

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

Pelo Prof. Doutor Raul Ventura

SUMARIO

I — A TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE DA COISA
OU DA TITULARIDADE DO DIREITO

1. Compra e venda real e compra e venda obrigacional. Generalidades.
2. O carácter real ou obrigacional da compra e venda no direito português.
3. Transmissão da propriedade na venda de coisa determinada.
4. Transmissão da propriedade na venda de coisa indeterminada.
5. Venda com reserva de propriedade.

II — A OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR A COISA

6. Efeitos essenciais e elementos essenciais do contrato de compra e venda.
7. Afastamento convencional da obrigação de entregar a coisa.
8. Justificação da obrigação de entregar a coisa.
9. Modos de entrega da coisa.
10. Natureza jurídica da entrega da coisa.
11. Estado da coisa a entregar.

12. Extensão da obrigação de entregar a coisa.
13. Lugar e tempo da prestação de entrega da coisa.
14. Falta de cumprimento da obrigação de entrega da coisa.
15. A obrigação de entregar a coisa na venda comercial.

I — *A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito*

1. É tradicional distinguir dois tipos de venda: a venda obrigatória e a venda real (vide Galvão Teles, *Venda obrigatória e venda real*, na Rev. Fac. Dir. Lisboa, ano V, págs. 76 e segs.; *Contratos Civis*, no BMJ, vol. 83). Deixando agora o direito romano, no qual a *emptio venditio* creava uma obrigação do vendedor, nos direitos modernos, costuma apresentar-se como protótipo da venda obrigatória a venda regulada pelo Código Civil alemão (e aceite noutros direitos, como o espanhol e o brasileiro).

No direito alemão, a compra e venda é um contrato bilateral pelo qual uma das partes se obriga à prestação duma coisa ou de um direito e a outra a uma contraprestação em dinheiro. Do contrato nascem, pois, duas obrigações a cargo de cada uma das partes, tendo por objecto duas prestações, a de entregar a coisa (ou direito) vendido e a de pagar o preço.

Nessa concepção, a compra e venda é sempre um negócio totalmente obrigacional, pois em caso algum deixa de existir a obrigação de entregar a coisa, ou se efectua, pelo contrato e em vez da dita obrigação, a transmissão da propriedade da coisa. A doutrina dominante destaca essas duas obrigações mesmo na chamada venda manual ou natural, em que, sem qualquer aparente convenção prévia, são simultaneamente trocados coisa e preço; haverá nesse caso uma convenção tácita (resultante das próprias entregas efectuadas) de vinculação das partes, sendo as duas obrigações logo cumpridas; consequências desta construção, por exemplo, é a obrigação de o comprador pagar o preço em moeda boa, no caso de ter feito uma primeira entrega de moeda falsa (e não apenas uma obrigação de restituir reciprocamente as prestações recebidas) e o ónus

da prova do pagamento, como cumprimento duma obrigação, continuar a caber ao comprador.

A doutrina italiana organizou uma classificação de contratos, num dos termos da qual consegue juntar as chamadas compra e venda real e compra e venda obrigacional. Distingue ela *contratos translativos* e *contratos meramente obrigacionais*. Os contratos translativos transferem um direito (real ou de outra natureza) ou constituem um direito real limitado; os efeitos dos contratos meramente obrigatórios são constituídos sempre e somente por obrigações. Os contratos translativos comportam uma sub-divisão em *contratos reais* e *contratos obrigatórios*; nos primeiros a transmissão do direito ou a constituição do direito real limitado produzem-se por simples efeito do consenso manifestado no contrato; nos segundos, a transmissão do direito exige o prévio cumprimento duma obrigação nascida do contrato. Permitir a existência dos termos da classificação principal e estabelecer a ordem de importância — regra e excepção — dos dois termos da divisão, é função de cada sistema jurídico.

Usámos acima uma frase ambígua, relativamente aos contratos translativos obrigacionais: «a transmissão do direito exige o prévio cumprimento duma obrigação nascida do contrato», quando parecia mais simples dizer «o direito transmite-se por um acto de cumprimento duma obrigação nascida do contrato». Para se compreender o mecanismo do que hoje se chama «venda obrigatória» é necessário penetrar um pouco mais no pensamento da doutrina italiana.

No domínio do anterior Código Civil, algumas vozes isoladas sustentavam a natureza *obrigatória* do contrato de compra e venda, afastando *sempre* a sua natureza real. Fê-lo, por exemplo, Gorla, *La compravendita*, passim, para quem são nitidamente separados o *acto translativo* — que é o acto de disposição do direito, quer mediante transmissão quer mediante oneração, conforme a sucessão for translativa ou constitutiva — e o contrato — negócio obrigatório sinalagmático, conceptualmente distinto daquele acto. Não interessam agora os fundamentos desta opinião, salvo lembrar que o CC de 1865 definia

a compra e venda como um contrato pelo qual um se obrigou a «dare» uma coisa e outro a pagar um preço.

No actual Código Civil italiano, o art. 1470.º define a venda como «o contrato que tem por objecto a transferência da propriedade duma coisa ou a transferência de um outro direito mediante a contrapartida de um preço» e o art. 1476.º enumera entre as obrigações do vendedor «quella de fargli acquistare la proprietá della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto». A aquisição da propriedade da coisa ou do direito pode ser efeito immediato do contrato nos termos do art. 1376.º: «Nos contratos que têm por objecto a transferência da propriedade de uma coisa determinada, a constituição ou a transferência dum direito real ou a transferência de um outro direito, a propriedade e o direito transmitem-se e adquirem-se por efeito do consenso das partes legitimamente manifestado».

Perante estes textos, a doutrina moderna italiana reconhece em regra a natureza real da venda, mas admite a existência excepcional de casos de venda obrigatória. A dificuldade reside em saber precisamente em que consiste neste caso o carácter obrigatório da compra e isso depende em grande parte da interpretação da citada alínea do art. 1476.º.

Passando a vista pelos casos que em Itália são qualificáveis como «vendas obrigatórias» e apreciando quanto a cada um deles o facto determinante da transferência da propriedade sobre a coisa, verifica-se que eles podem ser actos do vendedor, actos de outras pessoas, simples factos. Isto basta para demonstrar que nas vendas obrigatórias nem sempre a transmissão do direito é operada por um *acto dispositivo* do vendedor — vejam-se os actos de outras pessoas e os simples factos — e faz presumir que, nos casos em que intervem um acto do vendedor, este não tem carácter dispositivo do direito.

Atingido este ponto, surgem naturalmente duas questões: o papel relativo do contrato e do subsequente acto ou facto e o conteúdo da obrigação do vendedor nas chamadas vendas obrigacionais.

Haverá que começar por duas observações prévias: A primeira respeita aos contratos de venda sob condição suspensiva e consiste em notar que esta não é venda obrigacional; a con-

dição suspensiva incide sobre todo o contrato, suspende os seus efeitos (ressalvados os chamados efeitos prodrómicos), mas não altera a natureza do contrato, que continua a ser de venda real ou de venda obrigacional conforme as estipulações das partes, a que a condição suspensiva acresce. A segunda incide sobre o carácter completo do contrato de venda obrigacional, pelo menos em regra. Pode suceder que um contrato de venda obrigacional — por ex., o contrato de venda de coisa futura — seja um contrato incompleto, por lhe faltar um elemento; agora observa-se que o facto de a venda ser obrigacional não pressupõe que o contrato seja incompleto, pois existem todos os seus elementos no momento da celebração e a especialidade respeita apenas aos efeitos estipulados.

Ora essa especialidade consiste em ser criada, pelo contrato, uma fase intermédia entre a celebração daquele e o momento em que a transmissão do direito se opera, fase essa de natureza obrigacional. Não de natureza *meramente* obrigatória, na classificação de contratos acima referida, mas de natureza obrigatória compatível com a atribuição do efeito translativo ao próprio contrato; nas palavras de um autor, «por isso também agora (isto é, na venda obrigacional), o trespassse do direito é efeito unicamente do contrato, somente agora não basta o simples consenso, mas é necessário também que em seguida se verifique um ulterior facto».

Admitida a fase intermédia, de natureza obrigacional, passa essa doutrina a determinar o conteúdo da obrigação assumida pelo vendedor. Numa das formulações, essa obrigação pode ter um conteúdo duplo; nuns casos, mas não sempre, o vendedor assume a obrigação de praticar o acto que tornará o comprador proprietário da coisa ou do direito vendido; *sempre* tem essa obrigação como conteúdo fazer o comprador adquirir o direito ou a coisa no estado de consistência jurídica e material em que se encontrava no momento do contrato, conteúdo este em parte negativo — abstenção pelo comprador dos actos que contrariem esse dever — e, conforme os casos, pode ter também um conteúdo positivo: defesa activa contra eventos que possam lesar a referida consistência.

2. O nosso antigo Código Civil definia, no art. 1544.º, a compra e venda como o contrato em que um dos contraentes se obriga a entregar certa coisa, e o outro se obriga a pagar por ela certo preço em dinheiro. Inspirara-se no art. 1582.º do Código Civil francês e, assim como este sofria, da parte de alguns comentadores, pressões para se aproximar melhor de uma venda obrigacional (Planhol, *Traité*, vol. X, pág. 2), o artigo português era «corrigido» por alguns para ser lido como «o contrato em que um dos contraentes transfere a propriedade de uma coisa ao outro contraente» (Cunha Gonçalves, *Tratado*, Vol. VIII, pág. 328).

Apesar da letra do art. 1544.º, era sólida a opinião generalizada, no sentido de, pelo menos em regra, a compra e venda ser um contrato de natureza real *quoad effectum*. Para isto eram decisivos os arts. 715.º e 1549.º; o primeiro dispunha que «nas alienações de coisas certas e determinadas, a transferência da propriedade opera-se entre os contraentes, por mero efeito do contrato, sem dependência de tradição ou de posse, quer material, quer simbólica, salvo havendo acordo das partes em contrário» e a 1.ª parte do segundo: «A coisa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contrato é celebrado».

Comparando os textos legais hoje vigentes em Portugal com os textos legais italianos, verificamos:

— O art. 408.º, n.º 1, português coincide substancialmente com o art. 1376.º, mas o nosso termina com a frase «salvas as excepções previstas na lei», que não se encontra no italiano.

— O Código Italiano, nos arts. 1377.º e 1378.º precisa os momentos de transmissão em duas hipóteses: transferência duma massa de bens e transferência de coisa determinada só no género; o art. 408.º, n.º 2, português, trata também da transferência em certas hipóteses especiais.

— Tanto na definição legal portuguesa de compra e venda como na definição italiana de venda não aparecem referências a *obrigação do vendedor* quanto à transferência da coisa ou do direito vendido.

— O art. 879.º português enumera os efeitos essenciais da compra e venda e entre estes coloca «A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito» e «A obrigação

de entregar a coisa»; o art. 1476.º menciona três obrigações do vendedor, sendo a primeira a de entregar a coisa ao comprador e a segunda a de «fargli acquistare» a propriedade da coisa ou o direito, se a aquisição não for efeito imediato do contrato.

O art. 408.º, n.º 1, não é claro em vários aspectos. Em primeiro lugar, exige que o interprete supra a omissão do legislador quanto à espécie de contrato a que se refere. Como inverteu a ordem de redacção do art. 1376.º italiano, «contrato» aparece sem qualquer outra qualificação, mas tem de se entender tratar-se de contratos cujo objecto consista na constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada.

Em segundo lugar, o adjectivo «mero», que por sua vez influencia o entendimento da ressalva final. Se tomarmos o adjectivo «mero» como um simples reforçativo, teremos que a constituição ou transferência de direitos reais dá-se *por efeito do contrato* e as excepções ressalvadas são aqueles casos em que a constituição ou transferência *não se dá* por efeito do contrato, ou seja, que um contrato cujo objectivo consista na constituição ou transferência de direito real sobre coisa determinada pode não produzir, como seu efeito, tal constituição ou transferência, casos esses em que logicamente será necessário um outro acto constitutivo ou translativo (hipótese, por exemplo, da venda obrigacional, no seu estricto sentido).

Se, pelo contrário, tentarmos dar ao adjectivo «mero» algum significado útil, ele servirá para vincar que nos contratos com o referido objecto, a regra é a constituição ou transferência do direito *unicamente* por efeito do contrato, de modo que as excepções podem consistir em o referido efeito ser produzido pelo contrato *mas não só por ele*, isto é, não será efeito *mero* do contrato, mas será *feito do contrato*, acompanhado por algum outro acto ou facto.

O adjectivo «mero» já vem do art. 715.º do antigo Código, mais aí contrapunha-se à dependência de tradição ou de posse, que era afastada; mero efeito do contrato porque a transferência da propriedade não estava dependente de tradição ou de posse. Mantida a palavra «mero» no art. 408.º, n.º 1, mas desapparecida a referência à tradição ou posse, ou aceitamos que ela se manteve com a antiga função, apesar de a necessidade de

tradição ou posse já não acorrer ao espírito de ninguém, ou lhe damos uma função actual consistente em ligá-la com o n.º 2 do mesmo artigo, o qual especifica os momentos de transferência de coisas de características especiais. Como no n.º 2 havia de dizer quando, nessas hipóteses especiais, se verifica a transferência, o n.º 1 introduz essas excepções, em que necessário é algo mais do que o contrato. E note-se que o n.º 2 tem o cuidado de evitar a ligação *genética* da transferência aos factos nele previstos; *quando* a coisa for adquirida ou determinada e *no momento* da colheita ou separação são expressões temporais, não impeditivas de que a criação do efeito se reporte ao contrato.

Perante os citados textos do actual Código Civil justifica-se a convicção com que a moderna doutrina afirma a natureza *real* do contrato de compra e venda.

Designadamente a categórica afirmação do art. 879.º no sentido de a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito constituir efeito essencial da compra e venda acarreta, em primeiro lugar, não serem qualificáveis como compra e venda os contratos em que tal transmissão não constitua objecto da vontade contratualmente manifestada; em segundo lugar mostra que a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito é um efeito do contrato.

Importa, contudo, verificar se realmente essa regra se confirma naqueles casos que a doutrina italiana qualifica como vendas obrigatórias, pelos motivos acima indicados.

Na venda da coisa futura, pode aceitar-se que a transmissão da propriedade para o comprador é efeito do próprio contrato, pois ela ocorre «quando a coisa for adquirida pelo alienante» (art. 408.º, n.º 2) e o vendedor apenas está obrigado a exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos (art. 880.º, n.º 1).

Na venda de coisa indeterminada, a determinação da coisa acarreta a transmissão da propriedade (art. 408.º, n.º 2) e essa determinação pode ser feita por um acto do vendedor (art. 539.º), mas basta ver a possibilidade de a concentração se operar por outros meios (arts. 541.º e 542.º) para se compreender que o acto de concentração pelo vendedor tem a natureza não trans-

lativa dos outros modos de concentração. *Mutatis mutandis*, para as vendas em alternativa.

Na venda de bens alheios, logo que o vendedor adquira por algum modo a propriedade da coisa ou o direito vendido, o contrato torna-se válido e a dita propriedade transfere-se para o comprador (art. 895.º). O vendedor pode estar obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido (art. 897.º), mas mesmo nesse caso ele não tem a obrigação de transmitir e o comprador adquire como efeito do contrato.

Na venda com reserva da propriedade (art. 409.º), a transmissão pode estar dependente dum acto do comprador (o pagamento do preço) mas não de acto do vendedor e só o contrato pode ter tido por efeito a dita transmissão.

Reafirmada a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito vendido por efeito do contrato, embora nem sempre no momento do contrato, pode perguntar-se se tem cabimento falar, entre nós, em casos de venda obrigatória. Isto, em primeiro lugar, leva a inquirir se é ou não possível, em Portugal, criar, por vontade das partes, uma venda obrigatória propriamente dita e a resposta deve ser negativa. Tal hipótese não se enquadra na parte final do art. 408.º, n.º 1, porque esta se refere a excepções previstas na lei e não excepções criadas pelos contraentes.

Um contrato que torne translativo da propriedade um acto dispositivo do vendedor não pode ser qualificado como compra e venda, porque o esquema desse contrato seria: «o vendedor obriga-se a praticar um acto cuja intenção e efeito será a transmissão da propriedade da coisa» e desde que o acordo constitutivo dessa obrigação não transmite a propriedade, falta o efeito essencial da compra e venda referido no art. 879.º, alínea *a*).

Em segundo lugar, deve-se investigar se, no nosso direito, existe alguma obrigação com o conteúdo igual ou semelhante ao da obrigação de fazer adquirir a propriedade, estabelecida no direito italiano. Já vimos que o art. 879.º não refere como efeito essencial do contrato (nem o Código enumera obrigações do vendedor) a obrigação de fazer adquirir a propriedade pelo comprador, salvo quando essa aquisição se processe por efeito

imediatamente do contrato e, portanto, esta obrigação não está expressamente estabelecida pela lei. Isto não significa, todavia, que nalguns casos não nasçam do contrato especiais obrigações do vendedor, como a de exercer as diligências necessárias para que o vendedor adquira a coisa vendida como futura, a de concretizar coisas vendidas como indeterminadas, a de adquirir, nos casos de venda de coisa alheia a comprador de boa fé, a propriedade da coisa ou o direito vendido. E é evidente que estas obrigações do vendedor tendem ao mesmo fim: tornar possível a aquisição da coisa pelo comprador. Por outro lado, não podem ser pura e simplesmente esquecidas as obrigações de carácter mais geral, de conteúdo negativo e de conteúdo positivo, referidos pela doutrina italiana, embora seja duvidoso se estas não são complemento da obrigação de entrega ou até não são absorvidos por esta.

De tudo quanto fica dito pode concluir-se que no nosso direito não há vantagem alguma em separar casos de venda real e casos de venda obrigatória. Além dos perigos de confusão com a venda obrigatória em sentido estricto, o realce dado às obrigações assumidas pelo vendedor em certos casos não é coerente com as indicações fornecidas pelo Código quanto aos efeitos essenciais da compra e venda.

3. Já acima ficou interpretado, sob vários aspectos, o art. 408.º, n.º 1 do Código Civil, na parte aplicável à transferência da propriedade de coisa determinada vendida.

Resta olhar a frase final «salvas as excepções previstas na lei». O art. 1376.º Codice Civile italiano, no qual o nosso artigo se inspirou, não refere excepções, mas não é de condenar o cuidado do legislador português, alertando logo o intérprete para a possível existência de excepções legais.

Assim, ao cuidado do legislador deve o intérprete corresponder com a investigação das excepções previstas na lei, trabalho a que não nos dedicaremos por agora.

Mais nos interessa notar que, abrindo ao princípio da transferência por mero efeito do contrato «as excepções previstas na lei», o legislador proíbe as excepções previstas nos contratos, donde se poderia concluir — apressadamente — que a vontade

das partes nenhuma relevância tem para afastar aquele princípio.

Também já acima vimos alguns limites da autonomia contratual nesta matéria. Agora, queremos apenas notar que, barrendo formalmente as exceções contratuais à regra estabelecida no art. 408.º, n.º 1, o Código vem *indirectamente* a abrir-lhes generosa porta no art. 409.º, n.º 1.

Considerada lícita, nos contratos de alienação, a reserva de propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte *ou até à verificação de qualquer outro evento*, está aberta à regra do art. 408.º, n.º 1, uma *excepção legal* e através dela penetra a vontade das partes até onde lho permitir a interpretação da palavra «evento» (vide adiante, Venda com reserva de propriedade).

No Código Civil italiano, ao artigo 1376.º correspondente ao nosso art. 408.º, segue-se um artigo dedicado à transferência de uma massa de coisas — art. 1377: «Quando objecto da transferência é uma determinada massa de coisas, ainda que homogêneas, aplica-se a disposição do artigo precedente, embora, para determinados efeitos, as coisas devam ser contadas, pesadas ou medidas».

Tratámos da venda em massa a propósito da venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição e agora só importa notar que, sendo essa venda tratada como uma *venda de coisa determinada*, a falta entre nós de disposição legal expressa não impede que a transmissão da propriedade se opere nos termos do art. 408.º, n.º 1.

4. Comparando o nosso art. 408.º, n.º 2, com o art. 1378.º 1.º tr., italiano, nota-se antes de mais que o nosso legislador reuniu num só preceito a transmissão de coisas futuras e de coisas indeterminadas, enquanto o italiano só às últimas se refere, mas também logo se verifica uma diferença de terminologia: «coisas indeterminadas» no art. 408.º, n.º 2, «coisas determinadas só no género», no art. 1378.º O nosso art. 918.º fala em «coisa indeterminada de certo género». Não há diferença substancial entre todas essas expressões, embora nenhuma delas seja perfeitamente adequada para exprimir a realidade visada.

É evidente que em certo momento da relação jurídica do contrato de compra e venda, o seu objecto material deve ser *determinado*. Além de princípios gerais do negócio jurídico, sem a determinação da coisa falaria a causa-função da compra e venda, a qual consiste na transmissão (mediante um preço) da propriedade duma coisa ou de (titularidade de) um direito, pois a propriedade tem de ter um objecto específico e o direito deve ser específico. Pode, contudo, suceder que essa determinação não esteja operada no momento da conclusão do contrato, mas como é indispensável uma determinação futura, indispensável é também que no momento do contrato estejam fixados os meios de determinação futura. Costuma dizer-se que, no momento do contrato não é necessário que a coisa esteja determinada, bastando que seja *determinável*. A determinação pressupõe a fixação dos meios de determinação, os quais podem simplesmente estar previstos na lei, mas, se não o estiverem, deverão ser estipulados pelos interessados.

Também resulta da causa-função da compra e venda que o interesse prático, juridicamente relevante, de comprador e vendedor só é satisfeito se houver um mínimo de determinação — ou talvez melhor, um mínimo de interesse *concreto* no objecto do contrato manifestado pelos interessados. «Eu vendo e tu compras, *qualquer* coisa» não manifesta um interesse juridicamente relevante, embora completamente se estipule um critério de determinação, ou por outras palavras, embora exista determinabilidade (por exemplo, «qualquer coisa indicada pelo nosso amigo F.»).

Esse mínimo de determinação inicial necessária reside no *género* da coisa (ao real, como se verá, deve ser acrescentada uma quantidade), uma vez que ao género corresponde uma função económica ou social.

Assim quando a lei fala em «coisa indeterminada», omite mas pressupõe que, mesmo inicialmente, não pode haver uma indeterminação absoluta.

Não é, contudo, seguro que, para este efeito, não seja relevante a amplitude do género, havendo quem entenda que um género extremamente amplo — um animal, um vegetal, um papel — não revela intenção séria de contratar. Trata-se de

hipóteses académicas, com as quais não vale a pena perder tempo, mas que, em nosso entender, nem sempre seriam isentas de interesse jurídico relevante.

A outro propósito — venda de coisas defeituosas — procuraremos precisar o conceito de «género». Agora faremos apenas algumas observações importantes para o aspecto de que nos ocupamos.

A primeira respeita ao complemento da determinação do género pela determinação da quantidade. Salvo no caso de venda de todas as coisas de um género limitado, não basta, para se chegar à determinação final da coisa vendida, a inicial determinação do seu género; logicamente é indispensável definir uma quantidade dentro do género. Contudo, quanto à quantidade, só é indispensável desde o início (celebração do contrato) a pressuposição de que haverá uma quantidade a determinar e o meio para a determinação (por ex., «compro o trigo argentino que puder ser carregado pelo navio X, quando ele aportar a Buenos Aires»).

A segunda observação refere-se a duas classificações de coisas, que costumam aparecer na doutrina e, por vezes, nas leis: coisas específicas e coisas genéricas; coisas fungíveis e coisas infungíveis.

O nosso Código Civil não faz uma classificação de coisas em específicas e genéricas, mas no art. 207.º define como «fungíveis» as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas.

Coisas fungíveis é terminologia de um jurista medieval, Zazius — outras terminologias: coisas representáveis, coisas substituíveis, coisas subrogáveis, coisas de género, coisas de quantidade — com base num texto do Digesto, D. 1.2.2., onde, para caracterizar o contrato de *mutui datio* (empréstimo para consumo), se diz que deve incidir sobre coisas que se determinam pelo peso, número ou medida (*quase pondere, numero, mensura constant*), pois estas no seu género admitem substituição para a restituição, que assim não deverá ser feita em espécie (*quase in genere suo functionem recipiunt*). Tratava-se, pois, de uma categoria de coisas definida objectivamente; a natureza da coisa define-lhe a função e o género a que ela per-

tence. Daí se segue que, sendo objecto de um contrato uma certa quantidade dessas coisas, é *indiferente* a coisa com que concretamente se cumpre o contrato.

Se se mantiver esta caracterização das coisas fungíveis, elas são, quando objecto de negócios jurídicos, coisas genéricas, pois estas são determinadas só pelo género a que pertençam e pela quantidade pactuada; as coisas genéricas podem, no entanto, não ser fungíveis, bem como pode haver coisas específicas fungíveis.

Quando se abstrai da caracterização objectiva das coisas fungíveis, a distinção entre elas e as coisas genéricas desaparece, mantendo-se apenas uma preferência por uma ou outra das nomenclaturas, consoante alguns dos aspectos em que são usados.

Supomos não ter sido estranho à redacção do art. 207.º o ensinamento de Manuel Andrade, Teoria Geral da Relação Jurídica, I, pág. 252, que admitia coisas fungíveis *em especial*, quando o objecto da relação jurídica se mostra configurado como uma certa quantidade de coisas de determinado género, quantidade a preencher, na altura própria, com quaisquer coisas do género previsto, desde que perfaçam o montante indicado, e isto, ainda que as coisas do tipo visado costumem ser tratadas diferentemente no comércio jurídico. Não é, na verdade, à fungibilidade natural ou objectiva que o art. 207.º atende; desde que, ao constituírem objecto de relações jurídicas, as coisas se determinem pelo seu género e quantidade, o artigo qualifica-as como fungíveis.

Não vemos, assim, distinção possível, no nosso actual direito, entre coisas fungíveis e coisas genéricas.

O contrato de compra e venda pode incidir sobre coisas ou sobre direitos. Também o direito vendido deve ser determinado ou determinável. A determinabilidade não é de excluir neste caso, pois, embora não seja usual, pode existir (por ex., compra de um dos créditos de A contra B, até determinado montante).

Para que um direito esteja determinado no contrato destinado a vendê-lo é indispensável a menção de todos os caracteres distintivos desse direito, relativamente a todos os outros. Indispensável é sempre o tipo do direito: direito real, direito de

crédito, acrescido da respectiva espécie. Para além disso, as menções necessárias dependem do tipo de direito vendido; tratando-se de direito real, terá que ser indicada a coisa sobre que incide; tratando-se de direito de crédito, mencionar-se-ão os sujeitos e, conforme os casos, o mais que for necessário: o facto constitutivo (e as respectivas circunstâncias, como data e lugar), o objecto material, o conteúdo.

A transferência não respeita a «coisa indeterminada» apenas quando o negócio incide sobre coisa genérica, mas também quando o objecto é alternativo. Na venda de uma coisa *ou* outra coisa, há uma indeterminação e tem de haver uma determinabilidade, surgindo também nessa hipótese o problema do momento da transmissão da propriedade sobre a coisa vendida. Talvez por isso o art. 408.º, n.º 2, fala em «coisas indeterminadas» e não, como o seu paralelo italiano em «coisas determinadas só no género», embora seja estranho, no caso de esta suposição ser certa, que, no seguimento, seja ressalvado o disposto quanto a obrigações genéricas e não também o disposto quanto a obrigações em alternativa. De qualquer modo, o art. 408.º, n.º 2, seria aplicável por analogia às vendas em alternativa.

Nos termos do art. 408.º, n.º 2, se a transferência respeitar a coisa indeterminada, o direito transfere-se quando a coisa for determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas. Em matéria de obrigações genéricas — arts. 539.º e 542.º — nada se dispõe a respeito da transmissão de direitos sobre coisas indeterminadas ou genéricas; a reserva — «sem prejuízo do disposto» — só pode respeitar àquilo que está disposto nos referidos artigos e, portanto, só pode respeitar aos *modos* de individualização da coisa.

A ressalva do disposto em matéria de obrigações genéricas, entendida como ficou dito, não causa dificuldades práticas, mas suscita uma interessante questão de construção dogmática: o cabimento de tal ressalva, quanto ao contrato de venda, a possibilidade de nascer desse contrato uma obrigação genérica e o objecto desta obrigação.

Reflectindo sobre estes problemas chega-se à conclusão de que, dos contratos de compra e venda e dos outros contratos de compra e venda e dos outros contratos a que seja aplicável a regulamentação deste nunca nasce uma obrigação genérica, como obrigação de *dare*. Na verdade, o vendedor não está obrigado a transmitir a propriedade da coisa, embora a transmissão venha nalguns casos a resultar de um acto seu, se a ele incumbe participar na concretização da coisa devida. Mesmo que se admitisse a teoria italiana da venda obrigatória, não pode dizer-se «obrigação genérica» uma obrigação cujo conteúdo é aquele que acima ficou referido.

O art. 408.º, n.º 2, afasta-se do art. 1378.º italiano, porque este coloca o momento da transferência da propriedade na «individualização feita por acordo entre as partes ou pelos modos estabelecidos por estas» e aquele «quando a coisa for determinada com conhecimento de ambas as partes».

Obviamente, a coisa é determinada com conhecimento de ambas as partes, quando é determinada de acordo entre elas. Já, porém, não é determinada com conhecimento de ambas as partes quando é determinada por uma só delas, por um terceiro, ou por um facto a que a lei atribua esse efeito, a não ser que o «conhecimento» fosse interpretado como reportando-se ao modo como a coisa será determinada, interpretação impossível por vários motivos. Interpretado literalmente, o preceito suscita uma dificuldade e tem um inconveniente.

A dificuldade consiste em faltar a menção do acordo sobre o modo de determinação. Talvez a fórmula italiana peque por não considerar, ao lado dos meios de determinação estipulados pelas partes, aqueles que directamente resultam da lei, mas a nossa pode dar a impressão de ser eficaz a determinação por um meio nem resultante da lei nem estipulado pela partes, incluindo um meio *diferente* do estipulado pelas partes. Não nos parece que tal interpretação seja correcta. O comprador compra e o vendedor vende ou aquilo que ambos acordam ou aquilo que ambos acordaram como há-de ser escolhido, não podendo ser imposta a um ou a outro uma coisa escolhida sem algum desses acordos. Se fosse preciso argumento de texto,

retirar-se-ia do papel atribuído à vontade dos contraentes em matéria de obrigações genéricas e em alternativa.

O inconveniente reside na incerteza quanto ao momento da transferência da propriedade. Sendo absurdo exigir conhecimento simultâneo pelas duas partes, aquela transferência ficará dependente do último conhecimento, o qual poderá ser desconhecido de quem primeiro conheceu.

O inconveniente amplia-se pelo facto de não ser prescrita nem origem nem forma do conhecimento. O art. 542.º também baseia a eficácia da escolha pelo credor ou por terceiro no conhecimento pelo devedor ou por ambas as partes, mas exige uma *declaração*. No art. 408.º, n.º2, bastará o conhecimento *fortuito*.

Duvidoso é também se o conhecimento recai apenas sobre o facto da escolha ou também sobre o objecto desta. Não será de exigir um conhecimento sensorial da coisa determinada, mas também não bastará saber que foi feita uma determinação; será indispensável que, de entre todas as coisas do mesmo género, o comprador fique habilitado a reconhecer aquelas que lhe pertencem e o vendedor aquelas que deixaram de lhe pertencer.

A determinação deve ser *certa*, no sentido de que deve proporcionar uma perfeita separação de certas coisas, relativamente a todas aquelas abrangidas pelo mesmo género. Isso nada tem a ver com a manutenção da separação material da coisa já determinada. Se fortuitamente ou por facto imputável a alguém, a coisa determinada voltar a confundir-se com outras do mesmo género, nem por isso deixou de ser determinada; por exemplo, o terceiro que se tenha obrigado a efectuar a escolha, cumpriu a sua obrigação. As consequências dessa confusão apuraram-se por regras situadas noutros campos, que não no campo agora considerado.

A determinação é *definitiva*, no sentido de que, uma vez feita, nem pode ser dada como não efectuada nem pode ser substituída por outra. Lê-se correntemente que, pela determinação da coisa, a obrigação genérica se tornou obrigação específica ou que a venda de coisa genérica se converteu em venda de coisa específica, mas esta terminologia induz em erro. A venda

contratada como genérica não muda de natureza após a determinação da coisa; apenas sucedeu que, por ter havido determinação da coisa, as especialidades resultantes do carácter genérico da coisa vendida terminaram e daí para diante não há diferenças — ou não as há essenciais — relativamente a uma venda de coisa específica.

É, no entanto, precisamente sobre este ponto que incidem as dúvidas. Há, na verdade, quem afirme que, apesar da determinação, a coisa continua a ser fungível e isto teria repercussões quanto à substituíbilidade da coisa, em determinadas circunstâncias, como a existência de defeitos na coisa determinada ou o perecimento desta por culpa do vendedor.

Em contrário, tem sido observado que a determinação da coisa operou a transmissão do direito sobre ela e daí para diante o vendedor não tem legitimidade para a substituir por outra, a não ser que isso lhe seja permitido à luz de outras regras, que não as da determinação da coisa vendida. Embora esta segunda corrente nos pareça mais correcta, a primeira contém um elemento que pode ser importante.

A circunstância de a venda ter sido contratada como genérica pode ser relevante mesmo depois de a coisa ter sido determinada; veja-se o art. 918.º que, na venda da coisa defeituosa indeterminada de certo género manda aplicar as regras relativas ao não cumprimento das obrigações em vez do regime geral de anulabilidade do contrato. Também a fungibilidade da coisa vendida pode facilitar a solução de problemas, situados no campo do cumprimento ou falta de cumprimento de obrigações, onde seja relevante a falta de interesse do credor quanto à individualidade da coisa. Isso não significa, porém, que a determinação da coisa, pelo menos depois de eficaz, não seja definitiva e outra determinação possa ser efectuada pelos mesmos ou diferentes processos.

5. Ao contrário do que sucedeu noutras legislações em que a reserva de domínio ou propriedade é tratada a propósito da venda — Código Civil italiano, arts. 1523.º e segs.; anteprojecto brasileiro, arts. 513.º e segs. — a reserva de propriedade apa-

rece, no actual Código Civil, situada no Título que se ocupa das Obrigações em Geral.

Segundo o art. 409.º, n.º 1, nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento. Na secção dedicada à compra e venda, a reserva de domínio aparece referida apenas como uma das modalidades da venda a prestações, no art. 934.º

A reserva de propriedade tem de ser convencionada entre o comprador e vendedor, constituindo objecto de uma cláusula do contrato. O art. 409.º, n.º 1, quando diz que «é lícito ao alienante reservar para si...» exprime apenas a pessoa a quem a reserva interessa e não autoriza uma imposição unilateral, pelo alienante, da reserva de propriedade.

A cláusula de reserva de domínio, como parte do contrato, está sujeita à forma legal do contrato e em princípio é dispensada de exigências de forma quando o mesmo suceda para o contrato. Ao contrário do art. 514.º do Anteprojecto brasileiro, que exige sempre forma escrita para a cláusula de reserva de propriedade, o nosso Código admite a liberdade de forma da cláusula.

Dizendo que a cláusula de reserva da propriedade faz parte integrante do contrato de venda excluimos que essa cláusula seja uma convenção ou contrato acessório a um contrato principal, mas não resolvemos o problema de saber se a estipulação da cláusula deve ser contemporânea da celebração do contrato. Em princípio, é lícito às partes modificar o conteúdo de um contrato, inserindo nele uma nova estipulação; pode, porém, suceder que o desenvolvimento do próprio contrato torne inoportuna a inserção de nova cláusula.

O obstáculo à inserção da cláusula da reserva de propriedade em contrato de venda já existente consiste no efeito real do contrato; se este já transferiu a propriedade para o comprador, não pode ter efeitos uma sua modificação no sentido de a propriedade ser mantida temporariamente no vendedor. A objecção não atinge, contudo, os casos em que a transferência da propriedade não se operou no momento do contrato e,

portanto, será mais correcto dizer que a modificação é inoportuna quando feita depois de, nos termos do contrato e da lei, a propriedade ter sido transferida.

Sendo logicamente indispensável que a propriedade pertença ao vendedor no momento em que ela fica reservada para ele, a introdução da referida cláusula já foi analisada no estrangeiro como um negócio de retransmissão da propriedade ao vendedor, para que este a reserve, e, tornada a propriedade ao vendedor, nada obstará à reserva. Nada impede (em teoria, pois na prática pode haver múltiplos inconvenientes) que o comprador retransmita a propriedade da coisa ao vendedor e em seguida seja celebrado um novo contrato de venda, com reserva de propriedade. É diferente, porém, a hipótese de modificação do contrato. Mesmo que não seja ousado supor uma intenção de retransmissão de propriedade no referido acordo modificativo do contrato, essa retransmissão não permite que a coisa seja vendida, *pelo mesmo contrato*; este esgotou o seu efeito transmitindo a coisa para o comprador; readquirida a propriedade, só um novo contrato poderá vender a coisa com ou sem reserva de propriedade.

A cláusula pode respeitar tanto à venda de coisas imóveis como à venda de coisas móveis, como se vê pelo art. 409.º, n.º 2, que refere as duas espécies de coisas. O Anteprojecto brasileiro, que só admite a cláusula para coisas móveis, dispõe no art. 5-5.º que não pode ser objecto de venda com reserva de domínio a coisa insusceptível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congéneres; na dúvida, decide-se a favor do terceiro adquirente de boa fé. O preceito é razoável como protecção de terceiros, que seriam prejudicados pela possível confusão entre coisas semelhantes, uma livre de reserva e outra sujeita a ela. A própria noção de reserva da propriedade impede que ela seja estipulada para vendas de coisas destinadas ao consumo, quer no sentido usual desta expressão, quer como perda da individualidade da coisa, por integração noutra, a não ser que expressamente se estipule a inconsumibilidade até ao pagamento do preço ou ocorrência doutro evento que determine a transmissão da propriedade.

Confrontando o art. 408.º, n.º 1, com o art. 409.º, n.º 1,

verifica-se que o segundo fala apenas em propriedade da coisa enquanto o primeiro se refere a constituição ou transferência de direitos reais sobre a coisa (determinada). Daí a dúvida de saber se a reserva é possível quando objecto do contrato seja a constituição ou transferência de um direito diferente do de propriedade. Em Itália sustenta-se a interpretação restrita com fundamento na prática e em que a figura só se justifica quando está em causa o pleno gozo da coisa conferido pelo direito de propriedade.

A reserva de propriedade constitui normalmente uma cautela do vendedor. Não pode dizer-se que tem sempre uma função de garantia do vendedor quanto ao pagamento do preço — ao contrário do que se afirma no direito italiano — porque a reserva de propriedade, no nosso direito, tanto pode ser estipulada em função do pagamento do preço, como em função de outros eventos.

No direito italiano, a reserva de propriedade supõe o fracionamento do preço em prestações e termina com o pagamento da última prestação; art. 1523.º: «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 os riscos desde o momento da entrega». O nosso art. 409.º, n.º 1, é muito mais liberal, permitindo subordinar a transmissão da propriedade «até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento». Não só a reserva pode ser ligada ao pagamento do preço em prestações, como pode ser ligada ao pagamento total do preço ou ainda a qualquer outro evento, sem conexão com o cumprimento de obrigação do comprador (ou, em geral, da outra parte).

Em Itália, não só a reserva da propriedade aparece a propósito da venda a prestações, como os arts. 1523.º a 1526.º contêm, para a venda a prestações, uma regulamentação mais desenvolvida do que a estabelecida nos nossos arts. 934.º a 936.º

Como, porém, ainda é mais escasso o conteúdo do art. 409.º, interessa saber se o disposto para a venda a prestações é aplicável a todas as vendas com reserva de propriedade, quando seja determinado pela especialidade do pagamento do preço.

Não é duvidoso que, na venda a prestações com reserva de propriedade, o disposto nos arts. 934.º a 936.º se aplica com prioridade sobre qualquer outro possível regime, mas, além disso, o tratamento que nesses preceitos for dado à reserva de propriedade deverá ser estendido a todos os contratos em que tal reserva seja estipulada, se não se descobrir ligação necessária com o fraccionamento do preço. Não só a venda a prestações é o caso em que mais correntemente a reserva de propriedade é estipulada, como também falta indício de vontade legislativa de criação de dois regimes diferentes de reserva de propriedade.

A cláusula de reserva de propriedade é imediatamente eficaz entre os contraentes. Relativamente a terceiros, o art. 409.º, n.º 2, regula a oponibilidade da cláusula de reserva de propriedade: tratando-se de coisa imóvel ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros; é uma simples aplicação do princípio geral, que não suscita dúvidas. Tratando-se de coisa móvel não sujeita a registo, deduz-se *a contrario*, que a cláusula é oponível a terceiros independentemente de qualquer formalidade. O projecto de Galvão Teles omitia (art. 63.º) a venda de coisas sujeitas a registo — e naturalmente cobertas pelo referido princípio geral — e regulava a oponibilidade quanto a coisas não sujeitas a registo: na venda de bens não sujeitos a registo, a reserva de propriedade só é oponível a terceiros de boa fé quando conste de documento com data certa, anterior à transmissão ou oneração em favor desses terceiros, (adoptava, portanto, o sistema criado pelo art. 1524.º italiano, para a oponibilidade aos credores do comprador). Eliminando este artigo do projecto, fica consagrada a oponibilidade, como acentuam os comentadores (Varela, *Obrigações*, pág. 242) acentuando que a solução se justifica por entre nós não vigorar o princípio *posse vale título* e, por embora possa lesar compreensíveis expectativas de credores do comprador e de subadquirentes, assim se facilitar o crédito ao adquirente, além de que um comprador cauteloso terá possibilidade de conhecer a real situação das coisas.

Embora esta argumentação nos pareça bastante frágil — o que aliás sucede quanto a todas as outras soluções alternativas,

pois em todas elas alguém é possivelmente sacrificado — *de iure constituto* a solução é a acima apontada.

Pormenorizemos os efeitos da venda com reserva de domínio, descrevendo as situações jurídicas do vendedor e do comprador.

Desde que se afaste uma teoria segundo a qual nesta modalidade de venda o comprador adquire imediatamente a propriedade da coisa e o vendedor apenas é titular de um especial direito de garantia (vide adiante), a propriedade da coisa continua a pertencer ao vendedor. Há, porém, que conjugar este princípio com a oponibilidade a terceiros e desta distinguir-se-á a oponibilidade do contrato e a oponibilidade da cláusula de reserva.

Tratando-se de coisa móvel não sujeita a registo, são oponíveis a terceiros tanto o contrato como a reserva, sem mais formalidades. Tratando-se de coisa imóvel ou de coisa móvel sujeita a registo, a oponibilidade depende do registo, tanto do contrato como da reserva; natural é que, sendo a reserva uma cláusula do contrato, o registo seja unitário e a oponibilidade seja simultânea. O Código do Registo Predial, art. 2.º, alínea *h*), declara sujeitas a registo as convenções de reserva de propriedade e no art. 186.º indica que estas convenções serão registadas, por inserção, no extracto da inscrição do facto principal a que respeitam e do qual são consideradas parte integrante. No entanto, concebe-se que a cláusula de reserva seja estipulada em instrumento separado do (restante) contrato de venda e, portanto, que se efectue o registo do contrato sem ser registada a convenção de reserva. Teremos, assim, as seguintes hipóteses: requisito do contrato, incluindo a cláusula de reserva — oponibilidade total a terceiros; registo do contrato sem registo da cláusula de reserva — inoponibilidade da cláusula; falta de registo do contrato e consequentemente (não pode colocar-se a hipótese do registo da cláusula sem registo do contrato) do registo da cláusula — inoponibilidade total a terceiros. Assim julgou bem (no aspecto do direito de propriedade) o acórdão da Relação de Lisboa de 9-6-67, que decidiu ser dono do veículo o vendedor do mesmo com reserva de propriedade até que se verifiquem os requisitos contratuais da transferência

da respectiva propriedade para o comprador, sendo assim, irrelevante que este, a partir da celebração do contrato, entre na posse e utilização do veículo.

Faltando ao comprador o direito de propriedade, ele não pode praticar actos que pressuponham a titularidade de tal direito. Quanto a contratos de venda, são admissíveis os que, nos termos gerais, apresentem a coisa como futura; fora desta hipótese, o comprador vende coisa de outrém.

Pode o comprador adquirir a posse da coisa vendida, pela entrega que o vendedor lhe faça. É uma posse em nome próprio, que o comprador pode defender contra o vendedor e contra terceiros, nos termos gerais, e manifestamente é uma posse de boa fé.

Os credores do comprador não podem *penhorar a coisa* comprada com reserva de propriedade para o vendedor.

Os efeitos do contrato não se esgotam, porém, na atribuição de posse da coisa ao comprador, a qual, aliás pode não existir no caso concreto. O comprador é investido pelo contrato numa situação jurídica, composta por vários direitos, dos quais potencialmente lhe resultará a aquisição da propriedade. Esses direitos são penhoráveis pelos seus credores.

O art. 1523.º Cód. Civil italiano, para a venda a prestações, faz os riscos de perecimento ou deterioração da coisa recair sobre o comprador a partir do momento da entrega. Não existe no nosso Código disposição semelhante, designadamente o art. 796.º, n.º 1, só faz o adquirente suportar o risco depois de o domínio sobre a coisa ter sido transferida por efeito do contrato. No entanto, a nossa doutrina tem entendido que, reservado o domínio para o vendedor, o risco é suportado pelo comprador a partir da entrega, tal como no direito italiano. Como fundamento mais plausível para esta conclusão pode invocar-se a disponibilidade das regras contidas no art. 796.º; o vendedor acede ao pagamento do preço em prestações e por cautela reserva o domínio, mas não quer manter o risco da coisa enquanto o comprador está a gozar a coisa sem ainda a propriedade lhe ter sido transmitida e o comprador, que beneficia do gozo da coisa antes de ter pago totalmente o preço, aceita esse risco.

O vendedor, ao vender com reserva de propriedade, assume para com o comprador um dever de não vender ou por outro modo alienar a coisa. Não se trata apenas do dever geral de nada fazer que impeça a produção do efeito do contrato, mas antes, em nosso entender, de uma convenção de indisponibilidade da coisa implícita na reserva de propriedade, como necessária salvaguarda do comprador, oposta à salvaguarda obtida pelo vendedor por meio da reserva (convenção que, aliás, pode ser expressa no contrato).

Como, porém, segundo a doutrina corrente, as proibições de alienação apenas produzem efeitos entre os pactuantes, há que determinar o valor jurídico para com terceiros das vendas efectuadas pelo vendedor, apesar da reserva. Deve assentar-se em que, mantendo o vendedor a propriedade, tem, em princípio, o poder de alienação da coisa; assim, nos casos em que nem o contrato nem a reserva sejam oponíveis a terceiros, a venda a um terceiro não sofre de vício invocável contra o terceiro adquirente. Se tanto o contrato como a reserva são oponíveis a terceiros, nos termos acima referidos, a nova venda está subordinada a esse facto; o contrato ainda não produziu a transmissão da propriedade, mas se esta vier a ocorrer, será oponível a terceiros, designadamente aqueles cujos contratos de compra tenham sido registados posteriormente, ou não sendo sujeita a registo a primeira venda, àqueles cujos contratos sejam posteriores. Na verdade, a cláusula de reserva de propriedade não significa apenas que a propriedade não foi transmitida no momento do contrato, mas também que a propriedade será transferida em certo momento previsto no contrato.

Chegado o momento em que a transmissão da propriedade devia ser efectuada, nos termos do contrato e não tendo ocorrido o evento a que a transmissão estava subordinada, as situações de vendedor e de comprador não se alteram automaticamente.

O art. 943.º, para o caso de venda a prestações, com reserva de propriedade, mostra que a falta de cumprimento da obrigação do comprador dá lugar à resolução do contrato; embora a intenção do preceito seja marcar o limite de incumprimento pelo comprador que desencadeia a possibilidade de mudança

de situações, é bem claro quanto à consequência do incumprimento: resolução do contrato. Estamos, pois, perante um caso de resolução fundada na lei, previsto no art. 432.º

Pelos motivos acima indicados, este regime será aplicável a todos os casos de reserva de propriedade.

Não existindo preceitos especiais quanto a esta resolução, serão aplicáveis os arts. 433.º e 436.º O n.º 1 deste último artigo dispõe que a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte e, portanto, também no caso agora considerado, não haverá resolução enquanto o vendedor não usar da faculdade conferida por este artigo.

O contraente pode, porém, ter interesse em não resolver o contrato e em vez disso exigir o cumprimento dele. Nada existe que, para o caso de venda com reserva de propriedade, retire ao vendedor essa faculdade, designadamente não pode supor-se que, por ter sido estipulada a reserva de propriedade como processo de garantia do vendedor, este será forçado a rescindir o contrato; pode existir esse intuito de garantia, mas daí não se segue necessariamente — sem embargo de estipulação expressa nesse sentido — que o vendedor deve fazer terminar, pela resolução do contrato, a situação em que voluntariamente se colocou. Ele pode insistir no cumprimento da obrigação do comprador, por ter mais interesse nela do que na libertação dos vínculos contratuais.

Proposta acção pelo vendedor para o comprador ser condenado ao pagamento do preço, a reserva da propriedade mantém-se até ao efectivo pagamento, pois só este desencadeia a transmissão da propriedade; nem pode pensar-se em que a propositura da acção implica de qualquer modo vontade diversa do vendedor; este não renuncia à propriedade que reservou, apenas tenta conseguir por via judicial o pagamento do preço, que desencadeará a transmissão da propriedade.

Resolvido o contrato, pode o vendedor exercer judicialmente os seus direitos sobre a coisa vendida, designadamente exigir a sua restituição. Discute-se, porém, se o vendedor pode, sem a rescisão do contrato e em vez dela, exercer directamente os direitos de defesa da propriedade, quando for certo que a propriedade não foi transmitida, nos termos do contrato. O pro-

prietário pode exigir judicialmente de qualquer possuidor ou detentor da coisa o reconhecimento do seu direito de propriedade (art. 1311.º) e quanto a tal reconhecimento não se vê obstáculo; pode também exigir a consequente restituição do que lhe pertence, mas havendo reconhecimento do direito de propriedade a restituição só pode ser recusada nos casos previstos na lei (*idem*, n.ºs 1 e 2). O comprador, nas circunstâncias agora previstas, é, porém, um possuidor legítimo que à reivindicação pode opor a sua posse, baseada no contrato, o qual se mantém em vigor enquanto não for resolvido. Nem pode o vendedor argumentar com o incumprimento do contrato pelo comprador — se for esse o evento previsto — pois, este só por si, não resolveu o contrato.

O art. 1515.º do Cód. Civil italiano determina que, se o comprador não cumpre a obrigação de pagar o preço, o vendedor pode fazer vender sem demora a coisa, por conta e à custa dele; discute-se a applicabilidade deste preceito quando o preço não é pago pelo comprador, com reserva de domínio para o vendedor. Não temos preceito semelhante no Código Civil, mas temos-lo no Cód. Commercial, art. 474.º Se tanto o preceito italiano como o português tiverem com pressuposto a propriedade do comprador sobre a coisa comprada, e a consequente faculdade de disposição do vendedor sobre coisa que não lhe pertence, mas há neles cabimento para a venda com reserva de propriedade para o vendedor. É muito artificiosa uma construção, que para permitir a revenda efectuada pelo vendedor, começasse por admitir uma renúncia do vendedor à reserva de propriedade. O vendedor que pretendesse executar o seu direito ao preço por meio da execução coactiva permitida por aqueles artigos chocar-se-ia com a propriedade da coisa, a ele pertencente; ele não faria revender, de conta do comprador, a coisa vendida e a este pertencente; ele estaria a vender a outrém que não o comprador uma coisa que lhe pertence. A renúncia à cláusula de reserva de propriedade — se pudesse ser subentendida no pedido de execução coactiva — não constitui um meio idóneo para a transmissão da propriedade; a reserva da propriedade pode ter sido estipulada em benefício do vendedor, mas foi estipulada *contratualmente* — não o podia ter sido de

outra forma — e, por outro lado, ela não constitui um direito a que o vendedor possa renunciar, mas sim o diferimento contratual de um efeito do contrato. Por força do contrato, o direito de propriedade mantém-se no vendedor, mas ele não tem um direito a esse direito, susceptível — aquele — de renúncia; nem a «renúncia» ao próprio direito de propriedade é meio adequado para transmitir este a alguém.

Autores franceses fazem distinção entre duas espécies de cláusulas destinadas a conseguir a reserva de domínio: o verdadeiro «*pactum reservati dominii donec pretium solvetur*», em que a venda é perfeita e apenas a transferência da propriedade é retardada (retardamento geralmente qualificado como uma condição suspensiva *da transferência da propriedade*) e a venda sob condição suspensiva do pagamento do preço, em que toda a formação do contrato está sujeita à verificação da condição, que neste caso é o pagamento integral do preço, de modo que a transferência da propriedade está suspensa apenas como consequência da condição geral. Sobre a construção técnica da primeira destas modalidades, dir-se-á adiante. A segunda modalidade suscita dúvidas, não quanto à possibilidade de um contrato de venda ser sujeito a uma condição suspensiva — o que evidentemente é possível, nos termos gerais — mas quanto à licitude da condição considerada nesse caso, o pagamento integral do preço, a qual parece ser logicamente impossível. Estando *todo o contrato* sujeito a condição suspensiva, a obrigação de o comprador pagar o preço está também suspensa; não se compreende, portanto, como pode o comprador ir cumprindo essa obrigação pelo pagamento de prestações, nem como o pagamento total do preço — duma só vez ou pela última prestação — cuja obrigação está suspensa, pode constituir condição para tornar eficaz essa mesma obrigação e o restante conteúdo do contrato.

Passando a considerar apenas o *pactum reservati dominii*, antes do actual Código Civil discutiu-se se ele tinha efeito suspensivo da transferência (falamos por enquanto em «efeito» e não em «condição» para tornar este problema separado de outro que consiste em saber se, suspensivo ou resolutivo do pacto, ele constitui tecnicamente uma «condição»). O efeito

suspensivo está hoje nitidamente marcado no art. 409.º n.º 1 «...é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento...» A propriedade da coisa mantém-se no vendedor até ao cumprimento pelo comprador da obrigação de pagar o preço e, portanto, suspende-se até esse momento a transferência da propriedade. É lícito aos contraentes estabelecer um regime resolutivo em vez de suspensivo e a prática mostra a existência de tais cláusulas; por exemplo, a jurisprudência francesa, quando tenta determinar as hipóteses em que as cláusulas relativas à propriedade da coisa vendida são ou não oponíveis à massa falida do comprador, considera geralmente oponíveis as cláusulas de tipo resolutivo. Tais cláusulas não constituem, porém, um pacto de reserva de propriedade, tal como o art. 409.º o contempla.

É corrente considerar-se a venda com reserva de domínio *donec pretium solvetur* como uma venda em que a transmissão da propriedade ou do direito vendido fica sujeita à condição suspensiva do pagamento do preço. Assim faz, por exemplo, Galvão Teles, BMJ, 83, pág. 138, que não se impressiona com o facto de se tratar de uma condição suspensiva que afecta apenas um elemento do contrato e não todo ele; descrevendo o funcionamento da cláusula, diz que, «celebrado o acordo, logo o comprador fica adstrito a essa dívida e o vendedor também à entrega do objecto, se não se estipulou o contrário. Só o efeito real se não produz, condicionado ao cumprimento por parte do comprador. Este cumpre: preenche-se a condição e fica proprietário. Não cumpre: frustrada a *conditio*, não podendo o contrato atingir a sua finalidade económica e jurídica, torna-se integralmente ineficaz e dão-se por não verificadas as consequências jurídicas produzidas».

A teoria da condição suspensiva limitada à transferência da propriedade ocorre naturalmente, dada a estipulação de um facto futuro e incerto de que fica dependente um certo efeito contratual. A semelhança só não existiria se, como já se sustentou entre nós, não houvesse nesse caso um facto futuro e incerto; na realidade, porém, este existe na estipulação, pois não pode confundir-se a obrigação de pagar o preço, que é certa, e o efectivo pagamento, que é incerto. A latitude da reserva de

propriedade permitida pelo art. 409.º, n.º 1, afasta a possibilidade de condição suspensiva quando o evento de que a transmissão da propriedade depende não for incerto, como é o pagamento do preço, mas sim *certo*, como por exemplo, um simples prazo. Com efeito, nada impede na prática que os contraentes queiram reservar a propriedade até um evento certo e não parece que as palavras da lei devam ser interpretadas restritivamente.

Tanto entre nós antes do actual Código Civil como em Itália perante o Código Civil vigente, à teoria da condição suspensiva tem sido oposta uma outra que, afastando a ideia de condição suspensiva, no fundo se limita a considerar a venda com reserva de propriedade como uma modalidade de venda, criável por estipulação das partes. Nas duas teorias reconhece-se a necessidade de estipulação contratual da cláusula de reserva de domínio, mas enquanto a primeira a integra nas condições suspensivas, com as respectivas consequências, a segunda não leva mais longe as qualificações e deduz da própria estipulação as suas consequências jurídicas, sem passar pelo filtro da «condição suspensiva» e nalguns pontos até em contradição com o regime que desta resultaria.

Olhando o risco suportado pelo comprador, os poderes de gozo desta sobre a coisa e ainda outros aspectos, apareceu em Itália uma teoria segundo a qual o direito de propriedade pertence ao comprador, com as limitações e apenas essas — conexas com a garantia atribuída ao vendedor. Reflexamente, o vendedor seria apenas titular de um direito real de garantia, a que, à falta de melhor, pode ser dado o nome de «domínio reservado». Considerações de terminologia seriam irrelevantes; a lei fala de reserva de *propriedade*, mas quando se apura a verdadeira situação jurídica do vendedor, verifica-se não lhe pertencerem os poderes característicos e essenciais do direito de propriedade; ao vendedor não restam mais poderes do que os necessários para garantia do seu crédito do preço.

Não se nos afigura que a terminologia legal deixe de corresponder à natureza do fenómeno, nem que o direito de garantia «domínio reservado» cubra todas as hipóteses de reserva de propriedade no nosso direito: hipóteses em que a posse da

coisa não é transferida para o comprador, antes da transmissão da propriedade e hipóteses em que a propriedade é reservada até à verificação de um evento diverso do pagamento total ou parcial do preço.

Reparando-se no conjunto das disposições contidas nos arts. 408.º, n.º 1 e 409.º e nos vários momentos em que, segundo essas disposições, a transmissão da propriedade se efectua, ocorre ao espírito a regra do direito inglês, segundo a qual, tratando-se de coisas específicas ou determinadas, a propriedade é transferida no momento em que as partes do contrato querem que ela seja transferida. É certo que, enunciada a regra por essa forma, a sua aplicação concreta defenderá dos termos do próprio contrato, da conduta das partes e das circunstâncias do caso (embora, para auxiliar a aplicação da regra, a lei estabeleça algumas presunções ilidíveis, entre as quais a de que, se as coisas se encontram em estado de serem entregues, presume-se que a propriedade é transferida quando o contrato é celebrado), mas parece que ela contém, mesmo para o nosso direito, uma grande dose de verdade.

Formalmente, o art. 408.º, n.º 1, estabelece uma regra, a que o art. 409.º abre excepção, mas, afastado o véu da forma, a substância reside na *colocação voluntária* do momento da transferência da propriedade sobre coisa determinada. A reserva da propriedade é, como vimos, uma «excepção prevista na lei» (art. 408.º, n.º 1, parte final), mas uma excepção amplíssima, pois dá relevância à vontade das partes na fixação de qualquer evento (art. 409.º, n.º 1, parte final). Na realidade, os contraentes podem situar livremente a transmissão da propriedade e só quando o não façam se aplicará o disposto — afinal, a título supletivo — no art. 408.º, n.º 1.

Rigorosamente, nem deverá dizer-se que nos casos de reserva de propriedade há um *diferimento* da transmissão da propriedade, linguagem essa que só se compreende tomando como ponto fixo o contrato e pressupondo que a transmissão se *deveria apurar* nesse momento. Do modo como entendemos a lei, a transmissão não é *diferida*, mas sim *colocada* em certo momento.

Este entendimento não afecta a natureza *real* da compra e venda, no sentido acima enunciado; a transmissão opera-se sempre *por efeito* do contrato, mas nem sempre no momento do contrato.

II — A obrigação de entregar a coisa

6. O art. 879.º aponta como efeitos essenciais da compra e venda a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) a obrigação de entregar a coisa; c) a obrigação de pagar o preço.

Comparando esse artigo com o art. 874.º, onde está contida a noção de compra e venda, verifica-se razoável coincidência entre «transmissão da propriedade duma coisa ou de outro direito» e «transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito», bem como entre «mediante um preço» e «obrigação de pagar o preço». O art. 874.º não menciona, contudo, a obrigação de entregar a coisa.

Pelo menos à primeira vista, pode parecer estranho que «um efeito essencial» não seja simultaneamente um *elemento* essencial, bem como pode estranhar-se que, depois de o art. 874.º fazer uma enumeração dos elementos essenciais do contrato, venha outro preceito indicar os efeitos essenciais.

Para nenhum outro contrato usou o legislador do Código Civil sistema idêntico. Na regulamentação dos outros contratos especificou separadamente as obrigações de cada uma das partes (vide locação, mandato, depósito), mas não declarou serem todas essas obrigações ou algumas delas «efeitos essenciais» do contrato. E desta vez a inspiração para a novidade não lhe veio do Código Civil italiano, cujo art. 1476.º enumera as obrigações principais do vendedor, colocando à cabeça a obrigação de entregar a coisa ao comprador.

Este artigo italiano indica como uma das obrigações principais do vendedor «fazer o comprador adquirir a propriedade da coisa ou o direito, se a aquisição não é efeito imediato do contrato», o que admite a compra e venda real mas simultaneamente aceita a existência de modalidades meramente obrigacionais de compra e venda. O nosso legislador imbuído do pre-

conceito contra a compra e venda obrigacional (vide, compra e venda real e compra e venda obrigacional), não quis admitir, em hipótese alguma, que do contrato nascesse a obrigação de transmitir a propriedade e por isso colocou a própria transmissão da propriedade (não a obrigação de a transmitir) como efeito essencial do contrato.

A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito e a obrigação de pagar o preço constituem elementos essenciais típicos do contrato de compra e venda e, portanto, são também efeitos essenciais do contrato: as partes querem que a propriedade seja transmitida e que o preço seja pago e, porque manifestam essa vontade, criam um contrato que produz os dois efeitos queridos. Mas esses elementos são conteúdo da vontade das partes e a sua indicação como efeitos essenciais nada adianta. Se o art. 879.º apenas confirma — e não se vê que mais possa fazer — que a lei consagra a vontade das partes manifestada com o conteúdo do previsto no art. 874.º, não se lhe pode reconhecer vantagem alguma.

Nos efeitos essenciais do art. 879.º está, porém, enumerada a obrigação de entregar a coisa, que não consta da noção dada pelo art. 874.º Uma primeira hipótese de harmonização dos dois preceitos consistiria em aditar à noção dada pelo art. 874.º aquele efeito essencial do art. 879.º que daquela não consta; por exemplo «a compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de *uma coisa, que uma das partes se obriga a entregar à outra*, mediante um preço». Tal aditamento é, porém, duvidoso, uma vez que, a ser admissível para o legislador, bem poderia ter sido logo feito por este.

Segundo e talvez preferível processo de harmonização consiste em entender que, apesar de formalmente reunidos no art. 879.º, os três efeitos essenciais não têm a mesma importância relativa. Enquanto os das alíneas *a*) e *c*) constituem *também* elementos essenciais típicos do contrato de compra e venda, o da alínea *b*) é *só efeito* essencial; a diferença entre essas duas situações reside em que, para o requisito da alínea *b*) não é necessário que sobre ele incida a vontade das partes, aparecendo ele como um *efeito legal* ou conteúdo legalmente obrigatório do contrato de compra e venda.

7. A qualificação da obrigação de entregar a coisa como um efeito essencial da compra e venda leva a supor que, afastada consciente e voluntariamente pelas partes tal obrigação, haverá um vício do contrato, capaz de infirmar todo este ou pelo menos a respectiva cláusula. Suponha-se o caso extremo de os contraentes estipularem que a coisa comum nunca será entregue ao comprador (o comprador não terá obrigação de entregar a coisa e ao vendedor é negada a possibilidade jurídica de tomar, só por si, posse da coisa). A transmissão da propriedade sem possibilidade de o comprador utilizar a coisa não pode ser considerada transmissão de propriedade e, portanto, deverá entender-se que falta um elemento essencial típico do contrato. Diferente desta cláusula será uma cláusula segundo a qual o vendedor não terá obrigação de entregar a coisa, ou estipulando-se precisamente essas palavras, sem qualquer esclarecimento ou aditamento, ou explicando as condições justificativas da cláusula. Os contraentes estipulam, nessa hipótese, que o comprador não terá a obrigação de proceder à entrega da coisa, mas não excluem, antes pressupõem, que o comprador terá a faculdade de, por si, tomar posse da coisa; por exemplo, tendo uma coisa sido furtada ao seu proprietário, ou perdida por ele, este vende-a com a expressa estipulação de que não assume a obrigação de entregar a coisa, cabendo ao comprador proceder a todas as diligências para que a coisa venha à sua posse; ou estipula-se que o vendedor não será obrigado a entregar a coisa, podendo o comprador tomar posse dela, no lugar onde se encontra (subentenda-se que em tais hipóteses não há mandato do vendedor ao comprador para este actuar junto de terceiros e muito menos para o comprador actuar junto do vendedor).

A apreciação destas e semelhantes hipóteses depende simultaneamente da resposta dada a duas séries de questões: o exacto conteúdo da obrigação de entrega; a exacta medida da essencialidade da obrigação de entrega. Na verdade, se a obrigação de entrega puder ser entendida também uma obrigação de *pacti*, ficarão cobertos os casos em que não seja exigida qualquer actividade ao vendedor mas este deva suportar a actividade do vendedor. E, se a obrigação de entrega da coisa não for essencial quando por força da lei ou da próprias natureza das coisas o

comprador fique colocado na situação em que ficaria um comprador se a obrigação de entrega existisse e ficasse cumprida, estarão por esse caminho resolvidas várias dificuldades.

8. A obrigação de entregar a coisa não se confunde com a obrigação de transmitir a propriedade da coisa ou a titularidade do direito (quanto tal obrigação exista) e muito menos com a própria transmissão do direito, quando esta transmissão é efeito real do próprio contrato, isto é, sem que exista uma obrigação intermédia de transmitir. Precisamente porque a transmissão da propriedade pode ser operada como efeito directo do próprio contrato ou, numa segunda hipótese, como cumprimento de uma obrigação de transmitir a propriedade, pode parecer que a obrigação de entregar a coisa é supérflua. Designadamente, pode parecer que, colocado o comprador na situação de proprietário da coisa ou de titular do direito por simples efeito do contrato, cabem-lhe as acções reais, por exemplo, a acção de vindicação baseada no direito de propriedade e utilizando estas poderá receber a coisa, quer ela esteja na posse do vendedor quer esteja na posse de terceiro; o problema só se porá quando o comprador encontre dificuldade em tomar posse da coisa, por exemplo porque o vendedor não lha entrega e, portanto, desde que o comprador tem de recorrer a juízo, afigura-se que lhe será indiferente basear a sua acção no direito de propriedade ou na obrigação de entrega da coisa, direito e obrigação resultantes do mesmo contrato.

Ao criar a obrigar de entregar a coisa, a lei mostra que não se contenta com a atribuição do direito de propriedade ou da titularidade do direito, independentemente da situação em que a coisa se encontre e da disposição do vendedor de entregar ou não a coisa vendida; a lei pretende que o vendedor realize aquilo que for necessário para o comprador poder exercer efectivamente o direito que adquiriu pelo contrato. Nem por isso deixa, contudo, de existir a concorrência de acções acima citada, sendo lícito ao comprador escolher aquela que melhor lhe convier e podendo também exercer uma quando já não tenha possibilidade de exercer a outra, por caducidade ou prescrição. Designadamente, o vendedor não poderá defender-se numa das

acções invocando a possibilidade de o comprador propor a outra acção (mas, segundo alguns autores, o vendedor poderá defender-se invocando o facto de já ter sido proposta a outra, por se tratar de um concurso alternativo de acções).

Aliás, apesar de concorrentes, esses dois meios jurídicos podem servir interesses diversos. No plano subjectivo, a acção baseada no direito de propriedade pode ser dirigida contra qualquer pessoa, enquanto a acção baseada na obrigação de o vendedor entregar a coisa tem este necessariamente como único sujeito passivo. No plano objectivo, a reivindicação procedente levará à entrega da coisa mas deixará intacto o contrato, enquanto a acção baseada na falta de cumprimento da obrigação de entregar a coisa pode conduzir à condenação do réu a entregar e à execução da entrega da coisa, mas também pode servir para obter indemnização por mora ou impossibilidade de cumprimento do contrato ou então a falta de cumprimento dessa obrigação pode, por sua vez, influir, em certos termos, no cumprimento das obrigações do comprador.

9. Seguindo, em parte, o sistema do Código Civil francês, arts. 1604.º e seguintes, o nosso Código de 1867 dispunha no art. 1569.º que a entrega das coisas móveis efectua-se pela transferência delas para o poder do comprador, ou pelo facto de serem postas à sua disposição, e o art. 1571.º dizia que a entrega dos bens imóveis e dos direitos reputa-se feita, logo que o vendedor entrega ao comprador o respectivo título abandonando-lhe o gozo da coisa ou do direito, não havendo estipulação em contrário.

O actual Código omite preceitos semelhantes, deixando, portanto, ao intérprete a determinação do que seja a entrega da coisa, salvo quanto à normal extensão do objecto da entrega referida no art. 882.º, n.º 2.

Lê-se na doutrina portuguesa e estrangeira que, pela entrega, o vendedor deve investir o comprador na posse efectiva (ou seja na posse e detenção), ou que a entrega consiste na atribuição da concreta disponibilidade da coisa, isto é, no conferimento da detenção, ou que o vendedor deve colocar o comprador na posse imediata corpórea. É, portanto, ideia gene-

realizada que o vendedor deve não só transferir a posse da coisa ou direito mas ainda colocar o comprador numa situação que lhe permita o gozo normal do direito adquirido.

Por outro lado, a doutrina, ao estudar as formas que a entrega pode revestir, acentua que podem ser utilizadas conforme as circunstâncias do caso, as várias formas de transmissão da posse, incluindo o constituto possessório, ou manifesta dúvidas quanto ao enquadramento desta última hipótese.

Antes de mais, deve notar-se que no actual Código Civil, *detenção* tem o significado restricto dado no art. 1253.º; *detenção* é sinónimo de posse precária e existe quanto àqueles que exercem o poder de facto sem intenção de agir como beneficiários do direito, àqueles que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; aos representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuam em nome de outrem. Mantendo este sentido de *detenção*, não pode entre nós dizer-se que a entrega a fazer pelo vendedor compreende tanto a posse como a *detenção*.

Também convirá verificar, perante cada autor, se o largo conteúdo atribuído à entrega nas respectivas definições se reporta à situação em que o comprador deve ser colocado quanto à coisa vendida e apenas quanto a esta, ou se é tida em conta a extensão da obrigação de entregar «a coisa», na medida em que excede esta e abrange outras coisas, como acessórios, pertenças, documentos, aspecto que, por natureza, é distinto do que vínhamos considerando.

Temos como essencial da entrega a aquisição da posse pelo comprador. Transmitir a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito retirando ao adquirente a possibilidade de exercer o direito de propriedade ou outro, não é efectivamente transmitir o direito, o qual existe para poder ser exercido. Mas não deixa de haver entrega e aquisição da posse pelo comprador quando se mantém uma *detenção* anterior por terceiro, designadamente quando quem possuía em nome do vendedor passa a possuir em nome do comprador, assim como há entrega quando o vendedor que possuía em nome próprio passa a possuir em nome do comprador.

Nas duas hipóteses reunidas no art. 1264.º como de constituto possessório, a posse considera-se transferida para o comprador e, portanto, a coisa vendida considera-se entregue a este.

Considerar-se a coisa entregue ao comprador não significa necessariamente que tenha havido da parte do vendedor o cumprimento de uma sua obrigação de entrega; nos referidos casos de constituto possessório só por descabida ficção poderia encontrar-se uma actividade do vendedor que pudesse qualificar-se como um acto de entrega em cumprimento de uma obrigação.

Ao lado dessas colocamos também algumas das hipóteses que o art. 1569.º do antigo Código descrevia como «o facto de serem postas à sua (do comprador) disposição» e alguns dos casos cobertos pelo art. 1571.º, também do antigo Código, quando incluía na entrega de bens imóveis e de direitos, o abandono do gozo da coisa ou do direito (entrega do título é uma forma de tradição mas o simples abandono do gozo do direito, quando não haja título deste que possa ser entregue, é, só por si, uma entrega).

Ainda hoje haverá que considerar entregue a coisa quando ocorram esses factos, mas alguns aspectos devem ser esclarecidos. O primeiro é que uma actividade *preparatória* da entrega não efectua a entrega, aspecto que parece supérfluo acentuar, mas que pode ter interesse para a boa compreensão de várias hipóteses possíveis; assim, quando o vendedor prepara a coisa vendida para que esta possa ficar colocada à disposição do comprador, não está a efectuar a entrega, a qual só existe quando a coisa colocada à disposição do comprador é tomada por este.

Segundo aspecto a ter em conta é que a colocação à disposição do comprador é forma de entrega mas a sua utilização no caso concreto depende de estipulação das partes (ou, para quem incluía nesta «colocação» todas as hipóteses que possam ser abrangidas pela chamada «tradição consensual», depende da conexão com outros negócios jurídicos). Queremos por esta forma acentuar que não é lícito ao vendedor abster-se da (outra) actividade de entrega, limitando-se, sem acordo com o comprador, a colocar a coisa à disposição deste.

Finalmente, há que apreciar se nessas hipóteses há cumprimento de uma obrigação de entrega ou há entrega sem chegar a haver uma obrigação que por essa forma seja cumprida ou nem sequer há entrega. Antes de mais, nessas hipóteses afigura-se-nos irreal dizer que o vendedor *procedeu à entrega*, pois não efectuou qualquer actividade e a mera passividade em que a sua conduta consistiu não corresponde ao sentido — pelo menos ao sentido normal — de entregar a coisa. Portanto, ou se entende que a obrigação de entregar a coisa tem um conteúdo variável ou se entende que não há nestes casos obrigação de entrega. De qualquer das formas sai-se, pelo menos em parte, do sentido normal de *entrega e obrigação de entrega*.

Se atentarmos na finalidade do «efeito essencial» da chamada obrigação de entregar a coisa, já acima referida, verificamos que a essencialidade não reside no comportamento exigido ao vendedor, mas na situação pretendida pela lei para o comprador; aquele é um meio — um dos meios — para esta situação ser alcançada. A lei pretende que, pela execução do contrato de compra e venda, o comprador possa exercer plenamente os seus poderes sobre a coisa e é isso que exprime por «entrega ao comprador», atendendo a que normalmente é indispensável uma actividade do vendedor, objecto possível e adequado de uma obrigação deste. Na realidade, porém, essencial é o efeito que a entrega normal produz, mas a produção de tal efeito supõe, conforme os casos, atitudes diversas do vendedor: ou essa atitude é indiferente porque da conjugação de preceitos legais e de negócios jurídicos anteriores resulta o efeito — caso de constituto possessório; ou essa atitude consiste em não impedir que o comprador tome para si a coisa posta à sua disposição (a actividade para colocar à disposição não é entrega, mas sim preparativo da entrega); ou se trata de o vendedor proceder à entrega, no sentido estrito de haver uma actividade do vendedor que efectua a transmissão da posse.

Rigorosamente, portanto, a chamada «obrigação de entregar a coisa» não tem um conteúdo único nem sequer a mesma natureza jurídica. Constante e essencial é apenas — parafraseando a terminologia legal — que a coisa *fique entregue ao*

comprador. Variáveis são os meios pelas quais a coisa *fica entregue*.

10. A doutrina costuma colocar o problema da natureza jurídica da entrega. A correcta colocação do problema pressupõe um conceito restricto de entrega, como acto do vendedor tendente ao cumprimento da obrigação constituída pelo contrato, pois não poderia logicamente o problema colocar-se nos mesmos termos quanto a todas as hipóteses em que, como acima dissémos, a coisa se considera entregue ao comprador.

Em primeiro lugar há que esclarecer a intervenção, para a entrega, tanto do vendedor como do comprador, surgindo naturalmente as dúvidas quanto a este último. É indubitável que o comprador deve prestar ao vendedor aquela colaboração que, em geral, é devida pelo credor para o cumprimento da obrigação do devedor. É um aspecto geral do direito de obrigações, a considerar na obrigação de entrega da coisa vendida, sem especialidades de regime mas com as especialidades de aplicação resultantes das circunstâncias de cada caso. Só assim não seria se, como sustentava um antigo autor italiano, a obrigação de entrega se devesse considerar sempre cumprida pela simples colocação da coisa à disposição do comprador, mas acima seguimos orientação diversa.

Nem toda a doutrina admite, porém, que a intervenção do comprador se limite a esse mínimo geral, havendo quem entenda constituir a entrega um acto bilateral. Outra parece ser a construção correcta. O acto de entrega é um *acto do vendedor*, ao qual este ficou vinculado pelo contrato de venda e pelo qual ele cumpre a obrigação assumida. Não há uma fusão de vontades de vendedor e de comprador que possa levar a um acto bilateral, designadamente a uma convenção.

A entrega não é também um *negócio jurídico* unilateral. A regulamentação de interesses, por via da autonomia privada, tem sede no contrato de compra e venda; a entrega *executa* o contrato e nada de novo introduz na referida e anterior regulamentação de interesses.

Resta saber se a entrega será um acto jurídico ou um mero acto material, questão que só pode ser resolvida no primeiro

sentido, uma vez que se se distingam as actividades preparatórias, que podem ser meramente materiais e a entrega em si mesma, que fundamentalmente consiste na vontade de colocar a coisa na disponibilidade do comprador.

11. O Código contém um só artigo, o art. 882.º, sobre a entrega da coisa. O seu n.º 1 traduz quasi literalmente o 1.º tr. do art. 1477.º italiano; o n.º 2 inspira-se, com modificações, nos 2.º e 3.º tr. desse preceito italiano; o n.º 3 foi acrescentado para resolver um problema de pouca monta.

Determina o n.º 1 que a coisa deve ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo de venda. Pretende o preceito resolver um problema natural sempre que a entrega seja diferida; podendo o estado da coisa variar entre o tempo da venda e o tempo da entrega, é necessário decidir qual deles deve prevalecer e a lei manifesta-se pelo primeiro.

Para que a coisa possa ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda, é obviamente necessário o conhecimento do estado da coisa a esse tempo e, portanto, o preceito só pode aplicar-se à venda de coisas existentes e específicas (ou em bloco ou massa). Se a venda é de coisa futura ou de coisa indeterminada, é impossível determinar o estado da coisa ao tempo da venda e, portanto, haverá que escolher outro momento para este efeito, o qual também pode ser um de dois: o momento em que a coisa é especificada (ou em que começa a existir, no caso de venda de coisa futura) ou o momento da entrega. Parece preferível o primeiro, uma vez que o legislador afastou, como regra, o tempo da entrega e, a partir da especificação ou existência, é possível determinar o estado da coisa.

A obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda solicita do vendedor duas espécies de condutas: uma negativa, consistente em nada fazer que impeça a entrega da coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda (não deve arrancar árvores do prédio rústico vendido, retirar o telhado do prédio urbano, separar as rodas do automóvel); outra positiva, consistente em fazer aquilo que

for necessário para que a coisa se conserve no estado em que se encontrava ao tempo da venda.

Esta segunda conduta tem sido autonomizada como uma actividade de custódia ou guarda da coisa e enquadrada pela doutrina por duas formas diferentes: ou como objecto de uma obrigação ou como objecto de um ónus. Segundo a primeira corrente, o vendedor tem uma obrigação de custódia da coisa até à entrega, obrigação essa que não é autónoma, mas sim instrumental; não subsiste por si mesma mas existe em função da obrigação de entregar, da qual constitui um dos aspectos; não se confunde com a pura obrigação de entrega, até porque são separadas no tempo: a obrigação de custódia começa a funcionar logo que o contrato é celebrado e a obrigação de entrega propriamente dita só se torna actual mais tarde, quando for exigível segundo a lei ou o contrato.

Para a segunda corrente, a custódia da coisa forma um ónus, subespécie do ónus mais amplo de preparar (e preparar *a tempo*) a entrega. O vendedor tem obrigação de entregar a coisa e para isso deve realizar uma actividade preparatória (por exemplo, transportar a coisa para o lugar onde deve ser entregue), em que se inclui a guarda ou custódia da coisa, pois de outro modo não pode entregá-la, mas quando entrega a coisa cumpre a *obrigação de entregar* e não uma obrigação de conservar a coisa, assim como, quando não entrega a coisa (ou não a entrega nos termos devidos) deixa de cumprir a obrigação de entregar e não a obrigação de conservar a coisa. Assim, antes da entrega, o comprador não pode exigir o cumprimento da obrigação de conservar, mas pode requerer um procedimento cautelar, para que a coisa possa vir a ser entregue. Pelos mesmos motivos, cabe em regra ao vendedor suportar as despesas de guarda e conservação da coisa até ao momento da entrega.

Afigura-se-nos que as duas teorias complicam inutilmente uma realidade simples: dizer que o vendedor tem obrigação de guardar e conservar a coisa é o mesmo que dizer que o vendedor tem obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda e, portanto, a obrigação de conservar a coisa é a obrigação de entregar a coisa *no estado em que se encontrava ao tempo da venda*. Suponha-se que, estabele-

lecida por lei a obrigação de o vendedor entregar a coisa, nada se prescrevia sobre o estado da coisa a entregar; discutir-se-ia necessariamente se a entrega devia fazer-se no estado em que a coisa se encontrava ao tempo da venda ou ao tempo da entrega ou se o vendedor tinha ou não a obrigação de custódia da coisa até à entrega. Suponha-se que a lei prescrevia que o vendedor tem obrigação de entregar a coisa e tem obrigação de a conservar e guardar até à entrega; isso equivaleria a dizer que o vendedor tem obrigação de entregar a coisa no estado em que ela se encontrava ao tempo da venda, visto que a conservação e a guarda supõem um termo de referência, que só pode ser o estado da coisa ao tempo de venda.

Assim, portanto, também quando o legislador resolve o problema referido, fixando o estado da coisa ao tempo da venda, nada mais faz que impor ao vendedor a obrigação de conservar e guardar a coisa. O vendedor não tem obrigação de conservar e guardar a coisa *porque* tem obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda, sendo aquela obrigação instrumental relativamente a esta; o vendedor tem obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda *ou*, por outras palavras, tem obrigação de guardar, conservar e entregar a coisa.

Recaindo sobre o vendedor a obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda (ou de conservar e guardar a coisa até à entrega) são por ele suportadas as despesas necessárias para esse efeito, o que na prática significa que normalmente o comprador verá o preço aumentado em função dessas despesas.

O art. 882.º, n.º 1 deve ser coordenado com o art. 918.º, na parte em que este determina que se a coisa, depois de vendida e antes de entregue, se deteriorar, adquirindo vícios ou perdendo qualidades, são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações. Se a coisa se deteriora, depois de vendida e antes de entregue, o vendedor não procede à entrega da coisa no estado em que ela se encontrava ao tempo da venda. Trataremos desta coordenação a propósito do cumprimento da obrigação de entrega.

12. Por força do art. 882.º, n.º 2 a obrigação de entrega abrange, salvo estipulação em contrário, as partes integrantes e os frutos pendentes. Parte integrante é definida no art. 204.º, n.º 2 como «toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência»; frutos pendentes são todos aqueles que ainda não foram separados da coisa produtora.

A inspiração directa para este preceito deve ter vindo do art. 1477.º, 2.º tr. do Código Civil italiano — «Salvo diversa volontà delle parti, la cosa deve essere consegnata insieme com gli accessori, le pertinenze e i frutti dal giorno della vendita».

É, contudo, logo de notar uma diferença de redacção entre os dois preceitos. O art. 882.º inclui na obrigação de entrega *da coisa* — «A obrigação de entrega abrange...» — as partes integrantes, os frutos pendentes e os documentos, isto é a obrigação de entrega tem um objecto complexo: a coisa propriamente dita, as suas partes integrantes, os frutos pendentes, os documentos; no preceito italiano parece haver uma obrigação principal — a de entregar a coisa — acompanhada por obrigações acessórias e concomitantes de entrega dos acessórios, pertencas e frutos.

Não é claro o alcance do disposto no art. 882.º, n.º 2, podendo-se hesitar entre um de dois: definir a extensão da obrigação de entrega reportada ao tempo da venda, *em harmonia* com o n.º 1 do mesmo artigo (o vendedor é obrigado a entregar as partes integrantes e os frutos pendentes ao tempo da venda); reportar a entrega das partes integrantes e dos frutos pendentes ao momento da entrega *em excepção* à regra do n.º 1. O artigo italiano, pelo menos quanto aos frutos, enquadra-se na segunda hipótese e são na verdade problemas distintos o de saber qual a extensão do objecto da obrigação de entrega e o de saber em que momento — o da venda ou o da entrega — se fixa essa extensão.

Parece que o art. 882.º, n.º 2 respeita apenas ao primeiro problema, pois não contém qualquer referência *ao tempo*. E como a obrigação de entrega, por força do n.º 1, se fixa, quanto ao tempo a que a obrigação se reporta, no tempo da venda, o preceito significa que o vendedor deve entregar as partes integrantes e os frutos pendentes que existiam à data

da venda, o que aliás constituiu um simples esclarecimento do que já teria de se entender uma vez que tanto as partes integrantes como os frutos pendentes fazem parte da coisa.

Daqui não pode, todavia, concluir-se *a contrario sensu* que as partes integrantes e os frutos posteriores à venda pertencem ao vendedor.

Se o vendedor une, depois da venda, uma coisa ao prédio, de tal modo que ela se torne parte integrante deste, há que verificar se são ou não aplicáveis as regras da accessão industrial mobiliária; não o sendo, a parte integrante pode ser retirada pelo vendedor antes da entrega.

Quanto aos frutos, há a considerar certo número de hipóteses. Frutos pendentes ao tempo da venda e ainda também ao tempo da entrega não causam problemas. Frutos pendentes ao tempo da venda mas separados antes da entrega não podem ser entregues como frutos pendentes, que já não são, mas pertencem ao comprador, pois este tem direito aos frutos a partir do momento em que se tornou proprietário (art. 213.º, n.º 1). O mesmo se aplica aos frutos produzidos depois da venda, quer estejam pendentes ou separados ao tempo da entrega.

Acentuamos que, pela interpretação dada ao art. 882.º, n.º 2, se o vendedor não entrega as partes integrantes ou os frutos a que o comprador tem direito, mas que não são objecto da obrigação de entregar por não se reportarem ao tempo da venda, essa falta de entrega em nada afecta o contrato de compra e venda, pois o dever violado tem fonte diversa desse contrato.

O art. 210.º do nosso Código distingue das partes integrantes as coisas accessórias ou pertenças. Assim, enquanto pelo art. 882.º, n.º 2 as partes integrantes são abrangidas pela obrigação de entrega, salvo convenção em contrário, as coisas accessórias são excluídas do negócio de venda, salva declaração em contrário (art. 210.º, n.º 2).

Para quem entenda que os frutos civis também podem estar *pendentes*, não há motivo para não lhes aplicar a regra do art. 882.º, n.º 2, tal como ficou interpretada, o que aliás coincide com a aplicação do art. 213.º, n.º 2. Quem tenha opinião diversa aplicará apenas e directamente esse art. 213.º, n.º 2 e,

portanto, pertencerão ao vendedor os rendimentos, dia a dia, até ao tempo da venda, passando os seguintes a pertencer ao comprador.

As palavras finais do art. 882.º, n.º 2 «e os documentos relativos à coisa ou direito» condensam o terceiro trecho do art. 1477.º cód civ. italiano: «O vendedor deve, contudo, entregar os títulos e os documentos relativos à propriedade e ao uso da coisa vendida».

Os textos português e italiano diferem antes de mais em que, no primeiro, a obrigação legal de entregar os documentos é expressamente derogável; a frase «salvo estipulação em contrário» antepõe-se tanto à entrega das partes integrantes e frutos pendentes como à entrega dos documentos relativos à coisa ou direito. No artigo italiano a letra aponta para uma obrigação inderrogável ou, se o preceito dever ser interpretado como derogável, pelo menos falta o carácter expresso da derogabilidade.

Segunda diferença encontra-se na omissão em Portugal da palavra «títulos» e terceira na supressão de relativos «à propriedade e ao uso».

Do âmbito do art. 882.º, n.º 2, parte final, são imediatamente de excluir (não por deverem ser entregues mas por deverem ser entregues por outro motivo) os documentos cuja entrega é essencial para que haja entrega do direito transmitido. A obrigação referida no art. 882.º, n.º 2 é uma obrigação acessória da obrigação principal (ou uma parte essencial da obrigação da entrega) e além disso derogável. Nem a acessoriedade nem a derogabilidade se coadunam com os casos acima referidos.

Devem também ser excluídos do art. 882.º, n.º 2, os documentos relativos à transferência da coisa, isto é, os documentos probatórios do contrato celebrado; aquele preceito refere-se aos documentos *relativos à coisa ou direito* e não aos documentos relativos ao contrato que teve por objecto a coisa ou direito. Se o contrato é celebrado por escrito, o documento contratual pertence a ambas as partes, sem necessidade de entrega pelo vendedor ao comprador. No caso contrário, o comprador pode ter interesse em possuir documentação do contrato celebrado

e poderá exigi-lo, nos termos gerais de direito, mas não por força do art. 882.º, n.º 2.

Note-se igualmente que o dever de entregar documentos não se confunde com o dever de prestar informações que venham a ser necessárias para a defesa do direito pelo respectivo adquirente e ainda menos com a participação que o vendedor deva assumir em tal defesa, por força de outros preceitos legais.

Ficam ainda possivelmente abrangidos documentos de variadas naturezas e que se encontram em diversas situações.

Assim, é principalmente duvidoso se a lei tem em vista apenas documentos que se encontrem na posse do vendedor à data da entrega ou também documentos que, não estando na posse do vendedor, possam ser conseguidos por este e, por outro lado, se as palavras «documentos relativos à coisa» abrangem todos os relativos a transmissões da coisa desde a aquisição originária desta.

À primeira vista, pelo menos, parece exagerado que o vendedor seja obrigado, por exemplo, a entregar ao comprador todas as escrituras de venda, doação, etc. de um prédio urbano desde a construção dele, quer os tenha quer não os tenha em seu poder.

Procurando contemplar as hipóteses praticamente mais prováveis, pensamos que *a)* o vendedor não é obrigado a entregar certidões, estejam ou não em seu poder, de documentos contidos em arquivos públicos de que o comprador possa, por si, extrair certidões; *b)* o vendedor não é obrigado a entregar documentos que não sejam relativos à situação *actual* da coisa, entendendo-se, contudo, como relativos à situação *actual* os documentos que consignem actos ou factos cuja eficácia ainda é *actual* (por exemplo, contratos de arrendamento ainda em vigor, mas não aqueles que já tenham terminado); *c)* o vendedor não é obrigado a entregar documentos que não tenham chegado a produzir alguma alteração material ou jurídica da coisa (por ex., documentos relativos à criação ou extinção de uma servidão que não chegou a ser efectuada); *d)* o vendedor não é obrigado a entregar documentos que não tenha em seu poder; *e)* os documentos tanto podem conter factos jurídicos como factos materiais; *f)* devem ser entregues os documentos

necessários para o uso normal da coisa, como licenças de circulação.

Nos termos do art. 882.º, n.º 3, se os documentos contiverem outras matérias de interesse do vendedor, é este obrigado a entregar pública-forma da parte respeitante à coisa ou direito que foi objecto da venda, ou fotocópia de igual valor. O preceito deve ser interpretado com bom senso; não é manifestamente permitido entregar uma fotocópia parcial donde não conste tudo aquilo — por exemplo, introduções genéricas, fechos — que genérica ou especificamente respeite à parte que interessa ao comprador. Por outro lado, este n.º 3 poderia induzir a considerar obrigatória a entrega de originais de documentos em poder do devedor e que este deva entregar, raciocinando-se que a lei só autoriza a entrega de pública-forma ou documento de igual valor quando o documento contenha também matéria de interesse do vendedor. O valor probatório das públicas formas e fotocópias notariais (arts. 385.º e 387.º) e a função da entrega dos documentos levam a concluir que o vendedor pode, se preferir, conservar os originais.

Incluindo os documentos na obrigação da entrega, o Código parece sujeitar a obrigação da entrega de documentos, no aspecto do não cumprimento, ao regime geral do não cumprimento da obrigação de entregar a coisa, de modo que a obrigação de entregar a coisa só se consideraria cumprida quando o vendedor entregasse todos os documentos a cuja entrega estava obrigado. A importância do problema reduz-se entendendo-se que a falta de entrega e a correspondente aceitação pelo comprador da entrega de alguns documentos constitui convenção tácita delimitativa dos documentos abrangidos na obrigação de entrega. No entanto, não parece que possa adoptar-se uma solução única para a falta de entrega de todo e qualquer documento. Excluídos do art. 882.º, n.º 2, como acima dissemos, os documentos essenciais à transmissão do direito vendido (cuja falta manifestamente impede que se considere cumprido o contrato de compra e venda), a falta de entrega de documentos essenciais para o uso da coisa deve incluir-se no regime de falta de cumprimento de entrega da coisa. A falta de entrega de outros documentos apenas atribuirá ao comprador o direito de

ser indemnizado pelos prejuízos que essa falha lhe venha a causar.

13. O Código Civil não edita quaisquer preceitos especiais a respeito do tempo e do lugar do cumprimento da obrigação de entregar a coisa vendida. São, pois, aplicáveis os preceitos gerais dos arts. 772.º e seguintes e 777.º e seguintes.

Pelo que respeita ao lugar da prestação, o art. 772.º estabelece uma regra geral expressamente dispositiva: a prestação deve ser efectuada no lugar do domicílio do devedor. Contra tal regra e por natureza desta, prevalece a estipulação em contrário, como também prevalece, por definição, alguma disposição especial de lei.

É ainda o domicílio do devedor que determina o lugar de cumprimento da obrigação, quando, depois de constituída esta, tal domicílio tenha mudado. O n.º 2 do art. 772.º mantém a regra do domicílio do devedor, apesar de este ter mudado depois de constituída a obrigação, pois transfere o cumprimento para o novo domicílio. Abre, porém, uma excepção, não a favor do domicílio do credor, mas a favor do antigo domicílio do devedor, quando a mudança acarretar prejuízos para o credor (o que na realidade significa o cumprimento num lugar ao qual nenhuma das partes está ligada; o credor não tem domicílio nesse lugar e o devedor deixou de o ter).

A regra do art. 772.º não se aplica quando a) a prestação tiver por objecto coisa móvel determinada, b) quando se trate de coisa genérica que deva ser escolhida de um conjunto determinado, c) quando se trate de coisa que deva ser produzida em certo lugar. Nessas hipóteses, a obrigação deve ser cumprida no lugar onde a coisa se encontrava ao tempo da conclusão do negócio. As duas primeiras hipóteses são compreensíveis, mas a terceira está mal formulada; se a coisa *deve ser* produzida em certo lugar, ainda não está produzida à data do contrato e, portanto, *nessa data não se encontra em lugar algum*. Parece, pois, que, afastado o domicílio do devedor, a obrigação de entregar a coisa que deve ser produzida em certo lugar deve ser cumprida no lugar onde a coisa *deve ser* produzida.

O art. 774.º é, por natureza, inaplicável à obrigação de entregar a coisa vendida. Os arts. 775.º e 776.º aplicam-se sem grandes dificuldades.

O art. 773.º suscita uma dúvida quanto à sua imperatividade ou disponibilidade. No sentido da imperatividade, pode dizer-se que ele não contém a ressalva da estipulação das partes em contrário, o que valeria como indício, não só em si mesmo mas também pelo contraste com a ressalva feita no início do art. 772.º; há quem acrescente que, embora seja possível que, uma vez por outra, as partes possam não ter querido que a prestação seja efectuada no lugar em que a coisa móvel se encontrava à data em que a obrigação se constituiu, a solução rígida do art. 773.º tem a vantagem da «certeza», que compensa aquele inconveniente. Não concordamos com este argumento, pois não vemos que maiores exigências de «certeza» pode haver nas hipóteses do art. 773.º do que nas hipóteses do art. 772.º, onde está ressalvada a vontade das partes. E também não vemos motivo para a vontade das partes não poder determinar o lugar do cumprimento do contrato, apenas porque a coisa móvel é determinada ou entra em alguma das categorias referidas no art. 773.º, n.º 2.

Pelo que respeita ao tempo da prestação, são aplicáveis à obrigação de entregar a coisa vendida quasi todas as disposições dos arts. 777.º e seguintes (quanto ao art. 781.º vide adiante).

Também quanto ao tempo do cumprimento deverá atender-se em primeiro lugar à estipulação das partes e às disposições especiais da lei. Estas últimas não existem no Código Civil para a obrigação de entrega. A obrigação de entrega da coisa e a obrigação de pagar o preço estão ligadas pela *exceptio non adimpleti contractus*, mas a obrigação de entregar a coisa não é influenciada, quanto ao tempo, pela obrigação de pagar o preço. Por força do art. 885.º, n.º 1, o momento do pagamento do preço deve ser o da entrega da coisa vendida, mas a inversa não é verdadeira; a fixação contratual de um prazo para o pagamento do preço não implica idêntica fixação para a entrega da coisa, a qual deverá fazer-se no tempo que resultar das regras gerais acima referidas.

Também não há procedência necessária entre o momento da transmissão do direito de propriedade ou de outro direito, por força do contrato de compra e venda, e a obrigação de entregar a coisa. Quando a transmissão do direito não seja efeito directo e automático do contrato ou quando as circunstâncias não tornem impossível a entrega antes da transmissão do direito, é lícito estipular que aquela preceda esta, como sucede, por exemplo, nas vendas com reserva de propriedade.

Chamamos a atenção para um aspecto da interpretação do art. 772.º, n.º 2, que pode ter especial importância para a compra e venda. Determina esse preceito que se se tornar necessário o estabelecimento de um prazo, quer pela própria natureza da prestação, quer por virtude das circunstâncias que a determinaram, quer por força dos usos, e as partes não acordarem na sua determinação, a fixação dele é deferida ao tribunal. No que respeita aos usos, a função atribuída pelo art. 772.º, n.º 2 é apenas a de tornar necessário o estabelecimento de um prazo; não é a de esses próprios usos determinarem o prazo aplicável no caso concreto, como se sustenta em Itália, invocando o art. 1376.º Código Civil que concede aos usos uma função integradora, e como sucedia também com o art. 704.º do nosso anterior Código Civil. Agora e entre nós, por muito estranho que isso possa parecer, os usos apenas indicam a necessidade do prazo, verificada a qual a duração do prazo será determinada ou por acordo das partes ou pelo juiz.

Uma das convenções possíveis sobre o tempo de cumprimento da obrigação de entrega consiste em repartir esta por momentos diferentes e sucessivos, ou seja, em fraccionar a entrega. Esta hipótese levanta duas espécies de problemas: distingui-la de outros contratos que não são contratos de compra e venda; incluí-la ou não em preceitos que contenham regras especiais para contratos de execução periódica ou continuada. O primeiro problema ficou tratado a propósito da distinção entre contrato de venda e contrato de fornecimento; do segundo tratar-se-á adiante a propósito do cumprimento da obrigação de entregar. Aqui apenas interessa vincar a possibilidade prática da hipótese: uma venda com um objecto único, cuja entrega é fraccionada, paralelamente à hipótese de fraccionamento da

obrigação (unitária) de pagamento do preço. Tal hipótese poderá surgir mais facilmente a respeito de venda de coisas genéricas, mas também pode aparecer em casos de vendas de coisas específicas, como a hipótese de entrega fraccionada de maquinismos, conforme o plano de montagem de uma fábrica ou a entrega de partes de um prédio rústico, à medida que forem feitas as colheitas de frutos pendentes na altura da venda.

O art. 781.º contém um regime nem sempre aplicável à obrigação de entrega. Admitindo, por um lado, que o preceito é dispositivo e, por outro lado, que é estabelecido no interesse do credor, afigura-se-nos que em muitos casos deverá deduzir-se das circunstâncias do contrato de compra e venda ser vontade das partes derogá-lo. Na verdade, o vencimento antecipado de prestações de entrega da coisa pode ser contrário ao interesse do comprador — dificuldades de armazenagem, risco de deterioração, etc. — tendo em vista a execução específica da obrigação do vendedor.

14. A propósito da obrigação de entrega, o Código não estabelece regime especial de cumprimento ou falta de cumprimento. Na Secção dedicada à venda de coisas defeituosas, o já acima citado art. 918.º, epigrafado «defeito superveniente», dispõe que, se a coisa depois de vendida e antes de entregue se deteriorar, adquirindo vícios ou perdendo qualidades, são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações. Somos, portanto, remetidos por duas vias para as regras relativas ao não cumprimento das obrigações: pela via indirecta da omissão de regime especial para a obrigação de entrega; pela via directa da remissão que, quanto à deterioração da coisa, é feita no art. 918.º

Não é aqui lugar para expor as regras relativas ao não cumprimento de obrigações. Focaremos apenas alguns aspectos mais específicos da obrigação agora considerada.

Ficou visto que o vendedor tem obrigação de entregar a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da venda — art. 882.º, n.º 1 — e também já se viu a ligação dessa regra com a contida no art. 918.º O vendedor pode faltar ao cumpri-

mento dessa obrigação ou deixando inteiramente de proceder à entrega ou pretendendo proceder à entrega da coisa em estado diverso daquele em que ela se encontrava ao tempo da venda, designadamente entregar uma coisa que sofreu deterioração posterior à venda (e anterior à entrega).

O art. 796.º trata conjuntamente do risco do perecimento e do risco da deterioração da coisa. Limitando-nos ao segundo aspecto, o n.º 1 desse preceito determina que «nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente»; no contrato de compra e venda, portanto, o risco de deterioração por causa não imputável ao vendedor corre por conta do comprador.

Isto coloca nos seus justos termos a obrigação definida no art. 882.º, n.º 1. Poderia parecer que o alcance deste preceito é fazer o risco da deterioração posterior à venda recair sobre o vendedor, mas não é assim: o vendedor só responde pela deterioração que lhe seja imputável, cabendo naturalmente ao comprador a responsabilidade quando a deterioração lhe seja imputável e ainda, por força do art. 796.º, n.º 1, recaindo sobre este o risco propriamente dito.

Nos termos do n.º 2 do art. 796.º, se a coisa tiver continuado em poder do alienante em consequência de termo constituído a seu favor, o risco só se transfere com o vencimento do termo ou a entrega da coisa, sem prejuízo do disposto no art. 807.º, o qual por sua vez dispõe que, pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que esses factos lhe não sejam imputáveis, ficando, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria igualmente sofrido os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo. Compreende-se efectivamente que o risco recaia sobre o alienante se a entrega da coisa é diferida por interesse do alienante. Essa situação termina, diz o artigo, ou pelo vencimento do termo ou pela entrega da coisa; vencido o termo e não cumprida a obrigação de entrega, cai-se numa situação de mora, ou do credor ou do

devedor, passando a aplicar-se as respectivas regras; entregue a coisa, antes do termo (o alienante pode entregar a coisa antes do termo, renunciando a este, estipulado a seu favor) ou quando o termo se vence, deixou de haver obrigação que possa fazer recair sobre o alienante algum risco.

O n.º 3 do art. 796.º trata de hipóteses de subordinação do contrato a condições resolutivas ou suspensivas e não se reporta propriamente à obrigação de entrega da coisa. O n.º 1 do art. 796.º define o círculo de contratos a que o preceito se aplica — contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela — e regula o risco de perda da coisa, atendendo a essas condições que incidem sobre todo o contrato, inclusivamente sobre a transferência do domínio, e não apenas sobre a obrigação de entregar a coisa. Note-se, por exemplo, que para o caso de condição resolutiva, a atribuição do risco ao adquirente supõe expressamente que a coisa *já tenha sido entregue a este*.

Sobre o art. 797.º falamos noutro lugar.

Para a hipótese de mora do devedor na entrega, rege o art. 807.º

Na hipótese de mora do credor, aplica-se o art. 805.º

São aplicáveis ao contrato de compra e venda as regras prescritas sobre resolução do contrato nos arts. 432.º e seguintes. Delas apenas merecem agora consideração especial as contidas no art. 434.º, por ser duvidosa a aplicação à venda com entrega fraccionada. Trata-se de saber se essa modalidade de venda deve ser considerada um contrato de execução continuada ou periódica e, se a resposta for afirmativa, se ou como lhe é aplicável o disposto no art. 434.º, n.º 2.

Lembremos que, ao contrário do contrato de fornecimento, a venda com entregas fraccionadas tem um objecto único, embora repartido para efeitos de entrega; daí a dúvida quanto à inclusão no citado n.º 2, que parece reportar-se a contratos cujas prestações satisfazem interesses do credor, ou contínuos ou repetidos periodicamente.

A importância da distinção entre o n.º 1 e o n.º 2 do art. 434.º reside em a retroactividade constituir ou regra ou

excepção, mas nos dois casos é admitida a irretroactividade ou como excepção ou como regra. Acaba sempre, portanto, por praticamente ser atingida a mesma solução, por uma ou por outra via.

Partindo da observação acima referida sobre o interesse continuado ou periódico justificativo do disposto no art. 434.º, n.º 2, afigura-se-nos que, em geral, existe um interesse global do comprador na totalidade da entrega, que encaminha para o disposto no n.º 1 desse artigo; não é, contudo, de excluir que nalgum caso as circunstâncias mostrem ser vontade das partes a manutenção das entregas parcelares já efectuadas, designadamente porque cada uma destas satisfaz, ao menos parcelarmente, um interesse qualitativamente igual do comprador.

15. O Código Comercial contém dois artigos, 473.º e 475.º sobre o tempo de cumprimento da obrigação de entrega. O primeiro é expressamente dispositivo; o segundo como tal deve entender-se, pois não se vê motivo para o facto de a venda ser feita a contado em feira ou mercado tornar nula a convenção sobre o tempo de entrega da coisa.

Tanto o corpo como o § único do art. 473.º ressalvam a convenção sobre o prazo de entrega, a qual tanto pode ser expressa como tácita. Não ressalva os usos, que só poderão, portanto, ser invocados nos termos gerais. Podem designadamente servir para interpretar o conteúdo de cláusulas expressas ou integrar o de convenção tácita.

A distinção é estabelecida, conforme as coisas tenham ou não sido compradas à vista (a venda sobre amostra não é considerada compra à vista da coisa). No primeiro caso, o vendedor deve pô-las à disposição do comprador dentro das vinte e quatro horas seguintes ao contrato, contando-se o prazo nos termos do art. 279.º Código Civil. No segundo caso, o comprador pode fazer fixar judicialmente o prazo. Discutiu-se muito qual o processo para esta fixação (Cunha Gonçalves, págs. 604 e segs.), até que o Assento de 18 de Julho de 1930, Col. Of. 29, pág. 172, fixou jurisprudência no sentido de que o meio competente para fixar judicialmente o prazo para a entrega da coisa vendida, a que alude o § único do art. 473.º do Código

Comercial, é o da notificação a que se refere o art. 645.º do Código de Processo Civil. Hoje, porém, existe um processo de jurisdição voluntária para fixação judicial de prazo, regulado nos arts. 1456.º e 1457.º do Código de Processo Civil: quando incumba ao tribunal a fixação do prazo para o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever, o requerente, depois de justificar o pedido de fixação, indicará o prazo que repute adequado; a parte contrária é citada para responder; na falta de resposta, é fixado o prazo proposto pelo requerente; havendo resposta, o juiz decidirá, depois de efectuadas as diligências probatórias necessárias.

O art. 475.º dispõe que os contratos de compra e venda celebrados a contado em feiras ou mercado cumprir-se-ão no mesmo dia da sua celebração, ou, o mais tarde, no dia seguinte. o que equivale a estabelecer um prazo até ao fim do dia seguinte. A venda é feita a contado quando o preço tem de ser pago no acto da entrega (mas sobre a concessão de prazo curto, v. adiante).

O § único contém uma severa cominação; expirados os termos fixados neste artigo sem que qualquer dos contraentes haja exigido o cumprimento do contrato, haver-se-á este por sem efeito, e qualquer sinal passado ficará pertencendo a quem o tiver recebido. Basta que qualquer dos contraentes exija o cumprimento, tanto podendo ser o comprador como o vendedor. A pequenez do prazo impede que se pense numa exigência judicial, servindo, portanto, qualquer meio privado. Exigir o cumprimento abrange qualquer declaração feita ao outro contraente, donde resulte a vontade de que o contrato seja cumprido, como se o comprador mandar buscar a mercadoria ou o vendedor a mandar entregar e *mutatis mutandis* quanto à oferta de pagamento do preço. O contrato, para não se incorrer na cominação do parágrafo, não tem de ser cumprido dentro do prazo; assim, o parágrafo não se aplicará quando um contraente invoque a excepção de inadimplemento.

O simples facto de no momento do contrato ter sido entregue um sinal não é considerado exigência de cumprimento, mas, nos termos acima indicados, os contraentes manifestam vontade de cumprimento quando, depois do contrato e dentro do

prazo estabelecido pelo corpo do artigo, um sinal for oferecido e aceite.

O contrato «haver-se-á por sem efeito» e qualquer sinal passado ficará pertencendo a quem o tiver recebido. A perda do sinal pune quem o tiver prestado, por não ter exigido o cumprimento, embora o cumprimento também não lhe tenha sido exigido pela outra parte. Para o contrato ficar sem efeito não é necessária qualquer declaração nesse sentido, de um contraente ao outro, bastando o decurso do prazo sem a exigência do cumprimento.