, se encontra ao dispor do alienante, ou seja, se o mutuante não é, nem nunca foi, proprietário da coisa, não poderá reservar a titularidade de um direito que não tem.

5. A reserva de propriedade na Cessão de Quotas

Após o estudo do instituto da reserva de propriedade e da inadmissibilidade do *pactum reservati dominii* no contrato de mútuo a favor de terceiro financiador, iremos aferir a exequibilidade do referido pacto na cessão de participações sociais.

Teremos, no entanto, que fazer um enquadramento desta figura jurídica no direito comercial.

Iniciando pela celebração do contrato de sociedade, que salvo exceção legal, terá de ser constituído no mínimo por dois sócios.

No código das sociedades comerciais, desde logo no seu artigo 7º, é definida a forma e partes do contrato, prevendo que seja reduzido a escrito e as assinaturas dos sócios sejam reconhecidas presencialmente,¹¹⁸ encontrando-se elencados no artigo 9º os elementos do contrato, entre eles no n.º 1 alínea f), o capital social.

Estão identificadas, taxativamente¹¹⁹, no artigo 1º n.º 2 do código das sociedades comerciais os tipos de sociedades, e a que nos importa para o estudo em questão – sociedade por quotas – vê o seu regime regulado nos artigos 197º e seguintes.

Definindo que neste tipo societário o capital social está dividido por quotas, tal como o nome indica, traduzindo-se estas no valor de entrada de cada um, e acrescentando que os sócios são também responsáveis *perante a sociedade, pela realização das entradas dos outros consócios*¹²⁰ (Coutinho de Abreu, 2013).

As participações sociais de cada sócio são as suas quotas¹²¹, que no seu todo comportam o capital social da sociedade. Estas devem ter um valor nominal estabelecido, no entanto, nunca inferior a 1 Euro,¹²² nem podem exceder o valor da entrada de cada sócio no momento da solenização do contrato de sociedade.

A transmissão das participações sociais significa, em regra, a transferência de sócios. Dizemos em regra, porque se a transmissão ocorrer para um membro da sociedade, não teremos a entrada de um novo sócio, apenas a saída do alienante.

E pode ocorrer de duas formas, *inter vivos* ou *mortis causa*.

¹¹⁸ Salvo se a transmissão dos bens que os sócios levam para a sociedade, como parte da sua quota, exigir outras formalidades, onde o contrato de sociedade revestirá essa mesma forma.

¹¹⁹ Princípio da tipicidade das sociedades comerciais.

¹²⁰ Cfr. art. 197º CSC, no entanto respondem apenas perante a sociedade e não perante os credores da mesma, configurando uma responsabilidade limitada.

¹²¹ Terminologia adotada nas sociedades por quotas.

¹²² Cfr. art. 219º n.º 3 CSC.

O artigo 225º CSC, prevê a transmissão por morte, ocorrendo automaticamente para a esfera jurídica dos sucessores do *de cujus*, salvo menção em contrário no contrato social. O n.º 2 do referido preceito legal explica que nos casos em que a participação social não ocorra para os sucessores do sócio falecido, nos termos do n.º1, cabe à sociedade proceder às diligências necessárias de forma a amortizá-la nas quotas existentes, adquiri-la, ou fazê-la adquirir por sócio ou por terceiro, no prazo de 90 após o falecimento, findo o qual as mesmas se consideram transmitidas aos seus sucessores.

A transmissão entre vivos está regulada no artigo 228º CSC, devendo ser reduzida a escrito e consentida pela sociedade. Enquanto não se verificarem tais requisitos esta não produz efeitos para com a sociedade, salvo se se tratar de cessão entre conjuges, ascendentes ou descendentes do sócio.

Com tais restrições, vê o sócio alienante a sua liberdade de escolha em contratar restringida, pois estará sempre sujeito a consentimento da sociedade na sua transferência.

No entanto esta imposição verifica-se na defesa dos interesses da sociedade, que visa o lucro, logo não poderia permitir a convivência entre sócios com interesses díspares, cabendo à sociedade permitir ou impedir a transmissão sempre que lhe aprouver.

Concluimos que a transmissão de quotas produz efeitos imediatos após a comunicação – quer pelo cedente, quer pelo cessionário - perante a sociedade, se ocorrer para o conjuge, descendente ou ascendente do sócio transmissor, caso contrário apenas será eficaz com o consentimento da mesma, como anteriormente referido.

Importa salientar que a falta de consentimento, quando a circunstância assim o exige, só é ineficaz perante a sociedade e não perante terceiros nem contraentes (alienante/cedente e adquirente/cessionário).

Todavia este não é um imperativo legal, pelo que as partes no contrato social, podem convencionar que em caso de transmissão de quotas/participações sociais será exonerado o consentimento da sociedade, bem como podem definir o contrário, obrigando a sociedade a consentir, toda e qualquer transmissão¹²³.

Mais se acrescenta, que a transmissão de participações sociais/cessão de quotas, pode estar completamente vedada aos sócios, sendo válidas as cláusulas que a proibam, pese embora fiquem exonerados da sua posição 10 anos volvidos do seu ingresso na sociedade.¹²⁴

¹²³ Cfr. o art. 229º n.º 2 e 3 CC

¹²⁴ Cfr. art. 229º n.º 1 CC

Constatamos que estamos perante uma transmissão que podendo ser onerosa, significa que poder-se-à afigurar pertinente aferir da legitimidade da celebração de um contrato de cessão de quotas onde seja aposta uma reserva de propriedade, até que o cedente receba a totalidade do preço.

5.1 Problemática

Findo o introito do instituto da cessão de quotas, estamos agora em condições de continuar este estudo, para, como inicialmente pretendido, tomarmos uma posição acerca da aplicação da reserva de propriedade na compra e venda de quotas de uma sociedade.

Terminado o estudo do regime da reserva de propriedade, onde concluímos que a sua natureza jurídica é a de uma condição suspensiva *sui generis* e que não é admissível a sua aposição nos contratos de mútuo, reunimos as condições para avançar com a análise tema a que nos propusemos.

Tendo o pacto de reserva de domínio como principal aplicação a compra e venda a prestações, de bens móveis ou imóveis, e como escopo a garantia do alienante, será exequível que num contrato de compra e venda de quotas seja aposta uma cláusula de reserva de propriedade até integral pagamento do preço?

Este é o início da nossa problemática.

Todavia, em primeiro lugar teremos que responder a uma outra dúvida que nos assola e cuja resposta influenciará a justificação à nossa principal questão.

Desta forma teremos que aferir se a quota de uma sociedade poderá ser considerada como uma coisa objeto de direitos reais ou se nos deparamos apenas com um conjunto unitário de direitos e obrigações do sócio¹²⁵ perante a sociedade.

Sendo certo que estamos perante um conjunto de direitos e obrigações do sócio que lhe são transmitidos pela quota, poderá a transmissão desta ser alvo de um pacto de domínio?

Caso a resposta seja afirmativa, outras dúvidas se levantam.

Em que posição ficam as partes até que o pagamento integral do preço, ou qualquer outro evento, ocorra? Quem assume os direitos e obrigações de sócio? O sócio cedente? O sócio cessionário?

¹²⁵ Definição de participação social defendida por Coutinho de Abreu, *Estudo do direito das sociedades*, 2013.

Nas palavras de COUTINHO DE ABREU *o sócio tem desde logo direito a quinhoeiro nos lucros, a participar nas deliberações de sócios, a obter informações sobre a vida da sociedade e a ser designado para órgãos de administração e de fiscalização da sociedade*, ou seja, qual das partes do contrato de cessão de quotas assume estas faculdades?

Como tal, cumpre-nos verificar se a quota pode ser considerada como coisa, sujeita aos princípios dos direitos reais, por forma a podermos concluir se a cláusula de reserva de propriedade na cessão de quotas com espera de preço será válida.

5.2 Doutrina e jurisprudência

A doutrina e a jurisprudência, no que a este assunto concerne, não é coincidente.

Nos Tribunais tanto nos deparamos com decisões que advogam a favor do direito de propriedade abranger coisas incorpóreas, quando *ipsis verbis*, decidem que *um estabelecimento comercial pode ser objeto do direito de propriedade*¹²⁶, como outras em sentido contrário, onde apenas é *permitida a penhora dos bens corpóreos*¹²⁷ do estabelecimento comercial e não os incorpóreos¹²⁸, que apenas serve para *demonstrar a realidade financeira da empresa e não como um bem redutível ao estatuto de uma coisa passível de domínio*¹²⁹.

No primeiro caso, fundamentam que o estabelecimento é suscetível de posse, que recai sobre coisas corpóreas, sendo o mesmo suscetível de reivindicação, que também recai sobre coisas corpóreas, visto que obriga à entrega da coisa. Bem como, ao admitirem o trespasse, que mais não é que *a venda do estabelecimento*, corroboram a tese que o direito de propriedade pode ter como objeto coisas incorpóreas.

O segundo diz respeito a uma penhora de bens, onde o Supremo Tribunal Administrativo pronunciou que *o imobilizado incorpóreo, que concorre para a formação do valor global da empresa, não tem qualquer influência na avaliação dos bens individuais do ativo imobilizado*, não permitindo à fazenda pública a penhora do ativo imobilizado, por não reunir condições *idóneas* a garantia, sendo esta obrigada a reduzir o valor dos bens penhorados, em virtude de estarmos perante coisas incorpóreas.

¹²⁶ Cfr. Ac. TRC de 2010/03/16 - Proc. n.º 160/07.0TBGVA.C1

¹²⁷ Como secretárias, máquinas, equipamentos, entre outros.

¹²⁸ Como a marca, o logotipo, entre outros.

¹²⁹ Cfr. Ac. STA de 2013/02/14 - Proc. n.º 04/13

No entanto, deparamo-nos com uma crescente tendência para a admissibilidade de coisas incorpóreas como objeto do direito de propriedade, quando consideram *o estabelecimento comercial constitui uma verdadeira unidade jurídica, objeto de direito de propriedade sendo como tal suscetível de posse e de reivindicação*¹³⁰. Sustentando a sua tese por recurso a fortes argumentos de texto, como por exemplo o artigo 246º n.º 2 alínea d) do CSC, quando se refere a *alienação de estabelecimentos ... e de participações*, no artigo 1559º n.º 1 ao mencionar *proprietários e donos de estabelecimentos industriais*, bem como no artigo 1889º n.º 1 alínea c) ao expressamente referirem *adquirir (a propriedade) do estabelecimento*, entre outros.

Porém, dúvidas não surgem quanto aos direitos de propriedade intelectual, que apesar de coisas incorpóreas, são objeto de contrato de transmissão de titularidade. Ou seja, a jurisprudência considera que estes *integram os ativos intangíveis ou direito de propriedade incorpórea das empresas*¹³¹, corroborada pela interpretação do artigo 1303º, que remete para legislação especial, bem como manda aplicar, *subsidiariamente as disposições do mesmo código, que se harmonizem com a sua natureza e não contrariem o regime particular estabelecido*.

Na doutrina, as posições são igualmente divergentes.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no código civil anotado, sustentam, *que o direito de propriedade, bem como a posse, só incide sobre coisas corpóreas*.

Já SANTOS JUSTO defende que quer as coisas corpóreas quer as incorpóreas são *igualmente passíveis de verdadeira propriedade e de outros direitos reais*¹³², contrariando o preceituado no artigo 1302º, propugnando pelo argumento da propriedade intelectual¹³³- coisa incorpórea passível de ser objeto do direito de propriedade - *e porque o universo das coisas incorpóreas é muito extenso*, merecendo ter ao seu dispor os mesmos direitos que as coisas corpóreas.

Nós advogamos a tese de que também as coisas incorpóreas podem ser objeto de direitos reais.

Cabe-nos agora aferir se a quota é uma coisa, ainda que incorpórea, que pode ser objeto do direito de propriedade, ou se é apenas um direito emergente do contrato de sociedade celebrado.

¹³⁰ Cfr. Ac. TRL de 2008/03/13 - Proc. n.º 9186/2007-2

¹³¹ Cfr. Ac. TRL de 2018/06/18 - Proc. n.º 108/16.0YHLSB.L1-2

¹³² Como o usufruto ou o penhor.

¹³³ Os direitos de autor e de propriedade industrial.

Para tal socorremo-nos de um parecer aprovado em sessão do Conselho Técnico da Direção-Geral dos Registos e Notariado de 22.04.1993, onde uma sociedade interpôs recurso hierárquico do despacho de indeferimento da reclamação contra dúvidas com que foi lavrado um registo de cessão de quotas com reserva de propriedade na Conservatória do Registo Comercial.

No caso, foi celebrada uma cessão de quotas em que o pagamento foi fracionado, tendo ficado convencionada uma cláusula de reserva de propriedade até ao integral pagamento do preço – exatamente o cerne do nosso estudo.

O registo da cláusula foi provisório até ser proferido despacho que ancorava a sua posição de que *a quota, não sendo uma coisa, não pode ser objeto de um direito de propriedade, pelo que ao alienante não é lícito reservar para si a propriedade do bem.*

O vendedor reclamou, por considerar que *embora incorpórea a quota sempre será uma coisa, suscetível de ser objeto de reserva de propriedade, por ser objeto de outros direitos reais, como o penhor e o usufruto*, mais acrescentando que o art. 1303º considera também como de propriedade direitos com objeto incorpóreo e a doutrina tem sublinhado que as coisas incorpóreas, podem ser objeto de domínio.

Neste seguimento, confrontamo-nos com a posição de COUTINHO DE ABREU para quem as participações sociais *são qualificáveis como coisas, embora imateriais, gozando os seus titulares de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição*, direitos esses adstritos ao direito de propriedade.

A decisão manteve-se, afirmando que só poderia ser alterada recorrendo à interpretação extensiva da norma excecional do n.º 2 do art. 1303º, o que seria de rejeitar porque o legislador, ao formular aquele normativo, tinha querido dizer mais do que efetivamente disse.

O reclamante recorreu alegando que *sendo genericamente aceite pela doutrina que a quota social é passível de diversos direitos reais, como o penhor ou o usufruto, não se vê por que razão não poderá ser também objeto do direito de propriedade, e assim por conseguinte licitamente o alienante reservar a propriedade-titularidade das quotas.*

O parecer concluiu que é lícito ao alienante reservar para si a titularidade das quotas até ao cumprimento das obrigações da outra parte, no contrato de cessão de quotas.

Todavia, elencou doutrina que defende posições divergentes de forma a sustentar a sua posição. Como por exemplo, baseou-se em Dias Marques, in “Direitos Reais”, 1960, que defende que *embora o objeto característico dos direitos reais sejam as coisas, tem de admitir-se que certos direitos, como os associativos e os de crédito, possam por vezes ser*

objeto de direitos reais. Bem como em Raul Ventura, in “Sociedade por quotas”, 1989, que concebe a quota como um conjunto de direitos e vinculações resultantes do contrato de sociedade.

Assentou ainda os seus argumentos no facto de que há disposições no código civil, que regulam os atos em geral, sendo *geradores de efeitos sobre a titularidade das participações sociais*, bem como a transmissão do direito real poder ser diferido no tempo, como previsto no artigo 409º, significando que a disposição da quota pode ser diferida até o pagamento integral do preço ou até “qualquer outro evento”, não se verificando qualquer incompatibilidade entre os regimes mercantil – cessão de quotas – e civilístico – reserva de propriedade. De tal forma, que a titularidade das participações sociais integra o regime patrimonial dos cônjuges, e, em caso de divórcio verifica-se uma transmissão da titularidade da quota. Não em sentido estrito, mas em *lacto sensu*, uma vez que se o sócio divorciado adquirir a quota de outro sócio, estas não se fundem, porque a primeira tem dois titulares e a segunda somente um.

Ora, confrontamo-nos quer com a jurisprudência quer com a doutrina a romper a velha conceção de que o direito de propriedade apenas incide sobre coisas corpóreas.

O que, conseqüentemente, nos leva à questão seguinte.

Admitindo a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade até integral pagamento do preço, o que sucede aos demais direitos inerentes à quota, previsto no artigo 21º n.º 1 CSC, como o direito a quinhão nos lucros, a participar nas deliberações dos sócios, o direito à informação sobre a vida da sociedade e o direito à designação para os órgãos de administração e fiscalização?

Manter-se-ão na esfera jurídica do cedente? Que continua titular do direito de propriedade, fruto do pacto celebrado, e que recebe, ou vai recebendo, o valor da coisa mantendo os demais direitos?

Ou transferir-se-ão para o cessionário, que pese embora não veja na sua esfera jurídica a plena propriedade, encontra ao seu dispor a faculdade de usar e fruir do bem?

Como solução a esta questão, também o mencionado parecer dispõe no sentido de ser *legalmente impossível, em contrato de cessão de quotas em que se estipulou a reserva da titularidade das quotas até ao integral pagamento do preço ajustado, atribuir desde logo aos cessionários poderes de disposição das quotas cedidas*. Por considerar que *é possível a alienação dos direitos condicionais, como condicionais, sujeitando-se o adquirente, e não o alienante, à contingência da verificação da condição*.

Concluindo que, se consideram que o adquirente é que fica *sujeito* à condição, querem com isto dizer que apenas o direito de disposição está vedado e quanto aos demais transferiram-se para a esfera jurídica do cessionário/adquirente.

5.3 Posição adotada

Concluída que está a exposição da problemática que envolve a cessão de quotas com reserva de propriedade, encontramos-nos em condições de afirmar qual a nossa posição na vertida questão.

Começamos por aferir se à quota é exequível atribuir-lhe o estatuto de coisa, ou se apenas poderá ser considerada como um direito.

Deparamo-nos com doutrina e jurisprudência divergente quanto à natureza jurídica da quota, onde uns advogavam que esta se trata de uma coisa, ainda que incorpórea e outros que defendem ser, somente, um conjunto de direitos e obrigações.

Ora, o artigo 202º no seu n.º 1 define coisa como *tudo aquilo que poder ser objeto de relações jurídicas* e no n.º 2 considera *fora do comércio todas as coisas que não podem ser objeto de direitos privados*.

Bem como ABÍLIO NETO, no código civil anotado de 2013, considera no ponto 15 do comentário ao supracitado artigo, de forma inequívoca, que *as quotas sociais, são suscetíveis de serem possuídas, sendo admissível a dedução de embargos de terceiros contra a penhora*, bem como, no ponto 34-I, relativo ao art. 204º, considera *coisa tudo o que pode ser objeto de uma relação jurídica, seja ela corpórea ou incorpórea*.

O que nos leva a concluir que as participações sociais *máxime* quotas, por serem alvo de uma relação jurídica e objeto de direitos privados são consideradas coisas, ainda que incorpóreas, ou seja a materialidade não é condição *sine qua non* para a qualificação de coisa.

Respondida à primeira questão impõe-se saber se o âmbito de aplicação, do direito de propriedade é extensível às coisas incorpóreas.

O artigo 1302º é perentório em, literalmente, afirmar que só as coisas corpóreas são alvo do direito de propriedade, sendo inaplicável às coisas incorpóreas, como por exemplo o estabelecimento comercial. Embora, nas palavras de ABÍLIO NETO, *não é pacífica a questão de saber se, nos limites da nossa lei, podem ser objeto de direitos reais, para além das coisas corpóreas, também as incorpóreas*, no seu comentário ao referido preceito legal.

Ora, sabendo que as quotas são coisas e que só as coisas corpóreas são objeto do direito de propriedade, quer isto dizer que não podem as coisas incorpóreas, como a cessão de quotas, ser objeto deste direito real. Bem como, seguindo a mesma linha de pensamento, não poderá ser objeto de nenhuma restrição ao mesmo direito real de propriedade, significando que não é possível constituir uma cláusula de reserva de propriedade, por não ser objeto do direito com o mesmo nome.

No entanto, não perfilhamos desta opinião!

Pese embora o referido artigo disponha que só as coisas corpóreas podem ser alvo do direito de propriedade, esta limitação é desconstruída no artigo seguinte, ao admitir que os direitos de autor e de propriedade industrial – coisas incorpóreas – sejam alvo de legislação especial, corroborando, desta forma, a tese de que nem só as coisas corpóreas são objeto do direito de propriedade.

Sem esquecer que o legislador, no código das sociedades comerciais, admite que as participações sociais possam ser adquiridas ou alienadas¹³⁴, bem como prevê a transmissão da titularidade, que tem por sinónimo a transferência da propriedade, ou seja, da letra da lei estamos em condições de aferir que tal é permitido e que este apenas decidiu aplicar outro termo.

Mais se acrescenta que se o CSC prevê a transmissão *inter vivos* das participações sociais, não está a incluir a corporalidade na característica da coisa, objeto do direito real, caso contrário não permitiria que estas fossem alvo de transmissão de titularidade, vulgo, transferência do direito de propriedade.

O que corrobora, com maior veemência a nossa posição.

Se a cessão de quotas se traduz numa transmissão voluntária e onerosa da propriedade ou da titularidade de uma quota, bem como se sobre esta recaem direitos reais, significa, portanto, que pode ser objeto de um direito de propriedade e, consequentemente, diferido no tempo um dos seus efeitos.

Porquanto, poderemos afirmar que numa transmissão de participações sociais *maxime* cessão de quotas é legítimo ao cedente reservar a titularidade das mesmas até ao integral pagamento do preço.

Neste sentido teremos que definir a nossa posição quanto à questão que, consequentemente, se impõe. Na esfera jurídica de quem é que integram os direitos atinentes ao sócio? Ao sócio cedente ou ao sócio cessionário, uma vez que o direito real da

¹³⁴ Cfr. art. 246º n.º 2 d) do CSC

transferência da propriedade não ocorreu com a celebração do contrato de compra e venda de quotas, pela constituição de uma reserva de domínio a seu favor.

Não podemos esquecer que nesta contratualização confrontamo-nos com interesses diversos, pese embora convergentes. Isto porque o interesse do alienante/cedente é transmitir a sua quota, eximindo-se das restantes funções, onde apenas reserva a titularidade, como garantia do cumprimento da obrigação. E que a conveniência do adquirente/cessionário é assumir todos as faculdades que o direito de propriedade lhe transmite, apenas restringido quanto à possibilidade de disposição. Pretendendo, desta forma, poder exercer os direitos que lhe subjazem pela quota, por via do uso e fruição que lhe foi transmitido pela cessão.

No entanto, se o cedente se mantiver na posição de sócio, com o diferir do tempo e consequente recebimento de parte do preço, pode colocar em causa a boa gestão. Pois vê-se enriquecer com as prestações recebidas, podendo originar um certo desleixo, no cuidado a ter para com a coisa reservada, na medida em que poderá tomar decisões prejudiciais para a sociedade colocando em causa a posição do cedente, que ao ver a condição cumprida, vê também a titularidade ingressada na sua esfera jurídica, com uma lesão patrimonial que não se verificava no momento da contratualização.

Por outro lado, se for o cessionário a ocupar a posição de sócio vê o risco da sua posição jurídica diminuída, no entanto pode colocar em crise a do cedente, uma vez que em caso de má gestão e incumprimento do pagamento do preço, é o alienante que fica com uma desvantagem na sua esfera patrimonial.

Permitindo-nos concluir que em qualquer das situações nos deparamos com vantagens e desvantagens para ambos.

Por conseguinte, defendemos que o sócio continua a ser o cedente, como titular da quota, no entanto, consideramos que o uso e a fruição, ou seja, os atos de administração deverão ser exercidos pelo cessionário, devendo ser este a usufruir dos direitos e obrigações atinentes à posição de sócio.

Entendemos assim que os lucros devem ser distribuídos ao cessionário, na pendência da reserva, bem como o direito de voto deve por este ser exercido, em consonância com o seu direito de uso e fruição, pois se tal não se verificasse estaria a ver os seus direitos restringidos.

Desfrutando, deste modo, dos seus direitos reais de uso e fruição, pois caso assim não se entendesse, não compreenderíamos a *ratio* da cessão de quotas, visto que o cessionário não teria na sua esfera jurídica qualquer poder até ao pagamento integral do

preço, logo, ser-lhe-ia mais vantajoso guardar para si o dinheiro até perfazer o montante total da alienação, do que entregá-lo ao cedente sem poder gozar das faculdades de uso e fruição da quota.

O que desvirtuaria o instituto da cessão de quotas, bem como o pagamento fracionado do preço. Não reuniria qualquer vantagem para o cessionário, apenas beneficiando o cessante, que para além da propriedade da quota tinha na sua esfera jurídica parte do preço.

Por conseguinte admitimos que a quota seja considerada como coisa, ainda que incorpórea, podendo ser objeto de direito de propriedade, o que permite às partes a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade até integral pagamento do preço, sendo que o cedente apenas tem a nua propriedade da coisa e o cessionário detém os direitos de uso e fruição, o que significa que deve ser este que ocupe a posição de sócio na pendência da condição.

Conclusão

Não poderíamos reunir condições para defender a nossa posição sobre o objeto de estudo a que nos propusemos sem antes analisar variados institutos jurídicos.

Abrindo as hostilidades com a análise da compra e venda, por nós denominada como a *chave mestra* dos contratos onerosos, objeto do nosso tema.

Destrinçando-a no regime civil e mercantil de forma a aferir as suas especificidades. Concluímos que os efeitos essenciais do negócio são idênticos nos dois regimes - os obrigacionais da entrega da coisa e o pagamento do preço, bem como o real da transferência da propriedade.

Seguindo-se o aprofundado estudo da reserva de propriedade, a principal figura desta tese, prevista no artigo 409º. Servindo como ponto de partida para o diferimento do efeito real, mediante convenção das partes, por aplicação do *pactum reservati dominii*, como exceção ao princípio da consensualidade.

Tem como *ratio* a proteção do alienante, colocando ao seu dispor mecanismos garantísticos de forma a promover o comércio jurídico.

Pois, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, permite-se aos contraentes diferir o efeito real do contrato de compra e venda entre eles celebrado para o momento do cumprimento de uma das obrigações do contrato, ou qualquer outro evento. Verificando-se, no entanto, a entrega da coisa, apesar do comprador não entregar o preço, ou seja, o sinalagma não é simultâneo.

A concretização ou não desse evento condiciona a transferência do direito de propriedade, suspendendo-se os seus efeitos para o momento do cumprimento da obrigação pelo comprador, que de forma automática se concretizarão após a verificação da condição.

Concluindo-se que este instituto tem como função a garantia do vendedor, que só se vê privado do seu direito de propriedade, caso se verifique a condição, ou seja, caso o contrato se cumpra. A reserva de propriedade embora tenha uma função económica de garantia de cumprimento de uma correlativa obrigação pecuniária, não assume a estrutura de garantia real de cumprimento obrigacional, por não fazer parte do elenco típico.

Traduzindo-se numa valiosa defesa do vendedor contra o incumprimento ou insolvência do comprador, permite a resolução em caso de incumprimento contratual, contrariando assim o preceituado no artigo 886º, que a proíbe em caso de entrega da coisa. Desta forma, face ao incumprimento do devedor o credor pode optar por resolver o

contrato, devolvendo as prestações recebidas e recebendo a coisa objeto do contrato ou por exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, sendo que neste caso se entende haver renúncia, ainda que tácita, à reserva de propriedade por parte do respetivo beneficiário, verificando-se a transferência da propriedade para o comprador por mero efeito do contrato de alienação. A opção por um dos caminhos é irretratável e implica a renúncia ao outro, ou seja, o vendedor só pode exigir a restituição da coisa quando exerça o direito de resolução, por outro lado, só não exercendo o direito de resolução é que o vendedor pode exigir o pagamento das prestações em dívida. Preservando assim o direito à resolução, mesmo após a entrega da coisa e visando acautelar a eficácia perante terceiros, desde que registada a cláusula.

Limitada à função garantística, a reserva de propriedade, permite ao alienante a entrega da coisa, sem que veja extinto o seu direito à resolução do contrato, bem como lhe proporciona a possibilidade de escolha entre esta ou o cumprimento coercivo, sem ver a titularidade do direito de propriedade lesada, mesmo que após a celebração do contrato a propriedade não seja plena.

Para o comprador a reserva de propriedade permite que lhe seja possível adquirir determinado bem através do pagamento em prestações, e enquanto não se verifica o cumprimento das mesmas, este goza do uso e fruição da coisa tendo uma expectativa de aquisição do direito real de propriedade.

Quanto ao vendedor, o recurso a este instituto permite-lhe a restituição da coisa em caso de incumprimento do comprador, tendo uma garantia reforçada visto que impossibilita a penhorabilidade da coisa por outros exequentes do comprador, em caso de incumprimento do credor, sem perder a titularidade do direito de propriedade.

A reserva de propriedade traduz-se numa cláusula, que uma vez inserida num contrato de alienação, mantém a propriedade na esfera jurídica do alienante até ao cumprimento total ou parcial das obrigações ou até à verificação de outro evento estipulado pelas partes. Em regra, é aplicável à compra e venda a prestações, podendo ser admitida noutros contratos de alienação como a doação ou a permuta.

A vontade das partes será a de diferir a transmissão do direito real em causa, sendo que ocorrerá logo que o evento previsto se verifique, de forma automática, ou seja, sem que careça de qualquer consentimento das partes. Os efeitos obrigacionais produzem-se com a celebração do contrato, apenas o efeito real é diferido, deparamo-nos deste modo com um desvio à regra de eficácia real dos contratos. Porém terá de ser convencionada pelas partes *ab initio*, sob pena de ser extemporâneo o seu diferimento, por já se ter

concretizado a transferência de propriedade para o adquirente por integral efeito do negócio.

Tem uma finalidade garantística, não visando proporcionar ao alienante o gozo da coisa, mas sim protegê-lo em caso de incumprimento do adquirente, para que se cumpra a sinalagmaticidade do acordo celebrado.

Em caso de incumprimento o alienante pode optar pela resolução contratual¹³⁵ ou exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, mas não pode cumular ambas as opções. Isto porque, a resolução contratual impõe ao devedor a entrega da coisa alienada com reserva de propriedade e o cumprimento judicial pressupõe a manutenção do contrato¹³⁶. Como tal o credor tem que escolher se pretende reaver o bem ou o pagamento do preço, pois não poderia ter na sua esfera jurídica o bem e o preço, sob pena de enriquecimento sem causa.

Nos contratos de alienação com reserva de propriedade, o uso e a fruição transferem-se para o adquirente e o vendedor mantém a sua propriedade, impedindo o comprador de alienar o bem, acautelando-se para o risco de incumprimento, traduzindo-se numa clara garantia da sua posição perante eventual incumprimento do comprador, com vantagens para ambos os contraentes. Isto porque, se na compra e venda não fosse aposta uma cláusula de RdP, o vendedor apenas seria titular de um direito de crédito não tendo qualquer preferência sobre o bem (em sede de concurso de credores)¹³⁷.

Pese embora a titularidade da propriedade do alienante seja meramente formal, vazia de conteúdo, não podendo este usar e fruir do bem, o poder de dispor encontra-se na sua esfera jurídica. Sendo-lhe permitido alienar o bem, ou melhor a sua posição de proprietário/reservante e do seu direito de crédito, respeitando a expectativa de aquisição do comprador, fruto do pacto celebrado entre ambos. Devendo para tal informar o novo adquirente da sua posição jurídica, ou seja, que não lhe pode transmitir a materialidade do bem, que não vai poder gozar o bem e que apenas se tornará proprietário em caso de incumprimento do comprador primitivo.

Caso o comprador, que uma vez recebido o bem se comporta como proprietário, o pretenda alienar, apenas lhe será admissível vender a sua expectativa de aquisição, devendo informar o novo adquirente da sua posição jurídica. Esta venda só será válida e eficaz após

¹³⁵ Exceção ao regime regra previsto nos arts. 781º e 886º, que segundo o art. 934º exclui a possibilidade de resolver o contrato se a falta de uma prestação exceder a oitava parte do preço, caso tal não se verifique não terá ao seu dispor a resolução, pretendendo o legislador proteger a proteção do comprador, a parte mais fraca.

¹³⁶ De salientar, que ao exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, está a renunciar tacitamente à reserva de propriedade constituída a seu favor.

¹³⁷ Cfr. art. 604º.

o comprador primitivo pagar o preço ao vendedor originário, que automaticamente se torna pleno proprietário da coisa tendo legitimidade para a sua alienação, pois caso contrário estaremos perante uma venda de bens alheios.

Com o estudo do instituto jurídico finalizado pudemos concluir que a natureza jurídica da reserva de propriedade se assemelha a uma condição suspensiva, embora com algumas especificidades, pois não se trata de uma verdadeira condição dado que o preço não pode ser visto como futuro e muito menos como incerto, por se tratar de um dos elementos essenciais do contrato, e porque o alienante pode exigir o seu cumprimento judicial. No entanto, o efeito real suspende-se até à verificação da condição.

Em suma, o artigo 409º n.º 1 estabelece a faculdade de o alienante reservar a propriedade de um bem para si até que o comprador cumpra, total ou parcialmente, a sua obrigação *máxime* o pagamento do preço, consubstanciando uma exceção ao princípio geral, segundo o qual, a titularidade do direito de propriedade do bem alienado se transfere por mero efeito do contrato. A expressão “*outro evento*” diz respeito ao próprio contrato de alienação, e não a qualquer outro, mesmo que relacionado com ele.

Terminado o estudo do desvio legal ao princípio previsto no artigo 408º, iremos aferir se tal é aplicável a outros contratos onerosos como o mútuo e a cessão de quotas.

Pelo seu escopo garantístico, teremos que analisar se numa compra e venda em que o preço é pago com recurso a um contrato de mútuo, pode o mutuante usurpar este instituto em proveito próprio e não do alienante, como decorre da letra da lei.

Desta forma, surgem posições nos dois sentidos, sendo que advogamos pela sua inadmissibilidade.

Propugnamos os nossos argumentos, desde logo, pelo facto de a compra e venda se concretizar nos seus efeitos pela vontade das partes, ou seja, a transferência da propriedade dá-se por acordo das partes sendo que o alienante poderia reservá-la para si até integral pagamento do preço. O que significa que, mesmo que o adquirente recorra a um financiamento para pagamento do preço, ao entregá-lo ao alienante, a reserva extinguir-se-ia automaticamente, ainda que essa entrega seja concretizada diretamente pelo mutuante ao alienante.

Encontrando-nos perante dois contratos, que apenas têm como elo de ligação um sujeito contratual, não tendo o mesmo fim económico, consequentemente, não se verifica união de contratos.

Da letra lei também não resultam dúvidas de que apenas permite ao alienante, posição em que o financiador não se encontra, nem encontrará, a reserva da titularidade, o

que significa que nem com recurso a uma interpretação extensiva, como alguma doutrina defende, permitirá lograr tal resultado em virtude da indubitável intenção do legislador no preceituado artigo 409º.

Outra tese que cai por terra é a da sub-rogação, pois apesar de alguns autores considerarem a legitimidade do financiador se sub-rogar na posição de reservante, tal não é legítimo, pois este instituto apenas diz respeito a créditos. O que pretendiam era que o terceiro financiador se substituísse na posição do vendedor, não em relação aos créditos, o que seria legalmente admissível, mas em relação à titularidade do bem, o que como aferimos não é admissível por violar o princípio do *numerus clausus*, previsto no artigo 1306º, onde taxativamente estão previstas as formas de transmissão do direito de propriedade que como norma imperativa que é, se torna inderrogável.

Nem mesmo por recurso à liberdade contratual tal é possível, pois como vertido no artigo 405º, esta tem limitações, não podendo ser contrária à lei. Ou seja, o legislador permite que as partes convençionem, por acordo, tudo o que lhes aprouver, o que permitiria a inserção de uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo celebrado entre mutuante e mutuário.

Contudo, na segunda parte do supramencionado preceito legal o legislador é inequívoco quando usa a expressão *desde que não seja contrária à lei*, querendo com isto dizer que a liberdade que lhes é facultada colide com normas imperativas, não sendo possível inserir qualquer cláusula que contrarie ou derogue tais normas.

Permitindo-nos concluir pela inadmissibilidade de aposição de uma cláusula de reserva de propriedade num contrato de mútuo, que apenas financia a aquisição do bem. Não podendo, nem devendo, o mutuante lançar mão de uma garantia que não está ao seu dispor, visto que outras encontra como a hipoteca. No entanto, reconhecemos que são mais morosas e onerosas para o mutuante.

Por último analisamos a cessão de quotas, onde aferimos os seus requisitos, por forma a afirmar que a natureza jurídica do objeto do contrato de cessão – a quota – é a de uma coisa, ainda que incorpórea.

O que nos impunha agora analisar se é admissível que esta seja objeto de direitos reais, de forma a concluirmos se é possível apostar uma cláusula de reserva de propriedade na cessão de quotas.

Pese embora a legislação seja dúbia, mormente, quando o artigo 1303º excepciona, expressamente, a imposição do artigo 1302º ao preceituar somente às coisas corpóreas legitimidade para ser objeto de direito de propriedade.

Todavia, tal como na reserva de propriedade nos sustentamos no elemento sistemático, para a caracterizarmos como uma exceção ao princípio da consensualidade permitindo o diferimento do efeito real para momento posterior à celebração do contrato, uma vez que esse instituto se encontrava previsto no artigo seguinte ao princípio geral do preceituado no artigo 408°. Também nos socorremos desse mesmo elemento para considerarmos que as coisas incorpóreas podem ser objeto de domínio, tendo em consideração que essa exceção se encontra prevista no artigo 1303°, que se segue à disposição legal que apenas permite às coisas corpóreas ser causa de um direito de propriedade.

Desta forma, consideramos as quotas como coisas, ainda que imateriais, no entanto, tal como verificado até então, a materialidade não é condição de coisificação. O que nos permite afirmar que as coisas, ainda que incorpóreas, podem ser propósito de domínio.

Por conseguinte, poderá ser aposta uma cláusula de reserva de propriedade na transmissão de participações sociais, ou seja, na cessão de quotas.

O que originou outra questão, ou seja, na esfera jurídica de que sócio – cedente ou cessionário – incorrem os direitos inerentes à quota. Aqui, tivemos de nos socorrer da definição de direito de propriedade, sem esquecer que toda a definição em direito civil é perigosa, e o código civil, à cautela, não define a propriedade apenas define o seu conteúdo.

Ora, se o conteúdo do artigo 1305° consubstancia os poderes de uso, fruição e disposição, estaremos em condições de afirmar que as duas primeiras faculdades se encontram na esfera jurídica do cessionário e a última na do cedente.

Em suma, declinamos a admissibilidade de uma cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante, no entanto, consideramos incontroverso que a cessão de quotas possa ser alvo de um pacto de reserva de propriedade até à verificação de um evento acordado pelas partes.

Bibliografia

- Almeida Costa, M. J. (2013). *Direito das obrigações* (12^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Antunes Varela, J. (2000). *Direito das obrigações* (7^a Ed.). (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Aureliano, N. (2009). *O risco nos contratos de alienação – contributo para o estudo do Direito privado português*. Coimbra: Almedina
- Campana, M.J. (1999). *Variações sobre a cláusula de reserva de propriedade* In: *Filosofia do Direito e Direito Económico – Trad. Jorge Pinheiro*. Lisboa: Instituto Piaget
- Cassiano dos Santos, F. (2007). *Direito comercial português* (Vol. I). Coimbra: Coimbra
- Coutinho de Abreu, J.M. (2016). *Curso de direito comercial – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos* (10^a Ed.). (Vol.I). Coimbra: Almedina
- Coutinho de Abreu, J.M. (2013). *Curso de direito comercial – das sociedades* (4^a Ed.). (Vol.II). Coimbra: Almedina
- Coutinho de Abreu, J.M. (2013). *Estudos de Direito das Sociedades*. (11^a Ed.) Coimbra: Almedina
- Cristas, A., Gouveia, M.F. e Neves, V.F. (2001) *Transmissão da propriedade e contrato*. Coimbra: Almedina
- Cunha Gonçalves, L. (1962). *Tratado de direito civil* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Engrácia Antunes, J. A. (2015). *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Figueiredo Dias, G. (2007). *Reserva de propriedade in* Comemorações dos 35 anos do C.C. e dos 25 anos da reforma de 1977. (Vol. III – Direito das obrigações). Coimbra: Coimbra editora
- Galvão Teles, I. (1997). *Direito das obrigações*. (7^a Ed.). Coimbra: Coimbra editora.
- Galvão Teles, I. (2002). *Manual dos contratos em geral*. (4^a Ed.) Coimbra: Coimbra Editora
- Gatsi, J. (1998). *Les contrats spéciaux*. Paris: Armand Colin
- Gravato de Moraes, F. (2004). *União de contratos de crédito e de venda para consumo. Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*. Coimbra: Almedina

- Gravato de Moraes, F. (2007). *Contratos de crédito ao consumo*. Coimbra: Almedina.
- Houin, R.; Rodière, R. (1993). *Droit comercial* (9e Éd. Tome 1). Paris: Sirey
- Lima Pinheiro, L. (1988). *A cláusula de reserva de propriedade*. Coimbra: Almedina.
- Massimo Bianca, C. (1972). *La vendita e la permuta, em en Trattato di Diritto Civile*. Vol. VII. Tomo primo. Torino: Editrice Torinese
- Menéres Campos, M. I. (2013). *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Menezes Cordeiro, A. (2001). *Manual de direito comercial* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2010). *Direito das obrigações. – Vol. I – Introdução da constituição das obrigações*. (9ª Ed.). Coimbra: Almedina
- Menezes Leitão, L. (1997). *Garantia das obrigações*. Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2012). *Garantia das obrigações* (4ª Ed.). Coimbra: Almedina
- Mota Pinto, C.A. (2012). *Teoria geral do direito civil* (4ª Ed.). Coimbra: Coimbra Editora
- Mota Pinto, C.A. (1982). *Cessão de Posição Contratual*. Coimbra: Almedina
- Oliveira, R. (2016). *A atribuição da reserva de propriedade a um terceiro financiador*. Coimbra: Almedina
- Pais de Vasconcelos, P. (2014). *Direito Comercial* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Peralta, A. (1990). *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Peralta, A. (1997). *Direito Comercial Comparado*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- Pereira, Sónia. (2009). *Reserva de propriedade e realização coativa do direito ao preço – o acórdão de fixação de jurisprudência n.º 10/2008* In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora
- Pupo Correia, M. J. (2009). *Direito Comercial - Direito da empresa* (11a ed.). Lisboa: Ediforum.
- Remédio Marques, J. P. (1995). *Direito Comercial*. Coimbra: Coimbra.
- Ribeiro Faria, J. (2001). *Direito das obrigações* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Rocha, A.C. (2005). *A cláusula de reserva de propriedade na diretiva 2000/35/CE*

do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano II. Coimbra: Coimbra Editora

Romano Martinez, P. (2001). *Direito das obrigações* (Vol. I). Coimbra: Almedina.

Santos Justo, A. (2011). *Direito Privado Romano – II* (4ª Ed.). Coimbra: Coimbra Editora

Santos Justo, A. (2012). *Direitos reais* (4ª Ed.): Coimbra: Coimbra Editora

Uría, Rodrigo. (1999). *Derecho mercantil* (26ª Ed.). Madrid: marcial Pons Ediciones

Tourneau, P. e Cadiet, L. (2002). *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Éditions Dalloz

Ventura, R. (1967). *Cessão de quotas*. Lisboa: Publicações Universidade Lisboa

Revistas:

Associação académica da faculdade de Direito de Lisboa - *Direito Comercial Comparado* – 1997 – Ana Maria Peralta

Boletim do Ministério da Justiça – *Sub-rogação nos direitos do credor* – 1953 – Nº37 Julho – Vaz Serra

Boletim dos Registo e Notariado – *Cessão de quotas com reserva de propriedade* – *Proc. nº66/92* – 2002 – Nº 2

Cadernos de Direito Privado – *Reserva de propriedade a favor do financiador* – 2004 – Nº6 Abril/Junho – Cejur – Gravato de Moraes

Direito das Sociedades em Revista – *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda e participações sociais de controlo* – 2010 – Ano 2 – Vol. 4 - Semestral – Almedina

Direito e Justiça – *A descodificação do Direito civil brasileiro* – 1999 – vol. XII – Tomo 1– Universidade Católica Editora

Enciclopedia del diritto – *La vendita com riserva* – 1993 – Vol. XLVI – Guiffre Editore

Julgar – *A reserva de propriedade constituída a favor de terceiro* – 2012 – Janeiro/Abril – nº. 16 – Paulo Ramos de Faria

Questões de direito societário em Portugal e no Brasil – *As formalidades da*

transmissão de quotas e acções no direito português: dos princípios à prática – 2012 – Almedina

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa – *Notas breves sobre a reserva de propriedade* In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Vol.II – Luís A. Carvalho Fernandes

Revista da Ordem dos Advogados – *O contrato de compra e venda no código civil* – 1983 – Ano 43 – Raúl Ventura

Scientia Iuridica – *Do regime jurídico do crédito ao consumo* – 2000 – Tomo XLIX – N.ºs. 286/288 Julho/Dezembro – Universidade do Minho – Fernando Gravato de Moraes

Sub Iudice – *A unidade económica dos contratos* – 2006 – N.º 36 – Fernando Gravato de Moraes

Themis – *Compra e venda com reserva de domínio/propriedade -Comparação dos direitos brasileiro e português* – 2005 – Vol. 11 – Revista da Faculdade de direito da Universidade Nova de Lisboa – Gustavo Perissinotto

Themis – *Transmissão contratual – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes* – 2005 – Vol.11 – Revista da Faculdade de direito da Universidade Nova de Lisboa – Carlos Ferreira de Almeida

Themis – *Penhora e alienação de outros direitos: execução especializada sobre créditos e execução sobre direitos não creditícios na reforma da ação executiva* – 2003 – Revista da Faculdade direito da Universidade Nova de Lisboa – Ano 4 – N.º 7 – Rui Pinto

Legislação :

Código Civil

Código Civil Anotado – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. (1997).
Coimbra: Coimbra Editora

Código Civil Anotado – ABÍLIO NETO. (2013). Lisboa: Ediform Publicações

Código Processo Civil

Código Registo Predial

Código de Insolvência e Recuperação de Empresas

Jurisprudência:

Ac. STJ de 2016/01/28 - (Lopes do Rego) – Proc. 1113/14.7PRT-B.P1.S1
Ac. STJ de 2014/09/30 – (Maria Clara Sottomayor) – Proc. 844/09.8TVLSB.L1S1
Ac. STJ de 2011/07/12 – (Garcia Calejo) – Proc. 403/07.0TVLSB.L1S1
Ac. STJ de 2010/07/07 – (Moreira Alves) – Proc. 117/06.8TOBFR.C1.S1
Ac. STJ de 2008/10/09 – (Paulo Sá) – Proc. 07A.3965
Ac. STJ de 2008/07/10 – (Santos Bernardino) – Proc. 08B1480
Ac. STA de 2013/02/04 – (Lino Ribeiro) – Proc.04/13
Ac. TRP de 2018/06/18 – (Arlindo Crua) – Proc. 108/16.0YHLSB.L1-2
Ac. TRP de 2016/10/10 – (Isabel S. Pedro Soeiro) – Proc. 2548/14.0TBVNG-D.P1
Ac. TRP de 2016/05/02 – (Jorge Seabra) – Proc. 1854/14.9TBGMR.G1
Ac. TRP de 2016/03/08 – (Luís Cravo) – Proc. 2032/14.2TBVNG-C.P1
Ac. TRC de 2016/03/08 – (Sílvia Pires) – Proc. 934/15.8T8LMG.C1
Ac. TRC de 2015/12/17 – (Freitas Neto) – Proc. 4435/13.0TBLRA.C1
Ac. TRP de 2013/04/29 – (Abílio Costa) – Proc. 4337/11.5TBGDM.P1
Ac. TRP de 2011/02/14 – (Maria de Deus Correia) – Proc. 935/09.5TBOAZ.P1
Ac. TRG de 2010/05/08 – (Espinheira Baltar) – Proc. 935/09.5TBEPS.G1
Ac. TRC de 2010/03/16 – (Artur Dias) – Proc. 160/07.0TBGVA.C1
Ac. TRL de 2008/03/13 – (Ezaguy Martins) – Proc. 9186/2007-2
Ac. TRL de 2007/09/11 – (Afonso Henrique) – Proc. 1415/2007-1
Ac. TRL de 2007/07/05 – (Salazar Casanova) – Proc. 5671/2008-8