

**AINDA SOBRE «UM “CASO EXEMPLAR”
OU UM “EXEMPLO CASUAL”». ONDE SE FALA
DA «TEORIA DA ALUSÃO» EM MATÉRIA DE FORMA,
DE ALGUNS ASPECTOS DO REGIME DA SIMULAÇÃO
E DOS «SISTEMAS» DE TRANSFERÊNCIA
DA PROPRIEDADE**

*Raul Guichard
raulguichard@yahoo.es*

I. A propósito do texto «Um “caso exemplar” ou um “exemplo casual”», publicado nesta Revista (n.º 4, 2005, págs. 99 e ss.)⁵, recebeu o autor prolífica correspondência (cerca duas dezenas de extensos e-

A hipótese que aí se analisava era, vale a pena recordá-lo, a seguinte:

AGENOR, já num quarto e serôdio casamento, mantinha, na maior discrição, relações extramatrimoniais com CALISTA, também casada. Esta sempre cobiçara os inúmeros carros de alta cilindrada que aquele ciosamente possuía. Elanguescido pela idade, AGENOR acedeu às requestas da sedutora amante. Todavia, para se assegurar que a sua esposa de nada viria a saber, acordou com DOLÃO, procurador de CALISTA, e íntimo da sua casa – como mais à frente melhor se verá –, uma venda aparente. Venda que foi reduzida a escrito. Sucedeu ainda que DOLÃO, com o seu amigo ESQUIÃO, possuidor de um «stand de carros», tinha depreciado o valor da «máquina», a fim de removerem as últimas resistências de AGENOR.

Entretanto, CALISTA, convertida momentaneamente aos preceitos da fidelidade conjugal, deixou de corresponder às pretensões do amante. No ínterim, quase dois anos, o automóvel permaneceu «nas mãos» de DOLÃO.

Mais tarde, ESQUIÃO, consciente de que a venda anterior escondia uma doação mas ignorando os meandros da vida amorosa de AGENOR, convenceu DOLÃO a vender-lhe o valioso automóvel, sob ameaça de inconfidência acerca do «affair» que no passado aquele mantivera com a esposa de AGENOR. Contudo, à altura, DOLÃO já não detinha poderes para agir em nome de CALISTA. A qual, porém, quando finalmente soube que lhe tinha sido doado o carro e que este fora vendido posteriormente, se apressou, na ignorância das peripécias ulteriores, a receber o preço.

Volyidos mais dois anos, AGENOR, despeitado pelo repúdio intransigente de CALISTA, e ciente agora do valor do disputado automóvel, pretende reavê-lo.

mails), contendo sugestões, críticas e assentimentos (estes em menor número, é certo). Quer-se aqui reiterar os devidos agradecimentos. E, mais circunstanciadamente, retomar sobretudo um dos aspectos que mais comentários provocou.

II. Trata-se de quanto sustentámos acerca da distinção (de princípio) entre as questões da interpretação e da forma e o implícito entendimento da “fórmula da alusão”, na esteira da moderna doutrina alemã.

[Sobre a questão e tudo o que de seguida se refere, cfr., por exemplo, na doutrina alemã, em orientações nem sempre coincidentes, K.-H. Bernard, *Formbedürftiger Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1979; H. Brox, *Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie*, JA, 1984, págs. 549 e ss., Allgemeiner Teil des BGB, Münster, 2000, págs. 68 e ss. e 143 e ss.; W. Flume, *Testamentsauslegung bei Falschbezeichnung*, NJW, 1983, págs. 2007 e ss.; R. Foer *Die Regel «falsa demonstratio non nocet» unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsauslegung*, Frankfurt am Main, 1987; L. Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte*, Frankfurt, 1971, *Der Bedeutung der Form im Privatrecht*, JuS, 1980, págs. 1 e ss.; K. Helrich, *Die Form des Vertrages*, AcP, 147, págs. 89 e ss.; H. Köhler, *Ist eine irrtümlich falsche Bezeichnung des Kaufgegenstandes (falsa demonstratio) bei einem beurkundungspflichtigem Rechtsgeschäft unschädlich?*, JR 1984, págs. 14 e s.; J.-I. Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts. Eine Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Aachen, 2003; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2006, págs. 120 e ss. e págs. 238 e ss.; B. Mertens, *Die Rechtsweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB*, JZ, 2004, págs. 431 e ss.; D. Reinicke, *Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge*, Berlin, 1969; M. Reinicke, *Der Satz von der «falsa demonstratio» im Vertragsrecht*, JA, 1980, págs. 455 e ss.; I. Scherer, *Andeutungsformel und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofs*, Berlin, 1987, *Die Auslegung von Willenserklärungen «klaren und eindeutigen» Wortlauts*, Jura, 1988, págs. 302 e ss.; H. Wieling, *Die Bedeutung der Regel «falsa demonstratio non nocet» im Vertragsrecht*, AcP, 172, págs. 524 e ss., *Falsa demonstratio non nocet*, Jura, 1979, págs. 524 e ss., *Zum Begriff der falsa demonstratio*, JZ,

1983, págs. 760 e ss.; H. Roemer, *Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311b Abs. 1 BGB (§313 BGB a. F.)*, Jülich, 2004]

Concretamente, vimos criticada a tese de que a interpretação dos negócios formais segue, no fundamental, as directrizes gerais da hermenêutica negocial, não havendo na averiguação do conteúdo do negócio formalizado que atender às disposições concernentes à forma. Ou seja, a ideia de que o art. 238.º só intervém, num segundo momento, já firmado o sentido negocial decisivo (que, a terem-se entendido as partes, será sempre o comumente querido – art. 236.º, n.º 2); a não se encontrar para esse sentido um «mínimo de correspondência no texto do documento» (na fórmula da «teoria da alusão» usada no art. 238.º, n.º 1, conquanto atenuada no n.º 2 do mesmo preceito), não se poderá dizer preenchida a exigência legal de forma, o que traz consigo, segundo o art. 220.º, a nulidade do negócio.

No fundamental, foi-nos apontado que semelhante entendimento socavaria o valor das cominações legais de forma. E que seria incoerente querer proceder à interpretação das declarações negociais sem o recurso à regra da alusão mas desta lançar mão para verificar do cumprimento da exigência de forma.

Ora, de facto, há quem entenda que o disposto no art. 238.º, n.º 1 (adoptando a fórmula característica da chamada *teoria da alusão*; cfr. ainda art. 2187.º, para a interpretação do testamento) imporia que já a averiguação do conteúdo do negócio e a sua interpretação conheçam limites derivados do texto do respectivo documento, dizendo não apenas respeito à questão da validade do negócio (nos termos do art. 220.º, mas também à determinação do seu conteúdo). A «teoria da alusão», no âmbito da interpretação, conjugar-se-á, aliás, com a denominada «regra da inequívocidade», segundo a qual, a ser o documento absolutamente claro ou unívoco, não existiria a possibilidade de uma interpretação divergente. Carecendo o texto de interpretação, esta haveria de ser interrompida ou suspensa lá onde pudesse conduzir a um resultado sem um mínimo de correspondência no documento. O recurso a elementos exteriores ao documento só seria admitido se aqueles neste ainda encontrassem tradução. E, em todo o caso, não deveria resultar na extensão do respectivo conteúdo. Assim, o documento e as declarações formalizadas constituiriam o ponto de partida e o limite da interpretação.

Nomeadamente, a regra da *falsa demonstratio* não se aplicaria em matéria de negócios formais. A não corresponder o verdadeiramente querido ao texto, restaria a possibilidade de anulação (porventura por ambas as partes), nos termos da relevância do erro.

Por nós, porém, mantemos em que o tratamento indistinto ou promíscuo das duas questões – a da interpretação e a da forma – não serve nem uma nem outra: a indagação da vontade das partes ver-se-ia restringida sem razão válida, podendo levar à consequência de vincular as partes a uma regulamentação negocial cujo conteúdo não foi querido (ou até suposto) por nenhuma; a exigência de forma, por seu lado, redundaria ou numa verificação formalista, que suporia o uso de uma linguagem e expressões com um significado «objectivo» e uniforme (desprezando as circunstâncias), ou na sua «relativização», fazendo-se caber no texto do documento sentidos que ele não comporta, a fim de o adaptar («elasticamente») ao realmente querido pelas partes. Como é acentuado, a interpretação e a forma são duas grandezas não comparáveis, com funções e regras distintas.

Dito isto, não há como negar que existe uma segura tensão entre a interpretação – dirigida a apurar a real vontade das partes nas concretas circunstâncias – e a forma – e, portanto, a prossecução dos objectivos que lhe estão subjacentes.

[Um elenco bastante exaustivo das (possíveis) finalidades prosseguidas com a imposição legal de forma deve-se a K. Helrich, *Die Form des Vertrages*, AcP, 147, especialmente págs. 91-93]. Que assinala ao formalismo negocial os seguintes objectivos (fundamentais): clareza da conclusão do negócio, demarcando nomeadamente os termos definitivos do negócio da fase pré-contratual; clareza do conteúdo da declaração negocial; segurança e facilitação da prova; ponderação da decisão, impedindo as partes de se precipitarem, obrigando-as a reflectir sobre a decisão de celebrar o negócio e sobre o seu conteúdo; cognoscibilidade para terceiros; assistência profissionalmente competente de certas entidades (*maxime*, os notários); vigilância e dificuldade da conclusão ou dissolução do negócio para salvaguarda de interesses da comunidade. De modo mais sintético, é costume mencionar uma «função de advertência», uma «função de prova», e uma «função de assistência ou aconselhamento». Cfr., *amplius*, H. Förscheler, *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, München, 1984, págs. 891

e ss. Na doutrina nacional, ver, por exemplo, Manuel de Andrade, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 1974, págs. 141 e ss.; E. Hörster, *A Parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, 1992, págs. 502 e s. A uma análise detalhada dos escopos da forma legal e da sua relevância procedemos no nosso relatório de mestrado «A forma no contrato de arrendamento urbano», Coimbra, 1990.]

Contudo, esse conflito – opondo, em último termo, a forma à autonomia privada – simplesmente não é eliminável senão através de um retorno a um formalismo *à outrance*, de há muito superado.

Aliás, haveria que estender o reparo referido ao emprego da «teoria da alusão» já em sede de interpretação. Com efeito, para indagar se existe uma declaração formalizada nos termos legalmente prescritos será necessário saber – de uma pré-compreensão se poderia falar – qual o tipo de negócio que as partes quiseram realizar e qual o seu objecto (situadas, porém, as duas questões em momentos diferentes, claro se torna que uma resposta afirmativa à primeira não implica necessariamente uma resposta no mesmo sentido à segunda; aliás, a questão da forma dos negócios atípicos levanta complexos problemas, que aqui omitimos).

Por outro lado, não se pode falar de um «sentido em si» do texto do documento. Aquele depende da intenção das partes ou da intenção que o intérprete subentende e é função de circunstâncias exteriores a este («o contexto» do documento a que se refere o art. 393.º, n.º 3). Em termos gerais, não existe nenhuma conexão necessária ou «adstritiva» entre expressão e sentido, entre significado e significante: o nexa entre ambos há-de ser renovadamente, para cada contexto, estabelecido. Desse modo, o «sentido formalizado», só por si, não pode ser apurado estritamente com base no teor do documento. Mesmo a eventual inequívocidade de uma declaração mais não significa, como nos ensina a hermenêutica, do que a coincidência (perfeita) da sua significação com o seu teor e as circunstâncias conhecidas. Uma interpretação, nos limites da «teoria da alusão», não suprime a necessidade de prova ulterior, não alcançando criar uma absoluta certeza quanto ao sentido documentado.

Depois, note-se ainda, em estrita coerência, haveria que interromper a indagação da vontade real, para além do documento, mesmo quando se pretendesse impugnar a declaração documentada. Por essa via

excluir-se-ia ou restringir-se-ia, em termos que, julgamos, ninguém está disposto a aceitar, a demonstração de uma eventual falta ou vício da vontade (aliás, reconhecidamente, a própria prova testemunhal é aqui admitida não obstante o negócio estar documentado, apesar do disposto no art. 393.º, n.º 2; cfr., aliás, o n.º 3 do mesmo preceito). E também se acabaria por interditar a possibilidade de integração dos negócios formais.

Portanto, o mais que se poderá dizer é que a concepção por nós defendida exacerba a «conflitualidade» entre forma e interpretação.

Isso também não se quer, aliás, desmentir. E desde logo porque, atribuído determinado sentido a uma declaração (formal), existirá a tendência para encontrar um mínimo de correspondência para tal sentido no texto do documento (contudo não é menos certo, que tais «predisposições» constituem sempre um problema quando o juiz forma a sua convicção ou decide e não uma questão privativa da nossa temática).

E outros aspectos avultam aqui. Mas antes de os explicitarmos merece a pena aclarar o seguinte.

Nunca se pretendeu negar que o negócio, cujo conteúdo foi apurado sem as peças impostas pelo documento, haja ainda de submeter-se posteriormente ao «teste» (porventura segundo o «crivo» da teoria da alusão) do preenchimento da forma. E, para além disso, que é óbvio, o que se expôs sobre a improficiência da «teoria da alusão» em sede de interpretação não quer significar de modo nenhum que, para a averiguação do conteúdo do negócio, não assuma relevo o teor do documento. O documento constitui o mais importante elemento para averiguar aquilo que as partes realmente quiseram: o seu texto há-de ser o ponto de partida na averiguação do conteúdo negocial. As partes esforçar-se-ão, em regra, por verter naquele o seu acordo de modo completo e claro, isto é, compreensível à generalidade das pessoas (e mormente ao juiz, na eventualidade de um futuro dissídio). Aí se fundam precisamente as regras – baseadas portanto num juízo de experiência – da *completude* e da *correção* do documento: as presunções de que o documento integra tudo o que as partes quiseram e de que o exprime correctamente (pode, também assim, compreender-se o diferente regime previsto no art. 221.º, n.º 1 e n.º 2, para as estipulações verbais acessórias anteriores ao documento e para as posteriores, ao considerar as primeiras, por regra, inválidas – excepto quando a razão determinante

da forma as não abranja e *se prove que foram efectivamente queridas* – e as segundas, em princípio, válidas – a não ser que tal colida com as finalidades da exigência de forma). Nestes moldes, será mesmo possível recuperar algo de útil, para o domínio da interpretação, do conteúdo das «fórmulas da inequívocidade e da alusão». Com efeito, *como regras de prova*, elas procuram proteger a vontade provável (vertida no documento) de eventuais tentativas de deturpações (e também aqui se basearão, pelo menos em parte, as limitações à prova testemunhal previstas no arts. 393.º e 394.º).

Seja como for, o que antecede não invalida que a intervenção apenas num segundo momento do «teste da alusão» não «atenuie» adicionalmente (isto, em medida acrescida ao que resultaria do seu uso em sede de interpretação) as exigências de forma, com os escopos que lhes estão subjacentes, nomeadamente quando estes consistam, no fundamental, na aclaração do conteúdo do negócio, na fixação o mais exacta possível do seu conteúdo, e na facilitação e na certeza da sua prova. Mas tal restrição (suplementar) afigura-se em geral suportável, sobretudo quando ponderada com as consequências que adviriam do entendimento alternativo.

Dito isto, tão-pouco se deve omitir que mesmo circunscrito o seu campo de aplicação à questão da forma, a «teoria da alusão» suscita algumas reservas (em parte coincidentes com as que deparamos quanto à pretensão de aplicar a «teoria da alusão» no âmbito da própria interpretação), postas em destaque pela doutrina mais esclarecida.

Com efeito, enquanto pressupõe que o documento «traduza» de algum modo o conteúdo do negócio – isto é, que este tenha expressão (suficiente) naquele, nele esteja pelo menos indiciado ou sugerido, para se poder considerar formalizado e, portanto, válido –, ela implica necessariamente a existência de uma norma ou padrão linguístico (eventualmente, doutra índole) a que possa lançar mão o juiz. Para preencher tal função não parece que se possa sugerir senão «o entendimento ou uso linguístico comum ou generalizado», a *Verkehrssprache* referida pelos autores alemães.

Mas, mesmo segundo tal critério, o teor do documento pode revelar-se equívoco, comportar vários sentidos. Onde, mais uma vez, o recurso a «circunstâncias exteriores» é imprescindível para proceder à sua aclaração. E, em termos mais gerais, o critério referido e a sua uti-

lização pelo juiz são em boa medida inseguros, não dão muitas vezes conta das particularidades do caso e contêm uma boa dose de arbítrio (dependendo da boa vontade do juiz e concedendo a este um amplo espaço de conformação, logo pelo seu carácter indeterminado, à custa da autonomia das partes), sobretudo nas situações-limite. Por outro lado, para os intervenientes no negócio, a necessidade de satisfazer semelhante padrão pode constituir um ónus excessivo, de verificação difícil (na inexistência de uma fórmula, vertida legalmente, adrede exigida) ou até aleatória.

Depois, há inclusive que questionar se as finalidades da forma legal podem justificar verdadeiramente a utilização do «critério da alusão». Do ponto de vista das partes, uma expressão «incorrecta» não impede que elas tenham presente o verdadeiro conteúdo do negócio. Nessa medida, as funções de protecção e de advertência já ficam em grande medida preenchidas. E uma eventual função de «aconselhamento» (pelo notário) não se reporta, normalmente, ao exacto conteúdo das declarações em causa. Por outro lado, a facilitação da prova e a certeza sobre o conteúdo do negócio (e, assim, a eliminação de futuros litígios) advém das *presunções de completude e de correcção* do documento (da «prioridade» deste no apuramento do conteúdo do negócio, se se quiser), que atrás se referiram. Mais do que isso não pode a «teoria da alusão» assegurar (já se viu que do documento, só por si, não é possível extrair um «unívoco e correcto sentido»). Problemas de prova sempre subsistirão, porquanto do próprio documento não se pode inferir se as partes participaram do «uso linguístico comum».

Nem do art. 238º, em nosso entender, resulta uma prevalência estrita de um «sentido normal» atribuível ao documento e a compulsória derrogação da regra da *falsa demonstratio* no âmbito dos negócios formais. A nossa lei adopta aí, por assim dizer, uma «versão fraca» da teoria da alusão (e, em sede de verificação da forma, no nosso entender), pois só requer, para que determinado sentido possa valer, um «mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso» (parte final do n.º 1 do art. 238.º) e admite até que tal sentido (que não tenha um mínimo de alusão) possa valer se as razões de ser da exigência de forma a isso não se opuserem (n.º 2 do art. 238.º).

E, julgamos, como já resulta de quanto dissemos (embora a benefício de uma mais cuidada fundamentação, a qual não cabe neste espa-

ço), que, de um modo geral, isso só sucederá quando a exigência de forma vise directamente a protecção de terceiros (e isso só em casos contados se afirmar-se; as disposições de forma não têm geralmente a ver, de modo directo, com a questão da protecção da confiança e da boa-fé de terceiros, que segue orientações e institutos próprios, como, por exemplo, o registo ou a posse que só incidentalmente se connexionam com a forma legal). Nas demais hipóteses, a regra da *falsa demonstratio non nocet* valerá ainda no âmbito dos negócios formais (mas é bastante duvidoso se a sua aplicação também alcança os casos de «incompletude», isto é, em que estipulações e cláusulas não acessórias – quanto às cláusulas acessórias, cfr. art. 221.º – não estão de todo documentadas, para elas não se encontra uma «tradução», nem mesmo incorrecta, no documento).

III. *A latere*, vale ainda a pena mencionar alguns outros reparos e as respostas que a eles ensaiámos dar.

Um deles concernia a «inviabilidade» do problema apresentado. Este «morreria à partida», pois aos simuladores (ou seja, a AGENOR e a CALISTA), estando o negócio documentado por escrito, seria vedada a prova (testemunhal) da simulação, nos termos do art. 394.º, n.º 2.

A objecção tinha já por nós sido advertida (embora não «prevenida» no texto). Assentando, claro, numa base verdadeira, está longe de inutilizar a «hipótese» que apresentámos. Basta supor a eventual existência de contradecorações ou de outros documentos susceptíveis de servir de base à prova da simulação. E, se isso se afigurar pouco verosímil na situação em apreço, pode ainda pensar-se na confissão. Ou na eventual existência de um começo de prova por escrito (no caso, imagine-se uma troca de correspondência entre AGENOR e DOIÃO, procurador de CALISTA) que torne a simulação provável, onde se admitirá uma excepção à regra do art. 394.º.

Em geral, como se observa, o art. 394.º, n.ºs 1 e 2, funda-se nas contingências e perigos da prova testemunhal de convenções contrárias ou adicionais ao documento – a eficácia do documento poderia ser destruída mediante uma prova extremamente insegura. Subjaz também ao preceito a ideia de que, tendo sido possível ao interessado munir-se de uma prova escrita dessas convenções, e não o tendo feito, não se lhe deverá abrir agora a possibilidade de as provar por testemunhas. Assim, não

obstante a formulação irrestrita, admitir-se-á a prova testemunhal em determinadas situações (excepcionais), onde não valham as razões subjacentes à disposição legal. Nomeadamente quando exista um começo ou princípio de prova por escrito; ou quando se demonstre ter sido moral ou materialmente impossível a obtenção de uma prova escrita; e ainda no caso de perda não culposa do documento que fornecia a prova.

[Cfr., neste sentido, Carlos Mota Pinto / Pinto Monteiro, *Arguição da simulação pelos simuladores*, CJ, 1985, tomo III, págs. 11 e ss.; Carvalho Fernandes, *A prova da simulação pelos simuladores*, O Direito, ano 124, n.º 4, págs. 539 e ss.; e Vaz Serra, RLJ, 107, págs. 311 e ss.]

IV. Outra crítica, num contexto bem diferente, punha em tela de juízo a nossa asserção de que «[...] em hipóteses análogas, onde já se constatou que o terceiro não estava protegido pelo art. 243.º, ao não se verificarem os requisitos aí previstos, a indagação dos pressupostos do art. 291.º é supérflua: estando em causa uma nulidade resultante da simulação, não pode nunca o terceiro, não ficar protegido pelo art. 243.º, mas já ver os seus direitos reconhecidos nos termos do art. 291.º (correspondentemente, mas ditas as coisa ao invés, sempre que esteja tutelado por este último preceito, está-lo-á nos termos do primeiro): a tutela do art. 291.º é mais apertada do que a do art. 243.º, cujos requisitos se “consomem” nos daquele artigo».

Em particular, duvidou-se da equivalência aí estabelecida, na parte final, entre a afirmação de que a não verificação dos pressupostos do art. 243.º implicava a não verificação dos pressupostos do art. 291.º e a afirmação de que o preenchimento dos pressupostos do art. 291.º implicava o preenchimento dos pressupostos do art. 243.º.

Porém, sem razão. Em termos da lógica proposicional (formal), o que aí escrevemos pode traduzir-se assim: sendo a = hipótese do art. 243.º e b = hipótese do art. 291.º, $\sim a \Rightarrow \sim b \Leftrightarrow b \Rightarrow a$, ou seja, $a \vee \sim b \Leftrightarrow \sim b \vee a$. O que corresponde exactamente à propriedade comutativa da disjunção.

O ponto ilustra, aliás a utilidade da lógica (proposicional) para o jurista. [Sobre o ponto, por último, com indicações, Joerden, *Logik im Recht*, Berlin, 2004.]

V. Séria contestação sofreu a recusa do entendimento, apenas aflorado, de que o «efeito indemnizatório», baseado na *culpa in contrahen-*

do e desencadeado pela ilicitude do dolo (mas o mesmo se perguntará a propósito da coacção moral e até acerca da indução negligente em erro), pode conduzir, em via de reconstituição natural (art. 562.º), a uma desvinculação do contrato, mormente para além do prazo de anulação do art. 287.º (dentro do prazo de prescrição de três anos do art. 498.º, por força da remissão do n.º 2 do art. 227.º). O ponto, de grande transcendência, ficará de remissa para outra ocasião. Em todo o caso, repetir-se-á que se, em termos estritamente abstractos, ainda se pode manter que os pressupostos e efeitos da *culpa in contrahendo* e da anulação são distintos pelo que nenhuma relação de «especialidade» se pode estabelecer, em termos práticos, o caminho recusado conduziria, parece-nos, a uma «subversão» do regime da anulabilidade, não superável pela ponderação da ausência de uma confiança legítima da contraparte (autor do dolo ou da coacção), atendendo sobretudo aos efeitos *ad rem* que tal desvinculação parece envolver (pelo que até se questionará se nalgumas dessas hipóteses o «efeito indemnizatório» não se deve confinar ao prazo de arguição da anulabilidade).

VI. Deve também assinalar-se que o texto anteriormente publicado continha um manifesto erro que, todavia, não nos foi apontado (decreto por indulgência dos leitores). Com efeito, indicávamos aí não conter o direito italiano, para os negócios nulos, uma norma “equivalente” ao art. 291.º. Ora trata-se, como é sabido, dos arts. 2652, al. 6), e 2690, al. 3), do Codice Civile (também quanto ao regime aplicável aos negócios anuláveis omitimos igualmente a indicação de tais preceitos).

VII. Por último, seja-me permitido tecer algumas considerações sobre certos traços do sistema alemão da transmissão negocial de direitos reais, por confronto com o sistema português, aspecto que foi trazido à colação na discussão da solução do caso.

Consabidamente, no direito português vale o «princípio da transferência consensual» dos direitos reais (ou «princípio do consenso translativo» ou «da consensualidade»; esta última designação usa-se todavia também noutras acepções: como equivalente a liberdade de forma; e para demarcar a generalidade dos contratos, concluídos mediante o mero consenso das partes, dos contratos *quoad constitutionem*, que exigem a entrega da coisa como elemento da sua formação). Tal princípio

encontra-se consagrado no art. 408.º (e confirmado, para o direito de propriedade, na al. a) do art. 1317.º, e, no âmbito da compra e venda, na al. a) do art. 879.º; de fora da nossa atenção ficam as normas respeitantes à constituição do penhor, que requer a entrega da coisa empenhada ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, e a hipoteca, cujo registo é condição de eficácia). A escolha do legislador de 1966 era já a do Código de Seabra, como resultava do art. 715.º e do art. 1549.º. Mas, até ao Código de 1867, exigia-se a tradição da coisa para a transmissão da propriedade. O nosso sistema actual é parente do do Code Civil de 1804 (cfr. aí arts. 711, 1183, 1583 e 938), na recepção que este fez da primazia concedida à vontade como fonte da vinculação e dos efeitos contratuais, defendida pelo jusnaturalismo racionalista (e logo acolhida pelo liberalismo económico). Na mesma linha (nalguns aspectos indo até porventura mais longe) está o Codice Civile italiano (cfr. arts. 1376 e 1470), igualmente sob a influência do Code Napoléon. De um modo geral, em todos eles se considera o simples consenso suficiente ou idóneo para operar *ipso iure* a transferência da propriedade (ou de outro direito real menor; pelo menos quando incida sobre móveis).

Nomeadamente, o contrato de compra e venda é fonte de efeitos obrigacionais (obrigação de entrega da coisa e obrigação de pagamento do preço) e de efeitos reais (transferência da propriedade), que ocorrem imediata e independentemente de qualquer acto material (para a doação ver todavia o disposto no art. 947.º, n.º 2, segunda parte). A constituição ou modificação do direito real fica, claro, dependente, directa e somente, da «eficácia» («validade») do negócio de compra e venda. Recorrendo à terminologia do *ius commune*, o *titulus* por si só é suficiente para operar a transferência do direito real, não sendo o *modus* necessário (o denominado «sistema do título»). Ou, eventualmente, aquele absorve este.

Dentro desta lógica, logo se percebe que a venda de coisa alheia seja considerada nula nos termos do art. 892.º (pelo menos como contrato real; de resto, se os bens forem considerados na qualidade de bens futuros a venda é válida, mas aí a transferência da propriedade apenas se dará eventual e posteriormente). E que o comprador possa, em princípio, reivindicar o bem vendido se este está na posse de um terceiro. Havendo ainda que assinalar, que operada a transmissão da proprieda-

de, o comprador tem o direito de exigir a entrega da coisa inclusive se o vendedor entretanto se tornou insolvente, como dispõe a al. a) do n.º 1 do art. 105.º do CIRE (em harmonia com o disposto no art. 5.º do Regulamento (CE), n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência; no caso de insolvência do comprador, porém, admite-se a recusa de cumprimento pelo administrador, pelo que a propriedade sobre a coisa «reverterá» ao vendedor, por efeito da resolução assim verificada).

O «princípio da consensualidade» integra-se no «princípio da unidade» (por oposição ao «princípio da separação» a que aludiremos adiante; que na ideia de unidade ainda se escondam dois negócios, um obrigacional e outro real, mas tratados em todos os aspectos como um único, não parece um ponto de vista especialmente profícuo). Este deixa-se combinar quer com aquele (como entre nós acontece), quer com o «princípio da tradição» (ou «princípio da inscrição»), que exige ainda um ulterior «acto real» (como ocorre por exemplo, segundo o entendimento dominante, no direito espanhol, atendendo ao disposto nos arts. 609 2, 1445, 1450 e 1461 e ss. do Código Civil espanhol, conquanto a crescente «espiritualização» da *traditio* aproxime este sistema do primeiro; quanto às coisas móveis, impõe-se ainda atender à regra «posse vale título» que aí instituem o art. 464 e o art. 1473 – conquanto haja quem entenda o disposto neste último preceito como a consagração de um requisito autónomo a par da tradição da coisa para que se opere a transferência da propriedade).

Contudo, o «princípio da consensualidade» dificilmente se impõe na sua pureza. Sempre carece de certas restrições ou «concessões», no sentido, quando menos, da distinção entre efeitos reais e efeitos obrigacionais (as quais são apresentadas muitas vezes, acentuando-se o seu carácter fragmentário ou assistemático, como um argumento a favor do «princípio da separação», senão do da «abstracção»).

Antes de entrarmos nesses aspectos, notar-se-á não ser por acaso que se propende num tal sistema para que a invalidação dos negócios se tenha de fazer valer judicialmente (cfr. entre nós, arts. 286.º e ss.). E que surjam regras especiais no âmbito do direito de resolução (cfr., no direito português, a ressalva dos direitos adquiridos por terceiros, nos termos do art. 435.º, e, em especial, na compra e venda, quanto à própria faculdade de resolução, o disposto no art. 886.º; note-se que já na venda com

reserva de propriedade o vendedor continua a poder resolver o contrato, visto a transmissão da propriedade não ter ocorrido, havendo todavia que ter em conta que, na venda a prestações, o art. 934.º exclui imperativamente a possibilidade de resolução se o comprador apenas não proceder ao pagamento de uma única prestação, não excedendo esta a oitava parte do preço). Demais, importa frisar que a exigência da entrega da coisa, propriedade do adquirente após a conclusão do contrato, está sujeita à *exceptio non adimpleti contractus*, invocável inclusive perante terceiros.

Como «excepções» (cfr. art. 408.º, n.º 1, parte final) ao «princípio da consensualidade» devem indicar-se as regras (suplementares) apositamente previstas em matéria de transferência da propriedade respeitante a coisas futuras, indeterminadas ou genéricas. No direito português, haja em vista as expressamente consagradas no n.º 2 do art. 408.º: no caso de venda de coisa futura ou indeterminada (aqui se compreendendo a venda de coisa genérica; cfr. ainda arts. 539.º e ss.) e frutos naturais ou partes componentes, a transmissão da propriedade supõe ainda, respectivamente, a aquisição da coisa adquirida pelo alienante ou a sua determinação com conhecimento de ambas as partes, ou a colheita ou separação. Haverá ainda que ter em conta as regras especiais no contexto do contrato de empreitada (cfr. art. 1212.º).

Por outro lado, as várias legislações que enveredam pelo caminho da transmissão *solo consensu* não deixam de permitir às partes condicionar a transferência da propriedade a um evento futuro, mormente à tradição da coisa. Na nossa lei, a transmissão da propriedade é susceptível de ser diferida pela vontade dos intervenientes (não tem, portanto, natureza imperativa o art. 408.º), sendo o momento de transmissão susceptível de ser fixado, quase sem restrições, pelas partes, seja nos termos do art. 409.º, n.º 1 (reserva de propriedade; contudo tenha-se em conta, quanto a terceiros, o disposto no n.º 2 do mesmo preceito), ou, mais em geral, pela estipulação de uma condição ou termo (poderá mesmo a transmissão ficar dependente da entrega da coisa). A transferência imediata da propriedade constitui assim um elemento natural, mas não essencial, por exemplo, da compra e venda (notar-se-á que em Inglaterra o *Sale of Goods Act* de 1979, S. 2 (3) e S. 2 (4) e (1), distingue expressamente entre um *absolute* e um *conditional contract of sale*, consoante, segundo a intenção das partes, a propriedade se transfira

imediatamente ou apenas se deva transferir no futuro). E qualquer hipótese, cabe adverti-lo, isso não implica a celebração de um novo contrato ou de um acto *ad hoc* dirigido à transmissão do direito real. Por isso, inexistem nas situações anteriores (a que se juntará a convalidação da venda de bens alheios, nos termos do art. 895.º) uma obrigação de *dare* em sentido técnico. O efeito translativo tem ainda a sua «fonte» no contrato anteriormente celebrado (onde já se pode identificar uma atribuição patrimonial, embora não actual), conquanto dependente de factos ou actos posteriores. Nestes termos, não parece correcto, como destaca a doutrina mais esclarecida, identificar entre nós a figura da venda obrigatória (em moldes semelhantes aos do direito romano ou do actual direito alemão).

Além disso, haverá que contar, *vis-à-vis* terceiros, com as regras da publicidade registal (cfr., no direito português, os arts. 2.º, al. a), 5.º e 17.º, n.º 2, do Código do Registo Predial e arts. 3.º, 11.º, n.º 1, al. a), e 38.º do Código do Registo de Bens Móveis, sem que, porém, este último diploma já tenha entrado em vigor; sem aprofundar a questão, e como noutra lugar expusemos, parece-nos que a transferência do direito de propriedade se dá em tais hipóteses de modo pleno, não só, portanto, nas relações *inter partes*, mas a transcrição de uma eventual segunda aquisição constituirá uma *condictio iuris* resolutive da anterior não registada, e, embora num primeiro tempo se possa configurar como *a non domino*, logo se converte numa transmissão *a domino*, atribuindo-se o título aquisitivo, conquanto susceptível inicialmente de ser considerado nulo por se tratar de uma venda de bens alheios, idoneidade para operar a transferência patrimonial, para todos os efeitos *ab origine*, não cabendo ao registo, no mecanismo aquisitivo, mais do que a função de tornar retroactivamente inoperante a primeira aquisição: «eliminada» esta, a segunda transmissão decorre tão-só do título aquisitivo do adquirente – solução perfeitamente consequente com a ideia de que o registo tem, aqui, valor meramente declarativo).

E conexão com a nossa problemática apresentam ainda as normas predispostas à tutela da boa fé de terceiros (mormente, entre nós, o disposto no art. 291.º). As quais tenderão a assumir uma importância muito especial, dentro da economia do «princípio da consensualidade». Em todo o caso, circunscritas às coisas imóveis e aos móveis sujeitos a registo.

Tendo em vista a generalidade das coisas móveis, sublinhar-se-á que entre nós, não vale o princípio «posse vale título». Isto ao contrário do que sucede, aproximando-os nesse domínio, pelo menos em termos práticos, do «princípio da abstracção», noutros «sistemas causais» onde a aquisição *a non domino* de coisa móvel torna o adquirente proprietário, no momento da entrega, desde que este esteja de boa fé e exista um título idóneo para operar a transferência.

É nomeadamente o caso do direito francês, nos termos do art. 2279 do Code Civil: “en fait de meubles la possession vaut titre” (repare-se que, segundo a opinião dominante, no âmbito das relações do actual com o prévio possuidor, tal regra assume meramente uma *fonction probatoire* – por oposição à *fonction acquisitive*, atrás descrita –, instituindo uma presunção de que o novo possuidor é também proprietário, presunção porém ilidível, admitindo prova em contrário, por exemplo, através da mostração da ineficácia ou invalidade do título aquisitivo). Terá todavia de se tratar de uma «*possession réelle*», e a lei ressalva expressamente a situação em que o proprietário tenha perdido a posse sem ser por vontade sua. Como uma especial aplicação do art. 2279, no caso de dupla alienação pelo titular, é hoje em dia vista a norma do art. 1141. Por fim, notar-se que a idoneidade do título aquisitivo é, correntemente, entendida em termos muito pouco exigentes, não se chegando a exigir a validade do negócio translativo. Demais, embora tal entendimento não tenha prevalecido, já houve quem sustentasse não ser a boa fé condição necessária da aquisição do adquirente.

Também no direito italiano vale a regra «posse vale título», plasmada no art. 1153 do Codice Civile. Por comparação com o direito francês, ocorrerá observar que o título idóneo aí requerido (ao lado da *consegna* e da boa fé) se traduz num negócio em abstracto capaz de produzir o efeito de transferência do direito real e que deve ser eficaz, isto é, não contaminado o «contaminado» por vícios que impeçam a sua existência ou conduzam à sua nulidade ou anulação. Por outro lado, não se consagra no direito italiano qualquer excepção para as situações em que a coisa foi furtada ou perdida pelo anterior proprietário. Quanto à dupla alienação pelo mesmo sujeito, rege o art. 1155, que prefere aquele dos adquirentes que, de boa fé, haja obtido a posse do nem móvel, mesmo sendo o seu título posterior.

Diferentemente, no sistema português, seguindo o direito romano (a máxima «posse vale título» é, como se sabe, de origem germânica), mantém incólume, neste domínio (da aquisição derivada de bens móveis não sujeitos a registo), o princípio «nemo plus iuris tranfere potest quam ipse habeat». Donde resulta uma relevante «contrariedade» para o adquirente (mesmo entrando na posse da coisa), o qual muito dificilmente se pode certificar que adquire realmente, pois para que isso aconteça teria de ter a certeza de estar a adquirir *a domino*, quer dizer de quem, por sua vez, adquiriu do verdadeiro proprietário, (abstraindo de uma eventual aquisição originária) e não alienou entretanto a um terceiro. Tal dificuldade está porém atenuada pela previsão de prazos relativamente curtos para a aquisição por usucapião e pela possibilidade de acessão na posse anterior (para a compra de boa fé a comerciante, valerá aliás o disposto no art. 1301.º).

Assinale-se, por outro lado, que a inexigência de tradição para a aquisição de propriedade de coisas móveis e a colimação da transferência do risco de perecimento ou deterioração da coisa à transferência da propriedade – *res perit domino* ou *casum sentit creditor* –, nos termos do n.º 1 do art. 796.º (ver todavia o n.º 2 do mesmo preceito) implicam que, muitas vezes, o adquirente suporte tal risco (da contraprestação) conquanto ainda não tenha obtido a coisa.

Ocorre também mencionar que a grande relevância prática do contrato-promessa, tendo por objecto um negócio que importe a transferência de direitos reais, se explica em parte num semelhante sistema pela possibilidade que assim se abre de dissociar os efeitos obrigacionais dos efeitos reais (em termos comparatísticos, o mesmo não sucede na Alemanha).

Descrito isto, de maneira demasiado sintética, há agora que indicar que outras legislações permaneceram fiéis à tradição do direito romano em matéria de transferência de direitos reais. Como se sabe, naquele existia uma marcante diversidade entre o contrato, onde se estabelecia a vontade de atribuir ou adquirir a propriedade, constituindo o título para obter a transferência, e os modos pelos quais em concreto podia ser «transferido» ou atribuído tal direito: a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *traditio*, acabando esta última por substituir as primeiras no direito justinianeu. Exigindo-se então para a «transferência» de direitos reais o *título* e o *modo*, a saber: um contrato obrigacional

(designadamente, a *emptio venditio*) consensual e um acto ulterior solene (a *traditio*), que, segundo a opinião maioritária, era acompanhado por um «negócio real».

Temos então, por exemplo no direito austríaco (cfr. §§ 423 e ss. ABGB; assim também acontecia no *Landrecht* prussiano), o «princípio da separação» (note-se que este se combina quase necessariamente com o «princípio da tradição», para que os dois negócios se manifestem distintos para o exterior; porém, como já se viu, o inverso não é sempre verdade: o princípio da tradição não supõe necessariamente o princípio da separação, entendido este como referido a dois negócios distintos). Requerendo-se aí o *titulus* e o *modus* para a transferência de direitos reais («sistema do título e do modo», o qual – na formulação corrente e que corresponde àquela que se consolidou com o *usus modernus pandectarum*, embora já prenunciada por alguns juristas humanistas – requer o cúmulo do título e do modo e supõe a “sincronia” entre eles). Acrescendo que os efeitos do negócio real pressupõem a validade do negócio obrigacional (cfr. § 380 ABGB; igualmente no direito romano a cisão entre o título e o modo não implicava, pelo menos na *traditio*, que se prescindisse do título para obter o efeito real: para este era necessário o modo, mas também o título, visto como «justa causa» da atribuição). Falar-se-á então de um «princípio causal», também dito «da causalidade».

Recentemente também o Código Civil brasileiro adoptou tal sistema (melhor, manteve-se fiel à solução do Código de 1916, que aliás vinha já de 1864; de resto, essa é a orientação da generalidade dos países da América do Sul), conferindo-se aí, no Art. 481, à compra e venda efeitos meramente obrigacionais. A aquisição derivada do direito *in rem* dá-se pela tradição (Arts. 1226 e 1267), para as coisas móveis, ou pelo registo do título translativo (Arts. 1227 e 1245), para os imóveis. Demais, a tradição não transfere a propriedade se tiver por título um negócio nulo (Art. 1268, § 2.º); e também a aquisição pelo registo soçobra se não existir um título «idóneo» ou «válido» (Arts. 1245 e ss.).

É todavia concebível que, distinguindo-se entre título e modo (adoptado portanto o «princípio da separação»; dentro do «princípio da unidade» isso não será pensável), se torne o efeito real ou, mais em geral, a disposição do direito independente do título (da «causa da atribuição»). Surge-nos então o «princípio da abstracção». Onde, pode dizer-se, é suficiente o modo -- suficiente e necessário (mas viável é

também, como *cum grano salis* acontece no direito inglês, que baste ou o modo ou o título).

Mais em pormenor, aqui será aliás possível distinguir uma «abstracção exterior», sinónimo da independência do negócio de disposição em relação ao negócio obrigacional, e uma «abstracção interna ou material» – suscitando algumas dúvidas, embora a sua relevância prática seja diminuta – que dispensa as partes de acordarem sobre a finalidade ou causa do negócio de atribuição – *v.g.*, o negócio seria válido ainda que uma das partes tenha entregue o dinheiro a «título» de empréstimo a outra o tenha recebido a «título» de doação. Ora, assim se passam as coisas no sistema alemão, sob este aspecto idiossincrático (mas cujo sistema irradiou, por exemplo, para o Código grego de 1940). Com efeito, nele a produção do efeito real não depende da existência de um título (válido) mas apenas do acto atributivo e de aquisição.

Vejamos tudo isto um pouco mais em pormenor. Tomemos um exemplo muito simples: a compra e venda de um jornal e o respectivo cumprimento, envolvendo a transmissão da propriedade. Isto requer, no direito alemão, mesmo que disso, normalmente, não esteja consciente um leigo (o que, porventura, já não será o caso na transferência de imóveis), três contratos (a que haverá que juntar a entrega do objecto e do preço): a compra e venda (§ 433), a *Einigung* (§ 929) sobre a transferência da propriedade do jornal e a *Einigung* (§ 929) sobre a transferência da propriedade do dinheiro que constitui o preço.

A compra e venda só produz efeitos ou deveres obrigacionais (cfr. especialmente § 433 I, 1, BGB). Diz-se, por isso, um contrato obrigacional (*Verpflichtungsvertrag*) e encontra-se regulado no direito das obrigações («Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse»). E a sua validade não pressupõe, de resto, o «poder de disposição» do vendedor sobre a coisa: a venda de coisa alheia ou futura mostra-se, portanto, perfeitamente válida (como, entre nós, acontece com a promessa de um contrato que incida sobre uma coisa não pertencente ao promitente ou ainda não existente). Correspondentemente, a conclusão do contrato de compra e venda não afecta o «poder de disposição» do titular do direito (que conserva tal qualidade), podendo este, perfeitamente, transmitir a propriedade a terceiro (independentemente, claro, deste saber do prévio contrato de compra e venda; não há, com efeito, nenhum direito absoluto do primeiro comprador que possa prevalecer).

Já os efeitos reais decorrem da *Einigung* (cfr. §§ 873 e 929), um segundo acordo, um contrato real («dingliche Vertrag»), cujo conteúdo é exclusivamente o de que a propriedade se transfira do vendedor para o comprador (de «Minimalkonsens» se fala, por isso, aqui). A sua disciplina encontra-se, por consequência, no direito das coisas, embora também a ela se apliquem os preceitos da Parte Geral (haverá que notar que as eventuais exigências de forma são distintas para a compra e venda e para a *Einigung*, como resulta do confronto do § 311 b I, com os §§ 873, 925, quanto às coisas imóveis, e do §§ 433 e ss. com o §9 29).

Constitui a *Einigung* um *Verfügungsgeschäfte*, isto é, na definição tradicional e consolidada, um negócio que transmite, extingue, onera ou modifica o conteúdo de um direito (na categoria dos negócios de disposição inclui-se ainda, por exemplo, a cessão de um crédito; note-se ainda que não tem forçosamente que se tratar de um contrato, como sucede por exemplo no caso da *derelictio*, § 959 BGB). Simultaneamente, traduz ela o cumprimento (um *Erfüllungsgeschäft*) da compra e venda. E pressuporá, por princípio, o «poder de disposição» do alienante sobre a coisa (o poder de disposição que, em regra, mas não necessariamente, caberá ao titular do direito) e a existência desta (devendo referir-se a um ou vários objectos ou coisas determinados, nos moldes do *Bestimmtheitsgrundsatz* – cfr. § 929 I).

Estando em causa coisas móveis, nos termos do *Traditionsprinzip*, a *Einigung* terá de ser acompanhada, da transferência da posse (*Übergabe*, § 929, I; há-de tratar-se da transferência da *unmittelbaren Besitz*). Segundo o melhor entendimento, não é imprescindível uma coincidência temporal entre a *Einigung* e a *Übergabe*, e dever-se-á aceitar a revogação daquela pelas partes até à realização da entrega. Por outro lado, a *Übergabe* poderá ser «substituída» por um seu «sucedâneo», possibilidade que significa, amiúde, uma importante simplificação e agilização do processo de transferência de propriedade.

Assim, a *Übereignung* poderá ter lugar apenas pela *Einigung*, quando o adquirente já esteja na posse da coisa, através *traditio brevi manu* (§ 929, 2).

Ou, com mais relevância prática, a aquisição poderá resultar do *constitutum possessorium* (§ 930), se se pretende que o antigo proprietário continue a possuir «directa» ou, eventualmente, «indirectamente» a coisa. O *Besitzkonstitut* consitui uma importante excepção ao «princípio da

publicidade» em matéria de direitos reais, cujos inconvenientes aliás se documentam na *Sicherungsübereignung*, (onde – para fins de garantia, sobretudo no caso de um empréstimo, e na impossibilidade de se recorrer ao penhor que requer a entrega da coisa – o devedor, conservando a *unmittelbare Besitz*, procede à *Übereignung* de uma coisa ao credor, que se torna («formalmente») proprietário, conquanto apenas *mittelare Besitzer* nos termos da *Besitzungsmittlungverhältniss* convencionada, sendo o «vínculo» entre o crédito assim garantido e o «negócio real» estabelecido por um «autónimo» contrato que regula os direitos e deveres das partes, mormente quanto aos termos da utilização da coisa, ao modo do credor se pagar no caso de incumprimento; é fácil de ver que tal «expediente», que está nas «franjas» da «fraude à lei» – mas que a jurisprudência admite dentro dos limites dos «bons costumes», que serão nomeadamente ultrapassados quando existe colusão para prejuízo de terceiros –, significa uma diminuição, não reconhecível, da garantia patrimonial dos futuros credores do mesmo devedor). Assim, o *Besitzkonstitut* não se presume e precisa de corresponder, tomada a lei estritamente, a uma específica *causa detentionis* (cfr. contudo § 868, onde se fala também de uma «ähnlichen Verhältnisse»). Porém, tanto ele, como o negócio abstracto sobre a transferência da propriedade, podem ser antecipado.

Uma outra forma de *Übereignung* consiste na cessão da acção de restituição, quando a coisa se encontre na posse de terceiro (§ 931 – *Abtretung des Herausgabeanspruchs*). Convém advertir que não está aqui em causa a cessão da acção real de reivindicação, prevista no § 985 (e que não pode ser dissociada da titularidade do direito), mas uma acção de restituição (de carácter obrigacional) dirigida contra o terceiro. A este propósito, advirta-se que o BGB não regula a *Übereignung* de uma *besitzlose Sache*, que no entanto se tem actualmente por viável, embora concorram na sua explicação diferentes sobretudo duas teorias: segundo uma delas bastaria, nessa hipótese, a *Einigung*; para outra, tratar-se-ia de uma cessão da futura acção de restituição.

Quando respeite a imóveis, a *Einigung* é denominado no § 925 *Auflassung* e deve ser declarado, na presença simultânea de ambas as partes, perante uma entidade competente – o conservador, o notário ou o juiz (cfr. § 925 e § 873).

A esta há-de associar-se a inscrição no registo (a *Eintragung* preenche agora uma função de publicidade ou notoriedade equivalente, con-

quanto mais «forte», à que a posse realiza para as coisas móveis). Convém notar que a *Einigung* e a inscrição registal têm de coincidir no seu conteúdo – mas não temporalmente, sendo até muito frequente um grande desfasamento, sobretudo quando haja necessidade obtenção de uma licença administrativa –, só assim se dando o efeito aquisitivo nos termos do § 873 (o que assume importância quando, excepcionalmente, a *Einigung* seja posterior).

Em termos gerais, vê-se pois que pressuposto da atribuição do direito real consiste (exclusivamente) num *Doppeltatbestand*: a *Einigung* e um «acto material». O efeito atributivo ou de aquisição não decorre portanto apenas da tradição para as coisas móveis ou da inscrição no registo para as coisas imóveis, mas supõe ainda a *Einigung*, o acordo sobre a atribuição e aquisição do direito real. Concretamente, uma *Eintragung*, sem ter tido lugar a *Einigung*, não altera a situação jurídica material (mas produz, claro, uma desconformidade ou inexactidão do registo, rectificável nos termos do § 894), cercendo nesse sentido efeitos constitutivos, não conduzindo nomeadamente ao surgimento do direito registado (conquanto assuma significado para a «gradação» de um direito inscrito, cfr. § 879, e sobretudo para a «caracterização» da boa fé, cfr. §§ 892 e s.).

Já atrás se advertiu que a distinção ou separação entre *Verpflichtungsvertrag* e *Verföngsgeschäft* («princípio da separação») não implica que, para a produção do efeito real (por virtude deste último), não seja relevante aquele enquanto título da aquisição do direito (e, assim sucede, como se referiu, nos sistemas de título e modo, onde vigora o «princípio da causalidade»; sirvam de exemplo o direito austríaco e o direito neerlandês). De resto, no normal dos casos, a *Verfügung* ocorre precisamente como cumprimento da subjacente, eficaz e válida *Verpflichtung* (que representa a sua causa, o *Grundgeschäft*).

Todavia, o «sistema da abstracção», levando o «princípio da separação» às últimas consequências, apenas faz depender o efeito real do acto atributivo ou de aquisição. Concretamente, o negócio obrigacional não constitui um pressuposto (de eficácia) da atribuição, revelando-se para esse efeito irrelevante. A «insubsistência» (seja inicial, seja adveniente) daquele não afecta o negócio real. Mas, evidentemente, este pode ser nulo ou anulável, padecendo, no seu conteúdo e elementos próprios, de uma causa de invalidade (advirta-se porém que, por exem-

plo, uma anulação com base num *Eigenschaftsirrtum*, segundo o § 119 II, estará excluída). Demais, o facto de o «negócio real» ser inválido ou ineficaz configurará a não realização da obrigação de transferir a propriedade e, por essa via, um incumprimento do negócio obrigacional, pelo que imporá, por regra, nova «tentativa» de transmissão da propriedade.

O *Abstraktionsprinzip*, nos moldes descritos, foi elaborado em primeira linha por Savigny [cfr., por exemplo, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, págs. 312 e ss. e 356, e *Obligationenrecht*, II, Berlin 1853, págs. 3 e ss. e 256 e ss.; criticamente, já J. Kohler, *Gesammelte Abhandlungen*, Mannheim, 1873, págs. 19 e ss.], com base no direito romano (sobretudo para mitigar a regra do direito romano antigo *nemo dat quod non habet*, adoptada no *jus commune* germânico, a qual contudo vigora em extensa medida ainda hoje no direito inglês, sem ter aí levado ao afastamento de um sistema no essencial «consensualista») e, por sua decisiva influência, adoptado no BGB. Algo ironicamente, é mais que incerto que o princípio fosse, pelo menos na forma em que o apresenta Savigny, conhecido do direito romano clássico (talvez com a excepção da *delegatio* e, em geral, da admissão de uma *causa putativa*). Como curioso é que, no direito alemão, a sua vigência ou consagração – bem cimentada, malgrado as muitas críticas de que foi, logo no primeiro anteprojecto do BGB, e é alvo – se infira (para além do argumento histórico) do silêncio da lei no § 929 (e nos §§ 398, 873), disposição onde não se alude à compra e venda ou qualquer outro título para que se dê a transferência da propriedade.

Nulo ou anulado o contrato de compra e venda (o que, de resto, desencadeia, como entre nós, efeitos retroactivos), a transferência do direito real permanece imprejudicada, mas o *tradens* tem à sua disposição a *condictio indebiti*, uma acção de repetição do indevido (segundo o §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB), com a qual obterá eventualmente a restituição da coisa (e da propriedade sobre estas através de uma «inversa» *Übereinigung*). Só que, e isto não é de somenos, tal pretensão tem natureza (meramente) obrigacional, confinada, portanto, às partes (mas com a importante excepção prevista no § 822, quando o terceiro tenha adquirido a título gratuito, sendo por isso considerado menos digno de protecção – um «eco» de tal disposição encontra-se no n.º 2 do art. 289.º do nosso Código Civil, preccito aliás de difícil com-

preensão na economia do nosso sistema; deve ainda registrar-se a eventual responsabilidade civil em que incorrerá o terceiro adquirente de má fé, nomeadamente nos termos do § 826 BGB). Assim, o alienante não dispõe da acção de reivindicação prevista no § 985 (note-se que também entre nós é duvidoso se tal acção de reivindicação coexiste com a acção de declaração de nulidade ou de anulação com os consequentes efeitos restitutórios, nos termos dos arts. 289.º e s.; demais em termos funcionais, e porventura no seu fundamento, a norma do art. 289.º não deixa de se aproximar das regras do enriquecimento, ou até de nestas se filiar). Nem lhe é atribuído – e este aspecto avulta especialmente – um «direito de separação» ou um tratamento privilegiado no processo de falência.

Ocorre reiterar que a aquisição independe da boa fé do adquirente, dando-se «um passo adicional» em relação à protecção daquela. Inclusive quando aquele conhecia a insubsistência do negócio obrigacional, (e nessa medida porventura não merecia protecção) a aquisição mantém-se eficaz, e dela se podem prevalecer também os subadquirentes (independentemente, claro, da sua boa ou má fé) e os credores (por exemplo, no caso de execução forçada ou falência). Isso permite que o adquirente não tenha de se envolver em qualquer indagação sobre a «causa» da aquisição dos anteriores titulares, diferentemente do que sucede se se protege «meramente» a boa fé (e ainda que apenas se faça relevar o conhecimento efectivo, dada a especificidade da prova deste que sempre faz apelo a considerações de «normalidade»).

Certo porém que não se prescinde totalmente da consideração do negócio obrigacional (da causa de atribuição). Mais precisamente, a sua ineficácia não deixa de se repercutir nos efeitos do negócio de aquisição. Se este não tem aquele a sustentá-lo, então entram em jogo as regras do enriquecimento sem causa, impondo uma obrigação de restituição da coisa ou coisas adquiridas e «repondo o equilíbrio jurídico-económico». O significado do «princípio da abstracção» é, assim, obtemperado, nas relações entre as partes, pela aplicação das regras do enriquecimento sem causa, nos termos já descritos. Nas expressivas palavras de H. Dernburg [*Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, II, Einzelne Obligationen, Halle a.d.S., 1915, pág. 722], o Direito vem desse modo curar as feridas por ele próprio infligidas.

De resto, o seu significado em relação a «anteriores» titulares também não deve ser exagerado. Pois, em muitos casos (mas o princípio da abstracção não se torna, como se entende, supérfluo perante as regras da protecção da boa fé), já interviriam as regras de protecção da aquisição *a non domino* de boa fé (cfr. §§ 932 e ss. – excluindo já o desconhecimento com culpa grosseira da não titularidade do *tradens* a aquisição de boa fé; devendo ainda notar-se que a aquisição *a non domino* está excluída de se o proprietário foi privado da posse da coisa, excepto tratando-se de dinheiro ou títulos ao portador, contra a sua vontade ou conhecimento –, §§ 892 e s. e § 2366 – onde só o conhecimento efectivo da inexactidão do registo ou do “Erbschein” afasta a aquisição, em consonância com o “princípio da fé pública” registal e da situação do aparente herdeiro; incidentalmente, assinala-se que difíceis problemas de coordenação entre o princípio da abstracção e a aquisição *a non domino* se colocam no caso de «reaquisição» pelo *Nichtberechtigten*). Daí frisar-se que o princípio da abstracção tem o seu campo de aplicação privilegiado onde inexistem (ou quase não existem) normas de protecção da aquisição *a non domino* de boa fé. Como é o caso dos direitos de crédito (aqui, contudo, não se deparará com muita frequência com uma «cadeia de cessões») e das aquisições não-negociais. Mas, neste contexto, deve ainda salientar-se a protecção geral que, por seu intermédio, se concede aos credores do adquirente (e dos subadquirentes), que não se alcança com as disposições de protecção da boa fé.

O princípio da abstracção conhece porém desvios ou quebras. Desde logo, se os dois negócios, o obrigacional e o de disposição, enfermam do mesmo vício («Fehleridentität»). Mais precisamente, o que está em causa são hipóteses como a da contrariedade do negócio obrigacional a uma disposição legal imperativa, nos termos do § 134, e aos «bons costumes», segundo o § 138 (onde se inclui, de resto, o negócio usurário). Perguntando-se então se isso se repercute no negócio de disposição, sendo este por igual razão nulo. Conquanto muitas vezes se enfatize o carácter «neutro» («sittlich-, wert- oder motivneutral») da *Verfügung*, e se aponte na doutrina a insegurança que pode advir da extensão a esta do juízo de contrariedade aos «bons costumes» (a *Verfügung* só se deveria ter por ineficaz se desse modo se evitasse um prejuízo reprovável de terceiro). Mesmo assim, embora porventura em função de especiais circunstâncias, a «doutrina da identidade dos vícios»

foi adoptada pelo BGH (BGHZ, 36, págs. 395 e ss.) num caso cuja factualidade era a seguinte: O Conselho Municipal de Colónia tinha oferecido ilegalmente, durante o período nazi, uma quadro de Lucas Cranach a uma filha de Hermann Göring. Esta recusou-se porém, finda a guerra, a devolver o quadro, invocando que a transmissão da propriedade era válida apesar da nulidade do negócio causal. O doador não podia aqui lançar mão do enriquecimento sem causa, pois também ele próprio tinha violado a lei (cfr. § 817, 2, BGB).

Por outro lado, em certas situações, admite-se que a invalidade do negócio obrigacional se projecte no negócio de disposição pela consideração da unidade (material) que ambos constituiriam, mormente nos termos do § 139 (com base num *objektive Sinnzusammenhang*, ou, de modo mais exigente, requerendo-se uma *Einheitswille* das partes; notar-se que, tal como no direito português, como regra, um negócio só não será reduzido se se mostrar que não seria concluído sem a «parte» viciada). Mas, como se compreende, a jurisprudência e a doutrina são aqui extremamente circunspectas (ou mesmo adversas à «fusão» do negócio obrigacional e do de disposição), sob pena de pôr em causa o próprio «princípio da separação».

Finalmente, aluda-se à possibilidade de as partes condicionarem expressa ou tacitamente a eficácia do negócio real à do negócio obrigacional. Aliás, o próprio BGB estabelece uma tal conexão, através de uma condição, na venda de coisa móvel com reserva de propriedade para garantia do pagamento do preço: aí, segundo o § 449 I BGB (antigo § 455), na dúvida, como regra interpretativa, admitir-se-á que a coisa foi «*übereignet*» sob condição suspensiva do pagamento integral do preço. Através da estipulação (ou determinação legal) de uma tal condição (há porém «negócios reais» que não consentem a aposição de uma condição – cfr., por exemplo, § 925 II BGB), o «princípio da abstracção» convola-se no «princípio causal» (quando menos, institui-se uma «causalidade externa»).

Contudo, parte da doutrina só aceita, sobretudo tratando-se de uma estipulação tácita da condição (um exemplo, muitas vezes dado, é o do vendedor que transfere os bens perante o pagamento em contado, onde se pressuporia que o dinheiro entregue não é falso) – de resto, estamos agora perante uma «condição imprópria» –, a possibilidade de as partes fazerem depender a eficácia do negócio de disposição da eficácia do

negócio obrigacional quando elas estiverem em dúvida sobre a validade deste último (no entanto, aí a realização do *Verfügungsgeschäft*, sem a aposição expressa de uma tal condição, representará por regra uma confirmação, nos termos do § 144 BGB, do negócio obrigacional).

O «princípio da abstracção» tem sido submetido a várias críticas (desde sempre – já durante os trabalhos preparatórios, bastando recordar aqui as duras observações de um autor da estatura de O. von Gierke – mas mais recentemente a discussão reacendeu-se, quer aquando da reunificação da Alemanha, pois a DDR abandonara o «princípio da abstracção» – cfr. § 139 ZGB –, quer à volta dos propósitos unificadores do direito privado europeu).

Desde logo, aponta-se que a protecção de terceiros adquirentes (a expensas do alienante primitivo) é levada longe de mais porque se desinteressa do merecimento da respectiva posição (eles serão protegidos se adquiriram a título oneroso, independentemente da sua boa fé). Claro que, se apenas se quer estritamente proteger a boa fé, a via para alcançar tal desiderato não passará pelo «princípio da abstracção».

Por outro lado, como já se fez notar, revelando-se o negócio obrigacional inválido, o alienante só pode lançar mão do enriquecimento sem causa para se fazer restituir da coisa alienada. E assim concorre com os (demais) credores do adquirente. Em todo o caso, o alienante quando tenha recebido o preço (ou em geral a contraprestação, e, por norma, não estará ele obrigado a cumprir antecipadamente) poderá invocar a *Saldotheorie* quando aquele lhe seja exigido (entre nós, cfr. o art. 290.º, regendo-se as obrigações de restituição que incumbam às partes por virtude da invalidação do negócio pelas normas relativas à excepção do não cumprimento, e esta seja invocável em relação a terceiros, como por regra se admite). Poderá ainda juntar-se que os (demais) credores do adquirente confiarão muitas vezes justificadamente em que o bem em causa ingressou no património daquele.

E deve indicar-se que à dificuldade eventualmente experimentada pelo alienante (vendedor) está, inclusive nos sistemas que não seguem o «princípio da abstracção», sujeito também o comprador quanto ao dinheiro pago. Tal «argumento de simetria» claudicará porém quando o vendedor aliena a coisa a crédito (mas aí ele poderá reservar-se a propriedade).

Também se sustenta representar o «princípio da abstracção» um «corpo estranho», distante da concepção corrente e própria da vida de todos os dias, só acessível a juristas e incompreensível para os «leigos», decompondo um fenómeno unitário numa pluralidade de actos. Houve mesmo quem o tenha apodado de um «blutlose Gebilde», e uma «doktrinäre Vergewältigung des Lebens». Mas sobretudo faz-se valer que ele contraria a vontade hipotética das partes, que geralmente quererão fazer depender a transferência da propriedade da validade e eficácia da obrigação nesse sentido constituída. Porém, como já se fez notar, a decisão da lei cederá perante uma expressa vontade nesse sentido.

Mas não faltam vozes mantendo a valia do «princípio da abstracção». Como já se deu a entender, este tem por trás de si a ideia da protecção do tráfico jurídico, ao possibilitar que os terceiros se possam desinteressar totalmente das contingências atinentes ao negócio obrigacional (o que de algum modo corresponderá ao princípio da relatividade das relações obrigacionais), tendo apenas que se preocupar com o negócio de disposição. Na intenção do legislador alemão, quer-se proteger, numa cadeia de aquisições derivadas, os subadquirentes (e os credores do primeiro adquirente). Os quais estarão eximidos de qualquer indagação sobre a validade do contrato (obrigacional, mormente de compra e venda) ou, em geral, sobre o facto jurídico, com base no qual aquele adquiriu (derivadamente) a coisa (em rigor, está até em causa toda a cadeia de transmissões que sustenta a titularidade do alienante; entre nós, como se sabe, a «prova definitiva» da propriedade supõe o estabelecimento de tal cadeia e da validade dos vários elos ou, como muitas vezes na prática sucede precisamente dada a dificuldade de tal prova, a verificação de uma aquisição originária). Nesta medida, repete-se, o carácter abstracto do negócio de atribuição serve a segurança e a clareza do tráfico jurídico (negocial), tornando-o simples e fluído.

Demais, no domínio dos bens sujeitos a registo, a «asseveração» da titularidade do direito a favor da pessoa em cujo nome o bem está inscrito assume um significado muito mais «forte» (não o de uma mera presunção ilidível de titularidade, susceptível de ser destruída pela invalidez, por exemplo, de uma das compras e vendas anteriores na cadeia aquisitiva do actual alienante, como entre nós sucede; assinale-se todavia que, na nossa opinião, o nosso sistema registal não consente uma «discussão» sobre a boa ou má fé do adquirente, perante factos não

registados). O que propiciará em maior medida, como se assinala, a «mobilização do valor do imóvel», designadamente pela sua função como garantia real.

Porventura, o «princípio da abstracção» favorece ainda o próprio alienante, enquanto este até à realização do negócio de disposição e do correspondente «acto material» (entrega da coisa ou inscrição no registo) permanecerá proprietário.

Aparece também referida a vantagem que assim se conseguiria de mais facilmente se conceber a «reserva de propriedade» (na transferência de bens móveis, pois a *Auflassung* não pode ser sujeita a condição ou termo, segundo o § 925 II BGB, conquanto se adopte a prática de o notário, como mandatário das partes, apenas requerer o registo da aquisição quando o adquirente, por regra protegido por uma *Vorbemerkung*, deposite o preço da venda numa «conta cativa»). O negócio obrigacional não seria condicionado, mas apenas o estaria (suspensivamente, ao pagamento integral do preço) o negócio real (conforme decorre do § 449 I BGB, como já se observou; no texto, por simplicidade, não consideramos, nem para o direito alemão, nem para os outros ordenamentos, senão a «reserva simples de propriedade», deixando de lado a «verlängerter Eigentumsvorbehalt» e a «erweiterter Eigentumsvorbehalt»).

Muitas vezes, toma-se como termo de comparação o direito francês, referindo-se o facto de, em 1980 (L. 80-335, 12/5/1980; a solução aí consagrada foi retomada em 1985), o legislador ter sentido necessidade de intervir, prevendo a reserva de propriedade na compra e venda de bens móveis (não sujeitos a registo) para subtrair estes ao alcance da execução dos credores do comprador (no processo de insolvência). Mas trata-se em rigor da questão da «projecção para o exterior» da cláusula de reserva de propriedade, cuja validade de há muito era reconhecida.

Entre nós, ressalta até que o *pactum reservati domini* (incidindo sobre coisas móveis não sujeitas a registo) não encontra, segundo a opinião de longe maioritária, qualquer limitação na protecção de terceiros (no que se pode ver uma excepção ao disposto do art. 435.º, n.º 1) subadquirentes (de modo diferente do que se passa no direito alemão, mas aí por força do § 932 BGB, embora o entendimento da boa fé requerida para o efeito seja particularmente rigoroso) ou credores do comprador. Ressalve-se todavia, no caso de declaração de insolvência do comprador, a exigência da estipulação por escrito da cláusula de

reserva de propriedade, anteriormente à entrega da coisa, segundo o art. 104.º, n.º 4, do CIRE. O direito do vendedor à separação da coisa, no caso da recusa de cumprimento pelo administrador, está expressamente ressalvado no art. 102.º, n.º 3, do CIRE, para o qual remete o art. 104.º, n.º 5, do mesmo diploma.

Quanto à oponibilidade da posição do comprador aos credores e adquirentes do vendedor, apesar deste continuar a ser proprietário do bem, aqueles ver-se-ão preteridos a favor do (futuro) adquirente (mas, no caso de insolvência do vendedor, somente se a coisa lhe houver sido entregue à outra parte, cfr. art. 104.º, n.º 1, do CIRE; doutro modo, poderá o administrador recusar o cumprimento, tendo o comprador um mero direito de crédito sobre a massa insolvente, nos termos do art. 104.º, n.º 5, do CIRE), sendo a cláusula oponível a terceiros (na Alemanha, a protecção de terceiros alcança-se pelo regime da condição suspensiva resultante do § 161 BGB – e mesmo desatendendo ao disposto no § 161 III, por via da aplicação do § 936 – e da protecção da sua posse segundo o § 986 II).

O que em termos teóricos poderá levantar alguma dificuldade é o facto de, nos sistemas que seguem o «princípio da consensualidade», a condição (suspensiva) aposta ao negócio de transferência – para referir a posição tradicional, mas não unânime, na nossa doutrina quanto à configuração dogmática da reserva de propriedade – não implicar a subordinação global dos efeitos do negócio ao evento condicionante, mas apenas de um singular ou parcial efeito, o da transferência da propriedade; demais, o evento condicionante é aí o cumprimento de uma obrigação principal do contrato, a obrigação de pagamento do preço (menos peso terá o reparo de que a verificação da condição não terá aqui efeitos retroactivos, pois o próprio art. 276.º permite que as partes derroguem a regra da «retroactividade do condição»; a qualificação da reserva de propriedade como uma condição suspensiva depara ainda com o inconveniente de porventura implicar a aplicação do regime do art. 796.º, n.º 3, parte final, que parece aqui pouco adequado).

Repare-se, todavia, que tão pouco na Alemanha, e apesar da disposição do § 449 I (antigo § 455) BGB, a natureza jurídica da venda com reserva de propriedade se mostra absolutamente incontroversa, encontrando-se autores que vão pela tese da condição resolutiva (como, por exemplo, Windscheid, embora a sua posição remonte a momento ante-

rior à entrada em vigor do BGB), outros que defendem uma eficácia translativa imediata, acoplada ao reconhecimento ao vendedor de uma posição, com eficácia real, que lhe permite reaver o bem no caso de não pagamento do preço (assim, Blomeyer). Sobretudo existe uma acesa disputa sobre a posição jurídica do comprador sob reserva de propriedade (e, correlativamente, também a do vendedor) e a natureza da sua «expectativa de aquisição». Embora a qualificação como expectativa quase não mereça dúvidas, subsistem porém hesitações quanto a se saber se se trata de um direito real de resto. Seja como for, tal expectativa é tratada, em muitos aspectos, como um verdadeiro direito real, sendo aplicáveis os §§ 985, 1004 e 823 I, e podendo o comprador dispor do seu «Anwartschaftsrecht», transmiti-lo, nos termos dos §§ 929 e ss., ou dá-lo de penhor, segundo os §§ 1205 e ss. Note-se, porém, que uma concepção que chegue a encarar a reserva de propriedade como um «direito de penhor sem posse» necessita, claro, de ser compatibilizada com a exigência prevista legalmente da «entrega» da coisa empenhada (cfr. o que anteriormente se *disse quanto à Sicherungsübereignung*) e, claro, em termos mais gerais, embora se trate de uma objecção longe de ser tida por decisiva, com o *numerus clausus* de direitos reais que o sistema alemão conhece.

Por fim, assinala-se frequentemente ao «sistema da abstracção» o mérito de ampliar as «possibilidades de conformação», quer do legislador, que na regulamentação das relações negociais (sobretudo quanto à «subsistência» destas) *inter partes* só em menor medida tem de se preocupar com os eventuais efeitos para terceiros (por exemplo, seriam mais amplas as circunstâncias em que se poderia conceder relevância ao erro, pois a anulação do negócio obrigacional não contende com terceiros, não se repercute negativamente nos subadquirentes), quer dos próprios particulares, mais livres para dispor sobre as «relações de liquidação» e a ineficácia *ex tunc* dos negócios. Assim, em termos gerais, atribuem-se virtualidades dogmáticas e conformativas ao princípio da abstracção, que derivariam afinal da sua clareza conceptual e «sistematicidade».

[Sobre tudo isto e o «valor» do princípio da abstracção ver, entre a infundável literatura, E. von Caemmerer, *Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung*, *RabelsZ* 12 (1938/39), págs. 675 e ss; G. Kegel, *Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?*, in *Festschrift F. A. Mann*, München, 1977, págs. 57

e ss.; F. Baur / R. Stürner / J. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1992; K. H. Schwab / H. Prütting, *Sachenrecht*, München, 2006; H. C. Grigoleit, *Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts*, AcP 199 (1999), págs. 379 ss.; S. Habermeier, *Das Trennungsdenken*, AcP 195 (1995), págs. 283 e ss.; H. P. Westermann, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, Berlin, 1967; Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, ZEuP 1993, págs. 52 e ss.; Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937; A. Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen, 1996; H. Wieling, *Das Abstraktionsprinzip für Europa*, ZEuP 2001, págs. 301 e ss., *Sachenrecht, Bd. 1, (Sachen, Besitz und Recht an beweglichen Sachen)*, Berlin, 1990; U. Eisenhardt, *Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips*, JZ, 1991, págs. 271 e ss.; H. Coing, *Europäisches Privatrecht, 1800 bis 1914*, II, München, 1989, págs. 392 e ss.; O. Jauernig, *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, JuS 1994, págs. 721 e ss.; H. Kronke, *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Francesco Galgano, Bologna 1992, págs. 109 e ss.; K. Larenz / Wolf, *op. cit.*, págs. 418 e ss.; D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2006, págs. 92 e ss.; W. Flume, *Allgemeiner Teil des BGB*, II, Berlin, 1979, págs. 152 e ss.; R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tübingen, 2001, págs. 171 e ss.; M. Kaser, *Compra-venta y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano en la Dogmática Moderna*, Valladolid, 1962; Apostolos Georgiades, *Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf*, Tübingen, 1963; L. Raiser, Ludwig, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen, 1961; A. Bloy-meyer, *Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers*, AcP, 162 (1963), págs. 193 e ss.; U. Hübner, *Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers*, JuS 1980, págs. 729 e ss.; *Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform*, JuS, 2002, págs. 833 e ss.; W. Flume, *Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers*, AcP 161 (1962), págs. 385 e ss. E ainda R. Sacco, *Le Transfert de la Propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé* RDC, Anno XXV (1979), págs. 442 e ss.; L. Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile

1990, I, II, Milano, 1991; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990.

Na literatura portuguesa, além do tratamento geral da questão nos manuais de teoria geral, direito das obrigações e direito reais, ver Galvão Teles, *Venda obrigatória e venda real*, RFDL, Ano V (1948), págs. 76 e ss.; Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, ROA, ano 43, 1983; H. E. Hörster, *Sobre a formação do contrato segundo os arts. 217.º e 218.º, 224.º a 226.º e 228.º a 235.º do Código Civil*, RDE IX (1983), págs. 121 e ss.; Assunção Cristas / Mariana F. Gouveia / Vítor Neves, *Transmissão da propriedade e contrato*, Coimbra, 2001; Ana Maria Peralta, *A posição jurídica do comprador com reserva de propriedade*, Coimbra, 1990; A. Vieira Cura, *Compra e venda e transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano (A raiz do «sistema do título e modo»)*, em BFD, volume comemorativo 2003, págs. 28 e ss., e *Transmissão da propriedade e aquisição de outros direito reais (Algumas considerações sobre a história do «sistema do título e modo»)*, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, I, Lisboa, 2003, págs. 373 e ss.]