

# A RESERVA DE PROPRIEDADE CONSTITUÍDA A FAVOR DE TERCEIRO FINANCIADOR

PAULO RAMOS DE FARIA

Na primeira parte deste estudo, o autor discorre sobre o regime jurídico da cláusula de reserva de propriedade, na sua fisionomia típica prevista no Código Civil português. Aceitando que estamos perante uma utilização da propriedade com função de garantia, toma posição sobre a natureza da posse do adquirente, sobre a melhor interpretação a dar ao art. 409.º, n.º 2, do Código Civil e sobre a possibilidade de execução do bem promovida pelo reservatário.

Num segundo momento, o autor reflecte sobre a admissibilidade da constituição de reserva de propriedade a favor de terceiro financiador da aquisição. Aqui, questiona a legalidade desta estipulação, considerando a proibição do pacto comissório e os *numerus clausus* previstos nos arts. 604.º, n.º 2, e 1306.º do Código Civil, e discute a possibilidade de o mutuante ingressar na titularidade da reserva de propriedade por sub-rogação nos direitos do vendedor.

SUMÁRIO: Introdução. PARTE I — 1. A reserva de propriedade. 1.1. A reserva de propriedade no Código Civil português. 1.2. Construções jurídicas da reserva de propriedade alternativas. 1.3. A propriedade com função de garantia. 2. A execução do bem alienado com reserva de propriedade. 2.1. A execução promovida pelo vendedor. 2.2. O respeito pela realidade registal. PARTE II — 3. A constituição de reserva de propriedade a favor do terceiro financiador da aquisição. 3.1. Confronto com a reserva de propriedade em sentido próprio. 3.2. A estipulação de um direito real de garantia. 4. A sub-rogação do financiador nos direitos do vendedor. 4.1. A sub-rogação na reserva de propriedade. 4.2. A sub-rogação do financiador nos direitos do vendedor. PARTE III — Conclusões

## INTRODUÇÃO

Pondo fim a uma controvérsia jurisprudencial com perto de uma década, em 9 de Outubro de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça uniformizou jurisprudência nos seguintes termos: “A acção executiva na qual se penhorou um veículo automóvel, sobre o qual incide registo de reserva de propriedade a favor do exequente, não pode prosseguir, para as fases de concurso de credores e da venda, sem que este promova e comprove a inscrição, no registo automóvel, da extinção da referida reserva”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. Acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (AUJ) n.º 10/2008, de 9 de Outubro de 2008.

Embora o segmento decisório do acórdão seja tirado em matéria de direito adjectivo, serve-nos ele de *leitmotiv* para discorrermos sobre a admissibilidade da constituição de reserva de propriedade a favor do terceiro financiador da aquisição. Esta empresa justifica-se porque o dispositivo do aresto não decide definitivamente a questão substantiva por nós tratada, bem como pelo facto de ter o STJ admitido a possibilidade de o mutuante ingressar na titularidade da reserva de propriedade por sub-rogação nos direitos do vendedor.

Antes de prosseguirmos, precisamos que apenas na Parte II deste estudo nos centraremos nos casos em que a reserva de propriedade é constituída a favor de terceiro financiador, analisando-se na Parte I a cláusula de reserva de propriedade (adiante, *crp*), em geral.

## PARTE I

### 1. A RESERVA DE PROPRIEDADE

**1.1. A reserva de propriedade no Código Civil.** O Código Civil português reconhece ao contrato eficácia real, para além da sua normal eficácia obrigacional, ressalvadas as excepções previstas na lei (art. 408/1)<sup>2</sup>. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada decorre da vontade dos contraentes, traduzida nas suas declarações negociais, sem quaisquer outras exigências. Reforçando a tutela desta vontade, expressa no princípio da transferência consensual do domínio<sup>3</sup>, permite a lei 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. Este acordo vem previsto no art. 409/1 do Código Civil, nos seguintes termos: “Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte, ou até à verificação de qualquer outro evento”.

Se nos debruçamos sobre a casuística tratada pelos nossos tribunais, rapidamente constatamos que os contraentes recorrem à compra e venda com reserva de propriedade no âmbito do tráfego jurídico-comercial. O vendedor, um profissional, interessado na comercialização das suas mercadorias (mas desconhecedor da abonação e probidade da contraparte), não está em

---

<sup>2</sup> Os preceitos legais mencionados sem outra indicação além do número do artigo pertencem ao Código Civil português vigente.

<sup>3</sup> A relevância do evento designado radica na vontade das partes, pelo que a transferência dar-se-á sempre por força do contrato. Assim, v. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações*, vol. I, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 94 a 97. Em sentido diferente, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Reserva de propriedade», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 421.

condições de aceitar cedê-las ao comprador, que pretende adquirir o bem imediatamente, mas que não dispõe dos fundos necessários para saldar o preço, sem que este preste garantias do cumprimento futuro. Na falta de uma garantia mobiliária sem desapossamento idónea, o vendedor limita o risco de incumprimento pela contraparte reservando para si a propriedade, até que o pagamento ocorra. É este o perfil socioeconómico típico da reserva de propriedade <sup>4</sup>.

O fim visado pelas partes com a estipulação da *crp* é, como se vê, o de garantir a satisfação do crédito do vendedor ao preço. Pode, pois, afirmar-se que o direito de propriedade é aqui utilizado com função de garantia <sup>5</sup>.

Afeiçoando o instituto jurídico traçado na lei à descrita figura “socialmente típica”, numa presunção de o legislador ter consagrado as soluções mais acertadas na tutela desta, a doutrina <sup>6</sup> e a jurisprudência <sup>7</sup> nacionais têm ensaiado uma construção do regime jurídico da reserva de propriedade bastante mais rica do que a economia do art. 409 deixaria antever. Neste contexto, surge-nos a afirmação do nascimento, na esfera jurídica do adquirente, de uma expectativa real de aquisição, a qual permitir-lhe-á gozar, em nome próprio, de todas as faculdades que assistem ao proprietário durante a pendência do evento designado. Vista a relação jurídica nesta sua maior extensão, rapidamente concluímos que o regime privativo da reserva (art. 409) não oferece resposta para todos os reptos colocados pelas relações materiais onde está presente. Esta insuficiente densificação legal do instituto reforça a necessidade de proceder à sua classificação dogmática e à sua inserção sistemática, de forma a ser fixado o conjunto de normas que, em primeira linha, o subsidia.

O desenho legal do *pactum reservati dominii* é feito no art. 409 a traços certos: por força desta estipulação, a transferência da propriedade fica sujeita a uma *condição suspensiva* <sup>8</sup> ou a um termo inicial — é esta a figura legalmente típica da *crp*. Quando o evento condicionante é o pagamento do preço, estamos perante uma condição de feição *sui generis*, de uma condição potestativa *a parte debitoris* <sup>9</sup>; não obstante, de uma condição. A circunstância de

<sup>4</sup> A “relação contratual socialmente típica”, nas palavras de LUÍS LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 19.

<sup>5</sup> Assim, v. LIMA PINHEIRO (nota 4), pp. 108 e segs.

<sup>6</sup> Por todos, v. LIMA PINHEIRO (nota 4), p. 154 e segs.

<sup>7</sup> Do que o AUJ n.º 10/2008 é um exemplo.

<sup>8</sup> Neste sentido, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, «Contratos civis», *BMJ*, 83, 1959, p. 138. Considerando não estarmos perante uma condição, v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 63.

<sup>9</sup> Sobre a condição potestativa, v. MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 367 a 369. Para esta classificação, não releva o vínculo obrigacional que liga o sujeito à prática do acto condicionante; basta que tenha o *poder* de realizar o acto (de evitar a sua não verificação), ainda que não possa evitar a sua prática por terceiro ou execução específica. Já o vendedor não tem este poder directo, embora esteja munido de um *direito* subjectivo que lhe permite obter o valor do preço à custa do devedor (arts. 817 e 827 e segs.).

estarmos perante um evento devido, isto é, perante o cumprimento de uma obrigação emergente do contrato, e de um facto não independente da vontade do comprador, não lhe retira a natureza futura e, seguramente, incerta.

Não é complicado encontrar diferenças estruturais entre diferentes tipos de condição; mas o que importa é justificar a necessidade de um regime diferente, que seja verdadeiramente imposto pela diferente estrutura. Como é evidente, o conceito de condição pode ser restringido até nele não se conter um qualquer evento. Mas se esta restrição não for justificada pela total inadequação do regime legal, há que reconhecer que a recusa da qualificação do pagamento do preço, designadamente, como condição, se reconduz à afamada falácia *the true scotsman*. Admite-se, é certo, que algumas das normas que regulam a matéria não foram previstas para a condição potestativa (v. g., o art. 275/2, 2.<sup>a</sup> parte). Mas também não o foram para os casos em que o efeito translativo não está condicionado ao pagamento do preço, mas sim à verificação de qualquer outro evento que os autores mais exigentes não hesitariam em qualificar de condição em sentido próprio (v. g., o art. 275/1).

Decompondo a *crp* nos diversos efeitos visados pelas partes, encontramos a faculdade de resolução do contrato, não obstante a coisa ter sido entregue (art. 886); a atribuição ao vendedor do direito de ser pago pelo valor da coisa, com uma preferência reforçada, na cobrança coerciva do preço; o exercício, *pendente conditione*, de uma posse em nome próprio por parte deste adquirente; a imediata transferência do risco de perecimento da coisa; e, finalmente, a titularidade de uma expectativa de aquisição pelo comprador, de natureza real. Todos estes efeitos são admitidos e tutelados pela lei.

**1.1.1. Posse.** A afirmação do *animus* do adquirente é uma questão de facto, antes de ser de direito. Como vimos, o pagamento do preço constitui uma condição potestativa *a parte debitoris*. A feição *sui generis* desta condição, permite que se possa afirmar que o adquirente, embora não seja desconhecedor da reserva, tem já o *animus possidendi* do titular de um direito real de gozo <sup>10</sup>. Com efeito, desejando a propriedade — daí ter celebrado o contrato — e sabendo que a concretização deste seu desejo apenas depende de si — com a prática de um acto que entende estar ao seu alcance, daí ter-se vinculado a ele —, ao que acresce não ser a retratação uma opção,

---

<sup>10</sup> Assim, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações, Contratos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 40. Contra, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, dissertação de doutoramento inédita, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2009, p. 301. Em abono da sua posição, esta autora argumenta resultar do art. 304/3 que o “direito de o vendedor obter a restituição da coisa não prescreve”, daqui concluindo que o comprador não pode adquirir a coisa por usucapião. Efectivamente, este direito do vendedor não prescreve. Todavia, assim é por força do disposto nos arts. 298/3 e 1313, já que a restituição funda-se na propriedade. O argumento é, no entanto, inconsequente, pois a imprescritibilidade do direito de propriedade não obsta à sua aquisição (perda) por usucapião. V. nota 18.

pois está obrigado ao cumprimento, não custa aceitar que o adquirente se considere imediatamente dono da coisa. Por outro lado, sabe que está protegido contra novos actos dispositivos do vendedor— que não pode evitar a verificação do pressuposto da aquisição — e que a transferência do domínio não está dependente de qualquer nova manifestação de vontade deste. O adquirente sente que está a possuir por si, por conta da propriedade da coisa que já “comprou”. Após a entrega, o adquirente reúne o *corpus* e o *animus possidendi*, gozando da correspondente tutela possessória <sup>11</sup>.

**1.1.2. Risco.** Determina o art. 796/1 que, nos contratos de alienação, o perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do adquirente. Esta norma não deixa de abranger os contratos sujeitos a uma condição suspensiva — ou, por identidade de razão, onde apenas um dos seus efeitos está condicionado —, motivo pelo qual o legislador, desejando *restringir* este âmbito potencial, previu expressamente que, quando o contrato estiver dependente de condição suspensiva, o risco corre por conta do alienante, durante a pendência da condição (art. 796/3). Para além desta, o art. 796/2 abre uma outra excepção à norma contida no n.º 1. Estamos perante dois desvios justificados na circunstância de, em resultado de uma estipulação contratual, o adquirente não ter tomado posse da coisa, sendo que o risco regulado neste artigo é dominado — ou melhor dominado — por quem a detém.

O art. 796/3 não é aplicável à reserva, não apenas porque se dirige aos *contratos* dependentes de condição — sendo certo que o contrato contendo uma *crp* não está sujeito a uma condição, apenas o estando um dos seus efeitos (que não é a obrigação de entrega) —, mas sobretudo porque aqui o adquirente toma posse da coisa. A distribuição do risco prevista no art. 796/1 vale, pois, para a *crp* <sup>12</sup>.

**1.1.3. Direito de aquisição.** A expectativa jurídica pode ser definida como sendo “a situação activa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio de um processo complexo de formação sucessiva de um direito” <sup>13</sup>. Na sua fisionomia típica, a expectativa é caracterizada pela ausência de disponibilidade ou liberdade dos sujeitos da relação material, em relação à

<sup>11</sup> V. art. 1278/1. Se demandado pelo *proprietário*, o comprador deve excepcionar o direito à entrega (art. 879/b), para obstar à restituição da coisa (art. 1311/2), defesa que encontra no art. 304/3 o seu limite. V. nota 18.

<sup>12</sup> Defendendo esta distribuição do risco, v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 262 e 263. No mesmo sentido, v. NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 349 a 352, deduzindo enunciativamente tal distribuição a partir do *desvio* à regra do n.º 1, previsto no art. 796/2. Em sentido oposto, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 473 e 474.

<sup>13</sup> A definição é de CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 180.

concretização do direito <sup>14</sup>. A protecção do beneficiário da expectativa é feita, nomeadamente, mediante a atribuição de direitos subjectivos instrumentais.

O adquirente, *pendente conditione*, tem uma expectativa de aquisição da propriedade, assente no contrato de compra e venda já celebrado. Todavia, sendo a condição *potestativa*, não ocorre aqui a álea que, numa mera expectativa jurídica, pode obstar a que a lei reconheça ao sujeito um *direito ao direito* subjectivo, isto é, à sua aquisição. Aqui, o acesso do adquirente à propriedade depende *apenas* de um acto seu <sup>15</sup>. Tendo o comprador o poder de adquirir o bem — e o dever de pagar preço —, e sendo este poder protegido pelo direito privado — *maxime*, perante terceiros (art. 275), mas também perante o proprietário —, torna-se forçoso concluir que o adquirente tem o direito de praticar o acto que o tornará proprietário <sup>16</sup>. Significa isto que, na relação real, tem o direito de adquirir o bem, isto é, considerando o âmbito da sua oponibilidade e a sua ligação imediata à coisa, que é titular de um direito real de aquisição — sendo este um dos direitos instrumentais que integra a sua expectativa jurídica <sup>17</sup>.

**1.1.4. Recuperação da coisa: a resolução.** A posição do adquirente, onde se integram o direito de aquisição e o direito à entrega (art. 879/b), tutelada por diversas normas (v. g., arts. 272 a 274 e 694), deve ser extinta, para que a coisa possa ser reivindicada. A este propósito, e sobre a natureza do evento condicionante do efeito translativo, deve exigir-se que a certeza da sua não verificação constitua um fundamento da resolução do contrato, com base na lei — v. g., o incumprimento definitivo — ou fundado em cláusula contratual (art. 432/1). De outro modo, poderíamos ter um contrato de compra e venda, por exemplo, integralmente cumprido — insusceptível de ser resolvido por incumprimento —, sem que a propriedade viesse a ser transmitida, por força de uma eventual impossibilidade de verificação da condição. Estar-se-ia a aceitar que o nosso sistema jurídico admite uma venda meramente obrigacional <sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Assim, MARIA RAQUEL ANTUNES REI, «Da expectativa jurídica», *ROA*, ano 54, Abril 1994, p. 153.

<sup>15</sup> V. nota 9.

<sup>16</sup> Sobre o direito do devedor ao cumprimento, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 222 e segs.

<sup>17</sup> V. ANA MARIA PERALTA, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 165.

<sup>18</sup> O argumento não é excessivamente dogmático. Trata-se, apenas, de respeitar o disposto no art. 879, tendo presente que aí é empregue o adjectivo “essencial”, bem como o conteúdo típico do contrato de compra e venda, descrito no art. 874. Sustentando que “a reserva de propriedade não poderá deixar de ser integrada no conjunto da Ordem Jurídica que a legitime, sujeitando-se aos seus valores e às suas normas imperativas”, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação ao Ac. do STJ de 31-01-1996, *ROA*, 56, 1996, p. 321. Sobre a venda meramente obrigacional, v. PEDRO DE ALBUQUERQUE (nota 3), pp. 94 a 97, e RAUL VENTURA, «O contrato de compra e venda no código Civil», *ROA*, Ano 43, Dezembro, 1983, p. 588 e segs. Se o direito prescrever, tem aplicação o art. 304/3. Esta norma prevê a extinção da última obrigação civil subsistente — a obrigação de entrega. Extinto o correspondente direito do adquirente, a restituição funda-se directamente na propriedade. Não estamos perante a tutela

Por força da resolução, e para além da restituição da coisa (arts. 433 e 289/1), o vendedor tem direito, no caso de deterioração desta, a uma indemnização pela desvalorização sofrida (ou pelo seu valor, se a deterioração for essencial) <sup>19</sup>. Quanto ao mais, pode pedir o ressarcimento dos danos que resultem da insatisfação do seu interesse contratual positivo <sup>20</sup> ou, em alternativa, do seu interesse contratual negativo (art. 801). Entre estes últimos, poderá contar-se o dano resultante da privação da disponibilidade do bem, na medida em que não esteja compensado pela correspondente fruição das prestações que hajam sido pagas. Ao vendedor cabe, por seu turno, restituir a parte do preço já paga, pelo seu valor nominal <sup>21</sup>. Os efeitos legais podem ser contratualmente modificados, nos termos gerais <sup>22</sup>, apenas havendo que considerar, caso se esteja perante uma venda a prestações (ou com finalidade equivalente), o disposto nos arts. 935 e 936.

a) *Efeitos da resolução*. Associando a norma contida no art. 409/2 com a vertida no art. 435/1, tem tido curso doutrinal alargado a tese segundo a qual o regime da reserva de propriedade contém uma regra especial de oponibilidade da resolução <sup>23</sup>. Apenas tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, seria a resolução inoponível a terceiros, se a cláusula não tivesse sido registada. Em todos os demais casos, designadamente quando o objecto do contrato é um bem móvel não sujeito a registo, os efeitos da resolução seriam oponíveis a terceiros.

Quando se configure a reserva de propriedade, se associada ao pagamento do preço, como sendo uma condição resolutiva, deve concluir-se que o comprador adquire imediatamente a propriedade. Perante o incumprimento definitivo da contraparte, ao vendedor cabe o direito de resolução, isto é, um direito de âmbito meramente *relativo*, por natureza. Dizer aqui que a *crp* é oponível a terceiros, significa dizer que, em caso de resolução, o terceiro que tenha adquirido a coisa do comprador inadimplente perderá a propriedade, com efeitos retroactivos: estamos perante uma excepção ao regime previsto no art. 435.

---

do sinalagma contratual, como previsto no art. 430, ou uma restituição fundada na *condictio causa data causa non secuta* (art. 473/2). Se assim fosse, um mecanismo idêntico, tendente a restaurar a posição da parte que sofre a perda patrimonial, haveria de ser previsto para todos os restantes casos em que esta deixa prescrever o seu direito. O que justifica o diferente tratamento do negócio aqui previsto é, apenas, o facto de o reservatário continuar a ser titular do direito real.

<sup>19</sup> V. JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 168, nota 492.

<sup>20</sup> Sobre esta possibilidade, v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, «Pressupostos da resolução por incumprimento», in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, *Scientia Iuridica*, 1991, p. 175.

<sup>21</sup> V. BRANDÃO PROENÇA (nota 19), pp. 170 e 171.

<sup>22</sup> Sobre estes, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 692 a 696.

<sup>23</sup> V., por todos, ANA CATARINA ROCHA, «A cláusula de reserva de propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento», *RFDUP*, Ano II, 2005, pp. 22 e 23.

Para quem veja na reserva, como nós vemos, uma condição suspensiva do efeito translativo do contrato, o vendedor permanece, até ao pagamento do preço, titular da propriedade, isto é, titular de um direito absoluto, por natureza, oponível *erga omnes*. Neste caso, a resolução nunca tem por efeito destruir o direito de propriedade que um terceiro haja adquirido do comprador, porquanto o terceiro nunca pode ter adquirido a propriedade de quem nunca a teve. Se o terceiro nada adquiriu do primitivo adquirente, não faz sentido dizer-se que a resolução, quaisquer que sejam os seus efeitos, tem por consequência despojá-lo de tal direito.

Do exposto se conclui que a resolução do contrato, sujeito a uma *crp*, não tem efeitos especiais, isto é, efeitos *erga omnes*. Na relação que intercede entre o vendedor e o terceiro, aquele invocará a sua *propriedade* — não se trata de *opor a crp* —, cabendo ao terceiro *opor* um título bastante, isto é, invocar uma relação jurídica de que seja titular e que seja oponível — esta, sim — ao proprietário, obstando à restituição da coisa (art. 1311/2). Quando o vendedor resolve o contrato e se apresta a reclamar o bem já em poder de terceiro, não o faz porque a resolução tem efeitos *erga omnes*, mas sim porque é proprietário, qualidade que, quer o contrato, quer a resolução (quaisquer que sejam os seus efeitos), deixaram *intocada* <sup>24</sup>. A norma contida no art. 409/2, nada tem a ver com os efeitos da resolução; tem, sim, a ver com a oponibilidade da *crp*.

b) *Resolução pelo segundo adquirente do reservatário*. A reserva de propriedade não é, em si mesma, um direito. Não tem, pois, sentido falar-se da sua transmissão pelo reservatário <sup>25</sup>. Ao alcance deste está, sim, *pendente conditione*, sem o consentimento do adquirente, alienar (condicionadamente) a coisa e ceder o seu crédito ao preço.

O exercício do direito de resolução por incumprimento não é o exercício da reserva — embora aquele direito tenha sido preservado pela *crp* (art. 886). Assim, se o que está em causa é a possibilidade (*ou a necessidade*) de o adquirente do crédito ou da propriedade resolver o negócio, não há que discutir se a *crp* é transmissível, mas sim em que condições o é o *direito de resolução* por incumprimento.

O mero cessionário do crédito não adquire por esta via o direito de resolução, falecendo a sua legitimidade para resolver o *contrato* de alienação *alheio*. O mesmo se diga relativamente ao segundo adquirente da coisa — podendo, no entanto, recorrer ao mecanismo previsto no art. 606, para exercício do direito de resolução alheio, como forma de satisfazer o seu direito à entrega.

<sup>24</sup> A resolução é *necessária* à restituição, não pelo seu efeito recuperatório — o vendedor nunca perdeu a sua propriedade —, mas antes pelo seu resultado liberatório — a extinção da posição contratual do adquirente, em geral, e do direito à entrega da coisa, em particular.

<sup>25</sup> Sobre o tema, v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 332, 333 e 342 a 347.

Adquirindo a propriedade e o crédito, ao terceiro caberá já um direito de natureza resolutória. A aquisição da propriedade garante ao cessionário uma posição central na relação de liquidação. Neste caso, não se pode afirmar que a extinção do vínculo contratual por si operada seja uma ingerência num assunto alheio. É seu o crédito e o interesse recuperatório tutelado pela resolução. Resumindo-se a relação contratual ao conteúdo previsto no art. 879, por exemplo, sendo o objecto mediato do contrato e o crédito ao preço da sua titularidade, cabe ao cessionário o direito de resolução por incumprimento<sup>26</sup>. Sendo a relação mais ampla, o negócio ficará reduzido ao seu conteúdo estranho à transferência da propriedade, podendo a parte restante ser liquidada (art. 802).

**1.1.5. Oponibilidade da *crp* a terceiro adquirente.** A qualidade de proprietário ou de adquirente, quando oposta a terceiro adquirente, só é juridicamente relevante, por regra, quando tem lugar o evento condicionante da transferência do domínio, ou quando este se frustra definitivamente. Será apenas “no momento em que a incerteza sobre a definitiva titularidade da propriedade for afastada (...) que os interesses do comprador ou do vendedor terão de ser conjugados com os de terceiros adquirentes e valorados acima destes”<sup>27</sup>. As partes vêem a sua posição jurídica tutelada perante terceiros adquirentes, *pendente conditione*, em termos paralelos à tutela que detêm sobre a contraparte que procedeu à segunda alienação. Apenas se justifica, pois, uma análise mais detalhada da oponibilidade da *crp*, após a verificação dos referidos eventos.

a) *Tutela do vendedor.* Estando em causa a aquisição por terceiro de direitos a partir do primitivo adquirente, sobre uma coisa móvel não sujeita a registo, não há um problema específico de oponibilidade desta estipulação negocial. A propriedade do vendedor é oponível *erga omnes*, nos termos gerais — com os seus limites reais ou obrigacionais —; a *crp* é oponível *inter partes*. A posição jurídica de natureza *real* do reservatário é oponível a terceiros, não porque a resolução tenha aqui efeitos *erga omnes*, mas apenas porque a propriedade não chegou a ser transmitida<sup>28</sup>.

Perante a pretensão petítória do vendedor, ao terceiro caberá demonstrar, antes do mais, que o reivindicante perdeu a propriedade de que se

<sup>26</sup> A vende a B por 1000, a pagar em duas prestações iguais, sujeita a uma *crp*. B paga a primeira prestação. A vende a C por 500, e cede-lhe o crédito aos restantes 500. B não paga a C este valor. C resolve o primitivo negócio: “restitui” a B os 500 por este pagos; B “restitui” a coisa a C. O reequilíbrio é obtido.

<sup>27</sup> ANA PERALTA (nota 17), pp. 51 a 53. Se está entre os poderes do adquirente ceder a detenção da coisa (*maxime*, transmitindo a sua posição jurídica), o interesse do vendedor na arguição da nulidade (arts. 892 e 286), *pendente conditione*, não pode residir apenas nessa detenção alheia — sem prejuízo de, contra qualquer detentor, incluindo o comprador, poder lançar mão da tutela cautelar comum, perante a ameaça de perda da coisa.

<sup>28</sup> Importa recordar que não estamos perante uma mera garantia real oculta, mas sim perante a propriedade, oponível *erga omnes* (sem prejuízo do art. 1301).

arroga. Não o logrará fazer, pois não há qualquer contrato que opere a transferência da propriedade a partir do vendedor. E é aqui que a norma que nos ocupa (art. 409/2) tem o seu campo de aplicação. Tutelando a fé que dota o registo público, ao terceiro será permitido invocar o primitivo negócio, como tendo plena eficácia translativa, se a *crp* não constar do registo. Nesta relação de estrutura linear, próxima da prevista no art. 291, o terceiro que fez fé no registo (*v. g.*, na inexistência de reserva) adquire *a non domino*. A *ratio* da norma é a tutela da segurança do tráfico jurídico.

Para estes efeitos, terceiro é aquele que tenha celebrado um negócio que, não fora a condição suspensiva do efeito translativo da propriedade aposta ao primeiro contrato, seria idóneo à transferência da propriedade do comprador primitivo para si próprio. Não obstante a lei não o referir expressamente, apenas o terceiro de *boa fé* estará protegido pela norma contida no art. 409/2 — sendo a tutela desta, a verdadeira pedra de fecho da abóbada legal de protecção do terceiro adquirente *a non domino*<sup>29</sup>. Não se podendo aqui falar de uma eficácia sanativa do registo — não se exige o registo das aquisições<sup>30</sup> —, só na boa fé do terceiro se poderá buscar este efeito.

b) *Tutela do comprador*. A *crp* impede a imediata aquisição do direito, pelo que só se concebe que seja invocada por quem tem interesse em demonstrar que o comprador, num dado momento, não era titular da propriedade. Significa isto que o comprador nunca tem interesse em invocá-la perante um segundo adquirente do mesmo alienante. Terá interesse, sim, na invocação do conteúdo contratual que justifica a sua *aquisição*. Do exposto se extrai que o art. 409/2 não regula os conflitos entre o primitivo adquirente e o terceiro que, do mesmo vendedor, haja adquirido um direito incompatível sobre a coisa.

Quando o vendedor, *pendente conditione*, efectua uma segunda alienação, tratando-se de coisa sujeita a registo, a protecção de que o comprador goza é a que resulta do funcionamento das regras registais (arts. 5 a 7 do

---

<sup>29</sup> Processualmente, a boa fé não será considerada um pressuposto constitutivo do direito do terceiro, sendo antes a existência de má fé uma excepção a invocar pelo vendedor. Sobre a relevância da boa fé na protecção do terceiro adquirente, *v.* HEINRICH EWALD HÖRSTER, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-03-1982, *RDE*, Ano VIII, 1982, 134 a 136. Em sentido diferente, no âmbito da aquisição tabular, *v.* JOÃO ANTUNES VARELA e MANUEL HENRIQUE MESQUITA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-06-1992, *RLJ*, Ano 127, p. 23. Sinalizando a crescente tendência na exigência da boa fé do terceiro adquirente, *v.* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 380, nota 1504, e 381, *v.*, ainda, pp. 382 a 390 e 759. O vício que condena a aquisição do terceiro — a falta de legitimidade do comprador/vendedor intermédio — é seminal. Não resulta da resolução contratual. Por esta razão, não vale aqui a irrelevância do seu estado subjectivo, como vale na sua tutela perante a retroactividade resolutive — sobre esta, *v.* BRANDÃO PROENÇA (nota 19), pp. 179 e 180, e notas 537 e 538.

<sup>30</sup> Nem se poderia exigir: o registo da segunda aquisição não seria conseguido sem o prévio registo da primeira; este, por seu turno, acarretaria o registo da *crp* (art. 97/1 do CRPr) — só assim não ocorre quando a cláusula consta de diferente instrumento.

CRPr). Para estes efeitos, os adquirentes são, entre si, terceiros <sup>31</sup>. Eclodindo o conflito, os compradores brandem os respectivos títulos aquisitivos, sendo pela data da sua inscrição no registo que ele se dirimirá.

Aqui, ao contrário do que sucede na aquisição tabular normalmente tratada, o terceiro não adquire inicialmente *a non domino*, pois o vendedor mantinha a propriedade quando realizou a segunda venda. Ulteriormente, com a verificação da condição (arts. 274 e 276), esta venda tenderia a perder os seus efeitos (incluindo a transferência da propriedade). Todavia, estando de boa fé, contra ele não poderá o comprador invocar o seu direito emergente do primitivo contrato, se o terceiro tiver registado primeiro a sua aquisição — tudo por força do disposto na lei registal (art. 6/1 do CRPr), e não do art. 409/2. O registo tem aqui “efeitos constitutivos complementares ou secundários” <sup>32</sup>, impedindo que o direito do segundo adquirente venha a ser afectado pelos efeitos da verificação da condição.

Se nenhum dos compradores registar a sua aquisição, ou se não estiver a coisa sujeita a registo, o primitivo adquirente encontra-se protegido pela eficácia retroactiva da verificação da condição <sup>33</sup>.

**1.2. Outras construções jurídicas** <sup>34</sup>. Cedendo perante as dificuldades enfrentadas pela doutrina tradicional, quando se ensaia o desenho da posição jurídica do adquirente, poder-se-ia sustentar que o *pactum reservati dominii* não obsta à imediata transmissão da propriedade. Por força da sua estipulação, apenas se atribuiria ao alienante um direito de resolução (por incumprimento) eficaz *erga omnes* ou, de acordo com diferente tese, um direito real de garantia.

A letra e a inserção sistemática da previsão legal da *crp* não oferecem santuário a tais soluções interpretativas. Esta previsão (na qual ressaltam as palavras “reservar” e “até”) surge imediatamente após a norma que dispõe sobre o princípio da transferência consensual do domínio, apartada dos regimes da resolução e das garantias especiais das obrigações, onde são omitidas quaisquer referências à reserva de propriedade. Por outro lado, estas teorias deixam por explicar a suposta eficácia *erga omnes* da resolução, da qual não podem prescindir, pois é a faculdade de o alienante retomar o bem que empresta sentido próprio à reserva de propriedade. A norma contida no art. 409/2 não regula os efeitos-regra da resolução na reserva — introduz, sim, um novo requisito para que a oponibilidade possa ser afirmada —, pelo

<sup>31</sup> V. os AUJ n.º 15/97, de 29 de Maio de 1997, e n.º 3/99, de 4 de Fevereiro de 1999.

<sup>32</sup> A expressão é de HEINRICH EWALD HÖRSTER, «A função do registo como meio de protecção do tráfico jurídico», *Regesta*, 1986, 71, p. 295.

<sup>33</sup> Considerando a *crp* oponível a terceiros, v. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 306.

<sup>34</sup> Sobre as diferentes teorias que se perfilam nesta matéria, v. MENEZES LEITÃO (nota 8), p. 61 e segs. Defendendo que ocorre uma partilha da propriedade, v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, São João do Estoril, Principia, 2002, p. 252. A ideia de fraccionamento do direito de propriedade, embora algo exótica, pode encontrar algum amparo legal no art. 959.

que o seu fundamento há-de ser buscado noutra lugar. Ora, o regime base da resolução prevê diferente efeito <sup>35</sup>. Fica por explicar onde se encontra prevista a oponibilidade *erga omnes* que constituiria a regra da resolução na reserva <sup>36</sup>.

**1.3. A propriedade com função de garantia.** Este breve périplo pelas principais doutrinas sobre a construção jurídica da reserva de propriedade permite-nos perceber que, mais do que a exegese do texto legal vigente, estamos perante respostas alternativas para o desafio da elaboração de um “fato jurídico” feito à medida da figura “socialmente típica” da reserva. O caderno de encargos desta construção foi satisfeito pelo legislador com recurso à propriedade com função de garantia. Esta satisfação não exigia que a lei previsse, forçosamente, um fraccionamento da propriedade, uma condição suspensiva ou um termo inicial para o efeito translativo, uma resolução com eficácia *erga omnes* ou um novo direito real de garantia. Qualquer uma destas respostas poderia, admite-se, ter sido adoptada, com maior ou menor grau de sucesso, na satisfação da empreitada.

Em face do direito vigente, devemos concluir, todavia, que o art. 409/1 reflecte a doutrina segundo a qual a transferência da propriedade fica subordinada à ocorrência de uma condição suspensiva, ou dependente da verificação de um termo inicial. Esta compreensão do instituto da reserva de propriedade, *quando associado ao pagamento do preço*, como alienação com efeito translativo do direito “condicionado a título de garantia”, tem virtualidades, como já ficou demonstrado, “na revelação do direito aplicável, sugerindo uma dupla atracção: pelo regime da condição em tudo o que corresponda à sua função de garantia, pelo regime dos direitos reais de garantia, na medida do compatível com a utilização de um direito de propriedade condicionado” <sup>37</sup>.

## 2. A EXECUÇÃO DO BEM ALIENADO

**2.1. A execução promovida pelo vendedor.** Só se poderá afirmar que a propriedade desempenha uma plena função de garantia do crédito, se este

---

<sup>35</sup> V. art. 435. Assim como fica por explicar o diferente efeito da resolução na venda a retro (art. 932).

<sup>36</sup> Contra a tese da condição resolutiva, poder-se-á ainda acrescentar que ela é contraditória com o disposto no art. 304/3, pois, se a recuperação da propriedade está dependente da resolução, o vendedor não tem qualquer título obrigacional ou real para reclamar a restituição, quando aquela não pode ser operada (por ser o cumprimento inexigível). Já a propósito da doutrina que vê na *crp* apenas um direito real de garantia, dever-se-á ter presente que os seus supostos efeitos são insuficientes para caracterizar um direito desta natureza (art. 604/2), apenas revelando um meio de conservação de um certo bem que integra a garantia patrimonial geral — efeitos, mas não pressupostos, semelhantes aos que se encontram na impugnação pauliana.

<sup>37</sup> LIMA PINHEIRO (nota 4), p. 110.

puder ser satisfeito mediante a execução da coisa. Significa isto que, em consequência, dever-se-á admitir a penhora da coisa objecto da reserva, e ulterior venda, na execução instaurada pelo vendedor contra o comprador. Se assim não for, a reserva perde a sua utilidade em todos aqueles casos em que o alienante não quer ou não está em condições de resolver o contrato <sup>38</sup>. As mais impressivas objecções oferecidas à admissibilidade desta penhora radicam na circunstância de o bem alienado ainda não ser propriedade do executado. Se é certo que os bens do devedor respondem pelo cumprimento das suas obrigações (art. 601), não menos certo é que não são apenas os seus bens a responder pelas suas dívidas. Qualquer bem vinculado à garantia do crédito responde pela sua satisfação, ainda que não pertença ao devedor (art. 818). O obstáculo identificado não reside, pois, no facto de o devedor não ser o proprietário, mas sim na circunstância de este ser o *exequente*, e não o *executado*.

**2.1.1. Renúncia à reserva.** Tem sido sustentado que, ao nomear o bem à penhora, o adquirente renuncia tacitamente à reserva <sup>39</sup>. Se apreendermos devidamente o propósito do exequente no momento em que nomeia um bem cuja propriedade reservou para si em garantia, devemos recusar liminarmente a ideia de que renuncia à reserva *a favor do executado*. Desde logo, o exequente não tem qualquer intenção de prescindir da garantia — isto seria contraditório com a sua pretérita constituição —, sujeitando o bem, que assim passaria a integrar o património do executado, à preferência de outros credores. A admitir-se que o exequente declara, tacitamente, que renuncia à reserva, só se concebe que o deseje fazer *a favor do terceiro adquirente* na venda executiva. Significa isto que a renúncia à reserva, a admitir-se, não representa qualquer alteração unilateral do programa contratual. Até à conclusão da venda judicial, a posição jurídica do comprador emergente do contrato mantém-se inalterada. Continua a ser, apenas e só, titular da expectativa real de aquisição. De que falamos, então, quando falamos de uma renúncia à reserva a favor do adquirente na execução?

a) A renúncia é um negócio jurídico unilateral <sup>40</sup>. A ela se aplicam as regras próprias da declaração negocial, admitindo-se, como tal, que seja tacitamente proferida (art. 217), devendo respeitar a forma exigida para disposição do bem em causa (art. 219).

<sup>38</sup> Sobre o tema, v. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 382 a 384.

<sup>39</sup> V. VASCO LOBO XAVIER, «Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil», *RDES*, Ano XXI, pp. 218 e 219.

<sup>40</sup> Sobre a renúncia ao direito de propriedade, admitindo-a, v. JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 441 e segs. Contra, *de iure constituto*, v. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 376 e 377.

Numa primeira tentativa, poder-se-ia responder que o exequente renuncia ao direito de propriedade de que é titular, conforme lhe permitem os arts. 405 e 1305. Sendo a renúncia à propriedade feita a favor de alguém, como meio de obtenção de uma vantagem, seria ela de qualificar como *atributiva*, mas não propriamente liberatória<sup>41</sup>. Esta modalidade de renúncia, com a configuração que ora importa, teria efeitos (desejados) translativos do direito, e não extintivos, não carecendo do consentimento do executado, mas apenas da manifestação da vontade de aquisição pelo terceiro beneficiado — que vai com a proposta de compra apresentada.

Esta perspectiva tem contra si a excessiva heterodoxia e, bem vistas as coisas, leva à conclusão de que a propriedade vem a ser transmitida, não por força da venda executiva — nem de uma verdadeira renúncia —, mas sim por força de um contrato unilateral translativo da propriedade, próximo da doação, mas sem espírito de liberalidade.

b) Ensaando nova explicação, poder-se-ia dizer que o vendedor, ao indicar à penhora o bem reservado, apenas está a nomear a complexa expectativa jurídica de que o executado é titular; assim se deveria interpretar a sua declaração de vontade jurídico-processual (arts. 217/1 e 295)<sup>42</sup>.

Aqui, em bom rigor, o exequente não renuncia à reserva. Pelo contrário, exerce-a. Titular de um direito de propriedade, o vendedor pretende que o bem, que apenas detém para garantia do seu crédito, exerça plenamente esta sua função, respondendo pela satisfação do interesse contratual positivo, o que significa, não tendo o preço sido voluntariamente pago, que responda pelo pagamento coercivo. Pretende, ainda, que a posição que detém sobre a coisa se transfira para o produto da venda. Nenhuma destas pretensões é lesiva dos direitos de outrem. A elas a lei processual deve dar uma resposta (art. 2/2 do CPC), podendo mesmo, se necessário, ter lugar uma adequação formal do processo (art. 265-A do CPC).

Esta renúncia consistiria apenas numa manifestação de vontade do exequente, *beneficiário* do diferimento do efeito translativo<sup>43</sup>, de condicionar a transferência da propriedade (antecipando-a) à prática do acto de pagamento do preço na venda executiva — ainda que inferior ao valor da quantia em dívida —, manifestação que encontra como primeiro destinatário o terceiro adquirente no processo executivo, na esfera jurídica de quem as repercussões da alteração se irão sentir<sup>44</sup>. A aceitar-se esta tese, a renúncia a favor do

---

<sup>41</sup> Embora nos exemplos normalmente dados de renúncia atributiva, o renunciante adquira uma vantagem através da libertação de um dever *propter rem* — v. os arts. 1411 e 1472/3 —, não se deverá recusar que esta vantagem possa ter outra roupagem. Sobre a renúncia não abdicativa, v. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 33 a 40.

<sup>42</sup> Mesmo quando, *brevitatis causa*, indique a coisa à penhora.

<sup>43</sup> Como exemplo paralelo, v. art. 1147.

<sup>44</sup> Nesta hipótese (como na primeira), a renúncia não seria um acto processual postulativo, mas sim um negócio jurídico substantivo, embora a declaração negocial tácita que o corporiza (a

terceiro adquirente não será uma abdicação da reserva, não se estando perante uma perda da propriedade por renúncia. Aqui, o terceiro adquire a coisa porque um dos actos que integram o acto processual complexo de venda judicial — *rectius*, a fase processual — ganhou essa relevância substantiva, por iniciativa do vendedor e com o concurso da vontade do terceiro adquirente.

Esta resposta depara-se, todavia, e para além do mais, com uma séria dificuldade de articulação com o disposto no art. 824/3. Se nesta norma se estabelece que apenas é transmitida a garantia oferecida pelo direito que caduca *por força da venda*, então, assentando a transferência da propriedade ainda na vontade negocial do alienante, por força da verificação da (nova) condição, a garantia proporcionada perde-se definitivamente naquele momento, passando o vendedor a ser um credor comum sobre o produto da venda.

**2.1.2. Exercício da garantia.** Não obstante ser concebível uma renúncia à reserva (isto é, à propriedade), é a própria necessidade da renúncia (como requisito para a execução do bem) que deve ser questionada. O direito de propriedade e o direito de aquisição formam o conjunto dos direitos de natureza real que recaem sobre a coisa. Esta só adquire toda a sua expressão económica — que é aquela que se pretende aproveitar na execução — quando os dois direitos que sobre si incidem são adquiridos em conjunto pelo terceiro. Ao nomear o bem à penhora, o exequente quer isso mesmo, isto é, quer a apreensão do bem (naturalisticamente considerado) e a sua liquidação — adquirindo-o o terceiro, sem qualquer limitação de conteúdo.

Com a penhora e a ulterior venda, todas as posições jurídicas subjectivas existentes sobre o bem serão afectadas: a penhora da coisa também é uma penhora de um direito da titularidade do exequente. Todavia, o bem foi vinculado à garantia do crédito, por *meio* da constituição da reserva de propriedade, pelo que a lei substantiva não obsta à sua liquidação com esse fim (art. 818). Também a lei processual não obsta a que bens detidos por terceiro em garantia possam ser executados (art. 821 do CPC). Apenas se exige aqui o respeito pelos princípios que informam o processo civil, isto é, mais precisamente, pelo direito de defesa (arts. 20/4 da CRP e 3/3 do CPC). Quando a lei exige que a execução corra contra o terceiro titular do bem (art. 821/2, parte final, do CPC), não o faz porque, de outro modo, a execução contraria-

---

declaração de renúncia) seja deduzida de um acto processual expreso (a indicação do bem à penhora). O acto postulativo vale aqui como facto concludente, relativamente à declaração de renúncia, e como acto revelador de uma vontade processual (de penhora). Para a interpretação do acto explícito e do negócio implícito valerão critérios distintos, em função da disciplina própria do tipo a que pertencem — assim, v. PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 870. A interpretação do acto postulativo segue critérios próximos dos que respeitam à interpretação do acto jurídico unilateral, negocial e formal, mas não coincidentes. Assim, em caso de dúvida, deve considerar-se que ele compreende tudo quanto possa fundamentar a pretensão da parte — sobre o tema, v. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 211, 214 a 216, 446 e 447.

ria os fins do processo ou porque um qualquer imperativo de ordem pública processual o imponha (que não a garantia do direito de defesa). Considerando a sua *ratio*, a boa interpretação desta norma leva-nos a concluir que nela apenas se impõe que ao terceiro seja permitido exercer todos os direitos que cabem à parte — e tenha todos os correspondentes ónus e deveres —, e nada mais.

Com esta interpretação, que adoptamos, se chega à conclusão de que nada na lei impede o vendedor *exequente* de nomear o bem à penhora, assim como nada na lei lhe impõe que renuncie à reserva de propriedade <sup>45</sup>. O exequente sabe que todos os direitos de natureza real serão afectados com o destino que assim traça para a coisa, incluindo o seu, sendo este efeito por si desejado. A posição do vendedor fica aqui assegurada até ao efectivo pagamento, contra o risco de ulterior rejeição da execução (art. 820 do CPC) — o que não sucederia se se entendesse que renuncia à reserva a favor do executado <sup>46</sup>.

Os bens vendidos em execução judicial são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem, *bem como dos demais direitos reais* (art. 824/2). O interesse do exequente <sup>47</sup>, designadamente, aqui tutelado só cede perante o do titular do direito real que, por força desta norma, deveria caducar, quando — na hipótese que para a discussão vertente releva — o direito que seria afectado tem a preferência prevista na lei (art. 824/2). Ora, esta tutela da posição de terceiro não tem cabimento quando este terceiro é, afinal, o exequente — interessado, sim, na venda. Estando em causa a caducidade do direito do exequente sobre a coisa alienada, não tem aplicação a exclusão prevista na segunda parte da norma vertida no art. 824/2, pelo que o exequente vendedor perde o direito real que detém sobre a coisa <sup>48</sup>. Mas se perde a garantia oferecida pela propriedade, ganha uma garantia sucedânea sobre o produto da venda (art. 824/3) <sup>49</sup> — numa sub-rogação

<sup>45</sup> Estamos perante uma penhora de coisa, e não de direito, embora seja uma *penhora ambivalente*, pois agride posições jurídicas reais de diferentes titulares. O reservatário não pretende a penhora do direito de aquisição (ou a mera prática do acto conservatório previsto no art. 860-A/2 do CPC) — aliás, o procedimento de penhora do direito é incongruente, quando o destinatário da notificação é o requerente dessa mesma notificação (arts. 860-A/1 e 856/1/2 do CPC). Também não pretende a penhora da coisa *onerada* com o direito de aquisição, isto é, amputada da posição activa do adquirente. Deseja, sim, a penhora do bem (vinculado à garantia do crédito: art. 818), com todos os *activos* que o compõem. Sobre o âmbito da penhora, no contexto do direito germânico, v. STEFAN LEIBLE, «La reserva de dominio en el derecho alemán», *RDP*, Abril, 1999, pp. 270 a 272. Expondo a doutrina que viria a influenciar a redacção do art. 860-A do CPC, v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993 (edição anterior à reforma processual de 1995/97), pp. 208 e 209.

<sup>46</sup> Podendo ainda exercer o *ius variandi* — sobre este, v. BRANDÃO PROENÇA (nota 19), pp. 76 a 87.

<sup>47</sup> O desejado sucesso da venda só será obtido se se garantir a transmissão livre de encargos.

<sup>48</sup> Não tendo campo de aplicação tudo o disposto a partir de “que não tenham”. A venda atribui, assim, ao adquirente as posições do executado (art. 824/1) e do exequente (arts. 909/1/d do CPC, 9/2/a do CRPr e 824/2).

<sup>49</sup> A aplicação desta norma à propriedade (reservada), não só é permitida pela sua letra, como também pelo seu espírito, se tivermos presente a função que aqui exerce este direito.

real —, até ao valor necessário à satisfação do seu crédito emergente do contrato de compra e venda dado à execução <sup>50</sup>.

**2.2. O respeito pela realidade registal.** Configurada a questão nos termos por nós defendidos, nunca há lugar a qualquer cancelamento da reserva de propriedade, antes do momento previsto nos arts. 900/2 do CPC e 101/5 do CRPr, na sua redacção actual, porquanto, desde logo, o exequente não renuncia à sua (reserva de) propriedade. Para além da penhora, nenhum facto que deva ser reflectido no registo foi praticado <sup>51</sup>.

Note-se que a lei não determina *aqui* (*maxime*, no art. 824/2) o cancelamento do registo de factos. Determina, sim, que se proceda ao “cancelamento dos registos dos direitos reais”. Ora, como é sabido, não são os direitos que estão sujeitos a registo, mas sim os factos que relevam para a sua existência e consistência (arts. 2 e 3 do CRPr). Os “registos dos direitos reais” referidos na lei são, pois, os registos dos factos de onde emergem os direitos afectados pela caducidade prevista no art. 824/2, *na medida desta afectação*. O registo do direito de propriedade do exequente vendedor afectado pela caducidade não é o registo do facto — *v. g.*, do negócio jurídico — pelo qual o adquiriu, nem, muito menos, é o registo da venda com reserva de propriedade — registos estes que até revelam o trato sucessivo —; é, apenas, o registo da reserva de propriedade.

Ainda que se considere, contra o que entendemos, ser necessária uma renúncia à reserva, e que esta se deduz da nomeação do bem à penhora,

---

<sup>50</sup> A posição do exequente transferida para o produto da venda não lhe confere qualquer direito sobre o valor excedente, não se podendo perder de vista que a reserva de propriedade, nesta modalidade, extingue-se totalmente com a entrega ao vendedor do valor correspondente ao preço.

<sup>51</sup> Os serviços oficiais registam a reserva de propriedade como um ónus (art. 46 do RRA), pelo que a penhora, quando é promovida pelo titular da reserva, não é registada a título provisório com fundamento na existência de registo de aquisição a favor de pessoa diversa do executado — *v. o art. 92/2/a*, do CRPr. A razão deste procedimento está nisto: a nomeação à penhora do bem pelo titular da reserva equivale a qualquer uma das condutas previstas no art. 119/3 do CRPr, pelo que o registo da penhora poderá ser imediatamente lavrado como definitivo. Pela mesma razão, se, no entanto, a penhora for registada a título provisório, basta ao tribunal ordenar o cumprimento do disposto no art. 119/3 do CRPr. E não se diga, como é dito no AUJ n.º 10/2008, que, quando o exequente surge como titular inscrito, “existe conhecimento exacto e sem controvérsia da titularidade do direito de propriedade sobre o bem penhorado”. Não cabe ao tribunal, sem ouvir os interessados pelo meio processualmente previsto — o descrito no CRPr —, presumir inilidivavelmente que não há controvérsia. O registo da reserva de propriedade pode estar desactualizado. Pense-se no caso de a execução não se destinar à cobrança do preço (*já inteiramente pago*), mas sim ao pagamento de outra dívida que o executado tem perante o vendedor. Estão aqui em causa quatro registos: do acto de aquisição pelo vendedor, do acto de aquisição pelo comprador, da *crp* e da penhora. O mecanismo vertido no art. 119 do CRPr apenas opera sobre o registo da penhora, mantendo-se os restantes inalterados. Não se surpreende aqui um fenómeno de perda da propriedade por via tabular. A extinção de direitos ocorrerá por força da venda judicial.

nada na lei processual impõe a solução adoptada no AUJ n.º 10/2008 <sup>52</sup>. A penhora, no caso, havia sido registada em definitivo, pelo que o bem poderia ter sido vendido e o produto da venda afectado à satisfação do crédito exequendo (arts. 838/6, 855 e 863 do CPC), sendo o registo da reserva cancelado a final (arts. 888 do CPC, na redacção vigente, e 824/2).

## PARTE II

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

**3.1. Confronto com a reserva de propriedade em sentido próprio.** Inserida nas condições gerais de contratos de mútuo para financiamento da aquisição de bens de consumo, surge com frequência uma *crp* constituída a favor do mutuante <sup>53</sup>. Dando por adquirido que a designação atribuída pelas partes a uma estipulação negocial não é decisiva para a sua qualificação jurídica, podemos assentar, considerando a análise do instituto já feita, que a cláusula dita de “reserva de propriedade”, estipulada, sem mais, a favor da entidade financiadora da aquisição, não retrata a relação jurídico-material descrita na *facti-species* do art. 409/1. A estipulação de uma *crp* a favor de quem nunca foi titular da propriedade não encontra cobertura legal expressa no artigo citado, sendo essa estipulação insusceptível de passar no crivo do silogismo jurídico. Quem não é titular do direito não pode reservar para si tal titularidade <sup>54</sup>.

Diferentes esquemas obrigacionais têm sido ensaiados, sempre com o intuito de permitir ao financiador adquirir os direitos que assistem ao titular da reserva de propriedade.

a) Casos há em que a reserva é clausulada no contrato de compra e venda, a favor do vendedor, ficando a transferência da propriedade condicio-

<sup>52</sup> Solução que é coincidente com a posição de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 316 a 321, embora este autor apenas trate os casos em que o exequente (mutuante) nunca foi proprietário do veículo. Aceitando que a execução prossiga sem o cancelamento registo da reserva a favor do exequente, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, «Cancelamento do registo da reserva de propriedade a favor do exequente», *CDP*, 29, Janeiro/Março, 2010, p. 40.

<sup>53</sup> Sustentando ser tal cláusula inadmissível, v. GRAVATO MORAIS (nota 52), p. 299 a 309, e PAULO FERREIRA DUARTE, *Contratos de concessão de crédito ao consumidor*, dissertação de mestrado inédita, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2000, p. 193. Admitindo-a, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, «Algumas reflexões em torno da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador» in *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 641 e 642.

<sup>54</sup> Não é apenas a letra da lei que impede esta estipulação. Considerando a *ratio* da consagração legal da reserva de propriedade, se esta supre a inexistência de um penhor sem desapossamento, carece de justificação a sua estipulação por uma instituição de crédito (v. nota 61). Do mesmo modo, se a *crp* preserva o direito de resolução (face ao art. 886), não é ela necessária no contrato de mútuo.

nada ao integral cumprimento do mútuo <sup>55</sup>. Não é clara a construção desta “reserva de propriedade alargada”, que leva a que o titular da garantia proporcionada pela reserva não seja o titular do crédito garantido. Na economia do contrato de alienação, esta cláusula não tem qualquer utilidade directa para o vendedor <sup>56</sup>. Também no âmbito do mútuo, a utilidade da cláusula é questionável. Se esta estipulação impede que o bem financiado integre o património do devedor, também obsta a que o mutuante o possa executar para satisfação do seu crédito. Por outro lado, não tendo o vendedor titular da reserva fundamento para resolver o contrato de compra e venda, *que foi cumprido*, nunca se poderá desfazer o negócio que legitima a posse do adquirente <sup>57</sup>. Neste caso, o contrato de compra e venda, já cumprido, não terá por efeito transmitir a propriedade, sempre que o incumprimento do mútuo for definitivo. A aceitar-se este esquema contratual, estar-se-ia a aceitar que o nosso sistema jurídico admite uma venda meramente obrigacional.

b) Também já foi aceite que a *crp* possa ser aposta no *contrato de mútuo*, a favor do vendedor e proprietário, apesar de este não intervir no contrato <sup>58</sup>. Se bem a compreendemos, defendem os adeptos desta tese que os efeitos do contrato de compra e venda — que não é o negócio onde foi estipulada a *crp* — não são os que resultam do acordo entre as suas partes e do disposto no art. 408, mas sim aqueles que foram acordados previamente no *contrato de mútuo*, à revelia do vendedor. Trata-se de uma tese inaceitável, como resulta, sem necessidade de mais considerações, desta última ilação.

Sustenta alguma jurisprudência <sup>59</sup> que uma “interpretação actualista” do art. 409/1, deve levar-nos a considerar por ele abrangida a reserva de propriedade constituída a favor do financiador. Tratar-se-ia aqui de transpor para a actualidade o juízo de valor que presidiu à feitura da lei (art. 9/1), ajustando “o próprio significado da norma à evolução entretanto sofrida (com introdução

---

<sup>55</sup> Adjectivando este esquema contratual de fraudulento, v. GRAVATO MORAIS (nota 52 p. 323 a 326). No direito alemão, a *crp* é nula quando a transferência do domínio fica condicionada à satisfação pelo comprador de créditos de terceiros (§ 449/III do BGB). Este já vinha sendo o entendimento da doutrina alemã, antes mesmo de a lei o ter positivado — v. STEFAN LEIBLE (nota 45), pp. 289 e 290. Admitindo que o evento condicionante possa ser a satisfação de um crédito de terceiro, v. MENEZES LEITÃO (nota 8), p. 55. No Ac. do TRL de 26-11-2009 ([dgsi.pt](http://dgsi.pt), ace. 4-11-2011, proc. 3039/05.6TVLSB.L1-6) admite-se que a reserva possa ser constituída no âmbito do contrato de compra e venda, mas para garantir a satisfação do contrato de mútuo. Sobre o tema, v. nota 18.

<sup>56</sup> O interesse do vendedor poderá residir na circunstância de integrar o mesmo grupo empresarial do mutuante.

<sup>57</sup> O inadimplente obtém um proveito injustificado: goza o bem como um verdadeiro proprietário, ao abrigo de uma compra e venda que já não pode ser resolvida; todavia, porque ainda não o é, o bem fica salvo da execução promovida pelos seus credores — isto sem prejuízo de poder ser penhorada a expectativa de aquisição.

<sup>58</sup> V. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 242 e 243.

<sup>59</sup> V. o Ac. do TRL de 05-05-2005 ([dgsi.pt](http://dgsi.pt), ace. 4-11-2011, proc. 3843/2005-6).

de novas normas ou decisões valorativas) pelo ordenamento em cuja vida ela se integra”<sup>60</sup>.

O glosador só está habilitado a interpretar actualisticamente a norma quando seja possível afirmar que ocorreu uma alteração das circunstâncias jurídico-sociais presentes no momento da sua elaboração. De outro modo, a invocação do bordão da “interpretação actualista” mais não é do que um inaceitável afeiçoar da regulamentação predisposta pelo órgão legislativo aos juízos do intérprete. Mas não basta que tenha ocorrido uma alteração no campo das relações socioeconómicas para que o sentido a dar à norma possa sofrer uma evolução; necessário se torna, ainda, que alguma das manifestações do novo fenómeno já tenha sido merecedora de tutela legal, mediante a consagração de normas orientadas pelo ponto de vista valorativo que se pretende considerar na fixação do sentido da norma a interpretar actualisticamente, ou, ao menos, que essa nova realidade seja digna de uma (primeira) tutela com o sentido pretendido — à luz dos valores que informam o Ordenamento Jurídico.

Todavia, a actividade que os defensores da dita “interpretação actualista” pretendem subsumir à norma contida no art. 409 não é nova. O legislador de 1966 não desconhecia a existência de uma actividade de empréstimo sobre penhor e não desconhecia a utilidade das garantias mobiliárias sem desapossamento<sup>61</sup>, revelando ainda, mesmo no Código Civil, que não desconhecia os casos em que o devedor cumpre a obrigação com dinheiro emprestado por terceiro (art. 591). A novidade existe; só que não se trata de uma novidade do “tipo” negocial ou, muito menos, de uma evolução das opções valorativas vertidas no ordenamento jurídico, no sentido pretendido por tais defensores<sup>62</sup>. Consiste ela no exponencial crescimento da concessão de crédito ao consumo, usando as financiadoras de expedientes mais ou menos criativos para evitarem ter de suportar os custos de uma negociação cautelosa, com apuramento da solvabilidade e abonação da contraparte (art. 10 do RJCC), e para obterem uma garantia mais forte do que as que já se encontram predispostas na lei<sup>63</sup>. Aquilo que, para os que concebem as novas

<sup>60</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 175 e segs., e 188 e segs., em especial p. 191.

<sup>61</sup> V. o Decreto com força de lei n.º 17 766, de 17-12-1929, o DL n.º 32 428, de 14-11-1942 (revogados pelo DL n.º 365/99, de 17-09), o DL n.º 29 833, de 17-08-1939 (alterado pelo DL n.º 32 032, de 22-05-1942), que regula a concessão de mútuo concedido por estabelecimento bancário, garantido por penhor *sem desapossamento*, e o art. 398 do C. Com.

<sup>62</sup> Pelo contrário, as mais recentes orientações de política legislativa são fortemente protectoras do consumidor. Sobre o tema, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre o direito do consumidor em Portugal», *SJ*, 24, Janeiro/Março, 2003, pp. 9 e 10. Do ponto de vista socioeconómico, a base da protecção concedida ao consumidor “é a situação de fraqueza (psicológica, intelectual — sobretudo no que toca ao acesso a informação pertinente — e económica) em que os indivíduos se encontram perante as grandes organizações” — v. RUI PINTO DUARTE, «Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens», *RB*, 22, 1992, p. 65.

<sup>63</sup> Todavia, como refere GRAVATO MORAIS, não há qualquer carência de meios de garantia — *Contratos* (nota 52), pp. 304 e 305.

ferramentas negociais, é tido por uma maior agilização e informalismo, constitui afinal uma tentativa de contrariar o equilíbrio existente na lei positiva entre os diversos interesses em jogo, predisposto e *desejado* pelo legislador<sup>64</sup>. Nestes casos, “a lei deve reter o poder de lutar contra as concepções dominantes do comércio jurídico (ética ou moral positiva), não aceitando pautar-se ou reger-se por ela”<sup>65</sup>.

Não ocorrendo qualquer alteração das orientações valorativas do Ordenamento Jurídico que o habilite, a subsunção da *crp* constituída a favor do financiador à norma prevista no art. 409 já não poderá ser o resultado de uma interpretação orientada pela actualização do seu alcance, mas sim da sua aplicação analógica<sup>66</sup>.

**3.2. A estipulação de um direito real de garantia.** Também aqui, a determinação do efectivo conteúdo desta, assim designada, *crp* radica na interpretação da conduta negocial das partes, isto é, na indagação do fim por elas visado e do conjunto de direitos que, para o efeito, pretenderam constituir. Ilustremos as declarações negociais em questão com o seguinte exemplo de cláusula, já de estilo: “GARANTIAS E RESERVA DE PROPRIEDADE (...) e) Até ao integral cumprimento deste contrato, a [mutuante] poderá constituir, no seu interesse, reserva de propriedade sobre o(s) bem(s) objecto deste contrato, salvo se a [mutuante] dela prescindir”<sup>67</sup>.

Perante o clausulado típico no qual se insere esta estipulação, é de afastar uma construção que ficcione uma aquisição pela entidade financiadora — quer a partir do vendedor, quer a partir do comprador — para, de imediato, vender com reserva de propriedade ao mutuário<sup>68</sup>. A vontade negocial necessária à sua ocorrência não está presente. A entidade financiadora não

<sup>64</sup> Exemplo do desequilíbrio já existente é a pressão a que está sujeito o sistema de justiça. O número de acções cíveis entradas em 1993 foi de 312.234, sendo em 2009 de 612.465. Um aumento de 96% — dados da DGPJ, siej.dgpj.mj.pt (ace. em 5-4-2011). Das 343.756 execuções entradas em 2009, 104.204 foram instauradas por apenas 31 “litigantes frequentes”. Entre estas, as instituições de crédito são as responsáveis pelo maior número de execuções instauradas de valor superior a € 3.000,00 — v. INÉS CAEIROS, «O papel do litigante frequente no sistema judicial português», 2010, cpee.pt (ace. 5-4-2011). A banalização do crédito ao consumo, fortemente encorajado pelas instituições financeiras, determinou um aumento da parte do consumo privado financiado a crédito de 3,38%, em 1990, para 23,2%, em 2000 — assim, v. MARIA LEITÃO MARQUES e CATARINA FRADE, «Uma sociedade aberta ao crédito», *SJ*, 24, Janeiro/Março, 2003, pp. 27 a 34. No relatório “Um Perfil dos Sobreendividados em Portugal”, do CES-UC, 2008, ces.uc.pt (ace. 5-4-2011) revela-se que, “em Portugal, em menos de vinte anos, passou-se de uma taxa de endividamento (medida em percentagem do rendimento disponível) de pouco mais de 18%, em 1990, para uma taxa de 130%, em 2007”.

<sup>65</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1985, p. 112 (sobre o art. 253/2).

<sup>66</sup> Que é de rejeitar — v. nota 54.

<sup>67</sup> V. o Ac. do TRC de 03-06-2008 ([dgsi.pt](#), ace. 4-11-2011, proc. 4894/07.0TVLSB.C1).

<sup>68</sup> Por esta razão, não há que confrontar esta *crp* com a alienação fiduciária em garantia. Não há aqui qualquer alienação ao mutuante, ainda que meramente instrumental e com função de garantia.

expressa qualquer vontade de fazer seu o bem <sup>69</sup>. Ora, se a instituição de crédito nunca adquire, nem deseja adquirir, a propriedade, torna-se forçoso concluir que a, assim designada, reserva de propriedade mais não pretende ser do que uma garantia real constituída a favor do mutuante.

Por forma a alcançarmos o móbil deste procedimento, em que o mutuante, embora putativo reservatário, não assume uma posição que é de vendedor, importa ter presente que o financiador é aqui uma instituição de crédito — normalmente uma sociedade financeira para aquisições a crédito <sup>70</sup> —, sendo que o bem adquirido é uma viatura automóvel. As instituições de crédito têm por *exclusivo objecto* o exercício das actividades elencadas nos arts. 4 e 14/1/c do DL n.º 298/92, de 31-12. Ora, neste rol não consta a compra para revenda de viaturas ou outros equipamentos, compreendendo esta operação a percepção de uma remuneração pela intermediação, ou de uma margem de lucro com a venda do bem. De resto, o regime específico das sociedades financeiras para aquisições a crédito é ainda mais limitativo do seu objecto social <sup>71</sup>. As instituições de crédito não são, nem podem ser, revendedoras de bens de consumo, nos termos em que esta operação é realizada no contrato financiado <sup>72</sup>.

Da cláusula transcrita retira-se que, mutuante e mutuário, abstraindo-se dos pressupostos contidos no art. 409/2, visam aparentemente alcançar os efeitos de *garantia da crp* em sentido próprio, o que se conclui do facto de se referirem a este acordo acessório como sendo de “reserva de propriedade”, inserindo-o numa cláusula contratual dedicada à segurança do crédito. Estes efeitos de garantia, já o referimos, reconduzem-se ao direito de o credor haver para si a coisa, em caso de incumprimento, resolvendo o contrato, e ao direito de ser pago pelo seu valor, com preferência sobre os demais credores do comprador. Começamos por analisar este segundo efeito.

**3.2.1. A preferência.** Apenas são causas legítimas de preferência as previstas na lei (art. 604/2). Afastada que está a subsunção da *crp* consti-

<sup>69</sup> A compra para revenda destes bens (*v. g.*, electrodomésticos) não integra o objecto social destas entidades. Tais equipamentos (de que só conhecem uma breve descrição no contrato de mútuo) não são incluídos no seu activo imobilizado corpóreo. Não existe qualquer facturação das putativas transacções comerciais de aquisição e venda pela instituição de crédito.

<sup>70</sup> Boa parte dos contratos objecto das decisões dos tribunais nacionais foi celebrada por estas sociedades, embora nenhuma exista actualmente em actividade.

<sup>71</sup> V. o art. 2 do DL n.º 206/95, de 14-08. Pela Circular n.º 2262/E-DSB, o BP veiculou o seguinte entendimento: “a compra e venda de automóveis, ainda que tendo como objectivo a constituição de reserva de propriedade, é uma actividade vedada às sociedades financeiras para aquisições a crédito”.

<sup>72</sup> Aliás, é entendimento do BP que a comercialização, por qualquer via, de produtos não financeiros excede o objecto social das instituições de crédito, salvo quando tal comercialização se revista de natureza meramente adjectiva, sendo que, acrescentamos nós, a compra e venda do equipamento, o núcleo do fenómeno analisado, não é meramente adjectiva do financiamento — *v. a* Circular n.º 68/2004/DSB, de 26-07-2004. V. o DL n.º 298/92, de 31-12 e o DL n.º 186/2002, de 21-08.

tuída a favor do mutuante à *facti-species* da norma contida no art. 409, resta apurar se os efeitos visados pelas partes, e as formalidades por elas observadas, adequam-se a alguma das fontes de preferência típicas, isto é, a algum dos direitos reais de garantia previstos na lei <sup>73</sup>.

O direito do credor a ser pago pelo valor da coisa com preferência sobre os demais credores encontra-se previsto, nas figuras que ora relevam, nos arts. 666 (penhor) e 686 (hipoteca). Se a *crp* constituída a favor do mutuante disser respeito a coisa não sujeita a registo, poder-se-á estar perante um penhor indevidamente qualificado; estando sujeita a registo, dever-se-á confrontar a cláusula com a hipoteca.

Do que se conhece da casuística, esta estipulação é aposta em contratos destinados ao financiamento de bens sujeitos ou não a registo; sempre sem desapossamento do devedor; garante o cumprimento, mas também a perda do bem a favor do credor, em caso de resolução; do seu registo não tem de constar o montante máximo assegurado; o crédito garantido prevalece acima de todos os demais (sobre o comprador), incluindo os garantidos por privilégio creditório; em caso de insolvência do devedor, garante o direito à separação da coisa, se o crédito não for satisfeito; encontra-se protegida por uma tutela cautelar específica.

Confrontadas estas características com as que são próprias das garantias reais típicas, conclui-se que nenhuma destas está dotada de tais efeitos. Estamos, pois, perante algo diferente, quer de um penhor, quer de uma hipoteca, nomeadamente <sup>74</sup>. Esta estipulação, por não estar abrangida pelo art. 409, ou por qualquer outra norma legal tipificadora, é claramente violadora do disposto nos arts. 604/2 e 1306/1.

**3.2.2. A possibilidade de o credor haver para si a coisa onerada.** Considerando agora o primeiro efeito da reserva em sentido próprio, resulta evidente que reconhecer ao mutuante um direito oponível *erga omnes* de haver para si a coisa, em caso de incumprimento — numa convenção que não é subsumível à hipótese legal contida no art. 409 —, contende com o regime legal da resolução, com eficácia meramente relativa (art. 435) <sup>75</sup>. Mas não é esta a objecção mais impressiva que se pode fazer a tal convenção.

<sup>73</sup> Trata-se aqui de detectar um acordo típico a partir dos elementos constituintes do acordo celebrado, abstraindo-nos do nome que lhe é dado pelas partes.

<sup>74</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Reserva de propriedade a favor do financiador», *CDP*, 6, Abril/Junho, 2004, p. 52, encontra na maior onerosidade da hipoteca a explicação da não adopção desta garantia. O valor dos emolumentos devidos pela inscrição da reserva é de 25% do valor dos devidos pelo registo da hipoteca (art. 25/1, pontos 1.2 e 1.7, do RERN). Todavia, se tivermos presente que o mutuante faz repercutir estes custos sobre o mutuário, teremos de concluir que a opção pela reserva de propriedade tem (também) em vista o benefício de um regime substantivo de garantia do crédito mais vantajoso (v. g., evitando o disposto no art. 728/1).

<sup>75</sup> Como vimos, os efeitos da *crp* não representam uma excepção aos efeitos da resolução.

Na hipótese abstracta considerada, no contexto do incumprimento do mutuário, o interesse contratual do mutuante nunca é negativo. Nenhum proveito económico acrescido, relativamente à exigência de cumprimento do contrato, pode a instituição de crédito retirar da resolução<sup>76</sup>. Destinando-se o direito, ínsito na reserva em sentido próprio, de haver para si o bem, em caso de incumprimento, a operar em sede de resolução contratual, e não tendo o credor o interesse negativo que justifica esta forma de extinção do vínculo contratual, conclui-se que o eventual recurso do mutuante à resolução visa a irregular satisfação de um interesse contratual positivo, funcionando a convenção de reserva como um pacto comissório<sup>77</sup>. A resolução é aqui instrumentalizada com vista à obtenção da *satisfação* do contrato, num mecanismo mediante o qual o credor fará sua a coisa onerada, perante o incumprimento do mutuário.

**3.2.3. Violação da proibição do pacto comissório.** O pacto comissório vem descrito no nosso Código Civil como sendo “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir” (art. 694). Esta convenção, seja anterior ou posterior à constituição da garantia, é nula. Está aqui em causa — mas não apenas — a tutela do princípio da protecção da parte mais fraca, isto é, da protecção do devedor, quer perante o credor, em posição de impor condições leoninas, quer, numa dimensão algo paternalista, perante si mesmo, evitando que, por esta via, disponha ruinosamente do seu património, numa decisão irreflectida<sup>78</sup>. A existência de um interesse de *ordem pública* em evitar a difusão do pacto explica, por seu turno, a gravidade da sanção legal cominada<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> A preferência pelo cumprimento do mútuo explica-se pelas suas taxas de juro remuneratório. De acordo com a Instrução n.º 29/2010 do BP, a TAE máxima aplicável aos contratos de crédito ao consumo pode atingir, no 1.º trimestre de 2011, os 15,0%, no crédito automóvel, e 19,2%, noutros créditos pessoais. Antes do início de vigência do art. 28/1 do RJCC, podia atingir valores substancialmente superiores — v. o DL n.º 32/89, de 25-01, e o Aviso n.º 3/93 do BP.

<sup>77</sup> A obrigação de restituição do preço já (parcialmente) pago empresta à resolução do contrato de alienação, sujeito a uma reserva de propriedade, um equilíbrio que a subtrai aos quadros da proibição do pacto comissório (arts. 669, 678 e 694) — assim, v. LIMA PINHEIRO (nota 4), p. 114, nota 208. MENEZES CORDEIRO deixa claro que apenas o facto de, para poder reivindicar a coisa, carecer o proprietário de resolver o contrato de *compra e venda*, permite “um certo controlo da «recuperação» da coisa, de modo a prevenir, na reserva de propriedade, um puro contornar da proibição de pactos comissórios” — Anotação (nota 18), p. 320. Ora, no contrato de mútuo não é possível alcançar este tipo de reequilíbrio, não tendo o credor que abrir mão da contraprestação já recebida: os juros remuneratórios já pagos, assim como os demais vencidos, não são atingidos pela resolução, o mesmo sucedendo com o capital já amortizado, pois a sua entrega ao mutuante é devida, quer por força do contrato, quer por força da resolução (arts. 1150 e 434/2) — v. BRANDÃO PROENÇA (nota 19), pp. 170 e 171, quanto ao capital, e 171, nota 501, e 177, quanto aos juros.

<sup>78</sup> Sobre teleologia da proibição do pacto, v. JÚLIO VIEIRA GOMES, «Sobre o âmbito de proibição do pacto comissório», *CDP*, 8, Outubro/Dezembro, 2004, pp. 65 a 68.

<sup>79</sup> V. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 91 a 94.

Mas se as razões da proibição do pacto comissório ainda transparecem nas normas que sobre ele dispõem, o mesmo não será de afirmar acerca do âmbito da tutela oferecida, só podendo esta ser fixada através do confronto do pacto com as figuras que lhe são próximas<sup>80</sup>. Deste confronto, em especial com a *datio in solutum* (aqui com o pacto *ex intervallo*) e com a venda a retro, conclui-se que, para que o pacto comissório possa ser surpreendido na convenção, é necessário “que estejam simultaneamente reunidos três pressupostos: que o pacto tenha uma função ou escopo de garantia ao vincular ou destinar um determinado bem à auto-satisfação do credor; que o devedor se reserve uma faculdade de desvincular o bem desse escopo, mediante o cumprimento da sua obrigação; e, finalmente, que não esteja assegurado, para a hipótese de incumprimento, o direito do devedor de reaver, de recuperar um eventual excesso do valor do bem sobre o valor do crédito garantido”<sup>81</sup>.

Tendo em conta a função, a estrutura e os efeitos da *crp* constituída a favor do financiador já analisados, conclui-se sem esforço que o pacto comissório está presente nesta estipulação, pois — colhendo novamente ensinamento na maioria da doutrina italiana, como dá conta JÚLIO GOMES — “o que é decisivo é o resultado económico que se pretende evitar”, sendo “indiferente o instrumento jurídico empregue pelas partes”, que “pode consistir na transmissão da propriedade sujeita à condição suspensiva do incumprimento, como na mesma transmissão sujeita à condição resolutiva do cumprimento”<sup>82</sup>.

Mais do que sinalizar que o acordo visado pelas partes não é uma *crp*, mas sim a estipulação de uma garantia real dissimulada (arts. 240/2 e 241/1), assente em pressupostos e sujeita a condições proibidos por lei, importa aqui ter presente que a proibição do pacto comissório se estende a todas as demais convenções com função de garantia. Significa isto que esta *crp* não deve ser tratada como sendo um acordo simulado — sendo nulo em razão da desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada —, devendo antes ser imediatamente confrontada com as normas que dispõem sobre os limites da liberdade negocial, em razão do seu *conteúdo* — sendo, então, o acordo reconhecido como nulo, “porque celebrado em directa violação da proibição legal do pacto comissório”<sup>83</sup>. Não relevando, na identificação do pacto,

<sup>80</sup> Assim, v. ANGELO LUMINOSO, «Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio», *RDCiv*, Anno XXXVI, 1990, Parte I, p. 233 e segs.

<sup>81</sup> Nas palavras de JÚLIO GOMES (nota 78), p. 66, dando nota da posição de ANGELO LUMINOSO.

<sup>82</sup> «Sobre o âmbito» (nota 78), pp. 69 e 70. No mesmo sentido, no direito espanhol, v. BELÉN ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del lease-back y prohibición de pacto comisorio», *RDP*, Noviembre, 2001, p. 926.

<sup>83</sup> V. JÚLIO GOMES (nota 80), pp. 70 e 71. Considerando relevante a intenção de defraudar a lei, para que se conclua pela invalidade do “negócio-meio” que permite atingir os efeitos previstos na norma proibitiva, v. J. P. REMÉDIO MARQUES, «Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios», *BFD*, vol. LXXVII, 2001, p. 598. Por nós, temos por irrelevante o dolo (intenção) das partes no defraudar da proibição legal, bastando que efectivamente tenham construído uma relação jurídica na qual o devedor se

a estrutura da ferramenta negocial utilizada, mas sim o resultado económico que se pretende evitar, a *crp* em análise é proibida por força da sua subsunção ao disposto no art. 694. Resta saber se esta norma pode ser aplicada directamente, e não por analogia, quando não esteja em causa uma garantia real típica.

O pacto comissório, por *natureza*, exerce uma função de garantia especial do crédito. Se pudermos afirmar a proibição geral do pacto comissório no âmbito do direito das garantias, o seu lugar natural, podemos afirmar geral tal proibição, no âmbito do direito civil. Ora, a interdição do pacto vem prevista no regime da hipoteca, da constituição do penhor, da consignação de rendimentos e dos privilégios creditórios, estando ainda presente, pela remissão que opera para estas garantias, na caução resultante de negócio jurídico. Estamos, pois, perante uma proibição comum a todo o direito das garantias reais de fonte negocial, o mesmo é dizer, comum a todo o direito civil. Tivesse sido adoptada uma técnica de codificação que compreendesse a criação de uma secção inicial, dedicada às disposições gerais e comuns a todas as garantias especiais reais das obrigações, e aí ter-se-ia incluído a proibição do pacto comissório, transversal a todas elas. Todavia, não adoptando esta técnica, o legislador limitou-se, directamente ou remetendo para a hipoteca, a incluir as normas comuns das garantias especiais em todas as secções referentes a cada um dos seus tipos.

Do exposto se extrai que a norma contida no art. 694 é uma norma geral, comum a todo o direito das garantias — *rectius*, a todo o direito civil. Assim se explica que ela seja directamente aplicável a qualquer convenção com função de garantia <sup>84</sup>. Independentemente da estrutura da figura negocial adoptada e do momento em que opera a transferência da propriedade — isto é, qualquer que seja a construção jurídica da reserva —, o resultado a que se chega com a *crp* constituída a favor do mutuante é sempre aquele que a lei visa obstar, pelo que o âmbito da proibição do pacto comissório ferirá de nulidade tal estipulação <sup>85</sup>.

#### 4. A SUB-ROGAÇÃO DO FINANCIADOR NOS DIREITOS DO VENDEDOR

**4.1. A sub-rogação na reserva de propriedade.** Não sendo admissível a estipulação da *crp* a favor do financiador, resta verificar se pode este ser sub-rogado na titularidade de uma reserva constituída a favor do alienante.

---

encontre exposto à “dupla insídia” (LUMINOSO) que se pretende evitar com a proibição do pacto comissório.

<sup>84</sup> Na doutrina transalpina é aceite que a proibição do pacto comissório é de aplicação directa, qualquer que seja o instrumento jurídico empregue na obtenção dos efeitos prático-económicos visados com a proibição — assim, ANGELO LUMINOSO (nota 80), pp. 222 e 235.

<sup>85</sup> Esta estipulação é, pois, violadora do disposto nos arts. 604/2, 694 e 1306/1. Afirmando não “descortinar qual a norma jurídica imperativa violada”, v. ISABEL CAMPOS (nota 10), p. 393.

A sub-rogação, na fisionomia que ora releva, é uma modalidade de transmissão do crédito baseada no cumprimento da obrigação ou em acto equivalente, por força da qual o pagamento não tem por efeito a extinção da obrigação, sendo antes translativo do crédito <sup>86</sup>. O sub-rogado adquire a “titularidade do direito a uma prestação fungível” <sup>87</sup>, bem como das garantias e demais acessórios do direito transmitido que caberiam ao credor; adquire o direito de crédito e os direitos de que o credor originário era titular *por causa* do crédito, e apenas estes <sup>88</sup>. Tais direitos, que se *extinguiriam* por força do cumprimento, sobrevivem, sendo transmitidos para um novo titular. Através da sub-rogação opera-se “uma transmissão de um crédito, mas não da posição contratual”, ocupando o sub-rogado “apenas a posição activa da relação obrigacional” <sup>89</sup>.

Afirmar que a sub-rogação transfere a reserva de propriedade para o *solvens* <sup>90</sup>, é afirmar que, por força do pagamento — isto é, por força dos efeitos que a lei lhe reconhece e da relevância que dá à vontade sub-rogatória —, o direito de propriedade retido pelo vendedor é transmitido para o sub-rogado. O pagamento do crédito de terceiro seria, assim, um acto jurídico idóneo à aquisição da propriedade, sendo a sub-rogação um mecanismo capaz de transmitir um direito real de gozo <sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Assim, v. JOÃO ANTUNES VARELA (nota 33), vol. II, 2001, p. 334 e segs.

<sup>87</sup> V. ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 335 e 336.

<sup>88</sup> Sustentando que o sub-rogado adquire a faculdade de resolução do contrato, por incumprimento do devedor, v. JÚLIO VIEIRA GOMES, «Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade da sub-rogação voluntária», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, I Vol., Direito privado e vária*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 158. Esta doutrina não é de acolher, pois a sub-rogação não se confunde com uma transmissão da posição contratual. Se o contrato for resolvido, o “pressuposto fundamental” da sub-rogação desaparece, perdendo o *solvens* a titularidade do crédito sobre o devedor, apenas podendo exigir do credor a repetição do indevido — sobre o efeito *ex tunc* da extinção da relação, v. ANDREA MAGAZZÙ, «Surrogazione per pagamento», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, 1990, Milano, p. 1528. O *solvens* não integrará a parte activa da “relação de liquidação”, não vindo por via desta — isto é, dos seus efeitos restituitórios *inter partes* — qualquer interesse contratual próprio ser satisfeito. Não se aceita que a resolução, quando não oferece qualquer vantagem patrimonial ao terceiro, possa ser por este operada (exigindo-se coerência sistemática com o disposto no art. 606/2). No contexto do contrato afectado, o *solvens* não é titular do “duplo interesse liberatório-recuperatório” tutelado pelo direito de resolução — a expressão citada é de BRANDÃO PROENÇA (nota 19), p. 65. Por último, esta tese deixa por explicar a eventual cisão do direito de resolução, no caso de o cumprimento ser parcial, e o seu funcionamento se, no mesmo caso, o primitivo credor for entretanto pago parcialmente pelo devedor (art. 432/2). No crédito ao consumo, a resolução destruiria ambos os contratos (art. 18/2 do RJCC). V. nota 25.

<sup>89</sup> V. JÚLIO GOMES (nota 88), p. 157.

<sup>90</sup> Empregamos indistintamente o vocábulo, quer quando nos referimos ao terceiro que procede ao pagamento, quer quando nos referimos ao autor do mútuo gerador do capital empregue no pagamento.

<sup>91</sup> Estar-se-ia, pois, a concluir que a lei tem por equilibrada e justificada uma solução que permite a alguém, mediante a prática de um acto jurídico, e obtendo o concurso da vontade de quem poderá até nem ser o proprietário, expropriar outrem, satisfazendo uma utilidade privada (art. 1308).

Esta construção, que irrompe como um “corpo estranho” no sistema de transmissão de *créditos*<sup>92</sup>, constitui um exotismo no contexto dos institutos jurídicos que dispõem sobre a transmissão da propriedade — e seria causadora de ainda maior perplexidade, pelos problemas de legitimidade que levantaria, designadamente, não fora o facto de, de acordo com alguma da doutrina mais autorizada<sup>93</sup>, estarmos perante uma modalidade de transmissão do direito assente na lei, que não tem na vontade de sub-rogar a sua causa translativa, embora não prescindida dela. Com a sua aceitação, admitir-se-ia que, ao contrário do que é apanágio da sub-rogação, um direito real que não radica no crédito — embora tenha, temporariamente, a função de o garantir —, um direito que não se *extinguiria* com o pagamento, seja afectado por este acto jurídico<sup>94</sup>.

Se tivermos presente que a lei prevê que a sub-rogação seja operada apenas por um dos sujeitos da relação creditícia, dizer que a figura permite a transferência da propriedade, é dizer que a lei aceita que, no âmbito do mesmo contrato, mas à revelia de uma das partes, ocorra uma transmissão intermédia da propriedade, para quem não é o destinatário designado na compra e venda, alterando-se um dos seus efeitos essenciais — afrontando-se o princípio tutelado no art. 406/1. Quer na letra da lei, quer na sua *ratio*, nada nos habilita a admitir que a sub-rogação é uma modalidade de aquisição da propriedade.

**4.2. A sub-rogação do financiador nos direitos do vendedor.** Se, em geral, a sub-rogação (por pagamento) na propriedade é de rejeitar, na hipótese que nos ocupa ela é claramente contrária à lei, sendo mesmo contrária à vontade real típica das partes<sup>95</sup>. Independentemente do concreto programa contratual do mútuo — entrega do capital ao mutuário ou directamente ao vendedor —, o financiador, ao disponibilizar o capital mutuado, não satisfaz um propósito seu de cumprir o contrato de compra e venda, estando, sim, a cumprir uma ordem de pagamento do mutuário. A modalidade de sub-rogação aqui presente é sempre a prevista no art. 591<sup>96</sup>. Nesta figura complexa, o financiador já é titular de um direito de crédito sobre o adquirente e mutuário, pelo que, por força da sub-rogação, adquire um segundo crédito sobre a

<sup>92</sup> V. a inserção sistemática do instituto.

<sup>93</sup> V. GALVÃO TELLES (nota 12), pp. 288 a 290. Sobre o tema, v. JÚLIO GOMES (nota 88, p. 107 e segs. Na doutrina italiana, v. ANDREA MAGAZZÙ (nota 88), p. 1527.

<sup>94</sup> O direito de propriedade não é um acessório de um direito de crédito. Note-se que a propriedade não se transmite (ou extingue) por causa do pagamento, mas sim por causa do contrato. V. nota 3

<sup>95</sup> No direito francês, admitindo, sem questionar, a admissibilidade a sub-rogação na reserva de propriedade, v. JÉRÔME HUET, «Les principaux contrats spéciaux», in *Traité de Droit Civil*, Paris, LGDJ, 2001, p. 130 (§ 22553; v., ainda, o § 11555). Entre nós, a DGRN foi de parecer que poderemos estar perante “uma situação que se reconduz à figura legal da sub-rogação voluntária” — v. o *BRN*, 5, 2001.

<sup>96</sup> Contra, v. ISABEL CAMPOS (nota 10), p. 390.

contraparte, de exercício parcialmente alternativo <sup>97</sup>. Este segundo crédito vem garantir ao mutuante a satisfação da quantia mutuada, aqui residindo a função recuperatória típica do mecanismo sub-rogatório <sup>98</sup>. Conforme refere OLMO GARCIA, com a sub-rogação, o *solvens* passa a ser titular de dois direitos, desempenhando o seu primitivo direito pessoal papel de “direito principal”, cabendo ao direito adquirido por sub-rogação o papel de “acessório” <sup>99</sup>. Adquire, assim, duas acções, podendo exercer qualquer uma delas, em alternativa, sem prejuízo da satisfação do seu crédito pessoal, pelo remanescente, se a opção inicial tiver sido pelo exercício do acessório <sup>100</sup>.

Já o referimos, à financiadora falece qualquer vontade de aquisição da propriedade do bem financiado. Mas devemos ir mais longe e questionarmo-nos sobre o seu efectivo interesse na aquisição do *crédito* do vendedor por sub-rogação. Mesmo nos casos em que o *solvens* não exerce profissionalmente a actividade de concessão de empréstimos, não é fácil configurar uma hipótese em que lhe seja mais favorável exercer o direito de crédito do vendedor, em lugar de exercer o do mutuante. Sendo o *solvens* uma instituição de crédito, é seguro que o montante a pagar em cumprimento do mútuo é superior ao valor financiado empregue no pagamento do preço <sup>101</sup>. Perante uma situação de incumprimento, entre exercer o direito ao valor do preço da compra, saldado com recurso ao financiamento, e exercer o direito à total execução do contrato de mútuo, de valor bastante superior, não será difícil adivinhar qual será a opção da financiadora.

Ao fazer inserir no contrato uma declaração da contraparte subrogando-a nos direitos do credor, a financiadora não ambiciona a titularidade do crédito ao preço; deseja, sim, as suas garantias acessórias. E aqui se revela a distorção que este expediente provoca no funcionamento do instituto da sub-rogação. Embora a reserva de propriedade esteja umbilicalmente ligada

<sup>97</sup> Admitindo que o *solvens* fique na titularidade de dois direitos de exercício alternativo, v. JÚLIO GOMES (nota 88), p. 125.

<sup>98</sup> Assim, v. ANDREA MAGAZZÙ (nota 88), p. 1533. Acompanhamos, pois, JÚLIO GOMES quando este autor reconhece como exacta a observação de MESSINEO de que a ordem jurídica possibilita que se utilize a relação obrigacional originária como um meio *adicional* para obter o reembolso do *solvens* ou do autor do mútuo — «Do pagamento» (nota 88), p. 121.

<sup>99</sup> PEDRO DEL OLMO GARCIA, *Pago de Tercero y Subrogacion*, Madrid, Civitas, 1998, p. 244. A posição deste autor, muito afeiçoada à sub-rogação tal como vem prevista na lei espanhola — v. os arts. 1158, § 2, 1210 e 1211 do CC espanhol —, aceitando a herança doutrinária de Díez-PICAZO, HERNÁNDEZ GIL, DEMOLOMBE e MAGINI, aprofundando-a, constitui a mais coerente e convincente explicação do fenómeno sub-rogatório, quando este se produz em benefício do *mutuante*. É apenas neste contexto, isto é, no âmbito do art. 591 do nosso CC, que consideramos as suas palavras.

<sup>100</sup> Entende GALVÃO TELLES que “o crédito nascido do mútuo se extingue por virtude da sub-rogação”, representando esta uma causa extintiva desse crédito inominada — *Direito* (nota 12), pp. 285 e 286. Trata-se de uma tese que retira utilidade a esta forma de sub-rogação, pois a financiadora não deseja prescindir do seu primitivo crédito, como revela a casuística. Sobre as raízes históricas da modalidade em presença, v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO (nota 8), vol. II, 2010, p. 40.

<sup>101</sup> V. nota 76.

ao contrato de alienação, a financeira cobiça-a para servir de garantia da pontual execução *do mútuo*, isto é, da amortização do valor do empréstimo, e não da satisfação do valor do preço <sup>102</sup>. Estas sociedades já protegem os seus créditos com um vasto arsenal de garantias, pelo que a sub-rogação se destina a obter a única garantia de que não podem beneficiar: a titularidade da propriedade <sup>103</sup>. Evidencia-se, assim, que, nesta suposta sub-rogação no crédito (e na propriedade reservada), estamos perante uma conduta que visa defraudar o *numerus clausus* previsto nos arts. 604/2 e 1306, proibida por força do disposto no art. 294 <sup>104</sup>.

### PARTE III

## CONCLUSÕES

Usualmente, a *crp* visa assegurar o pagamento do preço, sendo a propriedade utilizada com função de garantia; a sua transferência fica sujeita a uma condição potestativa *a parte debitoris*.

<sup>102</sup> Esta reafecção das garantias importa, forçosamente, prejuízo para os demais credores, pois o crédito pessoal do mutuante é superior ao valor do preço — se assim não fosse não teria o credor optado por exercê-lo. Neste caso, o valor das garantias que exceda o valor do preço, que, de outro modo, ficaria liberto para satisfação dos demais credores (art. 601), continuará preferencialmente afecto ao cumprimento do primitivo crédito do mutuante. Ora, com esta subtracção do remanescente ao livre concurso dos credores, não se pode dizer que a sub-rogação operada a ninguém lesa — sobre esta característica da sub-rogação, v. ADRIANO VAZ SERRA, «Sub-rogação nos direitos do credor», *BMJ*, 37, 1953, p. 7. Admitindo-se que a medida do cumprimento representa a medida da sub-rogação, deste mecanismo não deveria resultar a aquisição pelo *solvens* de uma garantia por valor superior — o que, aliás, defrauda o disposto no art. 728/1.

<sup>103</sup> Não estando o financiador sujeito às restrições e obrigações que a lei impõe ao vendedor, designadamente em matéria de vendas a prestações (v., por exemplo, o art. 935 e, confrontando com o RJCC de 1991, o art. 934.), não se justifica que aquele possa obter os benefícios que a reserva concede — sinalizando estes limites, v. MENEZES CORDEIRO (nota 18), p. 321. Olhando para o resultado desta putativa sub-rogação à luz do RJCC, constatamos que o pretendido enriquecimento dos acessórios do mútuo altera o conteúdo dos direitos do mutuante e dos deveres do mutuário — no limite, permitiria o exercício de garantias (art. 12/3/g do RJCC) não densificadas por escrito (arts. 12 e 13 do RJCC) no contrato de mútuo —, facultando àquele uma posição jurídica mais favorável, do que a permitida pelo RJCC (arts. 26 e 27 deste regime).

<sup>104</sup> Por ser desinteressante, não desenvolvemos no texto a possibilidade de transmissão da posição contratual (art. 424 e segs.). Por um lado, abstraindo-nos da qualidade do financiador, vai sem discussão que, por esta via negocial, poderá ele adquirir a posição do vendedor reservatário. Por outro lado, todavia, considerando a sua natureza — invariavelmente uma instituição de crédito —, está-lhe vedado este caminho, pois não cabe no seu objecto social legal dedicar-se, originária ou derivadamente, à venda de produtos não financeiros. Mas o desinteresse desta hipótese nula reside, acima de tudo, na circunstância de o financiador nunca procurar a sua concretização. O que a instituição de crédito almeja é a ambrósia da relação jurídica de compra e venda — o seu conteúdo activo: o crédito e as suas garantias —, e já não as obrigações do vendedor reservatário perante o comprador, que teria de assumir com a aquisição da posição contratual — *maxime* de garantia de bom funcionamento. A sua aversão a esta solução é reforçada pelo facto de não conhecer directamente os bens vendidos, frequentemente automóveis usados.

A feição *sui generis* da condição permite que se afirme que o adquirente é possuidor em nome próprio, sendo titular de uma expectativa jurídica, integrada por um direito real de aquisição. O art. 409/2 apenas protege o terceiro de boa fé.

A lei não impede o exequente vendedor de nomear o bem vendido à penhora, nem lhe impõe que renuncie à reserva de propriedade. O exequente perde o direito real que detém sobre a coisa, ganhando uma garantia sucedânea sobre o produto da venda.

A estipulação de uma *crp* a favor de terceiro financiador não está abrangida pela letra ou pela *ratio* do art. 409. Esta estipulação é violadora do disposto nos arts. 604/2, 694 e 1306/1.

A declaração sub-rogação na reserva de propriedade visa defraudar o *numerus clausus* previsto nos arts. 604/2 e 1306.

Porto, Julho de 2011.