

**A PROBLEMÁTICA DO RISCO NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA COM
ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE**

PLANO

I – Introdução

II – A problemática do risco

1. A teoria do risco – *res perit domino*
2. O risco no âmbito de contrato de compra e venda com reserva de propriedade
 - 2.1. A qualificação tradicional da doutrina
 - 2.2. Perspectivas jurídicas internacionais
3. O tipo de contrato previsto no art. 409º do Código Civil
 - 3.1. A distribuição do risco nas diferentes perspectivas doutrinárias da qualificação jurídica da cláusula de reserva de propriedade
 - 3.1.1. O contrato de compra e venda com reserva de propriedade é um contrato a termo suspensivo
 - 3.1.1.1. Crítica à qualificação do contrato com reserva de propriedade como sendo um contrato a termo suspensivo
 - 3.1.2. O contrato de compra e venda com reserva de propriedade é um contrato sob condição
 - 3.1.2.1. A tese da condição resolutiva
 - 3.1.2.2. A tese da condição suspensiva
 - 3.1.2.2.1. Objecções à tese da condição suspensiva
 - 3.1.2.3. Crítica à natureza condicional da cláusula de reserva de propriedade
 - 3.1.3. O contrato de compra e venda com reserva de propriedade é um contrato típico
 - 3.2. A distribuição do risco face à função de garantia patente na cláusula de reserva de propriedade
 - 3.2.1. A atipicidade da cláusula
 - 3.2.2. A aplicação da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador/mutuante
 - 3.2.2.1. A responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa alienada

3.2.3. O risco a cargo de ambos os outorgantes do contrato de compra e venda com reserva de propriedade

3.3. O risco a cargo do comprador em virtude da obrigação assumida na celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade

III - Conclusões

.....

I - INTRODUÇÃO

Com o presente estudo pretende-se demonstrar que o risco da perda da coisa, objecto de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade, deverá ser imputável ao adquirente, fundamentando tal solução não somente na teoria do risco consagrada pelo legislador português no art. 796º do Código Civil, segundo a qual a passagem do risco se dá com a transferência da propriedade da coisa para o adquirente, mas essencialmente no sinalagma que caracteriza o tipo de contrato em análise.

Em defesa de tal fundamento, tomemos como ponto de partida o Acórdão da Relação do Porto de 25 de Junho de 2009¹, que confirmou decisão proferida em primeira instância face à seguinte situação em litígio:

- Em finais de 2003 os herdeiros de B manifestaram a C a pretensão de transmitir por trespasse o estabelecimento comercial de “café e snack-bar” que tinha sido explorado por B, tendo aquele mostrado interesse na sua aquisição.
- Para o efeito, os herdeiros de B comunicaram a D, senhorio do local, a intenção de trespasse, vindo este propor a fixação de nova renda e a celebração de novo contrato de arrendamento com o trespasário, C, ao que este acedeu, vindo, então, o referido contrato a ser celebrado, em data anterior à da celebração do contrato de trespasse propriamente dito, pelo prazo de cinco anos, renovável por iguais períodos se nenhuma das partes o denunciasse, nos termos do art. 1270º do Dec. Lei n.º 321-B/90 de 15/10 aditado pelo Dec. Lei n.º 257/95 de 30/9.
- Em consequência, os herdeiros de B celebraram em 15/03/2004, o contrato de trespasse do dito estabelecimento com C, tendo do contrato ficado a constar o seguinte: “que o estabelecimento era *trespasado com todos os elementos que o integram designadamente móveis e utensílios, alvarás, licenças e mercadorias, bem como o direito ao arrendamento*” e “que D, senhorio do estabelecimento teve conhecimento do trespasse por escrito e autorizou-o, abdicando assim do direito de preferência do trespasse que a lei lhe conferia, tendo, contudo, sido acordado entre D e C, trespasário, a celebração do novo contrato de arrendamento fixando-se a renda em 175,00 Euros”.

¹Cfr. Acđ.Relacđo Porto de 25/06/2009 (relator: José Ferraz), in www.dgsi.pt e em anexo ao presente trabalho.

- Mais ficou a constar do contrato de trespasse “*que o preço do mesmo era de € 42.500,00 a serem pagos, após uma entrega inicial de € 4.000,00, em 77 prestações de € 500,00, vencendo-se a primeira em 1/04/2004 e a última em 01/08/2010*”, o que, efetivamente, veio sendo sistematicamente cumprido nos termos acordados.

- Sucede que o senhorio, D, mediante aviso prévio legalmente previsto, opôs-se à renovação do contrato de arrendamento no termo do prazo, vendo-se, assim, o C confrontado com a obrigação de entregar o locado, o que veio a suceder.

O direito ao arrendamento que os herdeiros de B transmitiram ao C com o estabelecimento, extinguiu-se, pois, com a respectiva denúncia por iniciativa do senhorio.

- Certo é que “*por força da denúncia do contrato de arrendamento e da consequente entrega do locado, C deixou de poder fruir dele e de explorar o estabelecimento*”, facto que comunicou aos herdeiros de B, trespasantes e o motivou a intentar a competente ação judicial alegando, em síntese, o seguinte:

1º Os herdeiros de B, trespasantes, RR na acção, à data da denúncia do contrato de arrendamento ainda não haviam cumprido a sua prestação já que reservaram a propriedade até integral pagamento do preço do trespasse – não se transferira, pois, a propriedade do estabelecimento;

2º Em face da denúncia do contrato de arrendamento, deixaram os RR de poder assegurar ao C, trespasário, a fruição e gozo do local como arrendatário que com o trespasse lhe tinha sido transmitido;

3º Aquela impossibilidade dos RR proporcionarem ao C a utilização do estabelecimento como arrendatário, legitimaria este a desobrigar-se de “pagar as prestações do preço do trespasse que se vencessem” após a entrega do locado ao D, senhorio.

Veremos, adiante, que C não tem razão.

Concluir-se-á, então, que os herdeiros de B cumpriram a sua obrigação no momento da celebração do contrato de trespasse com reserva de propriedade e tal será argumento bastante para os desonerar da responsabilidade pelo risco pelo perecimento e deterioração da coisa, enquanto relativamente a C, trespasário, a sua prestação encontra-se por cumprir enquanto não se mostrar liquidado, na íntegra, o preço da transmissão, encontrando-se pois sob reserva. Concluiremos que o risco pela “perda” do gozo do local arrendado deverá ser imputável ao C.

II – A PROBLEMÁTICA DO RISCO

1 – A teoria do risco – *res perit domino*

A regra reguladora do problema do risco, no âmbito dos contratos de alienação, consta do art. 796º CC.

O nº 1 deste preceito, refere-nos o princípio clássico *res perit domino* segundo o qual, “nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o pericimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente”.

O princípio tem plena aplicabilidade nos contratos com eficácia real². Nestes, nos termos do art. 408º, nº 1 CC, produzem-se imediatamente efeitos reais, o credor é desde logo titular do direito real em questão e uma vez celebrado o contrato, o risco da destruição ou deterioração da coisa corre logo por conta dele, nos termos do art. 796º, nº1 CC.³

Como refere Galvão Telles⁴, “o risco do adquirente é contrapartida da propriedade em que ele se encontra investido”.

Os nºs 2 e 3 do art. 796º CC configuram-se como exceções à regra *res perit domino*, dispondo o nº 2 que, continuando a coisa em poder do alienante, “em consequência de termo constituído a seu favor”, só com o vencimento do termo ou com a entrega da coisa é que a transferência do risco opera⁵ e prevendo a 1ª parte do nº 3

² O preceituado no art. 796º do Código Civil “é rigorosamente aplicável aos contratos comutativos onde o problema do risco é, no fundo, o problema do risco da contraprestação”. Relativamente ao risco obrigacional, rege no essencial o disposto no art. 795º, nº 1 do Código Civil ao dispor que “quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa”; Cfr. LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, (arts. 762º a 1250º), Coimbra, Coimbra Editora, anotação 1 ao art. 796º, pg. 50.

³ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2010, pg.187; Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Transmissão da propriedade e transferência do risco na compra e venda de coisas genéricas*, Themis, ano VI, nº 11, 2005, pg.22.

⁴ Cfr. Telles, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pg. 471.

⁵ Só assim não será, e segundo a ressalva prevista no normativo, se ocorrer mora do alienante nos termos do art. 807º CC. Tomemos como exemplo a seguinte situação: “Caio vende o seu automóvel a Tício, comprometendo-se a entregá-lo sem defeitos um mês depois da celebração do contrato. (...) Depois do contrato, mas antes da entrega e do tempo da entrega, o carro é amolgado por terceiro. Caio deve proceder à reparação das amolgadelas, porque o risco não se transferira e as obrigações, (...), devem ser pontualmente cumpridas, cabendo ao devedor arcar com o maior ou menor custo aí implicado. Impor-se-ia a solução contrária se não regesse o art. 796º, nº 2, mas o art. 796º, nº 1; Cfr. MÚRIAS Pedro e PEREIRA, Maria de Lurdes, *Prestações de coisa: transferência do risco e obrigações de reddere*, Cadernos de Direito Privado, nº 23 Julho/Setembro 2008, pg.6.

Outra solução que não a apontada no nº 2 do art. 796º C.C. poderia “levar a resultados chocantes”, uma vez que o adquirente ainda não tem a coisa em seu poder; Cfr. LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *ob. cit.*, pg. 51.

daquele normativo que “quando o contrato estiver dependente de condição resolutive, o risco do perecimento durante a pendência da condição corre por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue”⁶.

A 2ª parte do n° 3 do art. 796° CC referencia situações em que a transferência da propriedade é um efeito diferido e não imediato do contrato de alienação⁷ dispondo que, no caso de ter sido convencionada uma condição suspensiva, o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa correrá por conta do alienante durante a pendência da condição. Depois de celebrado o contrato, mas enquanto perdura a condição, se a coisa casualmente perecer, o prejuízo será do alienante⁸.

2 - O risco no âmbito de um contrato de compra e venda celebrado com reserva de propriedade

O risco em análise consiste no perecimento ou deterioração da coisa vendida com estipulação de reserva de propriedade por parte do alienante, nos termos previstos no art. 409° CC.

Nos termos deste preceito, o alienante pode reservar para si a propriedade da coisa alienada até ao cumprimento, total ou parcial, das obrigações da outra parte, ou à verificação de qualquer outro evento.

Esse direito, o de manter a propriedade da coisa, que permanece na esfera do alienante por força da aposição da cláusula de reserva, não se confunde com a própria propriedade, na medida em que enquanto esta visa o desfrute da coisa pelo seu titular, aquele tem em vista a garantia das vantagens que o alienante daquela pretende com a alienação.

⁶ “Se a condição se não verifica, tudo se passa como se o acto não fosse condicional: o risco corre por conta do adquirente; se a condição se verifica, a solução deve ser a mesma, porque é o adquirente quem está na posse da coisa e deve, enquanto a possui e não se verifica a condição, suportar o risco da sua perda”; Cfr. LIMA, Pires e VARELA, *ob. cit.*, pg. 51.

⁷ É o que acontece quando “por uma razão atinente à natureza do objecto ou à vontade das partes, a transmissão da propriedade, embora determinada pelo contrato alienatório, fica em suspenso e só vem a produzir-se efectivamente em momento posterior”. É o caso, por exemplo, de se subordinar “a transferência da propriedade à condição suspensiva do pagamento do preço, numa venda a crédito, designadamente, numa venda a prestações” – neste caso há um lapso maior ou menor de tempo entre o momento da celebração do contrato e aquele em que o comprador se torna o proprietário; Cfr. Telles, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, pg. 471.

⁸ “Ficando o adquirente dispensado de realizar a contraprestação ou podendo recuperá-la se já a efectuou”. Nesta perspectiva, o nosso Direito afastou-se da tradição romana ao ignorar a regra segundo a qual “o risco se desloca para o comprador pelo mero efeito da celebração do contrato” e associando “essa deslocação à efectiva aquisição de domínio”. “Até ao momento desta aquisição, o risco recai no vendedor, e assim é ele o prejudicado se entretanto sobrevêm a perda fortuita do objecto”; Cfr. Telles, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, pg. 472.

A circunstância, permitida pelo nº 1 do art. 409º CC, de as partes adiarem a verificação do efeito contratual translativo da propriedade e a possibilidade de o subordinarem a um evento futuro, são admitidas como sendo excepções à regra acolhida no art. 408º, nº 1, CC, segundo a qual a transferência da propriedade de coisa determinada opera por mero efeito da celebração do contrato de compra e venda⁹. De facto, e segundo este preceito, o efeito real de transferência do domínio sobre a coisa, do alienante para o adquirente, verifica-se por mera celebração do contrato e no momento deste, bastando, pois, o acordo dos outorgantes para que tal efeito se produza de imediato¹⁰.

Nas palavras de Ana Catarina Rocha, a circunstância proporcionada pelo nº 1 do art. 409º CC, de “as partes adiarem a verificação do efeito contratual translativo da propriedade”, não configuram excepções ao princípio da consensualidade acolhido no art. 408º do mesmo diploma, já que “este princípio apenas determina que a transferência ou a constituição de direitos reais sobre coisa determinada depende, exclusivamente, do respectivo contrato e não de outros actos, como a entrega ou o registo¹¹”.

Como já vimos, é nos contratos com eficácia real que o princípio *res perit domino* tem plena aplicabilidade, já que é o momento da celebração do contrato que determina a passagem do eventual risco pelo perecimento ou deterioração da coisa que lhe foi transmitida, nos termos do art. 796º, nº 1 CC.

Ora, o adiamento da verificação do efeito contratual translativo da propriedade e a possibilidade de o subordinarem a um evento futuro, ambas situações previstas no art. 409º CC, pela aposição da cláusula de reserva de propriedade no contrato de alienação, sugere-nos a aplicação da 2ª parte do nº 3 do art. 796º CC e, nesta perspectiva, estaremos perante um eventual desvio ao princípio regra regulador do problema do risco pelo perecimento ou deterioração da coisa.

⁹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional, Coimbra, Almedina, Abril 2006, pg.15.

¹⁰ Cfr. art. 1317º, a) C.C. – momento da aquisição do direito de propriedade.

¹¹ “A ressalva da parte final do nº 1 do art. 408º do Código Civil, refere-se, expressamente, aos casos em que a lei exige, para a transferência ou para a constituição de direitos reais, outro acto para além do contrato. Exemplos de excepções ao princípio da consensualidade são a hipoteca e a doação de bens móveis: a validade da constituição da hipoteca e da transferência do direito real sobre coisa móvel ao abrigo de uma doação, dependem, respectivamente, do registo (art. 687º do Código Civil) e, na ausência de documento escrito, da entrega (nº 2 do art. 947º do Código Civil)”; Cfr. ROCHA, Ana Catarina, *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*, Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, pg.21.

2.1 - A qualificação tradicional da doutrina

A orientação doutrinal prevalecente em Portugal segue o entendimento de que um contrato de compra e venda com a aposição de cláusula de reserva de propriedade é uma alienação sob condição suspensiva e, conseqüentemente, convoca a aplicação do art. 796º, nº 3, 2ª parte, CC, segundo o qual o risco pelo perecimento e deterioração da coisa, objecto do contrato, ainda que tenha sido feita a sua entrega ao adquirente, não se transfere para este enquanto perdurar o efeito suspensivo¹², o que só virá a ocorrer com a aquisição da propriedade.

Seguindo este entendimento e referenciando Galvão Teles¹³, o risco desloca-se para o comprador apenas com a efectiva aquisição de domínio, sendo que até ao momento da aquisição, caso sobrevenha a perda fortuita do objecto, só o vendedor será o prejudicado – *res suo domino perit* e, neste caso, *dominus* é ainda o vendedor. Com esta postura, o nosso Direito afastou-se da tradição romana segundo a qual “o risco se deslocava para o comprador pelo mero facto da celebração do contrato”.

Esta orientação da doutrina nacional, que configura a cláusula de reserva de propriedade como uma condição suspensiva, tem apoio maioritário na jurisprudência, mas veremos adiante que não está isenta de críticas, sendo, uma delas, senão a mais visível, a questão de um dos efeitos constitutivos do negócio jurídico, designadamente, o pagamento do preço, ser reconduzido à figura jurídica da condição, afinal, um elemento accidental, extrínseco à constituição daquele.

2.2 - Perspectivas jurídicas internacionais

Diferente é o entendimento de outras ordens jurídicas, designadamente, a alemã e a italiana, que são unânimes em considerarem que no âmbito do contrato de alienação

¹² Nas palavras de RAMOS PERISSINOTTO “a regra é a coisa perecer para o seu dono, ou seja, o risco transfere-se para o adquirente quando este se torna proprietário”; Cfr. PERISSINOTTO, Gustavo Ramos, *Compra e Venda com Reserva de Domínio – Comparação dos Direitos Brasileiro e Português*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VI, nº 11, 2005, pg. 103.

¹³ Cfr. Telles, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, pg. 472.

com reserva de propriedade, a transferência do risco pelo perecimento ou deterioração da coisa para o adquirente se dá no momento em que a coisa lhe seja entregue. Em ambas, o argumento é idêntico: o adquirente da coisa, embora ainda não seja o proprietário, tem aquela em seu poder, dela tira proveito económico, por isso, sob o ponto de vista equitativo, deverá assumir os inerentes riscos desde que a coisa lhe seja entregue.

Aliás, o Código Civil italiano refere-se expressamente, no art. 1523º, ao risco no contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade, estipulando que *“na venda a prestações com reserva de propriedade, o comprador adquire a propriedade da coisa com o pagamento da última prestação do preço, mas assume o risco desde o momento da entrega”*¹⁴.

Na ordem jurídica brasileira, ocorrendo a tradição da coisa, isto é, sendo esta posta à disposição do adquirente, ainda que sob reserva de propriedade a favor do vendedor, serão os riscos do perecimento e deterioração suportados por aquele. Para clarificar este entendimento, o art. 524º, *in fine*, do Código Civil Brasileiro, dispõe que *“pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue”*¹⁵.

Entendimento diferente segue a ordem jurídica francesa, ao considerar que, em caso de venda com reserva de propriedade a favor do vendedor, até pagamento integral do preço o risco de perecimento ou deterioração da coisa cabe ainda àquele, uma vez que, por aplicação da cláusula, ainda permanece o proprietário, sendo o adquirente um mero devedor de uma obrigação de restituição da coisa caso haja incumprimento no pagamento, obrigação essa que se configura como uma obrigação de meios e não de resultado¹⁶.

A doutrina espanhola segue o entendimento de que a transmissão do risco pelo perecimento ou deterioração da coisa alienada sob reserva de propriedade pertence ao conteúdo obrigacional do contrato e não aos seus efeitos reais¹⁷. Da leitura dos arts. 1445º e 1450º do *Código Civil Espanol*¹⁸, podemos entender que a perfeição do contrato

¹⁴ art. 1523º codice civile – *passaggio della proprietà e dei rischi* – “Nella vendita a rate com riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell’ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna”; Cfr. CONVERSO, Maurizio, Codice Civile, Società Editrice de “Il Foro Italiano”, 31 Marzo 2010.

¹⁵ Cfr. PERISSINOTTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 103.

¹⁶ Cfr. Anotação 1. ao art. 1137 Code Civil, Éditions Dalloz, 1999.

¹⁷ Cfr. LORENZO, Sixto Sánchez, *La Clausula de Reserva de Dominio en el Derecho Internacional Privado (Problemas de Derecho Aplicable en el Sistema Espanol)*, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid 1988, pg. 158.

¹⁸ Art. 1445º código civil espanhol – “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el outro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.” Cfr. RAMÓN, F. Bonet, *Código Civil Espanol Comentado*, Aguilar, SA de Ediciones, 1983, pg.1127.

de compra e venda se alcança pelo acordo entre os outorgantes quanto à transmissão da coisa e pagamento do seu respetivo preço, sem que, todavia, haja necessidade da verificação da referida transmissão e do referido pagamento. Tal permite-nos concluir que a estipulação da cláusula de reserva de propriedade não constitui condição da perfeição contratual, já que dela não depende a execução das acima referidas obrigações contratuais, consistindo tão somente numa estipulação expressa das partes em virtude da qual o domínio da coisa não se transfere ao comprador enquanto não se realizar o pagamento total do preço, funcionando, pois, simplesmente, como uma garantia do seu pagamento¹⁹.

3 - O tipo de contrato previsto no art. 409º do Código Civil

Importa conhecer a espécie de contrato contida no art. 409º CC, para caracterizar o risco inerente à sua celebração.

Decerto que a problemática não será a mesma se estivermos perante um contrato de alienação (seja ele uma compra e venda, uma doação, uma troca, etc...) a termo ou um contrato de alienação sob condição!

De facto, o circunstancialismo previsto na parte final do art. 409º CC, ao dispor que 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”, sugere a aposição ao efeito real do contrato de um termo, certo ou incerto, bem como a existência de uma condição.

Ou poderemos estar, apenas, perante um contrato típico, expressamente designado na lei, que estando previsto no art. 409º CC, constitua uma excepção aos contratos de alienação, pelo facto de prever a possibilidade de reserva de propriedade da coisa a favor do alienante desta.

A problemática do risco na celebração do contrato de alienação celebrado com reserva de propriedade é ainda mais dificultada quando estamos perante uma aplicação atípica da cláusula, entendendo aqui que estamos perante uma garantia do alienante,

Art. 1450º código civil espanhol – “*La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el outro se hayan entregado.*” Cfr. RAMÓN, F. Bonet, *ob. cit.*, pg.1131.

¹⁹ Cfr. Anotação ao art. 1445º Código Civil Espanol; Cfr. RAMÓN, F. Bonet, *ob. cit.*, pg.1128.

perspectiva, aliás, bem visível nos negócios jurídicos de consumo, nos quais é frequente a contratualização da reserva de propriedade da coisa a favor do financiador/mutuante²⁰.

A procura de soluções para a questão passa, pois, pela análise das diferentes posições doutrinárias que analisam a natureza jurídica da figura da reserva de propriedade, uma vez que a distribuição do risco pelos sujeitos da relação jurídica há-de configurar-se de maneira diferente nas diversas concepções.

Em última instância, a solução pode procurar-se na função que a doutrina comumente atribui à referida cláusula.

3. 1 - A distribuição do risco nas diferentes perspectivas doutrinárias da reserva de propriedade

As diversas qualificações doutrinárias quanto à natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade gravitam em função do efeito “transmissão da propriedade” da coisa, objecto do contrato, sendo em função deste efeito que aquelas distribuem o risco pelos sujeitos outorgantes.

3.1.1 – A qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como sendo um contrato a termo suspensivo

Se atendermos ao disposto na parte final do nº 1 do art. 409º CC, nos contratos de compra e venda é lícito ao alienante reservar a propriedade da coisa “ (...) até à verificação de qualquer (...) evento”, o que nos leva a admitir a aposição de um termo, certo ou incerto, ao efeito real do contrato.

No momento da celebração do contrato de compra e venda com estipulação de cláusula de reserva de propriedade, separam-se os efeitos do contrato: os que se produzem imediatamente, dos que se diferem, com a verificação do facto futuro, mas incerto.

Atendendo ao previsto no art. 879º CC, este tipo de contrato de alienação tem como efeitos essenciais a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do

²⁰ Embora se suscitem hesitações quanto à sua admissibilidade. Cfr. AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação, contributo para o estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009, pg.353.

direito [(alínea a)], a obrigação de entregar a coisa [alínea b)] e a obrigação de pagar o preço [alínea c)].

Ora, a aposição da cláusula de reserva de propriedade não impede a produção imediata de dois efeitos: a obrigação de entrega da coisa pelo vendedor e a obrigação do pagamento do preço pelo comprador²¹, e vai tornar possível o diferimento do terceiro efeito: a transmissão da propriedade da coisa para a titularidade do comprador que somente ocorrerá com o pagamento integral do preço.

O disposto na 1ª parte do nº 1 do art. 409º CC, ao referir “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 ...” utilizando o vocábulo “até”, sugere que este tipo de contrato possa ser considerado um contrato a termo suspensivo.

Segundo Armindo Ribeiro Luís, este termo encerra um “*incertus quando*” e não um “*incertus quid*”, uma vez que o cumprimento total ou parcial das obrigações pelo adquirente que legitimam o alienante a reservar para si a propriedade da coisa, é um facto incerto, apenas na ordem natural das coisas, já que na ordem jurídica, tal cumprimento é certo na sua pureza²².

O termo em análise, constituído a favor do alienante enquanto beneficiário da cláusula, potencia a que a coisa continue em seu poder, imputando-lhe a responsabilidade pelo risco em caso de perecimento ou deterioração, o qual só se deslocará para o adquirente com o vencimento do termo ou com a entrega da coisa, tal como o prevê o nº 2 do art. 796º CC.

A entrega da coisa é, pois, o veículo para a transmissão do risco contratual²³, salvaguardando, como é óbvio, de eventuais situações em que por culpa sua, o adquirente não reuniu as condições para receber a coisa, incorrendo assim na responsabilidade prevista no art. 807º CC.²⁴

²¹ Obrigação que eventualmente pode ser constituída em moldes excepcionais como acontece no caso da compra e venda a prestações.

²² De facto e seguindo a perspectiva deste Autor, o alienante tem em vista que o comprador irá cumprir e que tal, é um facto certo, de outra forma não estaria, decerto, interessado em contratar. Cfr. LUÍS, Armindo Ribeiro, *O problema do risco nos contratos de compra e venda com reserva de propriedade*, CJ, 1981, Tomo III, pg.16.

²³ Cfr. AURELIANO, Nuno, *ob. cit.*, pg.323.

²⁴ A este propósito atendamos ao seguinte exemplo: “Caio vende a Tício uns tantos metros cúbicos de cortiça, que o adquirente virá carregar a certo montado de Caio o mais tardar daí a três dias. Durante esse tempo e nos dias seguintes Caio teve sempre cortiça disponível em quantidade suficiente para satisfazer Tício, embora a cortiça fosse mudando, à medida que outros compradores levavam os seus carregamentos e mais cortiça ia sendo cortada. Ao sexto dia e sem que Tício aparecesse, todo aquele montado e toda a cortiça armazenada foram destruídos num incêndio fortuito. Caio não terá de entregar cortiça alguma a Tício, nomeadamente trazendo-a de outro montado seu ou comprando-a a terceiro, porque o risco já se transferira devido à mora do credor; Cfr. MÚRIAS Pedro e PEREIRA, Maria de Lurdes, *ob. cit.*, pg.6.

3.1.1.1 - Crítica à qualificação do contrato com reserva de propriedade como sendo um contrato a termo suspensivo

A qualificação do contrato de compra e venda com cláusula de reserva de propriedade como sendo um contrato a termo levanta objecções, desde logo porque a aposição de um termo se configura como uma cláusula acessória ao negócio jurídico.

Ora, uma cláusula acessória é um elemento accidental, exterior aos elementos constitutivos do negócio jurídico e ao elenco dos seus efeitos típicos, do qual o pagamento do preço faz parte. A obrigação de pagar o preço é elemento essencial do contrato de compra e venda, ainda que constituído em moldes diferentes, designadamente, com espera de preço ou pagamento faseado em prestações por força da aposição da cláusula de reserva de propriedade.

3.1.2 – Qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como sendo um contrato sob condição

O regime jurídico da condição vem previsto nos arts. 270º a 277º CC, definindo-se no art. 270º como condição, a possibilidade de os outorgantes fazerem depender a produção dos efeitos de determinado negócio jurídico ou a sua resolução, da verificação ou não verificação de um facto futuro e incerto, mediante a aposição ao negócio de cláusula acessória nesse sentido.

A condição será suspensiva, se os outorgantes subordinarem a produção dos efeitos do negócio jurídico ao referido acontecimento futuro e incerto.

Se a condição se verificar, os efeitos do negócio que haviam ficado suspensos, desencadeiam-se, ou seja, produzem-se ou passam a produzir-se normalmente. Se a condição se não verificar, o negócio não chega a ter eficácia, desaparecendo mesmo aqueles efeitos já produzidos na pendência da condição²⁵.

²⁵ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil II, fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 3ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001, pg.392.

Será resolutive a condição, se as partes subordinarem a resolução de tal negócio àquele acontecimento.

A verificação da condição faz cessar os efeitos do negócio, determinando a sua resolução. Se a condição se não verificar, os efeitos precários que o negócio vinha a produzir tornam-se definitivos ou firmes²⁶.

Aceitar que a venda com reserva de propriedade é uma alienação feita sob condição, seja ela resolutive ou suspensiva, é atender a que tal condição é restrita a um único efeito contratual: apenas suspende a transferência do domínio e consiste na execução da obrigação de uma das partes – o pagamento integral do preço pelo adquirente.

3.1.2.1 - A Tese da Condição Resolutive

Tomemos como exemplo uma compra e venda de um móvel a prestações com estipulação de reserva de propriedade a favor do alienante, prevista no art. 934º CC.

Tendo sido concluído o contrato, com entrega do móvel ao adquirente, a transferência da propriedade do bem só ocorrerá com o pagamento da última prestação ou há resolução do contrato caso não se verifique a condição?

A letra da 1ª parte do art. 934º CC, ao referir que “*vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, ...*” sugere-nos a hipótese de a cláusula de reserva de propriedade aposta num contrato de alienação poder configurar-se como uma condição resolutive²⁷.

A distribuição do risco no contrato de alienação subordinado a condição resolutive é disciplinada pela 1ª parte do nº 3 do art. 796º CC, que refere que “*o risco do perecimento durante a pendência da condição corre por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue*”.

²⁶ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob. cit.*, pg.392.

²⁷ Cfr. LUÍS, Armindo Ribeiro, *ob. cit.*, pg.16.

Esta previsão do art. 934º C.C. de que na venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa ao comprador, o não pagamento de uma só prestação, que não exceda a oitava parte do preço, não dá lugar à resolução do contrato, configura-se como um limite directo à cláusula de reserva ditado por necessidades de tutela do consumidor. Quer pela letra, quer pelo seu espírito, a jurisprudência [STJ: 5-Fev-1991, BMJ 404 (1991), 460-464 e STJ:2-Mar-1994, C J/Supremo II (1994) I, 132-136] tem considerado, predominantemente, esta norma imperativa, Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Anotação ao Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/1996*, ROA, Ano 56, Lisboa, Janeiro de 1996, p.321.

Aceitar que um negócio jurídico, subsumível na previsão do art. 934º CC, seja uma alienação sob condição resolutiva, é encarar o adquirente como o sujeito que durante um determinado período de tempo (o da vigência da condição) é o titular dominial da coisa, quem tem a sua posse e fruição²⁸.

O adquirente sob condição só será dono se esta não se verificar, já que o contrato resolver-se-á se as prestações não forem pagas, aliás, se “ocorrer falta de pagamento de uma só prestação que exceda a oitava parte do preço”²⁹.

O efeito real no âmbito de um contrato de alienação sob condição resolutiva, embora precário, já que está dependente da verificação ou não verificação da condição³⁰, e a entrega da coisa ao adquirente operada no momento da celebração do contrato, serão o fundamento suficiente para imputar o risco do perecimento e deterioração da coisa ao adquirente nos termos previstos na 1ª parte do nº 3 do art. 796º CC.

Nesse sentido, esta previsão legal constituirá, em síntese, uma derrogação ao princípio *res perit domino*, no sentido de que o adquirente sob condição não passa de um detentor precário, um possuidor em nome de outrem.

Como ilustrativo desta tese citemos o Parecer da Procuradoria Geral da República nº 85/75, de 29 de Janeiro de 1976, onde se escreveu a propósito da aquisição de habitações económicas pelos sócios da Caixa de Previdência do Ministério da Educação e Investigação Científica nos termos do Dec.Lei n.º 33278, de 24/11 de 1943, que “o direito de propriedade resolúvel tem o mesmo conteúdo do direito de propriedade não sujeito a condição, tendo apenas de específico a possibilidade de, na pendência da condição resolutiva, poder ser resolvido, com efeitos retroactivos, e o alienante condicional poder conseqüentemente retomar o seu direito de propriedade”. Mais refere que “na pendência da condição, o titular do direito de propriedade resolúvel suporta, quando não se dispuser diversamente, todos os encargos inerentes ao gozo e fruição do prédio...” e ainda “são da responsabilidade do sócio adquirente,

²⁸ “Afirma-se que o risco transmite-se ao comprador, quando a coisa lhe haja sido entregue, ou confiada ao transportador por sua conta, porque, embora o domínio pertença ao vendedor, è aquele quem tem a posse e fruição da coisa. Mas, isto é mera afirmação e não uma justificação em face dos princípios; a posse não transfere os riscos”. Cfr. GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, Coimbra, Coimbra Editora, pg.350.

²⁹ Verificada a condição, designadamente, verificando-se a falta de pagamento de uma prestação que exceda 1/8 parte do preço do bem, possibilita-se ao vendedor a resolução do contrato. A resolução é admissível quando haja falta de pagamento de uma prestação superior àquele valor ou “se se verificar a falta de mais de uma prestação embora o seu total não ultrapasse aquele montante”; Cfr. NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 16ª ed. revista e actualizada, Janeiro/2009, Lisboa, Ediforum – Edições Jurídicas, Lda, anotaç.10 ao art. 934º C.C., pg. 881.

³⁰ E se a condição se não verificar, tudo se passa como se o ato não fosse condicional, correndo o risco pelo adquirente. Verificando-se a condição, a solução será a mesma, porque estando o adquirente na posse da coisa na pendência da condição, a previsão legal é a de que deve suportar o risco pelo seu perecimento ou deterioração; Cfr. Cfr. LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *ob. cit.*, pg. 51.

como despesas inerentes ao uso e fruição do prédio ou da sua fracção autónoma e respectivas partes comuns, as respeitantes à conservação dos ascensores, ao consumo de água e energia na escada e ascensores, à remuneração e encargos da porteira, à conservação do imóvel e quaisquer outras provenientes do uso”. O facto de o adquirente sob condição resolutiva poder gozar, fruir ou dispor da coisa, justificará, assim, a assunção do risco pelo adquirente sob condição resolutiva.

3.1.2.2 - A Tese da Condição Suspensiva

Já se referiu que a posição dominante da doutrina maioritária nacional³¹ segue o entendimento de que a compra e venda com reserva de propriedade é uma alienação feita sob condição suspensiva e nesta linha de atuação será de aplicar a 2.^a parte do n.º 3 do art. 796º CC, isto é, entender que o risco pelo perecimento e deterioração da coisa corre por conta do alienante durante a pendência da condição. O vendedor continuará, pois, a suportar o risco pela perda ou deterioração da coisa, uma vez que continua a ser o seu proprietário.

Neste tipo de situação, o alienante fez a entrega da coisa ao adquirente³² mas a transmissão da propriedade fica em suspenso. Aquele torna-se, assim, detentor antes de ser proprietário e caso sobrevenha acontecimento fortuito que determine o perecimento da coisa, o risco continua a correr por conta do alienante porque ainda não se deu a transferência da propriedade. O adquirente/comprador é mero possuidor. E segundo o entendimento de Cunha Gonçalves, “a posse não transfere os riscos”³³. Esta poderá, efetivamente, não ser a solução mais razoável mas é a que resulta da lei³⁴.

Aceitar a tese da condição suspensiva é considerar que na venda com reserva de propriedade a transmissão da propriedade da coisa fica sujeita à condição suspensiva do pagamento do preço. Este é o facto futuro e incerto que condiciona um único efeito contratual – a suspensão da transferência da propriedade, a qual fica condicionada ao cumprimento por parte do comprador. Se este cumprir a sua obrigação - satisfazer

³¹ Cfr. LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I. 4ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, anotação 1. ao art. 409º, pg. 376.

³² Em rigor, atendendo à letra da 2ª parte do n.º 3 do art. 796º C.C., quanto à condição suspensiva, não podemos concluir que tenha havido entrega da coisa ao adquirente.

³³ Cfr. GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob. cit.*, pg.350.

³⁴ “A solução mais razoável, em hipóteses como esta, seria que o risco se deslocasse para o adquirente com a entrega do objecto. Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, pg.473.

integralmente a dívida do preço, preenche a condição e torna-se proprietário da coisa (produz-se o efeito real).

O entendimento jurisprudencial tem seguido maioritariamente esta orientação de que a cláusula de reserva de propriedade aposta num contrato de alienação corresponde a uma condição suspensiva, e nesse sentido, os riscos pelo perecimento ou deterioração da coisa vendida não se transferem para o adquirente no momento da entrega da coisa, continuando a correr por conta do seu alienante. Tem, pois, aplicação plena o princípio constante da 2ª parte do nº 3 do art. 796º CC.

Vejam, a propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Janeiro de 2007³⁵, em que se decidiu, a propósito da resolução de dois contratos de compra e venda a prestações com reserva de propriedade relativos a veículos automóveis, que *“a reserva de propriedade tem a natureza de venda sujeita a condição suspensiva, tratando-se de uma cláusula pela qual o efeito translativo fica sujeito a uma condição suspensiva (normalmente o pagamento integral do preço)”* e *“perante o incumprimento por parte do comprador ...”* o vendedor *“... pode resolver o contrato”* e exigir do comprador uma *“indenização em consequência da resolução pelos danos negativos, isto é, uma indenização que tem por fim colocar o vendedor na situação patrimonial que teria se o contrato não tivesse sido celebrado, abrangendo esta indenização o prejuízo resultante da redução do valor da coisa e as despesas contraídas em razão da venda”*, não sendo *“de admitir uma compensação a favor do vendedor pela utilização da coisa, salvo claro está, na medida em que essa utilização se reflecta na sua desvalorização”*, mas neste caso *“é absorvida pela indenização por desvalorização”*.

Este entendimento, de negar ao vendedor a compensação pela utilização dos veículos pelo comprador, sugere-nos que o risco pela eventual deterioração da coisa continuará, durante a pendência da condição, a imputar-se ao alienante, dando assim cumprimento ao que decorre da lei.

Já nesse sentido, e dando plena aplicabilidade à previsão da 2ª parte do nº 3 do art. 796º CC, foi a decisão emanada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 27 de Maio de 1969³⁶, ao considerar a cláusula de reserva de propriedade uma condição suspensiva e, nesse caso, haveria de imputar-se o risco do perecimento ou deterioração da coisa ao alienante, ainda que aquela já tivesse sido entregue ao adquirente. Mais se entendeu que

³⁵ Cfr. Ac. STJ-11/01/2007, in *CJ (STJ)*, 2007, Tomo I, pg. 25.

³⁶ Cfr. Ac. STJ-27/05/1969, in *RLJ*, ano 103, nº 3429, pg.382.

o “*pagamento do preço é entendido como um facto futuro e incerto, justificando-se assim a distribuição do risco desta forma*”. A questão que então se discutia era a de saber se, tendo ocorrido acidente de viação envolvendo dois automóveis e tendo o condutor do primeiro, considerado único culpado, adquirido a sua viatura através de um contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade até integral pagamento do preço a favor do vendedor, e não se mostrando ainda pagas todas as prestações, poderia ou não ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados no acidente. Decidido foi que “*o direito de propriedade do automóvel pertencia à data do acidente*” ao vendedor do veículo e não ao condutor culpado do mesmo, porque “*este ainda não havia pago a totalidade do preço, facto indispensável para que se lhe transmitisse o direito*”. O condutor do veículo sinistrado, interveniente no acidente e culpado do mesmo, “*não possuía o automóvel como seu proprietário, porque a sua posse era precária*”, tratava-se de uma posse em nome do vendedor com quem celebrou o contrato sob reserva de propriedade até que pagasse integralmente o preço. O Tribunal concluiu no sentido de responsabilizar civilmente o vendedor do veículo, afinal, a quem pertencia o direito de propriedade daquele porque a reservara quando contratou com o seu comprador. Este, enquanto mero possuidor, não poderia ser responsabilizado. Quando muito, poderia sê-lo enquanto condutor do veículo, mas nunca como seu possuidor.

3.1.2.2.1 - Objecções à tese da condição suspensiva

Característico da venda com reserva de propriedade é a circunstância da entrega imediata da coisa ao adquirente. Este, desde que entra na sua posse, age como dono da coisa, com a intenção de dela se servir como proprietário, embora saiba que a aquisição definitiva da sua propriedade está dependente do cumprimento da sua obrigação em pagar integralmente o preço convencionado. Aliás, como mero detentor precário, sobre ele impende a obrigação de guardar e preservar a coisa³⁷. Ora, o facto do adquirente actuar, durante a pendência da condição, como possuidor precário da coisa, que dela desfruta materialmente, dela tirando proveito e utilidade, será argumento bastante para

³⁷ Característica dos detentores precários, designadamente, do depositário, do arrendatário, do comodatário, do usufrutuário, do usurário é a circunstância de sobre eles incidir a obrigação de guardar a coisa; Cfr. PROENÇA, José Carlos Brandão, *in Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição*, Separata de Direito e Justiça, Vol. IX, Tomo I, Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 96.

fazer incidir nele a responsabilidade pelo risco do seu perecimento ou deterioração. A sua situação é “talvez a de um comprador sob condição suspensiva”³⁸.

Esta seria a solução mais razoável. “Não se afigura muito curial que o adquirente continue subtraído ao risco mesmo depois de estar na detenção e gozo da coisa”³⁹.

Parece, pois, evidente que até por uma questão de justiça, o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa deva ser suportado por quem tem a sua posse. De facto, quem usa e desfruta da coisa é que “faz com que ela crie o risco ou se coloque em situação dele”⁴⁰.

Então, aceitar que na presença de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade o risco corre pelo adquirente é entender que, também neste caso, a regra clássica “*res perit domino*” sofre um desvio: a coisa perecerá, não por conta do seu proprietário, mas do comprador que a adquiriu ou recebeu. Na prática, temos, efectivamente, transferência de domínio, embora deferida em relação ao momento da celebração do contrato – esta circunstância justificará que se aplique o n.1 do art. 796º CC.⁴¹.

Por outro lado, se atendermos à letra da 2ª parte do nº 3 do art. 796º do CC, da sua leitura não concluímos que no âmbito de um contrato sob condição suspensiva tenha havido entrega da coisa ao adquirente, como decorre da leitura da 1ª parte daquele normativo relativamente ao contrato sob condição resolutiva. Ora, por analogia, a solução deveria ser a mesma, quer para o contrato sob condição resolutiva quer para o contrato sob condição suspensiva⁴²: a tradição da coisa para o adquirente importaria, para este, a transferência do risco.

³⁸ Em anotação ao Ac.STJ de 27/05/1969, VAZ SERRA afirma que “independentemente de averiguar se o comprador com reserva de propriedade é um possuidor precário (em nome do proprietário), ou um possuidor em nome próprio, ele age como dono do veículo, com intenção de se servir dele como seu proprietário, embora saiba que a aquisição definitiva da sua propriedade está dependente do integral pagamento do preço, e tanto basta para sobre ele recair a responsabilidade pelo risco, se utilizar o veículo no seu interesse e sob sua efectiva direcção.” Cfr. RLJ, ano 103, nº 3429, pg.382.

³⁹ Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *ob. cit.*, pg.473.

“Embora partidários da tese da condição suspensiva PIRES de LIMA e ANTUNES VARELA, defendem que na compra e venda com reserva de propriedade, a solução mais conforme aos princípios é a do risco correr por conta do adquirente, desde o momento em que a coisa lhe é entregue, mas apesar disso, reconhecem que não é essa a solução que resulta da lei”. Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade, em especial a reserva de propriedade a favor do financiador*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC, Set.2009, pg. 169.

⁴⁰ Cfr. LUIS, Armindo Ribeiro, *ob. cit.*, p.18.

⁴¹ Cfr. LUIS, Armindo Ribeiro, *ob. cit.*, p.18.

⁴² Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (parte especial) contratos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, pg.42; Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 104.

3.1.2.3 - Críticas à natureza condicional da cláusula de reserva de propriedade

Idêntico comentário ao proferido relativamente à questionabilidade do contrato de compra e venda com reserva de propriedade ser considerado um contrato a termo suspensivo, pode ser tecido relativamente à sua configuração como um contrato sob condição.

Também nesta sede será questionável a admissibilidade de uma condição, seja ela suspensiva ou resolutiva, incidente sobre uma das obrigações essenciais do negócio em causa – a obrigação de pagar o preço prevista no art. 879º CC.

A condição a que os outorgantes convencionam subordinar os efeitos do negócio ou a sua resolução é, tal como a aposição de um termo ao mesmo, uma cláusula acessória ao contrato, e esta é um elemento acidental, exterior aos elementos constitutivos do negócio jurídico. Será, pois, “disfuncional a identificação do pagamento do preço – que nos termos dos artigos 874º e 879º, alínea c), do CC, constitui uma obrigação e efeito essencial do contrato de compra e venda, com uma cláusula acessória do negócio jurídico”⁴³. De entender será, então, que a aposição de uma condição será algo acessório, que acresce ao contrato, que pode existir ou não, em nada o afectando na sua essência, uma vez que através dela o vendedor pode “restringir os efeitos do contrato mas sem se excluir condicional ou definitivamente a propriedade”⁴⁴.

Ao efectivarem um contrato de compra e venda com reserva de propriedade, os outorgantes não pretendem sujeitar os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e incerto – *transmite-se a propriedade se pagar todas as prestações*⁴⁵. Apenas restringem determinado efeito – o efeito real - à ocorrência de um evento ulterior que consiste no pagamento integral do preço, isto é, transmite-se a propriedade quando se mostrarem liquidadas todas as prestações.

⁴³ Cfr. AURELIANO, Nuno, *ob. cit.*, p.349.

⁴⁴ Cfr. Acrd. Relação do Porto de 04/02/1971, *in* BMJ.204, pg.196.

⁴⁵ “A eventual falta de pagamento das prestações não é para os outorgantes um facto futuro e incerto. Sobretudo para o vendedor, na altura do contrato, era um facto certo, caso contrário não contrataria”, Cfr. LUIS, Armindo Ribeiro, *ob. cit.*, p.17.

Concordamos, pois, com Ana Maria Peralta⁴⁶, quando afirma que “ainda que funcionalmente se aproxime da condição, estruturalmente, o pagamento do preço é uma obrigação”.

Rejeitada que seja a tese de que o contrato de compra e venda com reserva de propriedade é um contrato sob condição, seja esta resolutiva ou suspensiva, jamais se lhe poderá aplicar o regime previsto no n° 3 do art. 796° do CC quanto à imputação do risco pelo perecimento e deterioração da coisa, objecto do contrato. E assim considerando, o lógico será que o risco seja suportado pelo adquirente desde que a coisa lhe foi entregue, já que é este quem vem beneficiando dela, aplicando-se assim o n° 1 do art. 796° do CC.

Vejamos, a propósito, a decisão proferida pela Relação de Lisboa em 23 de Maio de 1995⁴⁷ e posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça⁴⁸, em que se considerou que os contratos de alienação com cláusula de reserva de domínio “*não podem ser considerados como realizados sob condição suspensiva, visto o evento condicionante da sua plena eficácia recair sobre um elemento essencial do contrato (pagamento do preço)*” e, por isso, “*no caso de alienação com reserva do domínio, a solução que se afigura mais conforme aos princípios fixados*”, na disposição legal do art. 796° do CC, “*é a de o risco correr por conta do adquirente desde o momento que a coisa lhe é entregue*”. Mais concluem que “*em caso de venda com reserva de domínio*”, considerando que o risco corre por conta do comprador, *a regra clássica res suo perit sofre um desvio.*

3.1.3 – Qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como sendo um contrato típico

O contrato de compra e venda com estipulação de uma cláusula de reserva de propriedade é um contrato típico, expressamente designado no art. 409° do CC, no qual

⁴⁶ Cfr. PERALTA, Ana Maria, *A posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1990, pg. 147.

⁴⁷ Cfr. Ac. Relaç.Lisboa de 23/05/1995, in CJ (STJ), 1995, T.III, pg.113.

⁴⁸ Cfr. Ac. STJ de 05/03/1996, in CJ (STJ), 1996, T.I, pg.119.

a aposição da referida cláusula funciona como “desvio à regra geral da transferência dos direitos reais, por mero efeito do contrato, prevista no artigo 408º, nº 1 do CC.”⁴⁹.

De facto, e tomando como exemplo os contratos de compra e venda a prestações como sendo os típicos em que é usual a estipulação da reserva de propriedade até integral pagamento do preço pelo comprador (enquadrável na 1ª parte do nº 1 do art. 409º do CC), ainda que diferido no tempo, o efeito translativo dimana sempre da venda, do acto de celebração do contrato.

Já a circunstância de os outorgantes estipularem a reserva de propriedade a favor do alienante “até à verificação de qualquer outro evento” (2ª parte do nº 1 do art. 409º CC), poderá não estar relacionada com o cumprimento por parte do adquirente mas, mais do que um desvio à regra geral do negócio real *quoad effectum* previsto no art. 408º, nº 1 CC, constitui uma verdadeira excepção admitida, aliás, pela parte final deste normativo.

Com efeito, no âmbito da sua autonomia privada e possibilitado pelo princípio da liberdade contratual previsto no art. 405º CC, dentro dos limites da lei, as partes podem incluir no contrato as cláusulas que bem lhes aprouverem, pelo que nada parece obstar a que os outorgantes de um contrato de compra e venda possam introduzir neste uma cláusula modificativa⁵⁰, designadamente, que o efeito translativo da propriedade seja remetido para o momento da entrega da coisa. Esta “entrega da coisa” pode ser o “evento” a que alude a 2ª parte do nº 1 do art. 409º CC.

Tal consideração estará sempre na vontade dos outorgantes, uma vez que cabe a estes a disponibilidade de clausularem ou não a reserva de propriedade.

Ora, ainda que consideremos o contrato de compra e venda com reserva de propriedade como “desvio” ou “excepção” ao contrato de alienação produzido nos termos do art. 408º, nº 1 CC, pela forma como admite o diferimento para mais tarde do efeito essencial previsto na alínea a) do art. 879º CC, certo é que a alínea a) do art. 1317º CC considera que o momento de aquisição do direito de propriedade neste tipo de contrato é “o designado” no art. 409º CC.

Nesta sede, a distribuição do risco pelos outorgantes há-de aferir-se pelo princípio geral *res perit domino* previsto no art. 796º, nº1, CC, segundo o qual, “nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam

⁴⁹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Anotação ao Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/1996*, ROA, Ano 56, Lisboa, Janeiro de 1996, p.320.

⁵⁰ Muito embora, estando em causa direitos reais haja necessidade de conjugar com as regras limitativas nessa sede. Cfr. CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, *Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda, estudo comparado dos Direitos Português, Espanhol e Inglês*, Coimbra, Almedina, 2001, pg. 57.

ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente”.

Há contudo que fazer uma ressalva no que ao contrato de alienação com reserva de propriedade diz respeito, uma vez que nestes encontrando-se a transferência da propriedade diferida para momento posterior, o fundamento para que o risco pelo perecimento e deterioração da coisa seja imputado ao adquirente encontrar-se-á na circunstância da coisa estar na sua posse, dela tirando os seus frutos e utilidades. E esta situação, de se encontrar legitimado a usar a coisa, de dela tirar proveito, é que justifica que seja o adquirente a suportar o risco e não o vendedor, o qual, já que alienou a coisa, ainda que sob reserva de propriedade, e a entregou ao comprador, deixou de ter sobre ela quaisquer poderes jurídicos ou materiais.

Aliás, o vendedor que salvaguarda o seu direito de crédito resultante do preço através da reserva de propriedade, não pretenderá, decerto, “renunciar à vantagem que lhe proporciona a regra da imediata transferência do risco para o comprador”⁵¹. Daí que deverá ser este a suportar o risco pela perda e deterioração da coisa a partir do momento em que a coisa lhe seja entregue.

Por outro lado, o vendedor “já não tem mais o ânimo, intenção de ser o dono da coisa”, muito pelo contrário, no momento da celebração do contrato de compra e venda, ainda que com reserva de propriedade, manifestou a sua vontade em aliená-la sem que haja necessidade de uma manifestação de vontade em momento posterior para que a propriedade da coisa se transfira ou o contrato se aperfeiçoe”⁵². Na mesma linha de entendimento, Ana Maria Peralta⁵³ considera que o contrato de compra e venda com reserva de propriedade “é um tipo especial de compra e venda em que a transferência de propriedade é diferida e em que as partes ao celebrar o contrato “têm por objectivo transferir a propriedade e pretendem fazê-lo sem que se torne necessário nova manifestação de vontade nesse sentido”. Daí que o lógico seja que a transmissão do risco para o adquirente se faça juntamente com a tradição da coisa e não quando se der a transferência da propriedade.

⁵¹ Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 171.

⁵² Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 105.

⁵³ Cfr. PERALTA, Ana Maria, *ob. cit.*, pg. 152.

3.2 - A distribuição do risco face à função de garantia patente na cláusula de reserva de propriedade aposta no contrato de compra e venda

Deixando de lado a questão da transmissão da propriedade no âmbito do contrato de compra com reserva de propriedade, já que as diferentes concepções acerca da natureza jurídica da figura, na perspectiva dos efeitos do contrato em que se insere, não são unânimes quanto à forma como distribuem, pelos outorgantes, o risco pela deterioração e perecimento da coisa, passemos a analisar a cláusula quanto à função de garantia que ela pretende desempenhar no âmbito do negócio jurídico que a acolhe.

3.2.1 - A atipicidade da cláusula de reserva de propriedade

A estipulação da cláusula de reserva de propriedade é funcionalmente entendida como uma garantia do alienante e, eventualmente, na perspectiva dos negócios jurídicos de consumo, do financiador/mutuante.

Assim considerada, a reserva de propriedade será uma “cláusula atípica, uma determinação acessória, que funcionando como garantia do alienante, se destina a regular os efeitos do contrato, limitando-os quantitativamente, e não como condição suspensiva ou resolutiva. Por ela o vendedor limita-se a restringir os efeitos do contrato e não a excluir condicional ou definitivamente a propriedade”⁵⁴. Nesta perspectiva, no âmbito de um contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade, tendo ocorrido entrega da coisa ao comprador, a permanência da propriedade desta no património do vendedor até ser paga a última prestação tem, essencialmente, em vista, uma função de garantia, garantia do vendedor de que vai receber do adquirente a totalidade do preço acordado.

Contudo há que precisar que, mantendo o vendedor a propriedade da coisa até ao pagamento integral do preço, o seu direito está limitado à função de assegurar esse pagamento, não podendo exercer quaisquer outros poderes ou faculdades que competem ao pleno proprietário. Diz-se então, que o direito do vendedor é, pois, uma propriedade

⁵⁴ Cfr. Acđ.RI.Porto de 04/02/1971, BMJ.204, pg.196.

em função da garantia – os poderes dele são apenas os necessários para garantir o seu crédito.

O vendedor com reserva de domínio apenas pode exercer o seu direito na medida em que esse exercício se destine a obter a satisfação do seu crédito.

Estamos, obviamente, perante situações em que a garantia previsível será a garantia real, designadamente o “aproveitamento de coisas corpóreas, em termos de assegurar direitos de crédito”⁵⁵, isto é, o alienante conserva um direito real que tem como função a garantia do pagamento do preço. A propriedade apresenta-se, assim, como a garantia do crédito do vendedor⁵⁶. “Em caso de incumprimento, este está acautelado, pois conserva a propriedade da coisa”⁵⁷.

Ora, se considerarmos a cláusula de reserva de propriedade no plano das garantias reais⁵⁸, tal perspectiva irá trazer-nos consequências no que respeita ao risco pelo perecimento e deterioração da coisa, uma vez que, e tomando como exemplo a hipoteca e a previsão da 1ª parte do nº 1 do art. 701º CC, segundo o qual: “quando por causa não imputável ao credor, a coisa hipotecada perecer ou a hipoteca se tornar insuficiente para segurança da obrigação, tem o credor o direito de exigir que o devedor a substitua ou reforce”, seremos levados a concluir que o alienante apenas suportará o risco inerente ao seu direito real de garantia, sendo indiferente “ao sacrifício patrimonial relativo ao perecimento ou deterioração da coisa”⁵⁹. Daqui se infere que se o comprador ficou com o gozo da coisa, entrando na sua posse material, tal será justificação bastante para assumir o risco pelo seu perecimento e deterioração⁶⁰. Já no que diz respeito ao vendedor, o facto de a coisa se manter na sua titularidade permite-lhe apenas garantir o pagamento do preço e se for o caso, havendo falta de pagamento, permitir-lhe-á a recuperação da propriedade⁶¹.

⁵⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *ob. cit.*, pg.543.

⁵⁶ Pretende-se com a cláusula, “assegurar a propriedade do alienante, se o adquirente não pagar o preço ou parte dele”; Cfr. SERRA, Vaz, *Efeitos dos Contratos*, BMJ n.º 74, p.356.

⁵⁷ Cfr. Anotação de Isabel Méneres Campos ao Acd.STJ de 02/02/2006, Proc. 3932/05, *cancelamento do registo da reserva de propriedade*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, Julho/Setembro 2006, p.55.

⁵⁸ Tal é o entendimento de Ana Maria Peralta e Luís de Lima Pinheiro, sendo que este Autor qualifica a reserva de propriedade como um penhor sem posse conferida ao vendedor; Cfr. PERALTA, Ana Maria, *ob. cit.*, pg.24; Cfr. PINHEIRO, Luís Lima, *ob. cit.*, p.23.

Diferente perspectiva é a de Vaz Serra para quem “apesar de a finalidade (garantia) estar na base do ajuste, a reserva de propriedade, estruturalmente, não corresponde a uma garantia”; Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p.356.

⁵⁹ Cfr. AURELIANO, Nuno, *ob. cit.*, p.352; No mesmo sentido Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 172.

⁶⁰ Aliás, estando a coisa na esfera de actuação económica e material do comprador, só este é que pode zelar pela sua integridade, pelo que só a ele deve ser imputado o risco.” Parece lógico que, se é o comprador que retira da coisa as respectivas utilidades, deverá ser este quem suporta o inerente risco. Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 174.

⁶¹ Neste sentido se diz que o “vendedor tem uma situação jurídica real”. Num contrato de compra e venda com reserva de propriedade, apesar de onerado com um direito real de garantia, a propriedade da coisa transmite-se imediatamente para o comprador, sendo certo que consequência do pagamento da totalidade do preço não é a aquisição da propriedade pelo comprador mas sim a extinção da garantia real convencionada. Cfr. LEITÃO, Luís MENEZES, in *Direito das Obrigações*, Vol III, Contratos em Especial, 7ª edição, Almedina, pg.65.

Ora, quando os outorgantes do contrato convencionam a cláusula de reserva de propriedade, estabelecem-na em favor do alienante como uma garantia de que este irá receber a sua contrapartida, estipulando ao mesmo tempo que o adquirente entra de imediato no gozo da coisa, dela retirando as respectivas utilidades. Será, pois, razoável exigir que o comprador/adquirente que pode fruir e usar a coisa, muito embora assumida plenamente qualidade de proprietário somente em momento posterior à celebração do contrato, assumida eventuais riscos pelo seu perecimento e deterioração.

Por uma questão de ordem prática, o risco deverá, pois, correr por conta do adquirente desde o momento em que a coisa lhe foi entregue⁶². Nesse sentido Pedro Romano Martinez refere que “sempre que tenha havido entrega da coisa deve entender-se que o risco se transferiu”.

3.2.2 - A aplicação da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador /mutuante

Os negócios jurídicos de consumo, até então bilaterais, entre vendedor e comprador, viram surgir nas últimas décadas uma terceira figura, o financiador da aquisição.

De facto, com o desenvolvimento da actividade de concessão de crédito, deixou de ser o próprio vendedor a permitir que o preço fosse pago posteriormente à entrega da coisa, passando esta a ser paga no momento da celebração do contrato, através do financiamento concedido para o efeito, pela entidade concessionária do crédito.

Ora, se atendermos ao elemento literal do nº 1 do art. 409º CC, como levados a exigir a coincidência entre alienante e titular de reserva de propriedade – o direito atribuído pelo preceito só pode, pois, ser atribuído a quem é proprietário do bem em causa e não a quem não tenha essa qualidade. Contudo, se nos detivermos no teor da parte final do normativo, quando refere a possibilidade da propriedade da coisa ser reservada “(...) até à verificação de qualquer outro evento”, podemos entender este *outro evento* como sendo o pagamento a um financiador. De facto, embora normalmente

⁶² Cfr. LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, in *Código Civil Anotado, Vol I*, 4ª ed., pg. 51; Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *ob. cit.*, p.41.

o evento que determina a transferência da propriedade seja o pagamento do preço, nada parece obstar que as partes coloquem aquela transferência dependente da verificação de qualquer outro evento, que poderá consistir, eventualmente, no pagamento de uma dívida a terceiro, como é o caso do financiamento para aquisição do bem não ser fornecido pelo vendedor mas pelo financiador/mutuante.

Neste caso, passam, assim, a ser celebrados dois contratos, entre si interdependentes e conexos⁶³: um contrato de compra e venda, outorgado entre vendedor e comprador, e um contrato de crédito, celebrado entre a entidade financiadora e o comprador. Os intervenientes dos dois negócios jurídicos interagem numa relação triangular: o fornecedor do bem contrata com o comprador que, por sua vez, contrata com o mutuante que lhe financiará o crédito para aquisição daquele bem. Nesta relação tripartida em que ambos os contratos (compra e venda e mútuo) se interligam, o risco de crédito desloca-se do vendedor para o financiador.

A cláusula de reserva de propriedade passou a ser estipulada a favor de outrem que não o vendedor, isto é, passou a sê-lo a favor do financiador da aquisição. Nesta perspectiva, é o dador do crédito que pretende servir-se da cláusula de reserva de propriedade para garantir, no contrato de mútuo, o integral pagamento das prestações do empréstimo pelo consumidor⁶⁴.

Abstraindo da questão em torno da admissibilidade da cláusula de reserva de propriedade convencionada a favor do financiador/mutuante, afinal um terceiro alheio ao contrato de alienação, a quem, se atendermos ao elemento literal do art. 409º CC e à necessidade de coincidência entre o alienante e o titular da reserva⁶⁵, parece que tal cláusula nunca poderia estar destinada, atendamos apenas a quem detém o domínio material da coisa alienada, porque só essa questão é relevante para a análise da problemática do risco. Ora, o vendedor, recebendo do financiador/mutuante o

⁶³ A conexão entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo a prestações resulta do facto de o objecto mediato deste constituir o elemento preço do primeiro, situação que se configura como se o pagamento do preço relativo ao contrato de compra e venda da coisa fosse fracionado no tempo.

⁶⁴ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, Março de 2007, pg.299.

⁶⁵ Se atendermos à letra do art. 409º CC, ao dispor: “é lícito ao alienante reservar para si (...)”, parece inadmissível conceber a cláusula a favor do financiador.

Há entendimento doutrinário no sentido de que tal não deva ser admitido, desde logo, porque, para sua protecção, o financiador sempre terá ao seu dispor um vasto conjunto de opções para assegurar o cumprimento pelo consumidor. Por um lado, dispõe das garantias pessoais donde se destaca a fiança e, fundamentalmente, o aval. Por outro lado, tem ao seu alcance as garantias reais, das quais emergem não só o penhor, mas sobretudo a hipoteca a favor do mutuante. Daí se poder concluir que, se não se admitir a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador tal não significa que este fique menos protegido em matéria de garantia na medida em que os seus interesses podem ser salvaguardados por outras vias, igualmente satisfatórias; Cfr. MORAIS, Fernando Gravato de, *ob. cit.*, pg.305.

De facto, o financiador/mutuante nada aliena, limita-se a conceder o crédito ao consumidor que lhe possibilitará a compra da coisa vendida por um terceiro, pelo que é lógico que aquele não possa reservar para si o direito de propriedade dessa coisa porque tal direito não existe na sua esfera jurídica. É, pois, juridicamente impossível que alguém reserve um direito de propriedade que não tem. Nesta perspectiva, será nula, por impossibilidade legal do seu objecto, nos termos do nº 1 do art. 280º CC, a estipulação da cláusula de reserva de propriedade a favor da entidade financiadora; Cfr. MORAIS, Fernando Gravato de, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Coimbra, Almedina, 2004, pg. 307.

pagamento integral do preço da coisa, nada mais terá a exigir ao comprador, porque quanto a este, há-de considerar que o seu crédito está satisfeito. Não é, pois, o vendedor quem assume o risco do crédito. Por sua vez, no momento da celebração do contrato, o vendedor cumpriu a obrigação de entrega da coisa ao comprador, para uso e desfrute deste. Sendo este quem beneficia do bem, será por sua conta que deve, pois, correr o risco no caso do seu perecimento ou deterioração. Também não ficará, por força de tal perda ou deterioração, exonerado do pagamento do preço, desta feita não ao vendedor, mas sim ao financiador/mutuante se este se encontrar sub-rogado, nos termos do art. 591º CC, no direito de crédito daquele, bastando para tal que se declare expressamente, no documento do empréstimo, que o mutuante fica sub-rogado nos direitos do credor como é previsto no art. 591º, nº2, CC⁶⁶. Assim, por aplicação das regras do instituto da sub-rogação, quando o financiador entrega o preço ao vendedor, subroga-se nos direitos do alienante, transmitindo-se para ele os créditos e seus acessórios, incluindo a cláusula de reserva de propriedade a favor daquele⁶⁷, isto é, o risco que o vendedor correria caso tivesse celebrado um contrato de compra e venda a prestações transmitiram-se para o mutuante por força da sub-rogação, o mesmo acontecendo com as garantias de que disporia, designadamente, a reserva de propriedade⁶⁸.

Nesta perspectiva, no caso de conexão dos contratos de compra e venda e de mútuo, a aposição da reserva a favor do financiador tem também uma função de garantia constituída sobre o bem adquirido pela compra financiada, garantia de que o crédito vai ser cumprido, cabendo ao dador do crédito a sua execução coerciva em caso de incumprimento.

Como ilustrativo deste entendimento podemos invocar o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de Fevereiro de 2007⁶⁹, onde se decidiu a propósito de incumprimento de contrato de mútuo cujo produto serviu para o financiamento da aquisição de uma viatura automóvel e encontrando-se esta registado na Conservatória do Registo Automóvel a favor do adquirente, mas com registo de encargo da “reserva” a

⁶⁶Segundo o entendimento de Maria Isabel Meneres de Campos, a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador é admissível, atendendo quer à configuração de dois negócios translativos previsíveis nos termos do art. 405º CC, o primeiro entre o vendedor e o financiador e o segundo entre o financiador e o comprador, quer à sub-rogação por parte do credor (vendedor), transmitindo-se a reserva de propriedade nos termos do art. 582º, nº 1 C.C., enquanto acessório do crédito (supostamente transmitido pelo vendedor ao financiador); Cfr. AURELIANO, Nuno, *ob. cit.*, p.354.

⁶⁷ “o mutuante, ao permitir que o comprador pague o preço ao vendedor, sub-roga-se no risco que este correria caso tivesse celebrado um contrato de compra e venda a prestações, bem como, nas garantias de que este poderia dispor, no caso, a reserva de propriedade”; Cfr. Acđ. Rel.Lisboa de 01/02/2007 (relator: Manuela Gomes), in www.dgsi.pt. pg.2.

⁶⁸ O regime do crédito ao consumo publicado pelo Dec.Lei nº 359/91 de 21/09 referia-se expressamente à reserva de propriedade no art. 6º, nº 3 f) ao prever “o contrato de crédito que tenha por objecto o financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento em prestações deve indicar (...) o acordo sobre a reserva de propriedade”, mas, curiosamente, ao ser revogado e substituído pelo actual Dec.Lei 133/2009 de 2 de Junho, não faz qualquer referência à figura da reserva de propriedade.

⁶⁹ Cfr. Acđ.Relatório de Lisboa de 01/02/2007, proc. 733/2007-6, in www.dgsi.pt. pg.4.

favor do financiador/mutuante, que *“vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respectivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e seus documentos”*.

3.2.2.1 - A responsabilidade pelo risco de deterioração ou perecimento da coisa alienada

Sucedo que, a intervenção do mutuante/financiador na relação creditícia, ainda que fundamental para a transmissão da coisa alienada para a esfera do adquirente, porque a possibilita, manifesta a sua importância apenas no plano do denominado risco de crédito, permanecendo alheia ao risco no âmbito do domínio material daquela.

De facto, se levarmos à letra o nº1 do art. 796º CC, quando refere “a transferência do domínio sobre certa coisa (...)”, somos levados a admitir que o risco estará associado à relação material com a coisa e não apenas à sua titularidade⁷⁰, isto é, “o risco relaciona-se com a titularidade das vantagens sobre uma coisa atribuídas a certa pessoa e, havendo tradição, essas vantagens são atribuídas ao comprador”⁷¹. Aliás, é precisamente porque usufrui das vantagens sobre a coisa que o adquirente deve “tomar as precauções destinadas a evitar a perda ou deterioração dela ou a obter um substituto”, por exemplo, contratando um seguro⁷².

Por esta ordem de ideias, justificar-se-á, pois, que logo que haja tradição do bem para o comprador, o risco pelo seu perecimento e deterioração corra por sua conta, continuando, aliás, ainda neste caso, obrigado a pagar o pagamento do preço respectivo.

Daí ser usual que o mutuante/financiador sugira ao adquirente sob reserva, a contratação de um seguro por modo a que este se por um acaso se vir privado da coisa pelo seu perecimento e não dispondo de meios para indemnizar aquele, fique com a sua contraprestação assegurada pela transferência do risco operada através do tal seguro.

⁷⁰ Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 104.

⁷¹ Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 104.

⁷² Cfr. PERALTA, Ana Maria, *ob. cit.*, pg.139.

3.2.3 - O risco a cargo de ambos os outorgantes do contrato de compra e venda com reserva de propriedade

Aceitando a tese de que a cláusula de reserva de propriedade aposta num contrato de alienação cumpre uma função de garantia e assente que ficou a ideia de que o adquirente entrando no “domínio” da coisa assume os eventuais riscos pela sua deterioração e perecimento, não cabendo ao alienante outra responsabilidade que não seja a que lhe advém do risco proporcional à sua garantia, somos, então, levados a admitir que ambos os outorgantes suportarão riscos. De facto, “o risco de perecimento ou deterioração da coisa toca tanto ao comprador como ao vendedor”⁷³. Perdendo-se ou deteriorando-se a coisa, o comprador fica impedido de utilizar esta e vê frustrar-se a expectativa de a adquirir no futuro, enquanto que o vendedor fica privado da sua garantia que, em último caso, ocorrendo falha no pagamento do preço por parte do comprador, lhe permitiria recuperar a propriedade da coisa. Diz-se, neste caso, que o vendedor, de algum modo, “participa nos riscos”⁷⁴.

Na mesma perspectiva, no caso da perda ou deterioração da coisa em consequência de um dano culposamente causado por terceiro, o adquirente é o principal titular da indemnização, mas o vendedor terá também direito a alguma parte da mesma em consequência da frustração da sua garantia⁷⁵. Entenda-se, contudo, que o ressarcimento do alienante deve ser acautelado mas não de forma a prejudicar os interesses do adquirente, quem para todos os efeitos viu a passagem do risco pelo perecimento e deterioração da coisa transferir-se para si quando esta lhe foi entregue⁷⁶.

⁷³ Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 175.

⁷⁴ Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 106.

⁷⁵ Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *ob. cit.*, pg.65.

⁷⁶ Não podemos deixar de ter presente que o facto de o risco correr por conta do adquirente não o exime da obrigação de pagar o preço ao vendedor, agora já não para adquirir o domínio da coisa mas apenas a título de ressarcimento; Cfr. PERISSINOTO, Gustavo Ramos, *ob. cit.*, pg. 106.

3.3 - O risco a cargo do comprador em virtude da obrigação assumida com a celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade

O risco pelo perecimento e deterioração da coisa não pode ser imputável a outro outorgante senão ao adquirente comprador, mas por outra ordem de razões que não apenas as extraídas do princípio clássico *res perit domino*, segundo o qual a passagem do risco se dá com a transferência da propriedade da coisa para o adquirente.

A justificação para tal argumento há-de encontrar-se na celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade⁷⁷ e nos efeitos que se cumprem no momento da sua celebração.

Na celebração de um contrato deste tipo, cumpre-se a obrigação do alienante, prevista na alínea b) do art. 879º CC, de entregar ao adquirente a coisa vendida por forma a permitir o gozo desta enquanto o preço vai sendo liquidado.

Paralelamente, o alienante tem ainda a obrigação, segundo os ditames da boa fé, de entregar a coisa ao adquirente na data acordada e de não o perturbar no seu uso e fruição. Aliás, exige-se do vendedor/alienante a realização daquilo “que for necessário para o comprador poder exercer efetivamente o direito que adquiriu pelo contrato”⁷⁸.

Através da estipulação da reserva de propriedade, alienante e adquirente convencionam que a transferência da propriedade da coisa seja diferida para momento posterior, isto é, para o momento em que se mostre integralmente liquidado o preço. Nas palavras de Raul Ventura⁷⁹, essa transferência não será diferida “mas sim colocada em certo momento” e este entendimento não afecta a natureza real da compra e venda, pelo que, deve dizer-se que a transmissão “opera-se sempre por efeito do contrato, mas nem sempre no momento do contrato”.

Daqui concluímos que na data da celebração do contrato é apenas a prestação do adquirente / comprador que se encontra por cumprir, logo, se a coisa transmitida se perder ou deteriorar durante o período em que aquele estava obrigado ao cumprimento, deverá suportar o risco de tal perda ou deterioração.

⁷⁷ Segundo Raul Ventura, o art. 409º CC é uma excepção prevista na lei (art. 408º, nº 1, parte final CC) ao permitir às partes situar livremente a transmissão da propriedade da coisa, aliás, trata-se de uma excepção amplíssima já que dá relevância à vontade dos outorgantes na fixação de “qualquer outro evento (art. 409º, nº 1, parte final CC). Cfr. Ventura, Raul, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil, efeitos essenciais do contrato de compra e venda: a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*, ROA, ano 43º, 1983, III, pg.617.

⁷⁸ Cfr. Ventura, Raul, *ob. cit.*, pg.621.

⁷⁹ Cfr. Ventura, Raul, *ob. cit.*, pg.617.

A solução mostra-se razoável, se atendermos a que o adquirente entrou na posse da coisa à data da celebração do contrato, dela tirando proveitos e utilidades, sendo, pois, o detentor dos poderes de gozo e de disposição correspondentes ao conteúdo do direito de propriedade propriamente dito.

Além de mais, se a coisa se perdeu ou deteriorou, não pode o adquirente / comprador invocar a exceção de não cumprimento do contrato, prevista nos arts. 428º sgs. CC, uma vez que o alienante /vendedor “cumpriu a sua obrigação com a entrega da coisa aquando da conclusão do contrato” e, embora sendo o titular da reserva de propriedade não pôde influir na sua boa conservação e manutenção”⁸⁰. Aquele continua, pois, obrigado ao pagamento do preço.

Vejamos, contudo, uma situação jurisprudencial em que é legítima a exceção de não cumprimento do contrato, ainda que em bom rigor, o assunto em análise se refira a uma situação de cumprimento defeituoso (ou incompleto), sendo que nestes casos não terá havido uma “entrega” da coisa para efeitos de risco. Assim, refere a decisão sufragada pelo Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Janeiro de 2008⁸¹: a existência de dois contratos, um de compra e venda e um de mútuo, em estrita relação funcional e económica entre si e através dos quais tinha sido alienado um veículo automóvel com estipulação de pagamento a prestações e de reserva de propriedade a favor do financiador/mutuante. No âmbito das ditas negociações ficou acordado que após a constituição da referida reserva, o financiador remeteria os documentos do veículo (livrete e título de registo de propriedade) para o comprador, o que não veio a acontecer. Tal atitude faltosa do financiador/mutuante motivou que o comprador/mutuário suspendesse os pagamentos das prestações relativas à compra do veículo enquanto não lhe fossem entregues os respectivos documentos, invocando assim com legitimidade a *exceptio non rite adimpleti contractus*, não como tendo por base o contrato de compra e venda do veículo, mas o contrato de mútuo, afinal, inter-relacionado com aquele, funcional e economicamente.

Nesta perspectiva podemos afirmar que, em virtude da reciprocidade e interdependência que caracterizam o tipo de contrato em análise, a obrigação do comprador/adquirente só faz sentido na medida em que por parte do vendedor/alienante a sua prestação se constitua e, verificando-se esta, aquela há-de necessariamente emergir por força do sinalagma que as une.

⁸⁰ Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 176.

⁸¹ Cfr. Acrd. Relação Coimbra de 22.01.2008 - proc.2695/06.2YXLSB.C1., in www.dgsi.pt.

No caso da celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade a favor do vendedor, no exemplo típico da venda a prestações, os outorgantes convencionam o afastamento da simultaneidade das prestações mas tal não destrói o vínculo de reciprocidade que prende entre si as duas obrigações. Sucede que, nestes casos, o comprador/adquirente, ao contrário do vendedor/alienante, não cumpriu, porque assim foi convencionado, a sua obrigação no momento da celebração do contrato, digamos antes, que o aspecto funcional⁸² do sinalagma do contrato se encontra em fase de execução.

No entanto, tendo a coisa já sido entregue ao comprador/adquirente, que dela retira as utilidades e proveitos, justifica-se que se a coisa se perder, na sua mão, tal risco correrá por sua conta, não o isentando, o perecimento daquela, do pagamento do preço ao vendedor.

Entenda-se, pois, que “o risco deve correr por conta de quem beneficia do direito e não há dúvida de que, a partir da entrega do bem ao comprador é este que dele beneficia”⁸³. Além do mais, caso o perecimento da coisa acarrete consigo também a perda da garantia do alienante de recuperar a propriedade reservada, sempre conservará o direito ao pagamento do preço como contrapartida da prestação de entrega da coisa⁸⁴, prestação esta que por força do sinalagma que caracteriza o contrato em causa se encontra cumprida desde a data da sua celebração.

Aqui chegados, somos então levados a concluir que o fundamento para imputar ao comprador/adquirente o risco pela perda da coisa, objecto do contrato de compra e venda com reserva de propriedade, reside, essencialmente, no vínculo de reciprocidade e interdependência inerente às obrigações contraídas pelos respectivos outorgantes no momento da celebração do contrato por aplicação da norma geral (resultante do sinalagma) relativa ao risco da contraprestação prevista no art. 795º CC⁸⁵, e não apenas na teoria do risco consagrada pelo legislador português no art. 796º CC.

Efeito do nexo de interdependência que prende as duas obrigações integradas no contrato bilateral é a impossibilidade da prestação motivada pelo perecimento ou perda

⁸² O sinalagma engloba dois aspectos: o genético e o funcional, correspondendo o primeiro ao vínculo que segundo a intenção dos outorgantes acompanha as obrigações típicas do contrato desde o seu nascimento e correspondendo o segundo ao seu reflexo no regime da relação contratual durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência das obrigações; Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed. revista e actualizada, 2ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra, Almedina, 2004, pg. 395.

⁸³ Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *ob. cit.*, pg. 177.

⁸⁴ Como se não bastasse ter perdido a garantia de recuperar o bem sobre o qual incidia a reserva, não seria justo que o vendedor ficasse totalmente desprovido do seu direito de crédito.

⁸⁵ Uma perturbação que está circunscrita aos contratos comutativos (ou bilaterais) visto o problema do risco ser, no fundo o problema do risco na contraprestação; Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., 5ª reimpressão da 7ª edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2010, pg. 86.

da coisa, sendo que esta levaria à extinção da obrigação do comprador/adquirente somente na hipótese de o alienante ter contribuído para essa impossibilidade, como prevê o nº 1 do art. 795º CC⁸⁶.

Caso não surja qualquer perturbação no sinalagma, as duas obrigações – prestação e contraprestação, processam-se normalmente, ainda que em tempos diferentes, já que, situando-nos no âmbito de um contrato de compra e venda sob reserva, a entrega material da coisa opera no momento da celebração do contrato mas a transferência da sua propriedade para o adquirente ocorrerá em momento posterior, isto é, no momento em que o preço se apresente integralmente liquidado. Mas esse diferimento não retira o nexo de reciprocidade às obrigações: a obrigação de cada um é a causa da outra”⁸⁷. Por outro lado, o facto de estarmos perante um contrato de alienação, obriga a aplicação do art. 796º CC, uma vez que este preceito é a norma especial relativa ao risco da contraprestação nos contratos desse tipo. Contudo, quando o nº 1 exige a transferência da titularidade sobre a coisa para imputar o risco do perecimento desta ao adquirente/comprador, retira da sua previsão o contrato de alienação sob reserva de propriedade já que neste tipo de contrato o adquirente só é verdadeiramente o titular daquela quando paga o seu preço na totalidade. Despreza, assim, da sua previsão, uma eventual associação do risco à “relação material” da coisa com o adquirente⁸⁸. De facto, perante um contrato deste tipo, em que há efectivamente entrega da coisa ao adquirente no momento da celebração do contrato, o qual por força desta entrega “passa a deter o conjunto de poderes de gozo e disposição que correspondem ao conteúdo do direito de propriedade, cabendo à propriedade reservada do alienante a titularidade abstracta desse direito”⁸⁹, não podemos, sem mais, deixar de considerar que o risco pela perda ou perecimento da coisa deva correr por conta do adquirente/comprador o qual beneficia do direito desde a sua entrega.

Ainda que, em rigor não possamos ignorar a previsão do art. 796º, nº 1 CC, já que estamos perante um contrato de alienação, no caso do contrato de compra e venda com reserva de propriedade há que interpretar aquela norma por forma a considerar que, no momento da celebração do contrato, o alienante cumpriu a sua prestação de entrega da coisa ao adquirente/comprador, actuando naquele acto sem intenções de retomar a “relação material” com a coisa, cabendo a este último o cumprimento da

⁸⁶ Cfr. Acđ.STJ de 27/01/2004, proc. 03A4114, in www.dgsi.pt.

⁸⁷ Cfr. FERNANDES, Luis A.Carvalho, *ob. cit.*, pg.63.

⁸⁸ Essa associação do risco com a relação material da coisa é visível nos nºs 2 e 3 do art 796º C.C..

⁸⁹ Cfr. Acđ.Relação do Porto de 25/06/2009, proc.259/09.8TJPRT.P1, in www.dgsi.pt.

contraprestação, sendo que se a coisa se deteriorar ou perder, será por sua conta que corre tal risco.

Neste sentido foi a decisão sufragada pelo Tribunal da Relação do Porto que serviu de mote para a análise da presente temática, decisão que em traços gerais podemos sintetizar no seguinte:

- Entre os herdeiros de B e C foi celebrado o trespasse de um estabelecimento comercial (com todos os elementos que o integravam, incluindo o direito ao arrendamento), contrato esse que, realizado com reserva de propriedade a favor dos primeiros, visava assegurar os efeitos resolutivos do negócio em caso de incumprimento de C;
- Por via da reserva de propriedade clausulada entre os trespasantes e o trespasário, o efeito translativo – efeito directo e definitivo que resulta do contrato – foi transferido para momento posterior. Leia-se no douto Acórdão que “*A reserva (que tem uma função meramente de garantia) tem a ver com o efeito real (essencial) do negócio, com a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (que, nos contratos reais quod effectum, é mero efeito do contrato – art. 408º do CC)*”;
- Com a celebração do trespasse deu-se a tradição do estabelecimento para o C, passando, assim, este a deter os poderes de gozo e fruição do mesmo (e cabendo aos trespasantes, apenas a titularidade “abstracta” do direito de propriedade);
- C entrou na posse do estabelecimento, sem que tivesse sido questionada “a existência de todos os elementos que o integravam, a realidade/unidade económica e jurídica trespasada, aquando da entrega”, pelo que decidiu aquele Tribunal que a “*prestação do trespasante ficou cumprida*” na data da celebração do contrato;
- Quando C comunicou aos trespasantes a denúncia do contrato de arrendamento pelo senhorio, a prestação daqueles estava cumprida, o que inviabilizou ao C a excepção do não cumprimento por impossibilidade superveniente da prestação (certo é que, o efeito translativo nunca ocorreu, já que o contrato foi denunciado antes do pagamento total do preço);
- O douto Acórdão, a determinado passo, rejeitou o entendimento maioritário da doutrina nacional de que a venda com reserva de propriedade seja uma venda sob condição suspensiva, caso em que o risco recairia o risco sobre os trespasantes (alienantes), por aplicação do art. 796º, nº 3, 2ª parte, CC, já que, afinal, seriam eles que continuavam a deter a titularidade do estabelecimento – o efeito translativo ainda não tinha ocorrido para C;

- Entendido foi, ainda, que o pagamento do preço não poderia ser “*visto como condição (acontecimento futuro e incerto – art. 270ºCC), cláusula acessória, elemento accidental do negócio, exterior aos elementos constitutivos do negócio e aos seus efeitos típicos*”; E transcrevendo o dito Acórdão: “*O preço é elemento essencial do negócio e o seu pagamento é uma obrigação e não uma condição*”. *O pagamento não significa a verificação de condição alguma a que as partes subordinaram a produção de determinado efeito do negócio mas antes o cumprimento da obrigação principal do comprador*”;

- Quando C entrou na posse do estabelecimento ficou “*integralmente investido nos poderes de uso e fruição da coisa*”, passou a beneficiar dele, sendo certo que se a manutenção da propriedade permaneceu na esfera dos trespassantes foi apenas com o intuito de “*assegurar a recuperação do bem, em caso de não pagamento do preço*”;

- O risco deve correr por conta de quem beneficia do direito e não há dúvida de que, a partir da entrega do bem ao comprador, é este que beneficia do direito, pelo que não ficou desonerado do pagamento do preço respectivo. Assim, se os herdeiros de B trespassaram o estabelecimento comercial, com entrega efectiva do mesmo ao C, cumpriram a sua obrigação de entrega, passando o risco da perda da “coisa” a correr pelo adquirente;

- Concluiu-se, então, que os trespassantes cumpriram a sua obrigação no momento da celebração do contrato de trespasse e este cumprimento seria argumento bastante para os desonerar da responsabilidade pelo risco pela perda do estabelecimento. Já relativamente ao C, trespassário, a sua prestação encontrava-se por cumprir enquanto não se mostrasse liquidado, na íntegra, o preço da transmissão.

O risco pela “perda” do gozo do local arrendado apenas ao C seria imputável.

III – CONCLUSÕES

Tendo como ponto de partida a análise da decisão de 25 de Junho de 2009 do Tribunal da Relação do Porto⁹⁰, propusemo-nos demonstrar que o risco da perda ou deterioração da coisa objeto de um contrato de compra e venda com estipulação de cláusula de reserva de propriedade deverá ser imputável ao adquirente, fundamentando tal solução no carácter sinalagmático do contrato.

O princípio *res perit domino*, consagrado pelo legislador português no art. 796º, nº 1, CC, que nos contratos com eficácia real, típicos do art. 408º deste diploma legal, tem plena aplicabilidade ao afirmar que a passagem do risco para o adquirente se dá com a transferência da propriedade para este, sofre necessariamente uma exceção se estivermos perante um contrato de compra e venda com estipulação de cláusula de reserva de propriedade a favor do vendedor, previsível nos termos do art. 409º do mesmo diploma, já que, neste caso, o efeito translativo da propriedade ocorrerá em momento posterior o que, por força daquele princípio, poderá trazer consequências em sede de transmissão de risco.

Algumas considerações foram, então, dirigidas ao tipo de contrato previsível no art. 409º CC, numa tentativa de caracterizar o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa, objecto do mesmo, e a sua imputação aos respectivos outorgantes.

Essa caracterização obrigou a uma breve análise das diferentes posições doutrinárias que se debruçam sobre a natureza jurídica da figura da reserva de propriedade, uma vez que a distribuição do risco pelos sujeitos intervenientes na relação jurídica há-de configurar-se distintamente numas e noutras concepções. Salientemos que todas essas qualificações têm, contudo, um mote comum – o efeito “transmissão da propriedade”, elemento essencial do contrato de compra e venda, sendo em função dele que as diversas doutrinas distribuem o risco pelos outorgantes do negócio jurídico em causa.

Em diferente perspectiva e abstraindo da natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade, é na função de garantia, que parte da doutrina atribui à cláusula de

⁹⁰ Cfr. Acórdão Relação Porto de 25/06/2009 (Relator: José Ferraz), in www.dgsi.pt.

reserva de propriedade, que a distribuição do risco pelos outorgantes do contrato há-de encontrar o seu fundamento.

Referimos a orientação doutrinal prevalecente nacional e o entendimento que prossegue, de que um contrato de compra e venda com aposição de cláusula de reserva de propriedade é uma alienação sob condição suspensiva e se o admitirmos, convocaremos, no que à problemática do risco diz respeito, o art. 796º, nº 3, 2ª parte, CC, segundo o qual, o risco pelo perecimento e deterioração da coisa, objecto do contrato, ainda que tenha sido feita a sua entrega ao adquirente, não se transfere para este enquanto perdurar o efeito suspensivo, isto é, continua a correr por conta do alienante, pelo simples facto de neste continuar a propriedade. Depois de celebrado o contrato, se a coisa casualmente perecer durante a pendência da condição, o prejuízo será, pois, do alienante.

Ora, por uma questão de justiça, tal desiderato não se concebe. Se o adquirente se serve da coisa como sendo seu proprietário, ainda que tenha apenas uma expectativa jurídica de aquisição que se tornará definitiva quando se cumprir a condição, a sua actuação na pendência daquela seria fundamento para sobre ele recair a responsabilidade pelo risco do perecimento ou deterioração da coisa alienada.

Analisámos, ao de leve, outras ordens jurídicas próximas da nossa, designadamente, a alemã e a italiana, entre outras. Notamos que estas seguem o entendimento de que a transferência do risco pelo perecimento ou deterioração da coisa ocorre no momento da sua entrega ao adquirente. Salientam que, se este tira proveito da coisa, deve assumir os inerentes riscos e tal será argumento bastante para fazer correr por sua conta o risco.

Verificamos que, entre nós, diferentes posições doutrinárias reconduzem um dos efeitos constitutivos da compra e venda – o pagamento do preço, à figura de um termo suspensivo ou de uma condição resolutiva ou suspensiva. É de criticar tal entendimento. Isto porque, quer o termo quer a condição são elementos extrínsecos à constituição do negócio jurídico e, portanto, elementos acidentais, que não afectam, na sua essência, o contrato constituído, do qual, o efeito – pagamento do preço, é elemento essencial.

Ora, se rejeitarmos a tese da condição, seja esta resolutiva ou suspensiva, jamais se pode aplicar o regime legal previsto no nº 3 do art. 796º CC quanto à imputação do

risco pelo perecimento ou deterioração da coisa e, assim considerando, o lógico seria que, afinal, o referido risco fosse suportado pelo adquirente desde que a coisa lhe foi entregue, já que é ele quem dela vem tirando proveitos e utilidades. Aplicar-se-ia, assim, o nº 1 do art. 796º CC. A entrega da coisa seria, pois, o veículo para a transmissão do risco contratual⁹¹.

Fomos, igualmente, compelidos a convocar a aplicação do nº1 do art. 796º CC e, em conformidade com o preceito, a transferir o risco para o adquirente no momento da entrega da coisa, quando apelidamos o contrato previsto no art. 409º CC como um “contrato típico” no qual a aposição da cláusula de reserva de propriedade funciona como desvio à regra geral da transferência dos direitos reais por mero efeito do contrato prevista no art. 408º, nº1, CC. Entendemos, então, que são os outorgantes do negócio que, no âmbito da sua autonomia privada possibilitada pelo princípio da liberdade contratual positivado no art. 405º CC, clausulam a reserva de propriedade da coisa a favor do alienante “até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte” (geralmente, o pagamento integral do preço pelo comprador – 1ª parte, nº 1 do art. 409º CC), ou “até à verificação de qualquer outro evento” (que pode ser a entrega da coisa – 2ª parte do nº 1 do art. 409º CC). Ora, é nesta segunda hipótese que reside a verdadeira exceção à regra geral do negócio real *quoad effectum* previsto no art. 408º, nº 1, CC, não tanto porque esteja relacionada com o cumprimento por parte do adquirente, mas sim porque resulta do acto de celebração do contrato propriamente dito. Na outorga deste, os sujeitos convencionaram que o efeito translativo da propriedade da coisa seja remetido para o momento da sua entrega (esta “entrega” é o evento a que alude a 2ª parte do nº 1 do art. 409º CC). Este mesmo entendimento é sugerido pelo art. 1317º, a) CC, quando se refere ao momento em que no caso do contrato de alienação com reserva de propriedade se dá a aquisição do direito de propriedade, situando-o precisamente no art. 409º CC.

Baseados nesta ideia, consideramos que o contrato de compra e venda com reserva de propriedade é, afinal, um “especial” contrato de compra e venda em que os outorgantes, no momento da sua celebração, acordaram diferir para mais tarde o efeito de transferência da propriedade sem que seja necessário vir, em momento posterior, manifestar nova vontade para que a coisa alienada se transmita. No momento da outorga

⁹¹ Cfr. AURELIANO, Nuno, in *O Risco nos Contratos de Alienação, contributo para o estudo do Direito Privado Português*, Almedina, 2009, pg.323.

do contrato, o vendedor apenas pretende salvaguardar o seu direito de crédito resultante do preço através da reserva de propriedade mas já não tem mais o ânimo de vir a ser o “*dominus*” da coisa alienada, a qual já entregou ao adquirente para que a possa usar. Daí ser mais razoável considerar que este será o responsável pela perda ou deterioração da coisa a partir do momento em que esta lhe seja entregue.

Em diferente perspectiva, analisámos a cláusula de reserva de propriedade quanto à função de garantia que ela desempenha no contrato de compra e venda em que se insira, para tentar descortinar por conta de qual dos outorgantes corre o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa, objecto do contrato em análise.

Em torno da questão, detivemo-nos no entendimento de que a estipulação da cláusula de reserva de propriedade é funcionalmente entendida como uma garantia do alienante, cláusula “atípica” do contrato, e na eventualidade de estarmos no âmbito de uma situação de conexão de dois contratos, contrato de alienação/contrato de mútuo, aquela garantia é inúmeras, vezes estipulada a favor do mutuante/financiador. A propriedade, assim reservada por via da cláusula, apresenta-se como uma garantia do crédito do alienante, eventualmente do mutuante/financiador, que em caso de incumprimento estão acautelados, pois conservam a propriedade da coisa.

Abstraímo-nos da questão da admissibilidade ou não da cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante/financiador e considerámos que na eventualidade de intervenção deste, o vendedor, recebendo dele o preço integral, nada mais terá a exigir do adquirente, cabendo ao mutuante/financiador assumir o risco do crédito.

Se na data da outorga do contrato é usual estipular-se que o adquirente entre de imediato no gozo da coisa, dela retirando as respectivas utilidades, será pois razoável exigir-lhe que assuma os riscos pela sua eventual perda ou deterioração, ainda que não seja o seu proprietário, qualidade que só adquirirá plenamente em momento posterior.

Admitimos ainda que, não raras vezes, o risco pela perda ou deterioração da coisa pode pertencer não apenas ao adquirente, que entrou no seu “domínio”, mas também ao alienante, que afinal, não deixa de correr certo risco, ainda que proporcional à sua garantia. De facto, se a coisa se perdeu ou deteriorou, o adquirente vê frustrar-se a sua expectativa de aquisição futura mas, ao mesmo tempo, o vendedor, vê-se privado da sua garantia que, em último caso, ocorrendo incumprimento por parte daquele, sempre permitiria a recuperação da propriedade sob reserva.

Consideramos, por fim, que o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa, objecto de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade, há-de ser imputável ao adquirente em virtude da obrigação por este assumida no momento da outorga do contrato e na circunstância dessa obrigação ser contrapartida da prestação que recebeu do vendedor. Dissemos, então, que também no âmbito de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade, a reciprocidade e interdependência são características típicas, onde a obrigação de um dos outorgantes só faz sentido porque a obrigação do outro existe, ainda que entre eles tenham convencionado a não simultaneidade das prestações, como acontece nestes casos em que o efeito translativo da propriedade da coisa ocorrerá em momento posterior. Se no momento da celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade o alienante cumpre a sua parte, é a prestação do adquirente que se encontra ainda em execução. Este ainda não é proprietário, detém apenas uma expectativa jurídica de aquisição, aquisição esta que eventualmente poderá nunca ocorrer, mas por força do contrato celebrado a sua obrigação emerge em função da prestação do vendedor e esta interdependência é fundamento bastante para lhe imputar o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa objecto do contrato.

Sem menosprezar a aplicação do art. 796º CC já que, estando perante um contrato de alienação, será esta a norma especial relativa ao risco da contraprestação a considerar, será a circunstância de o (futuro) adquirente entrar na posse da coisa no acto da celebração do contrato que justificará uma eventual associação do risco à “relação material” daquela com o sujeito e, nesta medida, justificar-se-á a aplicação do nº 1 do art. 796º do CC, não porque se tenha feito uma interpretação literal do normativo, já que este refere a transferência da titularidade sobre a coisa para que a imputação do risco do perecimento ou deterioração desta corra pelo adquirente, mas pelo facto deste estar vinculado à contraprestação assumida no acto de celebração do contrato.

Concluimos, pois, que será no sinalagma, caracterizador do contrato em análise, que se fundamenta, no essencial, a razão para imputar o risco pela perda ou deterioração da coisa, objecto do contrato de compra e venda com reserva de propriedade, ao adquirente, e não somente no princípio *res perit domino*.

Nesse sentido, foi o entendimento do Tribunal da Relação do Porto sufragado no Acórdão de 25 de Junho de 2009⁹², o qual serviu de base de trabalho e ponto de partida para o estudo da presente temática.

⁹² Cfr. Ac. Relação Porto, 25/06/2009 (Relator: José Ferraz), in www.dgsi.pt:

BIBLIOGRAFIA:

- **AURELIANO, Nuno**, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009;
- **CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres**, *Cancelamento do registo da reserva de propriedade*, anotação ao acórdão do S.T.J. de 2.2.2006, Proc.3932/05, Cadernos de Direito Privado, n.º 15, Julho/Setembro 2006;
- -----, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade, em especial a reserva de propriedade a favor do financiador*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Setembro de 2009;
- **CARVALHO, Jorge Morais**, *Transmissão da Propriedade e Transferência do Risco na Compra e Venda de Coisa Genéricas*, Themis, ano VI, nº 11, 2005;
- **CONVERSO, Maurizio**, *Codice Civile, Società Editrice de "Il Foro Italiano"*, 31 Marzo 2010;
- **CORDEIRO, António Menezes**, *Anotação ao Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/1996*, ROA (Revista da Ordem dos Advogados), ano 56, Lisboa, Janeiro de 1996;
- -----, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo IV*, Coimbra, Almedina, 2010;
- **CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França**, *Transmissão da Propriedade de Coisas Móveis e Contrato de Compra e Venda, Estudo comparado dos Direitos Português, Espanhol e Inglês*, Coimbra, Almedina, 2001;
- **DALLOZ**, Éditions, *Code Civil*, 1999;
- **FERNANDES, Luís A. Carvalho**, *Teoria Geral do Direito Civil II - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3ª edição revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001;
- **GONÇALVES, Luiz da Cunha**, *Tratado de Direito Civil, Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VIII, Coimbra, Coimbra Editora;
- **LEITÃO, Luís Menezes**, *Direito das Obrigações, Vol. III, Contratos em Especial*, 7ª edição, Coimbra, Almedina;
- **LIMA, Pires e VARELA, Antunes**, *Código Civil Anotado, Vol. I*, 4ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora;
- -----, *Código Civil Anotado, Vol II*, 4ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra, Coimbra Editora;
- **LORENZO, Sixto Sánchez**, *La Clausula de Reserva de Dominio en el Derecho Internacional Privado (Problemas de Derecho Aplicable en el Sistema Espanol)*, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid 1988;
- **LUÍS, Armindo Ribeiro**, *O problema do Risco nos Contratos de Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, CJ (Colectânea de Jurisprudência), 1981, T.III;
- **MARTINEZ, Pedro Romano**, *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2ª edição, 3ª reimpressão da edição de Maio de 2001, Coimbra, Almedina;
- **MORAIS, Fernando de Gravato**, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007;
- -----, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Coimbra, Almedina, 2007;

- **MÚRIAS, Pedro e PEREIRA, Maria de Lurdes**, *Prestações de Coisa: Transferência do Risco e Obrigações de Reddere*, Cadernos de Direito Privado, nº 23, Julho/Setembro 2008;
- **NETO, Abílio**, *Código Civil Anotado*, 16ª edição, Revista e Actualizada, Lisboa, Ediforum – Edições Jurídicas, Lda, 2009;
- **PERALTA, Ana Maria**, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1990;
- **PERISSINOTTO, Gustavo Ramos**, *Compra e Venda com Reserva de Domínio – Comparação dos Direitos Brasileiro e Português*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL - Universidade Nova de Lisboa, Ano VI, nº 11, 2005;
- **PINHEIRO, Luís de Lima**, *A Clausula de Reserva de Propriedade, Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2006;
- **PROENÇA, José Carlos Brandão**, *Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição*, Separata de Direito e Justiça, Vol. IX, Tomo I, Universidade Católica Portuguesa, 1995;
- **RAMÓN, F. Bonet**, *Código Civil Espanol Anotado*, Aguilar, SA de Ediciones, 1983;
- **ROCHA, Ana Catarina**, *A Clausula 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*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005;
- **SERRA, Adriano Vaz**, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/05/1969*, RLJ (Revista de Legislação e Jurisprudência), ano 103, nº 3429;
- _____, *Efeitos dos Contratos*, BMJ (Boletim do Ministério da Justiça), nº 74;
- **TELLES, Inocêncio Galvão**, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997;
- **VARELA, João de Matos Antunes**, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, 10ª edição, revista e actualizada, 2ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra, Almedina, 2004;
- _____, *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, 7ª edição, 5ª reimpressão da 7ª edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2010;
- **VENTURA, Raul**, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil, efeitos essenciais do contrato de compra e venda: a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*; ROA (Revista da Ordem dos Advogados), ano 43, 1983, III.

.....

JURISPRUDÊNCIA CITADA
(ordem cronológica)

- STJ, de 27/05/1969, RLJ, ano 103, nº 3429, pg. 382;
- Relação do Porto, de 04/02/1971, BMJ 204, pg.196;
- STJ, de 05/02/1991, BMJ 404 (1991), pgs.460-464;
- STJ, de 02/03/1994, CJ/Supremo, II (1994) I, pgs. 132-136;
- Relação de Lisboa, de 23/05/1995, CJ (STJ), 1995, T.III, pg. 113;
- STJ, de 31/01/1996, ROA, ano 56, Jan.1996, pg.321;
- STJ, de 05/03/1996, CJ (STJ), 1996, T.I, pg. 119;
- STJ, de 11/01/2007, CJ (STJ), 2007, I, pg. 25;
- Relação de Lisboa, de 01/02/2007 (relator: Manuela Gomes), www.dgsi.pt;
- Relação de Coimbra, de 22/01/2008 (proc. 2695/06.2YXLSB.C1), www.dgsi.pt;
- Relação do Porto, de 25/06/2009 (Relator: José Ferraz), www.dgsi.pt.

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Acđ	Acórdão
art.	artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
cit.	citada
CJ	Colectânea de Jurisprudência
Dec.Lei	Decreto – Lei
ed.	edição
nº	número
nºs	números
ob.	obra
pg	página
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
sgs.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

ANEXO

<u>Acórdãos TRP</u>	Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
Processo:	259/09.8TJPRT.P1
Nº Convencional:	JTRP00042758
Relator:	JOSÉ FERRAZ
Descritores:	TRESPASSE OBRIGAÇÃO DO TRESPASSANTE PERDA RISCO IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE
Nº do Documento:	RP20090625259/09.8TJPRT.P1
Data do Acórdão:	25-06-2009
Votação:	UNANIMIDADE
Texto Integral:	S
Privacidade:	1
Meio Processual:	APELAÇÃO.
Decisão:	CONFIRMADA.
Indicações Eventuais:	3ª SECCÃO - LIVRO 803 - FLS. 52.
Área Temática:	.
Sumário:	I – Trespasado um estabelecimento comercial, com entrega efectiva do mesmo ao trespasário, o trespasante cumpre a sua obrigação de entrega, passando o risco da perda da “coisa” a correr pelo adquirente. II – Se no trespasse não vai incluída a cedência da posição contratual de arrendatário que o trespasante detinha, a denúncia do arrendamento celebrado pelo trespasário, por vontade do senhorio, não importa impossibilidade superveniente da prestação do trespasante, que já havia entregue o estabelecimento ao trespasário, apesar da reserva de propriedade.
Reclamações:	
Decisão Texto Integral:	Proc. 259/09.8TJPRT - Apelação José Ferraz (479) Exmos adjuntos Des. Amaral Ferreira Des. Ana Paula Lobo Acordam no Tribunal da Relação do Porto 1) – B..... propôs contra a herança aberta por óbito de C....., representada pela cabeça-de-casal D....., a presente acção declarativa alegando: O falecido C..... explorava o estabelecimento comercial denominado “E.....” sito na Rua, r/c, Rio Tinto (1[1]). Em finais do ano 2003, os seus herdeiros manifestaram a pretensão de transmitir por trespasse esse estabelecimento comercial, de “café e snack-bar” ao Autor, tendo este mostrado interessado nessa transmissão (2). Tendo a ré comunicado ao senhorio do local essa pretensão, “este impôs como condição um aumento da renda então em vigor para € 175,00, e tal por meio da celebração de um novo contrato de arrendamento, no sentido – alegava – de obviar a um aumento de renda superior ao das actualizações que a lei então permitia”

(3).

Tendo comunicado essa posição do senhorio “ao aqui A., mais lhe tendo transmitido que, para que ela Ré lhe trespassasse o estabelecimento, o A. teria de previamente ter celebrado com o senhorio o novo contrato de arrendamento, pela referida renda, com início em 2004 - condições que o A. aceitou (5).

“Para os referidos efeitos, o senhorio remeteu à ora R. uma carta, em 2003.12.24, junto com a qual remeteu o «novo» contrato de arrendamento, solicitando a respectiva subscrição (6).

“Contrato esse que a R. apresentou ao A. e que, na execução do ajustado, este subscreveu, tendo consequentemente celebrado, em 2004.01.01, contrato de arrendamento com o proprietário do local, nos termos do qual foi ajustada a renda mensal de € 175,00, e fixado o objecto do arrendamento como sendo o da exploração de um estabelecimento de Café (7).

“Mais ficou a constar do contrato que o prazo do mesmo era de cinco anos, com início no dia da celebração, renovável por iguais períodos se nenhuma das partes o denunciasse, e que o mesmo era celebrado «nos termos do art. 1270 do Decreto-Lei 321-B/90, de 15/10, aditado pelo Decreto-Lei nº 257/95 de 30/09» (8).

“Igualmente na execução do ajustado, por contrato escrito celebrado em 2004.03.15, a aqui Ré trespassou ao Autor o estabelecimento identificado (9).

“Desse contrato ficou, nomeadamente, a constar o seguinte:

- Que o estabelecimento era «trespassado com todos os elementos que o integram designadamente móveis e utensílios, alvarás, licenças e mercadorias, bem como o direito ao arrendamento».

- Que «o Senhorio do estabelecimento acima descrito, teve conhecimento do trespasso por escrito e autorizou-o, abdicando assim do direito de preferência no trespasso que a lei lhe conferia. Entre o segundo outorgante e mo senhorio foi celebrado novo Contrato de Arrendamento, ficando a renda actual mensal de 175,00 Euros (cento e setenta e cinco euros), conforme fotocópias em anexo, ambas as partes assim o concordaram» (10).

“Também ficou a constar do contrato que o preço do trespasso era de € 42.500,00, a serem pagos mediante a entrega imediata de € 4.000,00 e o restante em 77 prestações de € 500,00 cada uma, vencendo-se a primeira em 2004.04.01 e a última em 2010.08.01 (11).

“E que a Ré mantinha a propriedade do estabelecimento até ao integral pagamento do preço pelo Autor” (12).

Desde a data do arrendamento celebrado pelo A. “que o aqui Autor passou a pagar a renda ao proprietário do local, com as actualizações anuais a que este procedeu” (13).

Assim como pagou à Ré a prestação convencionada para a data do trespasso e as prestações mensais a que se obrigara (14).

“Embora tal não tenha constado do texto do contrato de trespasso, as 77 prestações do seu preço foram tituladas por outras tantas letras de câmbio sacadas pela Ré e aceites pelo Autor, com vencimento nas datas em que essas prestações ficaram de ser pagas (15).

“E, mensalmente, o A. foi pagando junto da representante da Ré cada uma das prestações que se foi vencendo, sendo-lhe, de cada vez, restituída por ela a letra de câmbio que a titulava” (16).

“Sucedeu que, por carta registada com aviso de recepção expedida a 2008.03.13, os herdeiros do senhorio do A., atrás referido, comunicaram-lhe, a ele A., que não pretendiam a renovação do arrendamento em questão, que conseqüentemente teria o seu termo em 2008.12.13”[2] (17).

“Face ao contrato de arrendamento atrás referido, o A. não teve outro remédio senão (e diga-se, contra a sua vontade) aceitar a denúncia e entregar o locado ao senhorio - o que efectivamente se viu obrigado a fazer e que fez, em 2008.12.29 (18).

“O A. deu prévio conhecimento à ora Ré de que iria entregar o locado ao senhorio, por força da denúncia operada, por carta registada com a. r., a ela expedia em 2008.12.15 (19).

“Por meio do contrato de trespasse que A. e R. celebraram, esta transmitiu àquele a fruição do estabelecimento comercial que lhe pertencia, reservando para si a respectiva propriedade até ao pagamento integral do preço (20).

“E em tal contrato, a Ré declarou que o trespasse compreendia a transmissão do «direito ao arrendamento», direito esse que todavia era o constante do contrato de arrendamento que foi referido no de trespasse e que a este ficou anexo (21).

“Ou seja, esse direito ao arrendamento podia ser, como efectivamente veio a ser, limitado no tempo, situação que tanto o Autor como a Ré conheciam, da forma referida (22).

“Por força da denúncia do contrato de arrendamento e da conseqüente entrega do locado, o Autor deixou de, contra a sua vontade, poder fruir dele e de explorar o estabelecimento, a partir de Janeiro de 2009 (23).

“O «direito ao arrendamento» que a Ré transmitiu ao A. extinguiu-se pois com a respectiva denúncia por iniciativa do senhorio (24).

“Ou seja, por força dessa denúncia a Ré não mais pôde, a partir da referida data, assegurar ao A. o «direito ao arrendamento», a fruição do local como arrendatário, que com o trespasse lhe transmitira (25).

“Tendo-se tornado impossível tal prestação da Ré, o A. fica desobrigado da contraprestação, ou seja, de pagar as prestações do trespasse que se venceriam a partir de Janeiro de 2009, inclusive (26).

“O A. referiu à Ré que se encontrava desapossado do local objecto do trespasse e que conseqüentemente ele A. ficaria desobrigado de pagar as prestações do preço do trespasse que se vencessem após essa entrega (30).

“O que a Ré afirmou não aceitar, pretendendo inusitadamente receber as prestações vincendas do preço do trespasse, quando, como se disse, não se encontra na possibilidade de, a partir de Janeiro de 2009, assegurar o direito ao arrendamento do local (31).

“Pelo que, pela presente acção, o A. pretende obter sentença que declare que ele não é devedor da Ré das prestações do preço do trespasse que se venceriam desde Janeiro de 2009 a Agosto de 2010, num total, pois, de € 9.500,00” (32).

Termina a pedir:

- a) seja “declarado que o Autor não é devedor da Ré das prestações do preço do trespasse que se venceriam desde Janeiro de 2009 a Agosto de 2010, num total de € 9.500,00”;
- b) seja “a Ré condenada a restituir ao Autor as letras de câmbio que titulam tais prestações”.

Em despacho liminar, o Senhor Juiz, conhecendo do mérito da pretensão, concluiu pela sua inconcludência e indeferiu liminarmente a petição inicial.

2) - Discordando da decisão, apela o autor.

Alegando doutamente, conclui como se segue:

.....
.....
.....
.....

A ré não respondeu ao recurso.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

3) – A matéria de facto a atender é a alegada na petição inicial, reproduzida em 1).

4) – Perante o teor das conclusões de recurso, que delimitam o âmbito do conhecimento, cumpre apreciar:

- se a ré não realizou a sua prestação;
- se a essa prestação se tornou objectivamente impossível e
- se o apelante ficou desonerado da sua contraprestação pela compra do estabelecimento.

5) – Alude o apelante – e com razão – à irregularidade processual do indeferimento liminar[3] (por alegada manifesta inconcludência), despacho liminar não previsto na lei.

Sucedendo que, como expressamente o afirma, o apelante não coloca essa questão (não argui qualquer nulidade), mas apenas ataca a decisão no campo do direito material, do bem fundado do direito invocado (à desoneração do pagamento da restante parte do preço do trespasse, por impossibilidade (objectiva) da prestação ou contraprestação, a cargo da ré, na posição descrita na petição).

5.1) – Das questões suscitadas.

Diz o autor que, por via da denúncia do contrato de arrendamento, pelo senhorio, “a ré não mais pode assegurar ao A. o «direito ao arrendamento», a fruição do local como arrendatário, que com o trespasse lhe transmitira”, tornando-se impossível a prestação da ré (artigos 25 e 26 da petição) e como se encontra “desapossado do local objecto do trespasse ... ficaria desobrigado de pagar as prestações do preço do trespasse que se vencessem após essa entrega”.

Do que expõe na petição, alicerça o direito no facto da ré já não assegurar ao autor o arrendamento (a “fruição” do local como arrendatário).

Como alega o autor, subscreveu um contrato de arrendamento, com início em 01/01/2004, passando a partir dessa data a pagar a renda ao senhorio.

O que era do conhecimento da ré.

O autor “aceitou” as condições para o trespasse, incluindo a celebração de um “novo contrato de arrendamento” (5 da petição).

Em 15/03/2004, o A. celebra o “contrato de trespasse” com a ré. E aquele contrato já fora celebrado com vista ao “trespasse”. Extrai-se da sua (A.) posição que começou a pagar as rendas antes do trespasse.

Da alegação resulta que o contrato de arrendamento que existia na data do trespasse e que foi nele “incluído” (segundo a

alegação) é o celebrado entre o apelante e o senhorio (artigo 10º da petição) e não o que, antes, vinculava a ré. Aspecto sobre que a alegação não permite dúvidas.

O contrato denunciado foi precisamente aquele (não este). Isto, sempre supondo a realidade do alegado.

Na decisão recorrida entendeu-se que a apelada não tinha obrigação de transmitir ao apelante o direito de arrendamento extinto por denúncia (pois não lhe “pertencia”).

Por outro lado, a apelada cumpriu a sua obrigação emergente do contrato (entregou o estabelecimento) que não ficou suspensa E o efeito jurídico, sob condição – a transferência da propriedade, ocorre independentemente de qualquer acto do alienante e depende apenas de actuação do adquirente (pagar o preço).

E não ocorre impossibilidade da prestação da ré porque esta já foi cumprida.

Acrescenta-se, nessa decisão, que se a ré podia transmitir um direito que não era seu (na tese do autor), nunca tendo sido titular do direito denunciado como ainda não o é, continua tal prestação (cedência de direito presentemente alheio) a ser possível, reconduzindo-se a questão a mero incumprimento e não a questão de impossibilidade da prestação.

Verificada a condição, a propriedade do estabelecimento transmite-se desde a data inicial, momento em que a locação existia e no qual a ré entregou o estabelecimento.

Diferente é a tese do apelante doutamente “sintetizada” nas conclusões de recurso.

A ré transmitiu o direito ao arrendamento, ainda que por forma indirecta (acedendo em revogar o contrato anterior e acedendo a que fosse celebrado um novo).

Com a denúncia do arrendamento a prestação da ré tornou-se impossível.

À data da denúncia do arrendamento, a ré ainda não havia cumprido a sua prestação, já que reservara a propriedade até integral pagamento do preço – não transferira a propriedade do estabelecimento.

Se a declaração da ré feita no título de trespasse – que este é feito com os demais elementos que integram o estabelecimento, bem como o direito de arrendamento - era falsa, o contrato era nulo, por venda de coisa alheia, com a consequente desobrigação do apelante de pagar as prestações do preço do trespasse vencidas após a denúncia e entrega do locado.

O trespasse é a “venda” de um estabelecimento comercial como um todo e em globo[4], de que surgem para o trespasante a obrigação entregar a coisa (o estabelecimento) e para o trespasário a de pagar o preço (artigo 879º, als. b) e c), do CC). Por ele transmite-se, definitivamente, o estabelecimento como um todo unitário, que pode incluir o direito ao arrendamento (como um activo do estabelecimento).

O estabelecimento comercial é uma realidade mais vasta e complexa que o local onde é exercida a actividade económica (local que pode nem ser arrendado). Esse local constitui apenas um dos seus elementos corpóreos, de maior ou menor relevância, consoante a sua localização, embora, ao funcionamento do estabelecimento, e como seu elemento integrante, seja indispensável o gozo de um espaço. O estabelecimento configura-se como a “estrutura material e jurídica integrante, em regra, de uma pluralidade de coisas

corpóreas e incorpóreas – coisas móveis e ou imóveis, incluindo as próprias instalações, direitos de crédito, direitos reais e a própria clientela ou aviamento - organizados com vista à realização do respectivo fim”. É esta unidade económica e jurídica, objecto de direito de propriedade, que pode ser trespassada.

Na situação, as partes celebraram um contrato de trespasse, com vista à transferência da titularidade do estabelecimento para o autor.

Sujeitaram a transferência da propriedade ao prévio pagamento do preço do trespasse, isto é, o estabelecimento foi vendido com reserva de propriedade a favor da trespassante até que o preço fosse integralmente pago (artigo 409º/1 do CC).

Diz-se na cláusula 2ª do contrato que o “estabelecimento é também trespassado com todos os elementos que o integram designadamente móveis e utensílios, alvarás, licenças e mercadorias, bem como o direito de arrendamento” (cláusula tabelar).

Como já se referiu e é alegado, o arrendamento subjacente ao concreto trespasse é o celebrado entre o autor e o senhorio (e não o que vigorava entre a “ré” e o trespassante – até porque se fosse este, não haveria este dissídio) e é esse arrendamento que foi denunciado pelo senhorio. É o que inequivocamente se extracta da petição e da cláusula 3ª “entre o segundo outorgante” (o apelante) “e o senhorio foi o celebrado um novo contrato de arrendamento, ficando a renda actual mensal de 175,00 euros ... conforme fotocópias em anexo, ambas as partes assim o concordaram”.

Se ao funcionamento do estabelecimento (no caso, um estabelecimento de café) é indispensável o gozo de um espaço/prédio, esse gozo, pelo trespassário (apelante), assenta já no contrato que este celebrou – com início em 1/1/2004 (segundo alega e o documento que o titula refere) - com o senhorio e não no arrendamento pretérito que tinha como inquilina a “ré” que não foi englobado no trespasse (antes se extinguiu por vontade das partes nesse contrato). Portanto, a ré não transmitiu a sua posição contratual de arrendatária.

Ambas as partes (no trespasse) bem sabiam que não era transmitido o antigo arrendamento, até porque já havia sido celebrado novo contrato que vigorava entre o autor e o senhorio, com que a ré concordou. Claro que a execução (que não a celebração) do novo contrato dependia do acordo da ré (de contrário, era-lhe inoponível, não podendo o gozo da coisa ser efectivamente cedido a outrem sem o seu consentimento).

Querendo as partes reportar-se ao novo arrendamento, na base do qual o apelante passou a fruir o imóvel, não podia este ser englobado no trespasse, pois que nele não era parte a ré.

Mas isso não torna nulo o trespasse até porque o estabelecimento pertencia ré, que não “vendeu” coisa alheia (sempre em consideração do exposto na petição). A referência à inclusão do arrendamento no trespasse (cláusula 2ª), porque o novo contrato teve a aceitação da ré (e só assim o autor podia passar a gozar o local por via do arrendamento que celebrara) significa isso mesmo – a aceitação de que o autor passasse a fruir a coisa por força desse novo contrato (e não daquele em que a ré era arrendatária), ficando revogado tacitamente o anterior, com a entrega do arrendado ao apelante. E o estabelecimento

passava a incluir, como elemento integrante, o novo arrendamento. Não que a ré ou ambas as partes quisessem fazer declaração falsa ou desconforme com a realidade (que a ré transmitia a posição de arrendatária que não tinha); simplesmente poderão ter-se exprimido em termos deficientes. Qualquer desconformidade entre o elemento literal e a realidade ou vício algum das declarações não é sequer invocado como causa da pretensão do autor.

Os factos alegados (suposto integralmente provados) não permitem afirmar má fé da ré nas negociações e execução do contrato, uma actuação que levasse o autor ao engano ou até a uma falta de cautela na celebração do novo contrato “a prazo”, quando para a transmissão da posição contratual pelo trespasse não é exigida a autorização do senhorio (artigo 115º/1 do RAU – aplicável à data do trespasse), podendo continuar vigente o que vigorava anteriormente ao trespasse (como o A. diz no artigo 4º da petição), que teria evitado a situação de desconforto do apelante.

Sabido é que os contratos só vinculam as partes (artigo 406º/2 do CC); só emergem efeitos para terceiros nos casos previstos na lei. Os efeitos obrigacionais do arrendamento apenas vinculam as partes nesse contrato.

Resulta já suficientemente claro que a ré não cedeu, por via ou efeito do trespasse, a sua posição de arrendatária; o contrato denunciado é o celebrado com o autor, a que a ré é “estranha”, independentemente de à celebração do novo contrato não ser estranha a posição de aceitação da ré (como decorre da petição inicial - arts. 3, 5 e 6). Mas daí não pode concluir-se que transmitiu qualquer posição de arrendatária nem o que se alega indicia que a celebração de novo contrato obedece a estratégia da ré para trespassar o estabelecimento. Segundo se afirma, foi uma conveniência do senhorio com que o autor/apelante concordou.

A aceitação da cessação do contrato em vigor, para permitir o arrendamento ao autor não equivale, nem directa nem indirectamente, à transmissão de um arrendamento em que não se é parte. Se fosse transmitida a posição contratual da ré (arrendamento pretérito), não estaria sujeito à denúncia que determinou a extinção da relação contratual estabelecida entre o autor e o senhorio.

A impossibilidade da prestação alegada pelo apelante está no facto da apelada não poder assegurar-lhe o gozo do local (que não se pode confundir com o estabelecimento comercial que nele funciona) como arrendatário.

Porém, não sendo parte no contrato de arrendamento denunciado, e não tendo cedido (pelo trespasse) a sua posição contratual em que era arrendatária, a ré a nenhuma prestação se vinculou (emergente do arrendamento) que se tornasse (objectivamente) impossível.

A ré realizou a sua prestação – entregou o estabelecimento ao autor que passou a explorá-lo como “proprietário”, a deter o seu gozo e fruição sem qualquer limitação.

Porque não incluída no trespasse a posição contratual de arrendatária da ré, esta não se obrigou a proporcionar ao autor a utilização do local arrendado como arrendatário.

Não consta que algum dos elementos integrantes do estabelecimento “trespasados” (não incluído o arrendamento) tenha perecido por qualquer causa.

Entregando o estabelecimento – que existia íntegro à data da traditio - ao autor, que o passou a explorar, a ré cumpriu a obrigação a que se vinculou.

Situando a impossibilidade (superveniente) na inviabilidade da ré proporcionar esse gozo do arrendado e, conseqüentemente, a pretensão de desoneração da sua contraprestação nessa impossibilidade (artigo 795º/1 do CC), porque inexistia tal obrigação da ré, não existe obrigação não cumprida que se tenha tornado impossível.

Concorda-se, assim, com a posição exposta na decisão impugnada.

Como se concorda que a ré cumpriu a sua obrigação.

Do contrato decorrem dois efeitos obrigacionais principais – a entrega da coisa (pelo vendedor/trespasante) e o pagamento do preço (pelo comprador/trespasário) (artigo 879º, als. b) e c), do CC).

Decorre da posição do autor, vertida na petição, que a ré cumpriu a sua obrigação, pois entregou o estabelecimento ao A., que passou a explorá-lo, a “possuí-lo”, a retirar dele todas as utilidades. Com a entrega do estabelecimento ao apelante, a ré cumpriu o dever de entrega do estabelecimento (que existia nas condições acordadas no trespasse). A nenhuma outra prestação positiva se vinculou nem a “perda” do gozo do locado foi obra da ré ou consequência de actuação desta em prejuízo da fruição do estabelecimento pelo apelante.

Com este entendimento não contende o facto do trespasse ser celebrado com reserva de propriedade. A reserva (que tem uma função meramente de garantia) tem a ver com o efeito real (essencial) do negócio, com a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito (que, nos contratos reais quod effectum, é mero efeito do contrato – artigo 408º do CC).

A reserva de propriedade visa essencialmente assegurar os efeitos resolutivos do negócio (restituição da coisa), a oponibilidade “erga omnes” da resolução (que venha eventualmente a ter lugar). A reserva não impede que a posse seja transmitida ao trespasário com a tradição do estabelecimento e, nesta situação, este passa a deter os poderes de gozo e disposição do direito de propriedade, ‘cabendo à propriedade reservada do alienante apenas a titularidade abstracta’ desse direito[5].

Por via da reserva de propriedade, o efeito translativo – efeito directo e definitivo que resulta do contrato – é transferido para momento posterior (logo que esteja pago o preço do trespasse), não se produz imediatamente.

Mas esse diferimento da transferência da titularidade («abstracta») do direito não importa uma obrigação autónoma a cumprir em momento posterior; a transmissão do direito, nessa situação, não constitui o cumprimento de obrigação nem depende de qualquer acto do vendedor. Produz-se automaticamente praticado o facto de que depende – o pagamento do preço.

Esse diferimento da transferência da titularidade do direito não constitui nem importa a suspensão do cumprimento das obrigações que do contrato emergem para o vendedor (no caso, trespasante). Se o estabelecimento foi entregue, em execução do trespasse, ao trespasário (não se questionando a existência de todos os elementos que o integravam, a realidade económica e jurídica trespasada, aquando da entrega), a

prestação do trespassante ficou cumprida, pelo que, na data da denúncia do arrendamento celebrado pelo apelante, a prestação da ré não se encontrava por cumprir, mas cumprida, o que inviabiliza a conclusão pela impossibilidade superveniente da prestação.

O recurso não pode proceder.

Não é de afastar “culpa” do autor na “perda” do gozo do local onde funcionava o estabelecimento. Quando celebra um contrato sujeito a um prazo de duração efectiva (artigo 117º/1 do RAU), bem sabe que pode ser denunciado, na situação, ainda antes do decurso do prazo para o pagamento integral do preço do trespasse, e quando tal poderia não suceder, na continuação da vigência do arrendamento pretérito (a que o senhorio não poderia opor-se), não deixa de actuar com alguma imprudência ou de assumir o risco daquela “perda”.

Seja como for, a ré não se vinculou à prestação – proporcionar gozo do local como inquilino – que o apelante diz ter-se tornado impossível.

5.2) – Vem o apelante alegar que, à data da denúncia do arrendamento, a prestação da ré “não se encontrava ainda cumprida pois que (...) mantinha a propriedade do estabelecimento até ao integral pagamento do preço pelo Autor, (...) o Autor tinha a posse e fruição do estabelecimento, mas não a respectiva propriedade, que a Ré reservara para si até esse integral pagamento”; “a transmissão da propriedade do estabelecimento ficou submetida à condição suspensiva do pagamento integral do preço, daí que a prestação da Ré não se encontrava ainda cumprida à data da denúncia pelo senhorio – apenas o estaria, extinta por cumprimento, com a transmissão efectiva da propriedade” (conclusões 20 e 21).

A observação feita não tem a ver com o cumprimento da obrigação que, de facto, já estava cumprida, mas só com a produção do efeito translativo da titularidade do direito de propriedade que, como já se adiantou, não depende de qualquer conduta do trespassante, do cumprimento por este de uma qualquer obrigação, mas somente da actuação do trespassário, isto é, do pagamento do preço que este deve efectuar.

A questão, como se ventila na decisão de que se recorre, teria a ver com a impossibilidade da produção desse feito translativo por perecimento da coisa (que, nos limites da alegação, se reduziria ao direito ao arrendamento, e não ao estabelecimento comercial, como uma unidade integrante de vários elementos corpóreos e incorpóreos).

Portanto, quem deve suportar o risco da perda da coisa.

Os factos alegados permitem afirmar que a “perda” do gozo do local arrendado não pode ser imputável à ré trespassante, daí que o risco corre pelo adquirente (artigo 796º/1 do CC).

Mas, a entender-se a venda sujeita a condição suspensiva, esse risco recaía (ou podia recair) sobre o alienante (que continua a deter o domínio da coisa) – nº 3 (ine fine) daquele artigo.

O pagamento do preço não pode ser visto como condição (acontecimento futuro e incerto – artigo 270º do CC), cláusula acessória, elemento accidental do negócio, exterior aos elementos constitutivos do negócio e aos seus efeitos típicos. O preço é elemento essencial do negócio e o seu pagamento é uma obrigação e não uma condição (um ónus para se obter algo)[6]. O pagamento não significa a verificação de condição alguma a que as partes subordinaram a produção de determinado efeito do

negócio, mas antes o cumprimento da obrigação principal do comprador.

Como ensina Luís Menezes Leitão[7] a solução de que é o “vendedor, na venda com reserva de propriedade, suporta o risco pela perda ou deterioração da coisa, mesmo após a entrega ao comprador é claramente inaceitável, uma vez que a partir da entrega, o comprador fica já integralmente investido nos poderes de uso e fruição da coisa, servindo a manutenção da propriedade no vendedor apenas para assegurar a recuperação do bem, em caso de não pagamento do preço”, diríamos antes, em caso de resolução do contrato por falta de pagamento do preço.

O risco deve correr por conta de quem beneficia do direito e, não há dúvida de que, a partir da entrega do bem ao comprador é este que beneficia do direito (que, como já se referiu, passa a deter o ‘conjunto de poderes de gozo e de disposição que correspondem ao conteúdo do direito de propriedade, cabendo à propriedade reservada do alienante a titularidade abstracta desse direito”). Daí que o risco da perda da coisa, a partir da entrega, corre por conta do comprador, não ficando desonerado do pagamento do preço. Nesta situação, o alienante também corre um risco, pois que perdendo-se a coisa, perde a garantia

Ainda, neste entendimento, se a perda do gozo do locado implicasse a perda do estabelecimento, a pretensão do autor (de desoneração do pagamento do preço) não procederia, como não procede o recurso.

Conclui-se – trespassado um estabelecimento comercial, com entrega efectiva do mesmo ao trespassário, o trespassante cumpre a sua obrigação de entrega, passando o risco da perda da “coisa” a correr pelo adquirente.

- se no trespasse não vai incluída a cedência da posição contratual de arrendatário que o trespassante detinha, a denúncia do arrendamento celebrado pelo trespassário, por vontade do senhorio, não importa impossibilidade superveniente da prestação do trespassante, que já havia entregue o estabelecimento ao trespassário, apesar da reserva de propriedade.

6) - Pelo exposto, acorda-se neste tribunal da Relação do Porto em julgar a apelação improcedente e confirmar a decisão recorrida.

Custas pelo apelante.

Porto, 25 de Junho de 2009
José Manuel Carvalho Ferraz
Nuno Ângelo Rainho Ataíde das Neves
António do Amaral Ferreira

[1] Entre parênteses o respectivo artigo da petição.

[2] Quer dizer “2008.12.31”, como consta do documento que cita (doc. 04 junto com a petição).

[3] Não se detecta justificado motivo para suprimir etapas do processo, legalmente previstas.

[4] Ver Ferrer Correia, em “Lições de Direito Comercial”, Lex, 134.

[5] Ver Luís Lima Pinheiro, em “A Cláusula de Reserva de Propriedade”, 115.

[6] Ver Luís Menezes Leitão, em “Direito das Obrigações”, I, 4ª Ed., 189; Ana Maria Peralta, em “A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade”, 140/1481, e Gabriela Figueiredo Dias, “Reserva de Propriedade”,

em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil, III, Direito das Obrigações, 426/428. [7] Em ob. cit., 189/190 e em “Garantia das Obrigações”, 2ª ed., 263; ver Luís Lima Pinheiro, ob. cit., 47 e 53.



Índice

	Pgs.
Plano	2
I - Introdução	4
II - A problemática do Risco	
1 - A teoria do risco – <i>res perit domino</i>	6
2 - O risco no âmbito do contrato de compra e venda com reserva de propriedade	7
2.1 - A qualificação tradicional da doutrina	9
2.2 - Perspectivas jurídicas internacionais	9
3 - O tipo de contrato previsto no art. 409º do Código Civil	11
3.1 - A distribuição do risco nas diferentes perspetivas doutrinárias da qualificação jurídica da cláusula de reserva de propriedade	12
3.1.1 - A qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como contrato a termo suspensivo	12
3.1.1.1 - Crítica à qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como contrato a termo suspensivo	14
3.1.2 - A qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como contrato sob condição	14
3.1.2.1 - A tese da condição resolutiva	15
3.1.2.2 - A tese da condição suspensiva	17
3.1.2.2.1 - Objecões à tese da condição suspensiva	19
3.1.2.3 - Críticas à natureza condicional da cláusula de reserva de propriedade	21
3.1.3 - Qualificação do contrato de compra e venda com reserva de propriedade como sendo um contrato típico	22
3.2 - A distribuição do risco face à função de garantia patente na cláusula de reserva de propriedade	25
3.2.1 - A atipicidade da cláusula	25
3.2.2 - A aplicação da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador/mutuante...	27
3.2.2.1 - A responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa alienada	30
3.2.3 - O risco a cargo de ambos os outorgantes do contrato de compra e venda com reserva de propriedade	31
3.3 - O risco a cargo do comprador em virtude da obrigação assumida na celebração do contrato de compra e venda com reserva de propriedade	32
III – Conclusões	38
Lista de Bibliografia	44
Lista de Jurisprudência	46
Lista de Abreviaturas e Siglas	47
Anexo	48
Índice	59