

Contrato e circulação dos bens

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Juiz Conselheiro do STJ

Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho,
com contrato na situação prevista no art. 73.º do Estatuto da Carreira Docente
Universitária

I.

Entre as questões recentemente nascidas ou renascidas na doutrina portuguesa está a da natureza, imperativa ou não imperativa, da disposição fundamental do *modelo de circulação dos bens*¹ do direito privado português – o art. 408.º, n.º 1, do Código Civil².

Raul Ventura, p. ex., punha-se a questão da possibilidade de «criar, por vontade das partes, uma venda obrigatória propriamente dita»³, para lhe responder pela *negativa*.

O pressuposto de que parte é o art. 408.º, n.º 1, é uma *norma imperativa*⁴. As partes não poderiam criar uma venda obrigatória propriamente dita, e não poderiam criá-la porque o art. 408.º, n.º 1, não a permitiria — o caso da venda obrigatória propriamente dita «não se enquadra[ria] na parte final do art. 408.º, n.º 1, porque este só se refere a exceções previstas na lei e não [a] exceções criadas pelas partes»⁵.

Ora o pressuposto de que parte Raul Ventura é, pelo menos, problemático. O alcance do art. 408.º, n.º 1, é algo impreciso. O intérprete há de ponderar pelo menos três hipóteses: a de a norma do art. 408.º, n.º 1, valer para todos os contratos; a de a norma do art. 408.º, n.º 1, só valer para alguns contratos, para os contratos definitivos, e a de a norma do art. 408.º, n.º 1, só valer para alguns contratos definitivos, para os contratos definitivos típicos de compra e venda. O problema agrava-se pela circunstância de a *imprecisão* contaminar a controvérsia em torno do sentido do art. 408.º, n.º 1 – do sentido da qualificação do art. 408.º, n.º 1, como *norma imperativa* ou *não imperativa*.

1. – A classificação das normas jurídicas em imperativas e em não imperativas é em geral representada como uma «classificação das normas jurídicas tomando para ponto de referência a autonomia privada»⁶: as *normas imperativas* não podem ser afastadas pela atuação ou pelo exercício da autonomia privada das partes; não podem ser afastadas pela vontade das partes; as *normas não*

1 O termo *circulação dos bens* inspira-se em Carnelutti (1933).

2 Cf. designadamente CRISTAS/GOUVEIA (2001), pp. 15-137; ALMEIDA (2005), pp. 5-17; CRISTAS (2005), pp. 427-430; ALMEIDA (2012), pp. 118-119; DUARTE (2013), p. 60; SOTTOMAYOR (2010), pp. 185 ss.; JARDIM (2013), pp. 412-446; JARDIM (2014), pp. 179-218; MIMOSO/RODRIGUES (2014), pp. 112-128 (2014a) e (2014b), pp. 35-61.

3 VENTURA (1983), p. 595.

4 Como sustenta, p. ex., JARDIM (2013), pp. 412-446; e JARDIM (2014), pp. 179-218, esp. nas pp. 194-195, 194-206 e 212.

5 VENTURA (1983), p. 595.

6 Expressão de MACHADO (1982), p. 97.

imperativas, ou *dispositivas*, sim – «podem ser afastadas pela vontade das partes (em contrário)»⁷. Face ao sentido geral da classificação das normas jurídicas em imperativas e em dispositivas, pergunta-se pelo sentido particular, específico da qualificação do art. 408.º como *norma imperativa*.

Os dois problemas, o do alcance e o do sentido, estão relacionados entre si: a pergunta «Que significa sustentar-se que o art. 408.º, n.º 1, é uma norma *imperativa*?», ou «Que significa sustentar-se que o art. 408.º, n.º 1, não pode ser afastado pela atuação ou pelo exercício da autonomia privada; pela vontade das partes (com contrário)?», pode ter uma resposta diferente, consoante o alcance do art. 408.º, n.º 1, seja mais ou menos amplo; consoante a *imperatividade* do art. 408.º, n.º 1, valha para todos os contratos, só para os contratos definitivos, ou só para os contratos definitivos *típicos* de compra e venda.

2. – Começaremos por atribuir ao art. 408.º, n.º 1, o seu alcance mais amplo; começaremos por pôr a hipótese de o art. 408.º, n.º 1, valer para todos os contratos.

Em tal hipótese, a qualificação do art. 408.º, n.º 1, como *norma imperativa* ou *injuntiva* significaria que *as partes não poderiam concluir nenhum contrato translativo obrigatório*; significaria que *as partes não poderiam concluir nenhum contrato com eficácia meramente obrigacional, por que se constituísse uma obrigação de dare*. As cláusulas por que se convencionasse que a transmissão da propriedade não era um *efeito do contrato*, e sim (só) um *efeito do cumprimento do contrato* – por que se estipulasse uma *fase intermédia*, de natureza meramente obrigacional – seriam sempre *inválidas*.

3. – Os próprios termos em que se põe o problema tornam evidente que a hipótese é insustentável. A *imperatividade* do art. 408.º, n.º 1 – de um art. 408.º, n.º 1, com um alcance tão amplo –, oporia um obstáculo à *validade* dos contratos-promessa de compra e venda. Em todos os contratos-promessa de compra e venda a transmissão da propriedade é um *efeito do cumprimento do contrato*. Os contratos-promessa de compra e venda são sempre contratos translativos obrigatórios. Entre o *contrato* e o *cumprimento do contrato* há sempre uma *fase intermédia* de natureza meramente obrigacional⁸. Ora a *validade* dos contratos-promessa de compra e venda é incontestável – é uma das poucas coisas incontestáveis, e das muito poucas coisas incontestadas.

7 MACHADO (1982), p. 98.

8 O facto de se tratar de um contrato-promessa com ou sem *efeitos antecipados* é irrelevante. Pode o contrato-promessa ter ou não *efeitos antecipados* – entre a conclusão do contrato-promessa e o cumprimento da obrigação de conclusão do contrato prometido sempre haverá uma *fase intermédia*, e sempre essa *fase intermédia* terá *natureza meramente obrigacional*. O próprio contrato-promessa com *efeitos antecipados* não tem *efeito translativo*; não tem como efeito a transmissão da propriedade. «Pode antecipar-se tudo; não pode antecipar-se a transmissão da propriedade» [cf. VETTORI (2016), p. 74].

O resultado é o de que a *imperatividade* do art. 408.º, n.º 1, não opõe, e não pode opor um obstáculo à *validade* dos contratos-promessa de compra e venda.

4. – Começando, como começámos, por atribuir ao art. 408.º, n.º 1, o seu alcance mais amplo, chegámos a uma conclusão intermédia. O art. 408.º, n.º 1, só pode valer para os contratos definitivos e, porventura, só para alguns contratos definitivos; porventura, só para um particular *tipo* de contratos definitivos – a *compra e venda*.

O problema desloca-se, quase impercetivelmente, do *plano da validade* para o *plano da qualificação*. Com a segunda hipótese – com a hipótese de o art. 408.º, n.º 1, só valer, como *norma imperativa*, para os contratos definitivos – está afinal a perguntar-se: pode qualificar-se um contrato translativo obrigatório como um contrato definitivo, ou deve qualificar-se *sempre* como contrato preliminar (como contrato-promessa)⁹? Com a terceira hipótese – com a hipótese de o art. 408.º, n.º 1, só valer, como *norma imperativa*, para os contratos definitivos *típicos* de compra e venda – está afinal a perguntar-se: desde que possa qualificar-se um contrato translativo obrigatório como contrato definitivo, deverá considerar-se que é um contrato definitivo *típico* ou um contrato definitivo *atípico*?

Seja com a primeira, seja com a segunda hipótese, está a ponderar-se um problema de qualificação, e só um problema de qualificação – o contrato vale; isso está claro; só não está claro se vale como definitivo e, nessa hipótese, se vale como compra e venda.

II.

O debate acerca da natureza, imperativa ou não imperativa, do princípio da consensualidade percorreu *caminhos paralelos* em Itália e em Portugal.

O *ponto de partida* era comum e estava em tomar-se o princípio da consensualidade como um dogma¹⁰. O contrato de compra e venda teria sempre como efeito a transmissão da propriedade. Como convém aos dogmas, fazia-se do princípio da consensualidade uma «leitura fideísta»¹¹. O princípio da consensualidade era representado como uma norma imperativa, inderrogável *ex voluntate*.

9 Como acontece em Itália, de acordo com a informação dada por Pietro Sirena: «Os contratos que produzem, em vez de um efeito translativo, [um efeito meramente obrigacional, ou seja:] uma obrigação de *dare* translativo são de quando em quando genericamente qualificados como contratos preliminares» [cf. SIRENA (2014), p. 82].

10 Expressão de LUMINOSO (2016), p. 931.

11 Expressão de VETTORI (2016), pp. 32-33.

O facto de o ponto de partida ter sido comum não significa, porém, que o *ponto de chegada* o tenha sido.

Em Itália, o dogma começou a ser criticado desde há cerca de cinco décadas¹². Em Portugal, desde há menos de duas décadas¹³. Em Itália, talvez porque a crítica tenha começado mais cedo, o dogma terá sido entretanto superado. Em Portugal, talvez porque a crítica tenha começado mais tarde, ainda não o terá sido. Em Itália, a doutrina está dividida¹⁴ e, dentro da divisão, há alguma preponderância da corrente que qualifica o princípio da consensualidade como norma dispositiva¹⁵. Em Portugal, há alguma preponderância da corrente, da doutrina que o qualifica como norma imperativa.

1. – Em 2001, Assunção Cristas e Mariana França Gouveia publicavam um artigo em que alegavam que o art. 408.º, n.º 1, do Código Civil era uma norma de direito dispositivo (era uma norma supletiva) – as partes poderiam derrogá-lo, designadamente, através da cláusula de reserva de propriedade, admitida e reconhecida pelo art. 409.º¹⁶

O caso por si selecionado para provar a natureza dispositiva, não imperativa, do art. 408.º, n.º 1, foi o do contrato de compra e venda com uma cláusula de reserva de propriedade por que se subordinasse a produção do efeito real ao facto incerto *entrega da coisa*. O art. 405.º poderia ser suficiente para derrogar o art. 408.º, n.º 1; ainda que o art. 405.º o não fosse, sempre o seria o art. 409.º, n.º 1. A primeira parte do art. 409.º, n.º 1, especificaria uma situação, seguramente a situação paradigmática, de reserva de propriedade; permitiria que o vendedor reservasse para si a propriedade da coisa até à verificação de um evento certo e determinado – o cumprimento da obrigação do comprador de entregar o preço, de pagar o preço; a segunda parte, porém, não especificaria situação nenhuma – permitiria que o vendedor reservasse para si a propriedade da coisa até à verificação de qualquer evento. «Qualquer evento», no sentido do art. 409.º, n.º 1, poderia ser, p. ex., a entrega da coisa. O vendedor poderia

12 Cf. LUMINOSO (2011), pp. 4-5; SIRENA (2014), pp. 78-92; LUMINOSO (2016), pp. 936-937.

13 O ponto de partida terá sido o artigo de CRISTAS/GOLIVEIA (2001), pp. 15-137, esp. nas pp. 48-61, cujos argumentos foram apreciados, p. ex., por ALMEIDA (2005), pp. 5-17; CRISTAS (2005), pp. 427-430; ALMEIDA (2012), pp. 118-119; DUARTE (2013), p. 60; SOTTOMAYOR (2010), pp. 185 ss.; JARDIM (2013), pp. 412-446; JARDIM (2014), pp. 179-218; e por MIMOSO/RODRIGUES (2014), pp. 112-128 (2014a) e (2014b), pp. 35-61

14 O facto de a doutrina estar dividida é só por si um indício de que o dogma foi superado: os dogmas, como as «leituras fideístas», dão-se mal com as discussões.

15 Cf. designadamente LUMINOSO (2011), pp. 4-5; SIRENA (2014), pp. 78-92.

16 CRISTAS/GOLIVEIA (2001), esp. nas pp. 48-61, cujos argumentos são retomados em CRISTAS (2005), pp. 427-430.

reservar para si a propriedade da coisa vendida até à entrega¹⁷. Ora «[s]e as partes podem colocar, livremente, o momento da transmissão da propriedade em qualquer evento, p. ex., a entrega, através da cláusula do art. 409.º, [seria] indiferente dizer[-se] que a transmissão se opera por efeito do contrato ou da entrega»¹⁸. Assunção Cristas e Mariana França Gouveia retiram daí a ilação de que o art. 408.º, n.º 1, é uma norma totalmente dispositiva – «[a] supletividade do art. 408.º seria total»¹⁹.

2. – Carlos Ferreira de Almeida pronunciou-se sobre a natureza não imperativa do art. 408.º, n.º 1, em pelo menos dois textos. O primeiro, mais antigo, foi publicado em 2001, como prefácio ao livro de Assunção Cristas, de Mariana França Gouveia e de Vítor Neves, *Transmissão da propriedade e contrato*²⁰, e o segundo, mais recente, foi publicado em 2005, com o título *Transmissão contratual da propriedade. Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes*²¹. O texto de 2001 exprimia a convicção de que o princípio de transmissão consensual, imediata ou instantânea da propriedade tinha um carácter *meramente dispositivo* ou *meramente supletivo* e o texto de 2005 extraía da convicção de que o princípio da consensualidade tinha um carácter *meramente dispositivo* a tese de que não era nem mais nem menos que um *mito*.

Em primeiro lugar, era um mito por não ter alcance geral – por não ter, pelo menos, um alcance tão geral como a colocação entre as *disposições gerais* sobre os *contratos* poderia fazer (pres)supor – e, em segundo lugar, por não ter natureza imperativa.

A natureza não imperativa, a natureza dispositiva, do art. 408.º, n.º 1, decorreria do art. 405.º, contra o qual não poderia invocar-se «nenhum interesse geral em contrário»; ainda que não decorresse do art. 405.º, sempre decorreria do art. 409.º, por que se permite ao vendedor reservar para si a propriedade da coisa até à verificação de qualquer evento.

Carlos Ferreira de Almeida sustenta que os casos de derrogação *ex lege* do princípio da consensualidade formariam seguramente um «conjunto impressionante» e, sem o sustentar, sugere que os casos de derrogação *ex voluntate* formam provavelmente um conjunto (qualitativa e quantitativamente) ainda mais, muito mais impressionante²².

17 CRISTAS/GOUVEIA (2001), p. 57.

18 CRISTAS/GOUVEIA (2001), p. 56.

19 CRISTAS/GOUVEIA (2001), p. 55.

20 ALMEIDA (2001), p. 8.

21 ALMEIDA (2005), pp. 5-17.

22 ALMEIDA (2005), *passim*.

Concordando com Cristas e Gouveia, Carlos Ferreira de Almeida fá-lo com uma ligeira, com uma ligeiríssima *nuance*: Assunção Cristas e Mariana França Gouveia continham-se dentro dos limites da reserva de propriedade, dando a impressão de que art. 408.º, n.º 1, só poderia derogar-se desde que a cláusula por que se derogasse o art. 408.º, n.º 1, fosse coberta pelo art. 409.º Carlos Ferreira de Almeida coloca em dúvida que a contenção dentro dos limites da reserva de propriedade, dentro dos limites do art. 409.º seja adequada ou necessária – o art. 408.º, n.º 1, teria um carácter *meramente dispositivo* ou *meramente supletivo* «mesmo para além dos limites estreitos da garantia de reserva de propriedade regulada no art. 409.º do Código Civil»²³. Com a qualificação do art. 408.º, n.º 1, como norma de direito dispositivo (como norma supletiva) «abrir [-se-ia] o caminho da flexibilização do tipo contratual, adequando-o a interesses específicos e evitando, nalguns casos, o espartilho do contrato-promessa»²⁴.

3. – Os argumentos de Ferreira de Almeida foram aceites, p. ex., por Assunção Cristas²⁵ e por Clara Sottomayor²⁶. Entre os corolários da natureza dispositiva do art. 408.º, n.º 1, encontrar-se-ia admissibilidade de contratos translativos obrigatórios e, em especial, de uma venda obrigatória. Clara Sottomayor falava expressamente de um «contrato de compra e venda definitivo», ainda que «com eficácia meramente obrigacional»²⁷, para sustentar que as partes podiam conformar um procedimento translativo complexo, composto por *dois atos* ou por *dois momentos*, em que o primeiro ato fosse um contrato definitivo com eficácia meramente obrigacional e o segundo, um contrato definitivo com eficácia real²⁸. Embora tenham sido aceites por Assunção Cristas e por Clara Sottomayor, tais argumentos foram impugnados, e energicamente impugnados, por Pedro de Albuquerque²⁹, por Abílio Vassalo de Abreu³⁰ ou por Mónica Jardim³¹.

23 ALMEIDA (2001), p. 8.

24 ALMEIDA (2001), p. 8

25 CRISTAS (2005), pp. 427-430.

26 SOTTOMAYOR (2010), pp. 189 e 192-193.

27 SOTTOMAYOR (2010), pp. 192-194.

28 SOTTOMAYOR (2010), pp. 192-194.

29 ALBUQUERQUE (2008), pp. 94-99.

30 ABREU (2007), pp. 73-81 (nota n.º 32).

31 JARDIM (2013), pp. 412-446; JARDIM (2014), pp. 179-218.

III.

1. – Pedro de Albuquerque põe as coisas no plano da qualificação. O caso estaria em averiguar se «[u]m contrato do qual não decorra a transmissão da titularidade de uma coisa ou [de um] direito» poderá qualificar-se como compra e venda civil, desde que «reunidos os demais requisitos do contrato»³². Pedro de Albuquerque conclui que não – que «não poderá nunca qualificar-se como compra e venda civil»³³.

O efeito translativo, previsto nos arts. 874.º e 879.º, alínea a), seria um elemento essencial do tipo de contrato de compra e venda. Ou bem que há, ou bem que não há acordo das partes sobre a produção do efeito real, translativo do contrato; havendo acordo sobre a produção do efeito real, o contrato poderá valer como compra e venda; não havendo acordo sobre a produção do efeito real, não. O contrato poderá valer como contrato – não poderá valer como contrato de compra e venda; poderá valer como um contrato imperfeito, como um contrato preliminar ou como um contrato definitivo atípico – não poderá valer como um contrato definitivo típico de *compra e venda*. O art. 874.º do Código Civil seria claro «ao indicar [como] elemento essencial da compra e venda a transmissão da propriedade»³⁴ – «se essa transferência não se verifica[sse], não esta[ríamos] já perante o tipo compra e venda de direito civil»³⁵.

2. – Mónica Jardim dá a impressão de pôr as coisas no plano da validade para depois, consciente ou inconscientemente, deslocar o problema para o plano da qualificação.

O art. 408.º, n.º 1, do Código Civil seria uma disposição legal de carácter imperativo.

O texto da lei afirmá-lo-ia – o art. 408.º, n.º 1, só admitiria as *exceções previstas na lei* – e o contexto da lei confirmá-lo-ia. A interpretação do art. 408.º, n.º 1, como norma dispositiva inutilizaria o art. 1316.º, inutilizaria todas as disposições legais, como, p. ex., os arts. 1440.º, 1485.º, 1528.º e 1547.º do Código Civil, por que se enumeram os factos constitutivos e extintivos dos direitos reais limitados, e em última análise inutilizaria todo o sistema de atribuição/aquisição de direitos reais.

32 ALBUQUERQUE (2008), p. 99.

33 ALBUQUERQUE (2008), p. 99.

34 ALBUQUERQUE (2008), p. 95.

35 ALBUQUERQUE (2008), p. 95.

«Se assim fosse [scilicet se o art. 408.º, n.º 1, do Código Civil fosse uma norma dispositiva], não existiria em Portugal, efetivamente, um sistema de atribuição / aquisição de direitos reais; seriam as partes, consoante os interesses em presença, a definir se pretendiam que o efeito real se produzisse por mero efeito do contrato, em virtude de um título acompanhado de um modo, após a verificação de um modo complexo, etc. E isto caso a caso, independentemente de em causa estar o mesmo tipo de direito real.»³⁶

O art. 409.º, n.º 1, deveria interpretar-se sistematicamente, conciliando-o com o art. 408.º, n.º 1, e distinguindo a derrogação do *aspecto* ou *dimensão causal* do princípio da consensualidade, que seria proibida pelo art. 408.º, e a derrogação do *aspecto* ou *dimensão temporal* do princípio da consensualidade, que seria permitida pelo art. 409.º³⁷ Em Portugal, como, p. ex., na Espanha ou na Itália, a cláusula de reserva de propriedade não derrogaria o *aspecto* ou *dimensão causal* do princípio da consensualidade – derrogaria sim o seu *aspecto* ou *dimensão temporal*³⁸.

3. – Considerando que o art. 408.º, n.º 1, é uma disposição legal de carácter imperativo, Mónica Jardim pronuncia-se sobre a validade ou invalidade do contrato por que as partes conformem o procedimento translativo, decompondo-o em dois atos ou momentos – o primeiro com eficácia meramente obrigacional e o segundo com eficácia real.

O facto de o art. 408.º, n.º 1, ser uma disposição legal de carácter imperativo forçaria o intérprete a considerar duas hipóteses: a de o contrato ser inválido e, dentro dos contratos inválidos, a de ser nulo; a de o contrato ser válido, como contrato-promessa ou como contrato definitivo atípico. Mónica Jardim opta pela segunda hipótese. O primeiro ato não seria um contrato típico de compra e venda; seria um contrato atípico; não seria um contrato típico de compra e venda, não seria um dos contratos previstos no Código Civil – não seria o contrato previsto no art. 874.º do Código Civil, por lhe faltar «um dos seus elementos essenciais, a produção ou, pelo menos, a possibilidade de no futuro vir a produzir o efeito real»; seria um contrato atípico, seria um dos contratos diferentes dos previstos no Código Civil, genericamente admitidos e reconhecidos

36 Cf. JARDIM (2013), p. 435, ou JARDIM (2014), p. 205.

37 Cf. JARDIM (2013), pp. 425-426; ou JARDIM (2014), pp. 194-196.

38 Cf. JARDIM (2013), pp. 426-435; ou JARDIM (2014), pp. 196-203, com uma aprofundada análise do direito italiano e do direito espanhol.

pelo art. 406.º Seria um «contrato obrigacional típico, admitido pelo princípio da liberdade contratual». O segundo ato, sim, seria um contrato *típico*, e um contrato típico de *compra e venda*.

O argumento convocado para explicar por que é o contrato válido, ou por que não é o contrato inválido, é o de que o contrato meramente obrigacional não poderia pôr em causa o sistema de transmissão de direitos reais; não poderia condicionar ou subordinar a produção do efeito real a um modo, não poderá subordiná-la a um *modus acquirendi*; e, sobretudo, não poderia subordiná-la a um «*modus acquirendi* não previsto na lei»^{39/40}.

IV.

Os próprios termos em que o argumento está formulado acabam por causar-nos uma dúvida sobre a qualificação do art. 408.º, n.º 1, como norma imperativa.

Os autores que alegam que o art. 408.º, n.º 1, é uma norma imperativa têm certamente razão, toda a razão, em sustentar que o contrato meramente obrigacional não pode subordinar a produção do efeito real a um *modus acquirendi* não previsto na lei.

O argumento prova alguma coisa; prova, p. ex., que o art. 408.º, n.º 1, não é uma *norma* dispositiva. Isso é *certo*. O caso está em saber se o argumento prova tudo; se prova, p. ex., que o art. 408.º, n.º 1, é uma *norma imperativa*. Isso é que é *incerto*.

O problema convida-nos a revisitar a classificação das *normas* jurídicas; convida-nos, em especial, a revisitar a classificação das *normas jurídicas* em *deônticas* e em *não deônticas*. O termo *normas não deônticas*⁴¹ designa as

39 Cf. JARDIM (2013), pp. 430-432 (nota n.º 852); ou JARDIM (2014), pp. 199-201 (nota n.º 52): os contratos obrigacionais atípicos «[n]ão viola[riam] o princípio da consensualidade porque, naturalmente, não condicionam a produção do efeito real a um *modus acquirendi* não previsto na lei.»

40 Em todo o caso, Mónica Jardim sustenta que o contrato definitivo, com eficácia meramente obrigacional, por que se constitui uma obrigação de *dare*, de transmissão da propriedade, é desnecessário: desnecessário, em primeiro lugar, por não acrescentar nada a um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional subordinado a uma condição resolutiva, como, p. ex., a condição resolutiva de não ser aprovado, até determinada data, o plano de pormenor; desnecessário, em segundo lugar, por não acrescentar nada a um contrato definitivo de compra e venda de coisa futura subordinado a uma condição suspensiva, como, p. ex., a condição suspensiva de o bem alienado vir a ter certas e determinadas características. Entre as duas soluções, a autora exprime alguma preferência pela segunda – o contrato definitivo de compra e venda sujeito a uma condição suspensiva teria a «enorme vantagem» de evitar a celebração de um segundo contrato [JARDIM (2013), pp. 430-432 (nota n.º 852); ou JARDIM (2014), pp. 199-201 (nota n.º 52)].

41 Expressão de ATIENZA/MANERO (1998), pp. 62-65.

*normas constitutivas*⁴² ou *normas formais*⁴³; designa aquelas normas por que se enunciam os pressupostos e os procedimentos para que as partes ponham a valer um ato (p. ex., um negócio jurídico), ou para que o ato posto a valer produza os seus efeitos. O termo *normas deônticas*⁴⁴, esse, designa as *normas regulativas* ou *normas materiais*⁴⁵; designa aquelas normas por que se prescreve um certo comportamento, positivo ou negativo⁴⁶. Ora as normas *não deônticas*, como, p. ex., as *normas constitutivas*, não são nem *dispositivas* nem *injuntivas* – não são *normas dispositivas*, porque não podem ser derogadas pelos interessados, não podem ser derogadas pelas partes e não são *normas injuntivas*, porque não prescrevem nada, não impõem nada e não proíbem nada a ninguém⁴⁷.

Entre as normas constitutivas estão as normas que definem os tipos de ato, ou de negócio, por quem as partes atuam a sua autonomia. O ponto é muito importante – a autonomia privada atua-se ou exerce-se através dos tipos de ato e, em especial, dos tipos de negócio admitidos e reconhecidos pela ordem jurídica⁴⁸. Quando uma norma admite ou reconhece um certo tipo de ato, ou um certo efeito, de um certo tipo de ato, está a atribuir às partes competência para conformarem as suas relações jurídicas. Entre as razões pelas quais o ponto é muito importante está a seguinte. O art. 408.º, n.º 1, pode ser uma *norma deôntica* ou uma *norma não deôntica*; se for uma *norma deôntica*, faz todo o sentido perguntar se é uma *norma imperativa* ou uma *norma não imperativa*, uma *norma dispositiva*; se não for uma norma *deôntica*, não faz nenhum sentido perguntá-lo.

42 Expressão de ATIENZA/MANERO (1998), pp. 62-65, distinguindo, dentro da categoria das *normas constitutivas*, as *normas atributivas de competências* e as *normas puramente constitutivas*.

43 Fórmula implícita em BUCHER (1977), p. 250, como correlato de *normas materiais (de comportamento)*.

44 Expressões de ATIENZA/MANERO (1998), pp. 62-65.

45 Fórmula explícita em BUCHER (1977), pp. 249-269.

46 O alcance do termo *normas de comportamento* deve esclarecer-se: Em primeiro lugar, deve interpretar-se de forma a abranger, simultaneamente, as *normas que prescrevem um comportamento de forma direta* e as *normas que prescrevem um comportamento de forma indireta, e só indireta*. Ou seja: as normas que atribuem a uma pessoa um direito subjetivo propriamente dito, «por força do qual pode exigir de terceiro um determinado comportamento» [cf. designadamente BUCHER (1977), p. 249]. Em segundo lugar, deve interpretar-se de forma a abranger, simultaneamente, as *normas que prescrevem um comportamento positivo* e as *normas que prescrevem um comportamento negativo*. As *normas que prescrevem um comportamento positivo* – ou seja, que ordenam que algo se faça – são comumente designadas por *normas precativas*. As *normas que prescrevem um comportamento negativo* – ou seja, que ordenam que algo não se faça –, essas, são comumente designadas por *normas proibitivas* [MACHADO (1982), pp. 93-94].

47 Cf. designadamente BUCHER (1977), pp. 249-250.

48 Cf. FLUME (1992), pp. 1-2.

O motivo por que os autores que alegam que o art. 408.º, n.º 1, é uma norma imperativa têm toda a razão em sustentar que um contrato meramente obrigacional não pode subordinar a produção do efeito real a um *modus adquirendi* não previsto na lei explica-se facilmente. Ou bem que a lei ou bem que a ordem jurídica admite e reconhece um tipo de ato por que a produção do efeito real fique a depender de um procedimento complexo, compreendendo um *título* e um *modo*, ou bem que a ordem jurídica não o admite e não o reconhece. Os autores em causa sustentam que a lei, que a ordem jurídica, não o admite e/ou que não o reconhece – que as partes não podem derrogar o art. 408.º, n.º 1, e em especial não podem derrogá-lo através de um contrato com eficácia meramente obrigacional. O contrato, por ter eficácia meramente obrigacional, nunca poderia derrogar uma disposição legal relativa aos contratos com eficácia real.

Simplemente, o seu argumento significa tão-só que o art. 408.º, n.º 1, contém uma norma constitutiva – significa tão-só que o art. 408.º, n.º 1, contém uma norma que reconhece um certo tipo de ato, o contrato, como o *instrumento central* da autonomia privada em tema de constituição e de transmissão de direitos reais.

Entre o art. 398.º, n.º 1, e o art. 408.º, n.º 1, haverá porventura algum paralelismo.

Em ligação com o art. 398.º, n.º 1, o art. 405.º, n.º 1, significa que o contrato é um tipo de ato colocado à disposição dos particulares para constituírem, para modificarem, para transmitirem ou para extinguírem direitos de crédito. Significa que o contrato é condição necessária e suficiente para a produção do efeito obrigacional, ou dos efeitos obrigacionais queridos pelas partes. Em ligação com o art. 408.º, n.º 1, o art. 405.º, n.º 1, significa que o contrato é um tipo de ato colocado à disposição dos particulares para constituírem ou para transmitirem direitos reais. Significa que o contrato é condição necessária e suficiente para a produção do efeito real querido pelas partes. A norma do art. 408.º, n.º 1, não será então nem uma norma dispositiva nem uma norma injuntiva – será uma norma constitutiva, subtraindo-se à alternativa dispositivo/não dispositivo.

Rodolfo Sacco terá sustentado que «[o] consensualismo nasce historicamente como regra parcialmente libertadora, mas também parcialmente liberticida, porque fecha às partes [...] a constituição da obrigação de *dare*»⁴⁹. Embora elegante, a antítese confunde mais que esclarece. O consensualismo é uma regra totalmente libertadora; admite e reconhece que um único ato, o contrato, pode constituir e transmitir direitos reais; não é uma regra liberticida – nem total

49 *Apud* GAZZONI (2004).

nem parcialmente liberticida; não nega a admissão, ou o reconhecimento, ao ato por que as partes constituam uma obrigação de transmissão da propriedade; não fecha às partes a constituição de uma obrigação de *dare*.

Bibliografia

- ABREU, Abílio Vassalo de (2007), «Uma *relectio* sobre a acessão na posse (artigo 1256.º do Código Civil)», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Professores Doutor A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, *Vária*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 43-188.
- ALBUQUERQUE, Pedro de (2008), *Direito das obrigações. Contratos em especial*, vol. I, *Compra e venda*, Livraria Almedina, Coimbra.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2001), «Prefácio», in *Transmissão da propriedade e contrato*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 7-10.
- , (2005), «Transmissão contratual da propriedade. Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», *Thémis*, ano 6.º, n.º 11, pp. 5-17.
- , (2012), *Contratos*, vol. II – *Conteúdo. Contratos de troca*, 3.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, pp. 118-119.
- ATIENZA, Manuel/MANERO, Juan Ruiz (1998), *A Theory of Legal Sentences*, Springer, New York.
- BUCHER, Eugen (1977), «Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen. Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze», in *Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag*, Universitätsverlag, Zürich, pp. 249-269.
- CARNELUTTI, Francesco (1933), *Teoria giuridica della circolazione*, CEDAM, Padova.
- CRISTAS, Assunção (2005), *Transmissão contratual do direito de crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra.
- CRISTAS, Assunção/GOUVEIA, Mariana França (2001), «Transmissão da propriedade de coisas móveis e contrato de compra e venda. Estudo comparado dos direitos português, espanhol e inglês», in *Transmissão da propriedade e contrato*, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 15-137.
- DUARTE, Rui Pinto (2013), *Curso de direitos reais*, 3.ª ed., Príncipia, Cascais.
- FLUME, Werner (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg.
- GAZZONI, Francesco (2004), «Il contratto preliminare. Le teorie» (2004), in WWW: <<http://www.altalex.com/documents/news/2004/06/16/il-contratto-preliminare-le-teorie>> (31.12.2018).

- JARDIM, Mónica (2013), *Efeitos substantivos do registo predial. Terceiros para efeitos de registo*, Livraria Almedina, Coimbra.
- , (2014), «A actual problemática em torno do princípio da consensualidade», in *Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], vol. 90.º/1 (2014), pp. 179-218.
- LUMINOSO, Angelo (2011), *La compravendita*, 7.ª ed., Giappichelli, Torino.
- , (2016), «Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti», in *Rivista di diritto civile*, n.º 4, 2016, pp. 929-952.
- MACHADO, João Baptista (1982), *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Livraria Almedina, Coimbra.
- MIMOSO, Maria João/RODRIGUES, Ricardo Alexandre Cardoso (2014), «Consensualismo contratual: um princípio do sistema ou uma regra lógica, supletiva e residual?», in *Estudos do Instituto Jurídico Portucalense*, vol. II, *Temas de direito dos contratos*, António Pinto Monteiro (coord.), Rei dos Livros, Lisboa, pp. 112-128.
- , (2014^a), «Reconfiguração do consensualismo contratual: acções tituladas nominativas e os limites à transmissão», *Julgar online* – julho de 2014, «Reconfiguração do consensualismo contratual: acções tituladas nominativas e os limites à transmissão», in <http://julgar.pt/reconfiguracao-do-consensualismo-contratual> (31.12.2018).
- , (2014^b), «Reconfiguração do consensualismo contratual: acções tituladas nominativas e os limites à transmissão», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 48, agosto de 2014, pp. 35-61.
- SIRENA, Pietro (2014), «La nozione della vendita: gli effetti traslativi», in *Trattato dei contratti*, vol. I – *Vendita e vendite*, Vincenzo ROPPO/Alberto BENEDETTI (coord.), Giuffrè, Milano, pp. 59-89.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2010), *Invalidez e registo. A protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Livraria Almedina, Coimbra.
- VENTURA, Raul (1983), «O contrato de compra e venda no Código Civil – Efeitos essenciais do contrato de compra e venda: A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43.º, pp. 587-683.
- VETTORI, Giuseppe (2016), *Gli effetti del contratto e la circolazione dei beni*, Persona e Mercato, in <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/09/Gli-effetti-del-contratto-e-la-circolazione-dei-beni.pdf> (31.12.2018).