



Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos, 1945-

A transferência da propriedade no direito comum : compra e venda e doação

<http://hdl.handle.net/11067/5449>

<https://doi.org/10.34628/cckb-6853>

Metadados

| | |
|---------------------------|---|
| Data de Publicação | 2019 |
| Resumo | Sale and purchase and sale was, in classical Roman law, a consensual agreement creating obligations: that of the seller to transfer possession to the purchaser, freely and in a peaceful manner; and for the latter to pay in cash the purchase price, which could be settled at a later date, according to criteria determined at the time of purchase. The buyer acquired the property either through appropriate dealing (mancipatio, in iure cessio, traditio) or by usucaption. If the subject matter was dama... |
| Palavras Chave | Compra e venda de bens imóveis, Doações |
| Tipo | article |
| Revisão de Pares | Não |
| Coleções | [ULL-FD] LD, s. 2, n. 21-22 (2019) |

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T14:46:18Z com informação proveniente do Repositório

**A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE
NO DIREITO COMUM
COMPRA E VENDA E DOAÇÃO**

**PROPERTY TRANSFER IN COMMON LAW
PURCHASE AND SALE AND DONATION**

António dos Santos Justo ¹

Abstract: Sale and purchase and sale was, in classical Roman law, a consensual agreement creating obligations: that of the seller to transfer possession to the purchaser, freely and in a peaceful manner; and for the latter to pay in cash the purchase price, which could be settled at a later date, according to criteria determined at the time of purchase. The buyer acquired the property either through appropriate dealing (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) or by usucaption. If the subject matter was damaged, the seller in possession would be liable, before delivery to the buyer. And if the damage were caused by a fortuitous event or force majeure, the buyer would bear the risk and remain liable to pay the purchase price. With regard to defects, hidden or otherwise, the seller would be liable, originally, if he had expressly stated that they did not exist and at a later date, even in the absence of such statement. If he had concealed them in bad faith, he would be liable in fraud. As for dispossession by legal process, the seller was initially liable by virtue of *stipulatio* effect and, subsequently, by virtue of the contract of sale and purchase itself. In this eventuality, liability was avoided only if excluded by *pactum de non praestanda evictione*. The parties could complement the purchase and sale with a variety of agreements called *ex (or in) continenti*, which produced various effects under different conditions: the termination of the contract, the ability of the seller to redeem the thing sold, and a preferential option in the case of subsequent sale by the purchaser, etc. Later, in the late classical period, this framework of buying and selling remained intact, despite the influence of eastern (mainly Greek) sale and purchase, marked by the

¹ Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Professor da Universidade Lusíada - Norte.

transfer of ownership at the time of payment of the purchase price to or to the order of the vendor. As a consequence, the property was transferred under the contract (producing real effects), without depending on the payment of the price, which could be made later. In Justinian's time, Justinian's classicism reestablished the classical concept of buying and selling: it again produced binding effects, but it was recognized that without the payment of the price or the provision of a guarantee by the buyer, ownership was not transferred. That is, the property was transferred with the *traditio* of the thing sold, but was suspended until the payment of the price or the provision of a guarantee to replace it. In an appraisal of Roman law, we observe its long evolution from the simple *causa (donationis)* of various legal and material acts, until it arrives at the autonomy and individuality of a free contract. The creation of obligational effects is found in the Romanistic sale and purchase tradition. The opening up of Justinian law to the production of real effects does not invalidate this approximation. This does not detract from the profoundly different nature of the legal systems in question. Analysis of the legal regime for the various types of gifts in the European legal systems referred to will show that some types still closely approach Roman law, while others have diverged. Gifts between husband and wife are an example of this divergence, although the prohibition of the donor's privilege to freely revoke corresponds to what eventually obtained in classical and post-classical Roman rules. In general, and in summary, it will be said that the Roman law on gifts provides an example of a truly European *ius commune*. This law naturally facilitates the free movement of persons and goods with the security and certainty which, for justice to be served, it is bound to safeguard.

Keywords: Compra e venda; *Mancipatio*; *In iure cessio*; *Traditio*; *Actio redhibitoria*; *Actio aestimatoria*; Evicção; Pactos *in continenti*; Doação; *Animus donandi*; Reversão; Doação entre cônjuges; Doação para casamento; Doação *mortis causa*; Doação modal.

Sumário: I - Prólogo. II - A compra e venda. 1. No direito romano. 1.1. Época clássica. 1.2. Época pós-clássica. 2. A influência do direito comum nos nossos dias. 2.1. Nota prévia: os vários sistemas de aquisição da propriedade. 2.2. A aquisição da propriedade no direito português. 2.3. A aquisição da propriedade no direito espanhol. 2.4. A aquisição da propriedade no direito francês. 2.5. A aquisição da propriedade no direito italiano. 2.6. A aquisição da propriedade no direito alemão. **III - A doação.** 1. No direito romano. 1.1. Evolução dogmática. 1.2. Regime jurídico. Revogação. 1.3. Reversão. 1.4. Doações entre cônjuges. 1.5. Doação *mortis causa*. 1.6. Doação *sub modo*. 1.7. Doação de *pater a filius*. 1.8. Doação *propter nuptias*. 2. A influência do direito comum nos nossos dias. 2.1. A doação no direito português. 2.1.1. Caracterização. 2.1.2. Doação *mortis causa*. 2.1.3. Doação para casamento. 2.1.4. Doação entre casados. 2.1.5. Reversão. 2.1.6. Doação modal. 2.1.7. Revogação. 2.2. A doação noutros direitos europeus. **IV - Conclusões.** 1. Compra e venda. 2. Doação.

I PRÓLOGO

Embora persistam dúvidas sobre o conceito, carateres e elementos constitutivos do direito comum², não se discute a influência decisiva que, na sua afirmação, teve a Escola dos Comentadores que, bem sabemos, consolidou-o como sistema de fundo romano e canónico que se superiorizou ao direito português nos séculos XII e XIII e, a partir daí, foi utilizado como direito subsidiário por efeito das nossas sucessivas Ordenações³. O que, dada a abundante existência de lacunas, foi aplicado com muita frequência nos nossos tribunais, sobretudo superiores⁴ e, não raras vezes, mesmo como direito principal com prioridade sobre o nosso direito pátrio⁵ considerado imperfeito e insuficiente, caraterísticas a que não era alheio o ensino universitário que privilegiava o estudo do direito romano e do direito canónico⁶.

Importa observar que, aplicado frequentemente nos nossos tribunais (superiores) quer como direito principal quer como direito subsidiário, os dois direitos – romano e canónico – tornavam-se portugueses, alimentando a linfa do nosso direito com novas soluções e a perfeição da base científica que, já referimos, remonta à Escola de Bártolo sem esquecer a anterior Escola de Irnério.

Este fenómeno não é exclusivamente português. Observa-se também em diversos países da Europa regidos igualmente por direitos de base empírica que a penetração da ciência jurídica do mos italicus iria transformar com o rigor, a precisão e a autonomia normativa. Foi decisivo o contributo dos estudantes oriundos de diversos países europeus que, formados nas Universidades italianas, difundiam, nos seus países, o renascido direito romano e o renovado direito canónico⁷. Movimento académico que progrediu com a formação de novas Universidades e outras Escolas do saber jurídico que se tornaram célebres pela iuris scientia que superiormente ensinavam. Recordamos, como exemplos breves, a Escola Culta francesa; a Escola Racionalista do Direito Natural na Holanda, Inglaterra e Alemanha; e a corrente do Usus Modernus Pandectarum, na Alemanha⁸.

Em Espanha, é eloquente, neste sentido, JOSÉ ANTONIO ESCUDERO que, no seu Curso de Historia del Derecho⁹ começa por falar de duas fases diferenciadas:

² Vide esta controvérsia em MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. edição revista e atualizada com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 286(1).

³ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 285-287, 342-343, 345 e 348-349.

⁴ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 351.

⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 350.

⁶ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 410.

⁷ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., pp. 254-256.

⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 37-39, 41-43 e 53-54.

⁹ Este livro, cuja 4ª. edição revista foi publicada em 2012, foi impresso em Madrid, em 2012 “a

“una primera, en la que predomina el fragmentarismo, la dispersión o la pluralidade normativa, com múltiples textos que rigen en diferentes ámbitos, y una segunda, caracterizada desde principios del siglo XIII por el creciente uniformismo fruto de la recepción del llamado “dereito común”¹⁰. Refere, depois, o direito comum com os seus dois elementos fundamentais: o romano e o canónico, em que os Glosadores incorporaram um terceiro elemento baseado em textos do direito feudal¹¹ e, destacando o contributo das escolas italianas, fala do mos italicus como “derecho de juristas”¹². Prosseguindo, observa que “los expertos en el ius commune ocuparon así cátedras universitárias, pero nutrieron además los tribunales de justicia y distintos organos de la administración bajomedieval, con lo que esse derecho más perfeccionado fue empapando la vida cotidiana en un processo lento pero ininterrompido”¹³. E conclui, afirmando que “la rara perfección del derecho de los comentaristas aparecia como modelo a la hora de redactar las leyes mismas”¹⁴.

E, na Itália, não devemos ignorar que foi a pátria do renascimento do direito romano e da renovação do direito canónico, ou seja, da ciência jurídica. Como observa ANTONIO PADOA SCHIOPPA “il vasto patrimonio di dottrine elaborate dal Glossatori e dai Commentatori continuò ad alimentare con intensità ed efficacia sia il pensiero dei giuristi moderni che la prassi giudiziaria e forense”, pois “una profonda cesura – l’unica paragonabile per importanza a quella del secolo XII, contrassegnata dall’avvento della nuova scienza del diritto – si avrà in Europa solo alla fine del Settecento, con le riforme illuministiche e con le prime moderne codificazioni che segnarono il definitivo tramonto del diritto comune”¹⁵.

Não nos cumpre desenvolver este tema, percorrendo os caminhos da história do direito. Tão pouco nos ocuparemos do direito canónico, cuja influência no progresso do nosso direito foi igualmente importante. A nossa via é a romanista e, por isso, partiremos do ius romanum para, depois, observarmos a sua importância em alguns direitos de países europeus, procurando evidenciar a base romana de algumas figuras jurídicas utilizadas para a transferência da propriedade. Nas palavras de MÁRIOTALAMANCA, “la scienza giuridica romana ha condizionato il renascimento degli studi giuridici nella Bologna della fine del sec. X e, irradiandosi di colà in ogni direzione, ha creato la cultura giuridica europea, con uno sviluppo senza soluzioni di continuità fino ai nostri giorni”. Cultura europeia que naturalmente se estende à França e à Alemanha, Países de diversas Escolas que estudaram e

la memoria de Don Alfonso García-Gallo”.

¹⁰ Vide JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 4ª. edição, Madrid, 2012, p. 399.

¹¹ Vide JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *ibidem*, p. 413.

¹² Vide JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *ibidem*, p. 417.

¹³ Vide JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *ibidem*, p. 418.

¹⁴ Vide JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *ibidem*, p. 419.

¹⁵ Vide ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, 2ª. ed., Il Mulino, Bolonha, 2007, p. 241.

difundiram o direito romano como parte importantíssima do *ius commune* europeu.

Para não cairmos no *mare magnum* do direito civil dos diversos países Europeus, donde dificilmente sairíamos, optamos por centrar a nossa intervenção em duas figuras de elevada importância cuja presença em alguns Países – destacamos Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha, a que juntamos o Brasil – assinala a presença do direito romano e sua dimensão de verdadeiro direito comum europeu (e brasileiro). Falaremos da compra e venda e da doação, destacando os seus aspetos essenciais.

Finalmente, impõe-se um esclarecimento: a preocupação de escrever para o jurista em geral e não apenas para o romanista determina que usemos uma linguagem que possa ser compreendida por todos.

II

A COMPRA E VENDA

1. No direito romano.

1.1. Época clássica.

A maioria dos romanistas define a compra e venda, na época clássica do direito romano¹⁶, como contrato consensual em que o vendedor se obriga a transferir para o comprador a posse de uma coisa determinada e a assegurar-lhe o seu gozo pacífico, enquanto o comprador se obriga a pagar o preço fixado em dinheiro¹⁷. Importa referir, para a devida compreensão desta figura jurídica, que até aos alvares desta época o mundo romano era dominado pela ruralidade regido por relações de confiança cuja ofensa implicava a desconsideração social: o respeito à palavra, vigiado pela deusa *fides*, era um valor fundamental, em contraste com o mundo grego dos negócios, cuja regra era a desconfiança. Isto vai ter reflexos importantes sobre o pagamento do preço, tido como elemento fundamental da compra e venda grega e desnecessário na compra e venda romana¹⁸.

¹⁶ Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230 e caracteriza-se pelo período áureo do direito romano, graças à ciência jurídica (*iusprudentia*) marcada pelo rigor e pela perfeição. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (*ius romanum*), 4ª. edição, Coimbra, 1984, pp. ; e A. SANTOS JUSTO,

¹⁷ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venta "real"* em *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno. IX Congreso Internacional. XII Iberoamericano de derecho romano*, I, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2007, p. 16; A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, 5ª. ed., *Studia Iuridica* 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 49 e a bibliografia aí citada; e ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do "sistema do título e do modo")*, no volume comemorativo do 75º. tomo do BFD, 2003, p. 74-77 e O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e portugueses em *Studia Iuridica* 70 – *Colloquia* – 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 96-97.

¹⁸ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 23

Recorrendo à moderna categoria jurídica, estamos perante um negócio jurídico que se limita a criar obrigações: para o vendedor, a de entregar a coisa; para o comprador, a de pagar o preço em dinheiro (*pecunia*). Para a perfeição deste contrato basta o consenso das partes e que o preço, além de dinheiro, seja certo, ainda que possa ser fixado em momento posterior de acordo com critérios determinados no momento da sua realização. Com efeito, não é necessário que o *pretium* seja imediatamente pago e tão pouco garantido, como refere GAIO:

3,139: “A compra e venda é concluída no momento em que existe acordo sobre o preço, ainda que não haja sido pago e mesmo que tenham sido entregues arras, pois o que é dado a este título é prova de que a compra e venda foi concluída”¹⁹;

3,140: “O preço deve ser certo. Pois se, pelo contrário, acordarmos que a coisa seja comprada no valor estimado por Tício, Labeão negou a este negócio alguma virtualidade; Cássio aprova esta opinião (mas) Ofílio estimou que, neste caso, também havia compra e venda, opinião seguida por Próculo”²⁰;

3,141: “Ademais, o preço deve consistir em dinheiro contado...”²¹.

Esta posição é partilhada por ULPIANO que, de forma clara, ensina: “Não existe venda sem preço. Todavia, não é a entrega do preço, mas o consenso, que torna a compra perfeita sem escritura”²². E por PAULO, para quem “a compra e venda se verifica pela nua vontade dos que nela consentem”²³.

Como referimos, o vendedor contraía a obrigação de entregar (*traditio*) a posse da coisa vendida ao comprador que, assim, se tornava possuidor, embora a aquisição da propriedade não deixasse de ser vista como o fim natural do contrato²⁴. A transferência da posse é expressamente referida por ULPIANO a propósito da venda duma escrava alheia cuja posse o comprador não deixa de

¹⁹ GAIO 3,139: “*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*”.

²⁰ GAIO 3,140: “*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est*”.

²¹ GAIO 3,141: “*Item pretium in numerata pecunia consistere debet...*”.

²² D. 18,1,2,1: “*Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*”.

²³ D. 19,4,1pr.: “*... Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur...*”.

²⁴ Cf. D. 18,1,80,3. Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 7821; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - II (direito das obrigações)*, cit., p. 55.

poder exigir ao vendedor²⁵, diferentemente do que sucederia se tivesse adquirido a propriedade *a non domino*; e por AFRICANO, no seguinte texto:

D. 19,1,30,1: “*Se, sabendo tu, me tivesses vendido uma coisa alheia, ignorando eu (...) e, antes de ser reivindicada, também exercitei a ação útil de compra (...) porque, ainda que seja verdade que o vendedor somente se obriga a que seja lícito ao comprador ter a coisa, não também a fazê-la sua (...), se obriga quem, sabendo que era alheia, a vendeu a quem ignorava que não era do vendedor...*”²⁶.

E também por PAULO que, distinguindo a compra e venda da permuta, observa que “*ao vendedor basta obrigar-se por evicção quando entrega a posse*”²⁷, ainda que o *tradens* devesse ser o dono da coisa vendida, como observamos em GAIO²⁸ e ULPIANO²⁹, o que se compreende porque um dos efeitos da posse justamente titulada é a aquisição da propriedade por usucapião.

Antes da *traditio* o vendedor mantém a propriedade da coisa vendida. Todavia, por efeito da compra e venda, é obrigado a cuidar dela, respondendo por custódia nos mesmos termos do comodatário, como assinala PAULO³⁰. Se a *res* fosse deteriorada por evento fortuito ou força maior, não responderia, como informa GAIO³¹, mas devia entregar ao comprador o que restasse materialmente; e, se a destruição ou deterioração fosse obra de terceiro, ceder-lhe as *actiones* que eventualmente tivesse³². Ou seja, embora não fosse dono nem tivesse a posse da coisa vendida, o comprador respondia pelo risco: “*periculum est emptoris*”³³. Trata-se duma particularidade da compra e venda romana: se a *res* fosse deteriorada por caso fortuito ou força maior, o comprador mantinha a sua obrigação de pagar o *pretium*. As partes podiam, no entanto, afastar o risco do comprador ou

²⁵ Cf. D. 19,1,11,8.

²⁶ D. 19,1,30,1: “*Si sciens alienam rem ignorante Mihi vendideris, etiam, priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit (...) quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat (...) teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorante vendidit...*”.

²⁷ D. 19,4,1pr.: “*... venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere...*”.

²⁸ Cf. GAIO, 2,20.

²⁹ Cf. D. 19,1,11,2.

³⁰ Cf. D. 18,6,3: -19,1,36.

³¹ Cf. D. 18,6,2,1.

³² Cf. D. 18,1,35,4; I. 3,23,3.

³³ Cf. D. 23,2,15; I. 3,23,3; C. 4,48,2. No entanto se a compra e venda estivesse sujeita a condição suspensiva, o *periculum* só onerava o comprador desde o momento em que a condição se verificasse (D. 18,6,8pr.); e, tratando-se de *res* que devessem ser pesadas, contadas ou medidas, o comprador só respondia pelo risco a partir do momento em que fossem pesadas, contadas ou medidas (D. 18,1,7pr.; -18,1,35,5).

distribuí-lo diferentemente³⁴.

Depois, cumprida a obrigação de entregar a posse da coisa vendida ao comprador, o vendedor devia proporcionar-lhe o seu gozo pacífico. Por isso, devia assegurar-lhe que nenhum terceiro o perturbaria³⁵. E, em consequência, respondia pelo risco de furto, embora pudesse demandar o seu autor com a *actio furti*³⁶ cedida pelo vendedor (proprietário), na opinião de CELSO citado por ULPIANO³⁷.

O vendedor é também responsável por eventuais defeitos ou vícios ocultos. No entanto, esta responsabilidade teria evoluído ao longo dos tempos: estando de boa fé, só respondia se, declarada a sua inexistência expressamente no ato da venda, esta declaração se revelasse inexata, situação em que o comprador o podia demandar para ser ressarcido do prejuízo sofrido; não havendo declaração expressa, o risco onerava o comprador, como referem GAIO³⁸, POMPÓNIO³⁹ e ULPIANO⁴⁰. Se tivesse atuado de má fé, conhecendo e escondendo os vícios ao comprador, o vendedor respondia por dolo⁴¹. Mais tarde, no tempo de LABEÃO, o vendedor de boa fé, ou seja, que ignorasse os defeitos da coisa vendida, passou a responder por vícios ocultos, independentemente de declaração sobre a sua inexistência⁴². A romanística distingue duas *actiones* a que chamou *aediliciae*: pela *actio redhibitoria*, o comprador podia pedir a resolução do contrato e a condenação do vendedor no dobro da *pecunia* recebida, se não quisesse restituir o *pretium* com juros⁴³. Se, apesar dos vícios ou defeitos, o comprador optasse por manter a compra e venda, podia demandar o vendedor com a *actio quanti minoris* (ou *aestimatoria*), pedindo a diminuição proporcional do *pretium* ao valor inferior que a *res* tinha em consequência do vício⁴⁴.

Finalmente – e continuando esta breve síntese –, por efeito da obrigação de o vendedor assegurar o gozo pacífico que a posse proporciona ao comprador, devia garanti-lo de eventual evicção, como observa PAULO⁴⁵.

³⁴ Vide o nosso *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 5858 e os autores aí citados.

³⁵ Cf. D. 19,1,2,1 Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, 80.

³⁶ Cf. D. 47,2,10.

³⁷ Cf. D. 47,2,14pr.

³⁸ Cf. D. 18,6,15

³⁹ Cf. D. 19,1,6,4.

⁴⁰ Cf. D. 21,1,31,1.

⁴¹ Cf. D. 18,6,15; - 19,1,22(23); -21,1,4,4.

⁴² Cf. D. 18,1,45; -19,1,11,7

⁴³ Cf. D. 21,1,45; -21,1,28. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 5964 e a bibliografia aí citada.

⁴⁴ Cf. D. 19,1,13pr.-1; -21,1,28. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 5965 e a bibliografia aí citada.

⁴⁵ Cf. D. 19,4,1pr. Note-se que até ao século II, esta garantia resultava duma *stipulatio* e não do contrato de compra e venda. Se recusasse celebrar a *stipulatio*, o comprador podia demandá-lo com a *actio empti* (D. 19,1,11,8; -21,2,37,2 *in fine*). Mais tarde, provavelmente a partir de JULIANO,

Relativamente ao comprador – e continuando na época clássica do direito romano –, assumia a obrigação de pagar o preço, como já referimos citando GAIO, a que acrescentamos ULPIANO, segundo o qual “o comprador está obrigado a fazer do vendedor o dinheiro (preço)”⁴⁶. E, se não cumprir esta obrigação, pode ser demandado com a *actio ex vendito*, como refere PAULO⁴⁷, incorrendo na condenação não só de *dare* ao vendedor o preço, mas também os juros contados desde o dia da *traditio*⁴⁸. Devia também receber a *res* a pedido do vendedor; e reembolsá-lo dos gastos feitos na sua conservação

Estamos perante um contrato bilateral (ou sinalagmático) e, por isso, a obrigações de o vendedor entregar a coisa vendida e de o comprador pagar o preço devem, em princípio, ser satisfeitas ao mesmo tempo, não podendo nenhuma das partes exigir o cumprimento da obrigação da outra sem, ao mesmo tempo, lhe oferecer o cumprimento da sua, exceto se foi acordado tempo diferente. Este princípio, que se impôs na época de LABEÃO⁴⁹, é recordado por ULPIANO, segundo o qual “o comprador deve oferecer o preço quando exercita a ação de compra; e se oferecer parte do preço, subsiste ainda esta ação”⁵⁰. De contrário, a exigência da parte que não cumpre a sua obrigação seria afastada através da (mais tarde denominada) *exceptio non adimpleti contractus*⁵¹.

À compra e venda podiam juntar-se diversos pactos ditos “*ex* (ou *in*) *continenti*”⁵². Os principais são: a) o *pactum displicentiae*, que permitia ao comprador resolver o contrato se não aprovasse a coisa vendida (condição resolutória) ou fazia

a normalidade como esta garantia era prestada fez com que fosse elevada a elemento natural da *emptio venditio*, desaparecendo, na prática, a *stipulatio habere licere*. A partir daí, se o vendedor quisesse afastar a sua responsabilidade por evicção, devia fazer um pacto (*de non praestanda evictione*), embora respondesse por dolo se, conscientemente, vendesse uma coisa alheia ou objeto de garantia real: D. 19,1,6,9; -19,1,11,15; -19,1,30,1. Seguimos o nosso *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., pp. 56-57; e ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., pp. 83-89.

⁴⁶ D. 19,1,11,2: “... *Emptor autem numos venditoris facere cogitur*”.

⁴⁷ Cf. D. 19,4,1pr. Vide ANTONIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, pp. 93-94, que cita ainda: D. 21,1,1,1; -21,1,18pr.; -21,1,21pr.; -21,1,23,7; -21,1,31,7; -21,1,38pr.; -21,1,60.

⁴⁸ Cf. D. 19,1,30,20; -19,1,49,1. Continuamos a seguir o nosso *Direito Privado Romano II (direito das obrigações)*, cit., p. 60; e ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 94.

⁴⁹ Cf. D. 19,1,13,8.

⁵⁰ D. 19,1,13,8: “*Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio*”.

⁵¹ Cf. D. 44,4,5,4; C. 8,44(45),5. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 60-61.

⁵² Estes pactos, acordados no momento da conclusão da compra e venda, contrapõem-se aos pactos ditos “*ex intervallo*” acordados depois da celebração daquele contrato. Por isso, enquanto a eficácia jurídica dos *pacta ex continenti* resulta da própria compra e venda, a eficácia jurídica dos *pacta ex intervallo* opera através duma *exceptio pacti*. Cf. D. 18,1,72pr. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 6178.

dependem os seus efeitos da sua declaração de agrado (condição suspensiva)⁵³; b) o *pactum in diem addictio* que concedia ao vendedor a faculdade de rescindir o contrato se, dentro de certo prazo, outra pessoa oferecesse melhores condições, pacto que, até Adriano, foi considerado condição suspensiva e, depois, entendido como condição resolutória, acabando por depender da vontade das partes o efeito suspensivo ou resolutivo⁵⁴; c) a *lex commissoria*, que concedia ao vendedor a faculdade de considerar o contrato não realizado se o preço não fosse pago em determinado prazo⁵⁵; d) o *pactum de retrovendendo*, por efeito do qual o vendedor gozava da faculdade de resgatar a coisa dentro de certo tempo, restituindo o preço ao comprador⁵⁶; e) o pacto de preferência que obrigava o comprador a dar preferência ao vendedor na hipótese de vir a alienar a coisa adquirida⁵⁷.

Sendo o comprador possuidor e não proprietário, se a coisa lhe tivesse sido subtraída, o pretor concedia-lhe a *actio Publiciana* para a recuperar. Trata-se duma ação fictícia, na qual se fingia que já tinha decorrido o tempo necessário para adquirir a propriedade por usucapião⁵⁸. E se o demandado fosse o vendedor que ainda conservava a propriedade, à *exceptio iusti dominii* que opusesse, o pretor concedia ao comprador a *replicatio rei venditae et traditae* que a afastava⁵⁹. Desde modo, o comprador era tutelado enquanto não decorresse o tempo necessário – dois anos nos *fundis*; e um ano, nas restantes coisas (*ceterae res*) – para adquirir a propriedade por usucapião se, entretanto, a propriedade não fosse adquirida por *mancipatio* ou *in iure cessio*, respetivamente, tratando-se de *res Mancipi* e de *res nec Mancipi*; e também por *traditio* de *res* desta última categoria.

Finalmente, nas relações entre si, o comprador e o vendedor eram tutelados, respetivamente, com a *actio empti* e a *actio venditi* que, desde a época de CÍCERO eram classificadas entre as ações de boa fé⁶⁰.

Em conclusão, e recapitulando, a compra e venda produzia efeitos obrigacionais: o vendedor obriga-se a transferir a posse, livre e pacífica da coisa vendida ao comprador; a propriedade só se transfere com um ato jurídico idóneo: a *mancipatio* e a *in iure cessio*, tratando-se de *res Mancipi*; e a *traditio* e a *in iure cessio*, no caso da venda de *res nec Mancipi*. Portanto, antes da realização de um destes atos, o vendedor conserva a propriedade e, portanto, o comprador não a pode

⁵³ Cf. I. 3,23,4.

⁵⁴ Cf. D. D. 18,2,1; -41,4,2,4.

⁵⁵ Cf. D. 18,3,2; -18,3,4pr. É provável que este pacto tenha começado por ser uma condição suspensiva, posteriormente resolutória e, no direito justiniano, uma ou outra, segundo a vontade das partes.

⁵⁶ Cf. D. 19,5,12; C. 4,54,2; -4,54,7.

⁵⁷ Cf. D. 18,1,75; -19,1,21,5.

⁵⁸ Cf. GAIO 4,36.

⁵⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, reimpressão, em *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 26.

⁶⁰ Cf. GAIO 4,62.

reivindicar⁶¹.

Esta característica da compra e venda observa-se ainda na época clássica tardia⁶², como se enxerga na legislação de Diocleciano: mantém-se a necessidade da *mancipatio* ou *in iure cessio* na venda de *res Mancipi* e da *traditio* ou *in iure cessio*, na de *res nec Mancipi*⁶³; não interessa a origem do dinheiro que constitui o preço⁶⁴; e, embora seja necessário, o preço pode ser pago em momento posterior à *traditio* ou à *in iure cessio*, ou seja, quando o comprador já adquiriu a posse. ANTONIO DÍAZ BAUTISTA fala duma surpreendente e energética reação dos anónimos juristas da chancelaria diocleciana para conservar ou, quiçá, ressuscitar a tradição romana da venda. No entanto, entende que este esforço parece um pouco romântico, por impor a doutrina à prática cada vez mais apegada à compra e venda grega. E, no mesmo sentido, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, escreve que “ainda no tempo de Diocleciano, apesar das numerosas preces, libelli ou suplicationes formuladas pelos novos cidadãos das províncias para que fosse atribuída eficácia real à compra e venda, a legislação imperial fazia depender a transferência da propriedade para o comprador de um ato subsequente: a *mancipatio* (e talvez a *in iure cessio*) ou, na sua falta, da *usucapio*”. Aquelas preces, libelli e *acusationes* foram travadas pela oposição dos juristas do *consilium imperatoris* que defendiam a compra e venda romana dos tempos clássicos⁶⁵. Basta observar a *constitutio* dos Imperadores Diocleciano e Maximiano, do ano 286, segundo a qual “o domínio das coisas transfere-se por tradição e *usucapio* e não por *pactos nus*”⁶⁶. E também o pagamento do preço não condiciona a transferência da propriedade, como os mesmos Imperadores estabeleceram na *constitutio* promulgada entre os anos 293 e 305: “Se alienaste vinhas, não por doação, e não te foi pago o preço, pertence-te a ação do preço, não a repetição das coisas que deste”⁶⁷. A venda mantém-se e o vendedor

⁶¹ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., p. 21.

⁶² Esta etapa, que se integra na época clássica, decorre entre os anos 130 e 230 e caracteriza-se pelo início da decadência da ciência jurídica romana, com reflexos no direito romano: perda do rigor e da precisão, e início da confusão que iria vulgarizar, nas épocas seguintes (sobretudo pós-clássica) o *ius romanum*. Vide *supra*, nota 15; e SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., e A. SANTOS JUSTO

⁶³ Cf. C. 3,32,12- 3,32,27; -4,38,8; 4,38,9; -4,38,12pr.; -4,49,6; -4,49,8pr.; -5,16,16. Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, pp. 34-37

⁶⁴ Cf. C.4,19,2,1; - 4,37,2; -4,50,6; -4,50,8; -5,12,12; -5,51,10pr. Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, pp. 37-39.

⁶⁵ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justiniano*, cit., p. 104, que cita o C. 2,30,20 texto que, na sua opinião (p. 10175, “devia referir-se, originariamente, não apenas à *traditio*, mas também à *mancipatio* e, talvez, à *in iure cessio*”; e, do mesmo Autor, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português em Studia Iuridica 70 – Colloquia – 11*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 83.

⁶⁶ C. 2,3,20: “*Traditionibus et usucapionibus dominis rerum, non nudis pactis transferuntur*”.

⁶⁷ C. 4,38,8: “*Si non donationis causa, sed vere vineas distraxist, nec pretium numeratum est, actio tibi*

só poderá demandar o comprador para lhe exigir o pagamento do preço. E, nos mesmos anos, determinaram que “*não tendo sido pago o preço acordado, mas tendo sido entregue unicamente a posse, este contrato não se considera nulo nem, por conseguinte, possui menos legitimamente quem comprou*”⁶⁸.

Referimos que a influência grega foi repelida pelos juristas da chancelaria de Diocleciano. Mas resta saber até quando: era uma questão de tempo. Em termos gerais, HORÁCIO disse que a conquistada Grécia pelas armas conquistou, pela arte, o agreste Lácio (*Graecia capta ferum victorem cepit artis intulit agresti Latio*)⁶⁹. ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, fala de “*una sorprendente y enérgica reacción de los anónimos juristas de la Cancillería diocleciana para conservar, o, quizá, para “resucitar” la tradición romana de la venta*”. Mas é “*un esfuerzo, que nos parece un poco romántico, por imponer la doctrina sobre la práctica*” porque “*la realidad del tráfico debía estar cada vez más apegada a la venta real de origen helénico*”⁷⁰

Antes, porém, de observarmos a penetração da compra e venda grega no mundo romano, afigura-se necessário traçar, em breve síntese, os aspetos que marcam o seu regime jurídico: a propriedade transfere-se não por *traditio* da coisa vendida, mas pelo pagamento do preço; e adquire-a o dono do dinheiro que pode não ser quem celebrou a compra e venda, ou seja, o comprador é considerado do ponto de vista económico e não jurídico⁷¹. Em consequência, antes de receber o pagamento ou garantia, o vendedor continua a ser o proprietário⁷², mesmo que a coisa vendida já tenha sido entregue ao comprador; e deve entregá-la a quem pagou ou garantiu o pagamento⁷³. A elevação do pagamento a momento essencial à transferência do domínio justifica-se pela desconfiança reinante no mundo negocial grego⁷⁴. Há quem lhe chame, cremos *cum grano salis*, compra e venda “real”⁷⁵, embora, rigorosamente, os efeitos reais resultem do contrato e não do pagamento: a realidade caracteriza-se pela aquisição da titularidade de um direito real (*máxime*, a propriedade) por efeito do contrato e não do pagamento, que pode ser contemporâneo ou posterior⁷⁶.

pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit”. Cf. Também: C. 4,49,6.

⁶⁸ C. 4,38,9: “...*Placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessionem, istius modi contractus non habetur irritus, nec idcirco is, qui comparavit, minus recte possidet...*”.

⁶⁹ Cf. HORACIO, *Epist.*, 2,1. Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., p. 13.

⁷⁰ Transcrevemos ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 40.

⁷¹ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, pp. 17,20-23 e 28.

⁷² Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 21.

⁷³ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 21.

⁷⁴ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 23.

⁷⁵ Assim, ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., pp. 17, 24 e 33.

⁷⁶ Cf. arts. 408º, nº. 1, 879º. e 885º. do Código Civil português.

1.2. Época pós-clássica.

Com a expansão romana no Mediterrâneo, os Romanos sentiram a influência grega. Compreende-se esta nova situação se tivermos presente que a atividade comercial no que viria a ser o *mare nostrum* era dominada por mercadores gregos e pelo facto de a solução helénica se adaptar melhor à estrutura económica do contrato, pautado pela troca de coisas por dinheiro. Por isso, assinala-se já, no século II a.C., ou seja, nos alvares da época clássica, o abandono dos velhos hábitos romanos campesinos, substituídos por uma economia capitalista e mercantil⁷⁷.

Como já referimos, na chancelaria de Diocleciano os juristas ainda reagiram, impedindo a progressão dos efeitos da compra e venda grega, mas a influência helénica ia-se fortalecendo, gerando grave dissonância entre a prática, sobretudo provincial, e o direito imperial⁷⁸.

Assim chegámos, na época pós-clássica⁷⁹, aos tempos do Imperador Constantino, abalados pelos novos ventos que da Grécia chegavam a Roma. ANTÓNIO A. VIEIRA CURA escreveu que este Imperador “*acabou por considerar a compra e venda como contrato de efeitos reais (sobretudo relativo ao domínio), orientação legislativa continuada pelos seus sucessores*”⁸⁰; mas, se a compra e venda passou a produzir efeitos reais, refere, citando GALLO, que “*não há provas de que a transferência da propriedade tenha passado a estar sujeita à condição jurídica do pagamento do preço*”⁸¹. Ou seja, a influência da compra e venda grega não foi total: dispensa-se a *traditio*, mas não se eleva o pagamento do preço a *condicio iuris*: a validade da compra e venda não depende do pagamento do preço, que pode ser previsto para momento posterior; e, se não for pago, o vendedor disporá da competente *actio venditi* que não inquina a transferência da propriedade para o comprador.

⁷⁷ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 22.

⁷⁸ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, e *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., p. 82. Citando GALLO e BISCARDI, o Autor de Coimbra refere que “*também na prática das províncias ocidentais, a ideia da compra e venda como contrato que só por si transferia a propriedade devia corresponder ao sentimento jurídico da população*”.

⁷⁹ Esta época decorre entre os anos 230 e 530 e é marcada, até ao ano 395, pela progressão da confusão que teve início na época anterior (clássica tardia). Depois, com a separação do Império Romano em dois Impérios (do Ocidente e do Oriente), há uma reação contra o vulgarismo na Oriente, enquanto no Ocidente a decadência progride. Vide *supra*, notas 15 e 61; e SEBASTIÃO CRUZ,

⁸⁰ Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., p. 104; e *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., p. 95.

⁸¹ Voltamos a transcrever ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., p. 85.

Ainda segundo VIEIRA CURA⁸², esta transformação da *emptio venditio* em negócio com efeitos reais resulta de diversas *constitutiones* imperiais. Seguindo este Autor, referimos: uma, do ano 327, que se refere a coisas “*que tenham sido adquiridas em propriedade com a compra*”⁸³; outra do ano 331, que determina que “*estando pendente o litígio, não seja de maneira nenhuma lícito que o autor transfira a um parente ou estranho, por doações ou compras ou quaisquer outros contratos, as ações que foram deduzidas em juízo ou as coisas detidas pelo demandado...*”⁸⁴; e, finalmente, uma *constitutio* do ano 336 em que Constantino ordena a revogação e a consequente restituição aos descendentes legítimos, irmãos, pai ou mãe, de todos os bens que “*tenham sido atribuídos por venda ou dados de qualquer modo*”⁸⁵ por senadores e outros titulares de cargos públicos, a mulheres com as quais não podiam contrair matrimónio. Ainda segundo VIEIRA CURA, não há, “*em nenhuma destas leis, alusão ao pagamento do preço como requisito de que dependesse a transmissão da propriedade. E compreende-se que assim seja, pois, numa época marcada por uma acentuada desvalorização monetária, o vendedor não deixaria de exigir que o preço fosse pago no momento da realização da compra e venda; assim sendo, o interesse que ao imperador devia parecer merecedor de proteção legal era o do comprador que não seria assegurado por um contrato de efeitos meramente obrigacionais (na medida em que o vendedor podia extrair benefícios económicos do não cumprimento da obrigação de entregar a res ao comprador)*”⁸⁶.

O movimento transformador da compra e venda na produção de efeitos reais não se deteve. Os sucessores de Constantino seguiram a mesma orientação, como VIEIRA CURA observa⁸⁷. Assim – e continuando a seguir este Autor –, no ano 387, Valentiniano II Teodósio I e Arcádio determinaram que sejam restituídas pelos seus detentores ilegítimos as terras vendidas ou por algum pacto alienadas, em qualquer província, por colonos ou enfiteutas, assim como as que pertencem à *res publica* ou a templos⁸⁸, o que implica o reconhecimento da compra e venda como negócio translativo. Mais tarde, talvez no ano 426 como aquele Autor supõe, Teodósio II e Valentiniano III reconheceram a validade perpétua do contrato público de concessão dos bens privados do imperador e determinam que tais bens não podem ser retirados a quem os tenha adquirido por venda,

⁸² Vide ANTONIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, pp. 85-86.

⁸³ C. Th. XI,3,2: “... *et qui emptione dominium nacti fuerint*”.

⁸⁴ C. 8,37,2: “*Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentia intendit, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat...*”.

⁸⁵ C. 5.27,1,1: “*Sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum, etiam hoc retractum reddi precipimus...*”.

⁸⁶ Voltamos a transcrever ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., p. 88.

⁸⁷ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 89.

⁸⁸ Cf. C. 7,38,2.

sucessão, doação ou outro título⁸⁹. Continuando a seguir VIEIRA CURA, “em nenhuma destas constitutiones aparece a exigência de pagamento do preço”. Todavia, “esta situação foi alterada (com referência ao Ocidente) ainda no tempo de Valentiniano III”, inovação que “se traduziu, certamente, numa elevação ao plano jurídico de uma prática corrente na época”⁹⁰.

Ainda segundo VIEIRA CURA, “algumas fontes de caráter doutrinal revelam a adequação da doutrina pós-clássica ao novo clima instaurado pela legislação”⁹¹. E, para suportar esta opinião, compara as seguintes fontes, concluindo que: a) da comparação de GAIUS (2,86-87) com o *Epitome Gai* (II,1,7) resulta que, enquanto a primeira refere a *mancipatio* e a *traditio* como atos de transferência da propriedade, a segunda atribui eficácia translativa à compra e venda; b) enquanto nas *Pauli Sententiae* (I,13a,4) é dito que não sendo entregue ao comprador a coisa vendida, o vendedor pode ser compelido a realizar a *traditio* ou a *mancipatio*, mantendo-se intacta a estrutura obrigacional da compra e venda, na correspondente *Interpretatio* das *Pauli Sententiae* (I,13,4), afirma-se o princípio de que a propriedade é transferida por virtude do contrato de compra e venda. Aí surge também a exigência do pagamento do preço (*Interpretatio* a *Pauli Sententiae*, II,17,13(14)

Há, no entanto, que tenha opinião diferente. É o caso de ANTONIO DÍAZ BAUTISTA que observa, já no século II, duas *regulae* que acolhem, com caráter geral, a ideia de que o comprador só adquire a propriedade com o pagamento do preço ou prestando uma garantia⁹². Todavia, num das fontes citadas, GAIO refere: “Para que a coisa se faça do comprador não importa que se tenha pagado o preço ou dado fiador”⁹³. E, embora diga que a dação de fiança ou de penhor equivale ao pagamento do preço⁹⁴, o pagamento deste ou a prestação de garantia que o substitua não se apresentam como *condiciones iuris* da transferência da propriedade.

Todavia, há um texto de POMPÓNIO, segundo o qual as mercadorias entregues para venda a filho ou escravo de comerciante e que não foram vendidas, podem ser reivindicadas pelo proprietário, a menos que o preço tenha sido pago ou garantido⁹⁵; e outro de ULPIANO, nos termos do qual as mercadorias entregues para venda a filho ou escravo de comerciante e não vendidas, podem ser reivindicadas pelo proprietário a não ser que o preço tenha sido pago ou

⁸⁹ Cf. C. 11,71(70),5,4.

⁹⁰ Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 90.

⁹¹ Voltamos a transcrever ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 91, Autor que continuamos a seguir, pp. 91-94.

⁹² Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., pp. 24-26.

⁹³ D. 18,1,53: “*Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datur sit...*”.

⁹⁴ D. 18,1,53: “*...Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore, aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset*”.

⁹⁵ Cf. D. 14,4,5,18.

garantido⁹⁶.

Também a propósito de coisa subtraída pelo comprador antes da entrega, pergunta-se se pode ser demandado com a *actio furti*, JULIANO entende que “*se o comprador pagou o preço, a coisa por cuja custódia o vendedor devia responder, não está sujeito à ação de furto*”. Ou seja, o afastamento daquela ação justificar-se-ia no facto de, com o pagamento do preço, o comprador ter adquirido a propriedade⁹⁷. Já em relação a um escravo comprado, entregue e depois liberto pelo comprador sem ter pagado o preço, PAULO respondeu que, se o comprador garantiu o pagamento do preço o escravo “*começou por estar nos bens do comprador*”⁹⁸. Persistem as dúvidas se a aquisição resultou da *traditio* ou do pagamento do preço.

Acresce que, segundo ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, a influência da compra e venda grega está igualmente presente em fragmentos atribuídos a juriconsultos clássicos, que, considerando o comprador do ponto de vista económico e não jurídico, atribuem a propriedade das coisas vendidas ao dono do dinheiro. Continuando a seguir este Autor, Marco Aurélio concedeu o *privilegium exigendi* a quem emprestou o dinheiro para a reconstrução de um edifício e o penhor aos pupilos sobre coisas compradas pelos tutores com dinheiro daqueles. Por efeito desse *privilegium*, o credor goza da faculdade de ser pago em primeiro lugar na venda da coisa reconstruída⁹⁹. E por efeito do penhor, o pupilo goza duma garantia real sobre a coisa que o tutor comprou com o seu dinheiro¹⁰⁰. No entanto, contrariamente ao Autor que vimos seguindo, em qualquer destas hipóteses, a propriedade da coisa comprada não pertence à pessoa a quem o dinheiro pertencia¹⁰¹.

Diferente, parece, é a compra de bens com dinheiro de um dote que, na opinião de GAIO, “*se consideram como dotais*”¹⁰². No entanto, trata-se duma *regula* que resulta da natureza dos bens dotais cuja propriedade foi reconhecida à mulher casada, depois duma evolução que começou com o domínio atribuído ao marido. Mais do que a afirmação da propriedade do dono do dinheiro que serve de preço, estaremos perante uma exceção à regra de que a origem do dinheiro é indiferente à titularidade do domínio.

Solução contrária é-nos exposta por JULIANO citado por ULPIANO que, interrogado sobre um escravo adquirido por outro escravo objeto de usufruto, respondeu: se escravo (objeto de usufruto) comprou outro escravo que lhe foi entregue sem pagar o preço, mas garantindo o seu pagamento, o domínio do

⁹⁶ Cf. D. 14,4,5,18.

⁹⁷ Cf. D. 47,2,14,1.

⁹⁸ D. 40,12,38,2.

⁹⁹ Cf. D. 12,1,25; -42,3,1; -42,5,14,1.

¹⁰⁰ Cf. D. 27,9,3pr.

¹⁰¹ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., p. 28.

¹⁰² Cf. GAIO, D. 23,3,54

escravo comprado fica suspenso, determinando o posterior pagamento do preço o seu proprietário: se for pago com bens do usufrutuário, a este pertence desde o início; se o dinheiro pertence ao nu proprietário, este adquire a propriedade¹⁰³. Ou seja, a origem do dinheiro determina o comprador. A mesma solução encontra-se em ULPIANO que, a propósito de coisa comprada por tutor ou curador em seu próprio nome, concede ao pupilo uma ação útil para reivindicar aquela coisa¹⁰⁴. O expediente processual que os juristas clássicos atribuem ao dono do dinheiro para recuperar a coisa comprada é, como observamos, a *vindicatio utilis*, na qual se finge que aquele é o proprietário¹⁰⁵. Trata-se dum expediente do *ius praetorium* que deixa intacto o *ius civile* e os seus princípios, embora paralisados¹⁰⁶. O que mostra que a evolução do direito romano começou por se fazer à margem do direito civil e aí se manteve durante algum tempo.

1.3. Época justinianeia.

Nas palavras de ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, “*es sumamente probable que estructura griega de la venta fuese lo más usual en la práctica negocial bizantina, pese a que el classicismo escolástico de los compiladores mantuviera inalterados los textos que expresaban la tradición romana más genuina*”. E observa que a venda “real” domina biertamente en la disposiciones promulgadas por el propio Justiniano”, citando, como exemplos, as seguintes fontes: C. 8,13(14,27pr.; N. 136,2 e N. 136,3¹⁰⁷.

Na primeira, que contém uma *constitutio* do ano 528, os cargos (ofícios alienados na tradição espanhola) adquiridos por banqueiros ou outros comerciantes para familiares ou estranhos presumiam-se, salvo prova em contrário, adquiridos com dinheiro dos seus credores, que os podiam reivindicar com direito de hipoteca”. ANTONIO DÍAZ BAUTISTA vê aqui a influência da venda “real” grega e escreve: “*Si los cargos habian sido comprados con dinero de otro, sería comprador aquel de quien procedía el dinero e la propiedad de lo comprado se transferiria a él*”¹⁰⁸. Todavia, salvo o devido respeito – que é muito –, os cargos são adquiridos por banqueiros ou outros comerciantes para familiares ou estranhos e não pelos credores que são titulares de hipotecas tácitas e não do direito de propriedade.

Na segunda, Justiniano concedeu aos banqueiros o mesmo privilégio se alguém comprasse o cargo na milícia com dinheiro mutuado por eles. Se os mutuários não pudessem pagar as suas dívidas, os banqueiros seriam satisfeitos

¹⁰³ Cf. D. 7,1,25,1.

¹⁰⁴ Cf. D. 27,6,9,2.

¹⁰⁵ Cf. Também o D, 24,1,55.

¹⁰⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”). *Época clássica*, suplemento do vol. XXXII do BFD, 1988, pp. 280-289.

¹⁰⁷ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., pp. 40-43.

¹⁰⁸ Transcrevemos ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *ibidem*, p. 40-41.

com a venda de tal cargo. A situação é idêntica à anterior, apenas o credor mudou.

E, na última, determina-se que se os banqueiros emprestaram dinheiro para a compra de bens móveis ou imóveis, gozam do direito de preferência sobre os outros credores, referindo que se lhes adjudicará a coisa comprada com o seu dinheiro se nos contratos escritos se tiver feito menção da hipoteca. De novo se afasta a aquisição, pelo banqueiro, das coisas compradas com o dinheiro que mutuaram. São titulares do direito de hipoteca, com a qual gozam do direito de preferência em relação aos demais credores. O que não podemos é considerar que os banqueiros adquirem tais coisas e, por isso, as podem reivindicar¹⁰⁹.

Posição contrária é a defendida por ANTONIO A. VIEIRA CURA, para quem, “*evidenciando o seu espírito classicista, Justiniano regressou à conceção da iurisprudência clássica*”, retomando “*a distinção entre o contrato com efeitos obrigacionais e o ato translativo da propriedade*”¹¹⁰. E recorda quanto à obrigação de o vendedor entregar a coisa ao comprador, proporcionando-se a posse pacífica: D. 19,1,11,8; -19,1,30,1; -19,4,1pr. E, relativamente à obrigação de o comprador pagar o preço, lembra: D. 19,1,11,2 *in fine* e D. 19,4,1pr.¹¹¹.

No primeiro, é concedida a *actio ex empto* ao comprador para que lhe seja entregue a posse do escravo vendido; no segundo, o vendedor somente se obriga a que seja lícito ao comprador ter a coisa; e, no terceiro, refere-se que o vendedor se obriga, por razão de evicção, a entregar a posse. Acrescentamos o D. 19,1,11,2, segundo o qual o vendedor deve, em primeiro lugar, entregar a coisa ao comprador.

Quanto ao comprador, o primeiro fragmento refere que está obrigado a fazer o dinheiro (preço) do vendedor; e no segundo, se o comprador não tiver feito o dinheiro de quem o recebe, obriga-se pela ação de venda.

Simplemente, em consequência da abolição, por Justiniano, da distinção entre *res mancipi* e *nec mancipi*¹¹² e do consequente desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*, a *traditio* da coisa vendida tornou-se ato translativo da propriedade e já não da posse, mantendo-se, todavia, a exigência de uma *iusta causa* anterior¹¹³ e o princípio de que este efeito somente se produzia se o *tradens* fosse o proprietário da coisa vendida¹¹⁴. VIEIRA CURA destaca duas fontes nas quais a exigência da *traditio* para a transferência da propriedade se encontra

¹⁰⁹ Vide, neste sentido, ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda “real” em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., p. 43.

¹¹⁰ Transcrevemos ANTONIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justiniano (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., p. 104.

¹¹¹ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 104.

¹¹² Cf. C. 7,1,31pr.; 7,1,31,1; -7,31,1,2; 7,31,1,5.

¹¹³ Cf. D. 41,1,31pr.; I. 2,1,41. Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justiniano (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., pp. 107 e 109.

¹¹⁴ Cf. D. 50,17,54; -41,1,9,3; -41,1,20pr., I. 2,1,40. Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 108.

formulada: numa *constitutio* do ano 293 do imperador Diocleciano, segundo a qual “o domínio das coisas transfere-se por tradição e usucapião e não por pactos nus”¹¹⁵, texto em que “a referência a mancipatio (e, talvez, à in iure cessio) foi substituída pela traditio”¹¹⁶; e as *Institutiones* de Justiniano (2,1,40; e 3,23,3a) em que, respetivamente, se lê: “Segundo o direito natural, adquirimos também o domínio das coisas por meio da traditio”¹¹⁷; e, “em todo o caso, o devedor deverá ceder ao comprador a reivindicação e a *condictio* (furtiva), porque, na realidade, quem ainda não entregou a coisa ao comprador é dono da mesma”¹¹⁸.

Há, no entanto, uma significativa alteração que vai ao encontro da compra e venda grega: para que a propriedade seja adquirida pelo comprador, o preço deve ser pago. Assim dispõe o seguinte texto das *Institutiones* de Justiniano:

2,1,41: “A tradição que se faz por doação, dote ou qualquer outra causa justa, transfere indubitavelmente a propriedade; mas as coisas vendidas e entregadas não são adquiridas pelo comprador senão quando tenha pago o preço ao vendedor ou de outro modo o tenha satisfeito, como se lhe dá um fiador ou penhor”¹¹⁹.

Poder-se-á retirar deste texto a ideia de que a transferência da propriedade por efeito do cumprimento da obrigação de *traditio* da coisa vendida assumida pelo vendedor no contrato de compra e venda (que, assim, produz efeitos obrigacionais), fica suspensa (sujeita a condição suspensiva) até que o comprador pague o preço. De contrário, se considerarmos que aquela transferência não se encontra suspensa, é atribuir a este uma *condictio iuris* que contraria o efeito obrigacional assinalado no direito de Justiniano, no seu regresso ao direito clássico romano.

Segundo ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, esta “segunda vertente da atuação legislativa de Justiniano revela-nos a sua preocupação com a realidade social económica e cultural da sua época”. No entanto, esta inovação “é fortemente atenuada pela possibilidade de prestação alternativa de uma garantia, concessão que acaba por ser praticamente neutralizada (...) pois se o vendedor tiver confiado no comprador, este adquire, sem mais, a propriedade da coisa com a entrega (I. 2,1,41)”¹²⁰.

¹¹⁵ C. 2,3,20. “Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pectis transferuntur”.

¹¹⁶ Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 107.

¹¹⁷ I. 2,1,40: “Per traditione quoque iure natural res nobis adquiruntur...”.

¹¹⁸ I. 3,23,3^a: “Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est”.

¹¹⁹ I. 2,1,41: “Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur; venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori prretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato”.

¹²⁰ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito*

2. A influência do direito comum nos nossos dias.

2.1. Nota prévia: os vários sistemas de aquisição da propriedade.

A doutrina observa três sistemas através dos quais a propriedade de uma coisa vendida se pode transferir do vendedor para o comprador¹²¹.

Assim, no sistema do título e do modo, há dois atos jurídicos: o primeiro, denominado título, justifica a transferência e, portanto, constitui a sua causa; o segundo, considerado *modus acquirendi*, destina-se a executar o primeiro que o antecede e dele depende. Consiste, normalmente, na tradição para os móveis e na inscrição registal, para os imóveis. Encontramos este sistema, que remonta ao direito romano clássico e justinianeu, nos direitos espanhol¹²² e brasileiro¹²³. Em linhas gerais, foi igualmente aplicado em Portugal até à promulgação do Código Civil de 1867¹²⁴.

No sistema do título, a propriedade transfere-se por efeito do negócio jurídico ou seja, não se exige nenhum ato jurídico subsequente, como a entrega ou a inscrição no registo. Este sistema, que foi acolhido no Código Civil de 1867¹²⁵ e está igualmente consagrado no atual Código Civil¹²⁶, remonta ao direito romano da época pós-clássica, depois de Constantino. Encontra-se também nos Códigos Civis francês¹²⁷ e italiano¹²⁸.

Finalmente, no sistema do modo a propriedade transfere-se independentemente do negócio causal. Está consagrado no Código Civil alemão¹²⁹.

Relativamente ao sistema do título e do modo, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA observa que, embora “os *jurisconsultos clássicos e os compiladores nunca (tenham empregado) essa terminologia (sistema do título e do modo) (...) e também não (encontremos) no direito romano clássico ou justinianeu qualquer construção doutrinal desse “sistema” (...) a formulação duma verdadeira teoria do dominium com base nos textos romanos apenas começou a ser esboçada a partir do século XVI por alguns jurisconsultos humanistas, designadamente JOHANN APEL (1486/1536) e por um dos representantes da Escola Espanhola do Direito Natural LUIS DE MOLINA (1535/1600)*”. Depois, “lançadas as bases da “teoria do título e do modo”, assistiu-se nos séculos XVII-XVIII à sua divulga-

romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo”), cit., pp. 99-100.

¹²¹ Seguimos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., pp. 69-72.

¹²² Cf. art. 1.461.

¹²³ Cf. art. 481.

¹²⁴ Cf. Ordenações Afonsinas, IV,XXXVIpr. e IV,XXXIIpr.; Ordenações Manuelinas, IV,XXIVpr. e IV,XXVIIIpr.; Ordenações Filipinas, IV,IIpr. e IV,VIIpr.; e o Alvará de 4 de setembro de 1819.

¹²⁵ Cfs. arts. 1549º. e 1452º., respetivamente, sobre a compra e venda e a doação.

¹²⁶ Cf. arts. 408º., nº. 1 e 879º., a) (compra e venda); e 940º., nº. 1 e 954º., a) (doação).

¹²⁷ Cf. art. 1583º.

¹²⁸ Cf. arts. 140 e 620.

¹²⁹ Cf. §§ 873 (1), 925 e 929.

ção e generalização, operadas por jurisconsultos do *usus modernus pandectarum*, com destaque para HEINECCIUS e JOACHIM DARIES”. No entanto, observa o mesmo Autor, “se no direito romano (clássico e justinianeu) não existe “il nome”, não deixa de ser legítimo admitir que estava aí contida “la cosa”, na medida em que a transferência do domínio das *res nec mancipi* na época clássica e a transmissão da propriedade das coisas corpóreas na época justinianeia eram objeto do tratamento jurídico que corresponde ao que modernamente é designado como “sistema do título e do modo”, constituindo, portanto, a sua raiz”¹³⁰.

Quanto ao sistema do título, presentemente acolhido, como já referimos, nos direitos francês, italiano e português, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA segue a orientação dominante que atribui a sua influência, no Código Civil francês, à doutrina jusracionalista e destaca os contributos de GRÓCIO, PUFENDORF e WOLFF que invocam o direito natural em abono da desnecessidade da *traditio* para a transferência do domínio¹³¹. Porém, não deixa de ver o seu antecedente no direito romano pós-clássico, a partir do Imperador Constantino, quando, “com a fusão da venda e da transferência da propriedade num único negócio, a partir daí a compra e venda transformou-se num negócio apto a produzir, só por si, a alteração do domínio sobre a coisa, passando a ser o próprio contrato a operar, de imediato, a transferência da propriedade”¹³².

¹³⁰ Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo”)*, cit., pp. 110-111. Noutro estudo, intitulado *Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (algumas considerações sobre a história do “sistema do título e do modo” em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003, pp. 385-398, VIEIRA CURA fala-nos da posição de BARTOLO que “emprega o termo *titulus* como sinónimo de *causa*” sem, no entanto, qualificar a *traditio* como *modus adquirendi da propriedade* e sem contrapor o *titulus* ao *modus*. Refere ainda que “a primeira teorização do sistema (do título e do modo) deve-se, muito provavelmente, a JOHANN APEL” e diz que esta teoria “encontrou expressão, ainda no século XVI, na obra de HUGO DONELLUS (1527-1591) e haveria de encontrar eco, principalmente, na Alemanha, através dos jurisconsultos da corrente do “*usus modernus pandectarum*” – e na de um dos principais representantes da Escola Espanhola do Direito Natural, LUIS DE MOLINA (1535-1600) – cujo impacto se fez sentir, de forma duradoura, na Espanha (ao ponto de, provavelmente, ter sido determinante para a consagração do “sistema do título e modo” no Código Civil espanhol de 1889, ainda em vigor”. Ainda segundo VIEIRA CURA, “nem a *traditio* (ainda que efetuada pelo *dominus*) basta para que se opere a transmissão da propriedade da coisa, nem a *causa* (que corrobora, estabelece e revela a voluntas de a transferir e adquirir) é suficiente para a produção desse efeito real, tornando-se indispensável a realização subsequente da tradição”. Escreve ainda que “a doutrina do título e do modo fica definitivamente consolidada com o humanista HEINECCIUS”, embora limitada à aquisição do direito de propriedade. E deve-se a DARIES a sua generalização à aquisição de qualquer direito real.

¹³¹ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (algumas considerações sobre a história do “sistema do título e do modo”)*, cit., pp. 4839 e 5251.

¹³² Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 81.

2.2. A aquisição da propriedade no direito português.

Como já referimos, durante vários séculos vigorou, em Portugal, o modernamente chamado “sistema do título e do modo” por efeito do qual a compra e venda somente produz efeitos obrigacionais: em termos nucleares, a obrigação de o vendedor entregar a coisa vendida ao comprador; e a de este lhe pagar o preço. É o que observamos nas nossas Ordenações, que transcrevemos:

Ord. Afonsinas (IV,XXXVIpr.): “...esse contrato (de compra e venda) é perfeito e acabado, e, tanto que, dando ou oferecendo o dito comprador o dito preço que seja seu ao vendedor, será este tido e obrigado a entregar-lhe a coisa assim vendida...”;

Ord. Afonsinas (IV,XXXIIpr.): “Se algum homem senhor de alguma coisa a vendesse duas vezes a desvairadas pessoas, aquele que primeiramente houve a posse dela seria feito verdadeiro senhor dela, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida ou se se houve por pago o dito vendedor, pois estas duas coisas assim concorrentes acerca da dita venda, a saber, a posse da dita coisa e o pagamento do dito preço o fazem senhor da dita coisa comprada”.

Ord. Manuelinas (IV, XXIVpr.): “... esse contrato é perfeito e acabado, em tanto que, dando ou oferecendo o dito comprador o dito preço que seja seu ao vendedor, será ele obrigado a entregar-lhe a coisa assim vendida...”;

Ord. Manuelinas (IV, XXVIIIpr.): “Se alguma pessoa que for senhor de alguma coisa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, aquele que primeiramente houver posse dela será feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida ou se houve o vendedor por pago dele; porque estas duas coisas assim concorrentes acerca da dita venda, convém saber, a posse da coisa e o pagamento do preço o fazem ser senhor da dita coisa”.

Ord. Filipinas (IV, IIpr.): “Fazendo-se compra e venda de alguma certa coisa por certo preço., depois que o contrato é acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma delas arrepender sem o consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa coisa por certo preço, logo esse contrato é perfeito e acabado em tanto que dando, ou oferecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será ele obrigado a entregar-lhe a coisa vendida”;

Ord. Filipinas (IV, VIIpr.): “Se o que for senhor de alguma coisa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega dela será dela feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida ou

se se houve o vendedor por pago dela porque concorrendo assim na dita venda entrega da coisa e pagamento do preço o fazem ser senhor dela”.

Facilmente se observa que, ressaltando pequenas variações de vocábulos, o regime jurídico é o mesmo: a compra e venda é um contrato consensual, por efeito do qual o vendedor se obriga a entregara coisa ao comprador e este a pagar o preço. Ou seja, trata-se de efeitos obrigacionais.

Este aspeto foi destacado por PASCOAL DE MELO FREIRE, para quem *“não são da essência deste contrato nem a tradição da coisa nem o pagamento do preço, nem a escritura, nem as arras (o sinal), porquanto a venda é perfeita e a obrigação nasce para ambos os contraentes logo que eles acordam em vender certa coisa por certo preço. Porém, o vendedor, embora seja obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida; retém, todavia, o domínio dela até à tradição”*¹³³.

E voltou a ser realçado por M. A. COELHO DA ROCHA que define a compra e venda como *“o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a entregar certa coisa a outra, recebendo d’esta um preço determinado”*¹³⁴. Observa que *“na venda pura, a propriedade da coisa vendida somente passa para o comprador desde a entrega; e, portanto, se o mesmo vendedor a vendeu a outro, prefere aquele que primeiro a recebeu, pagando o preço”*¹³⁵. Segue-se a afirmação de que *“a nossa Ord. L. 4, tit. 7, pr., seguiu explicitamente a disposição do direito romano, a qual se acha também modernamente sancionada no Alv. de 4 de set, de 1810”*¹³⁶. E a conclusão de que *“na praxe as mais das vezes (esta disposição) não se pode aplicar: porque em tais contratos entre nós, quando são feitos por escrito, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o vendedor transfere desde logo ao comprador todo o domínio; e até, muitas vezes, a posse por meio da tradição ficta. Esta cláusula não é uma simples redundância tabelioa; tem o efeito importante de não deixar o domínio para a tradição o qual se deve atender e respeitar”*¹³⁷.

Assim se preparou a orientação que o nosso primeiro Código Civil iria consagrar, rompendo com a nossa longa tradição jurídica. Ou seja, não pode causar surpresa o seu acolhimento no atual Código Civil, como observamos nos arts. 408º., nº. 1, 874º. e 879º., al. a)¹³⁸. Dir-se-á, em conclusão, que o seu antecedente remonta ao direito romano da época pós-clássica, desde os tempos de Constantino.

A influência do direito romano é muito forte no regime jurídico da compra e venda portuguesa. Bastará referir a obrigação de o vendedor entregar a coisa ao

¹³³ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, IV, trad. do Dr. Miguel Pinto de Meneses, no *Boletim do Ministério da Justiça*, 168, 1967, p. 66.

¹³⁴ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, 8ª. ed., Livraria Clássica Editor A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, p. 547.

¹³⁵ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 556.

¹³⁶ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 649.

¹³⁷ Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, pp. 649-650.

¹³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 5ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 41-43.

comprador a quem o próprio contrato concedeu a propriedade (art. 879º, al. b)); a obrigação de o comprador pagar o preço (art. 879º, al. c)); a possibilidade de o preço ser reduzido (art. 884º.); a venda de bens alheios (art. 892º.); a venda de bens onerados (art. 905º.); a venda de coisas defeituosas (art. 913º.); etc. O que significa que a base romanista aproxima o direito civil português dos direitos civis de outros países, bem podendo falar-se dum verdadeiro *ius commune* privado.

2.3. A aquisição da propriedade no direito espanhol.

Afastando-se do direito português, o Código Civil espanhol consagra a compra e venda com efeitos obrigacionais: o vendedor obriga-se a transferir a propriedade, enquanto o comprador contrai a obrigação de pagar o preço. Efetivamente, segundo o art. 1.461, “*el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*”; e, nos termos do art. 1.500, “*el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato*”.

Esta orientação, que remonta à Lei das Sete Partidas e ao direito romano das épocas clássica e justiniana, tinha sido abandonada no Projeto do Código Civil de 1851 de GARCÍA GOYENA, cujo art. 548 determina que “*la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*”. Consagra, portanto, a compra e venda com efeitos reais, a que não terá sido alheia a influência do recente Código de Napoleão, promulgado em 1804. Além do seu Autor que defendia a desnecessidade da entrega da coisa para o comprador adquirir a propriedade, também outros civilistas como FRANCISCO DE CÁRDENAS que defendeu a nova orientação afirmando que “*no es la traditio del derecho romano conforme a los principios del derecho natural, que no hace consistir le eficacia de las obligaciones en ceremonias ni hechos materiales, sino en la voluntad y consentimiento de los contrayentes*”¹³⁹.

No entanto, venceu a orientação tradicional defendida por outros Autores, como LAGUNA, e JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS que a justifica pela influência do Código Civil chileno (promulgado em 1855 e que entrou em vigor em 1857) considerado “*el gran Código latinoamericano*”, que não se afastou da tradição espanhola da Lei das Sete Partidas¹⁴⁰. Esta posição foi justamente criticada por ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, para quem “*parece extraño que o legislador espanhol tivesse necessidade de se socorrer co Código Civil chileno quando podia lançar mão dos próprios textos das Siete Partidas*”¹⁴¹. Na verdade, seria injusto recusar aos juriconsultos que elaboraram o Código Civil espanhol conhecimentos da sua tradição jurídica, sobretudo das *Siete Partidas*. Como observa VIEIRA CURA

¹³⁹ Vide FRANCISCO DE CÁRDENAS *apud* ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., p. 342..

¹⁴⁰ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 342 e 105.

¹⁴¹ Transcrevemos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, 342.

– e, pare-nos, acertadamente –, urge ter em atenção a orientação da Segunda Escolástica, com destaque para LUIS DE MOLINA, que “*terá sido o grande pilar da resistência, ainda no final do século XIX, à penetração de uma solução legal que tinha o seu fundamento filosófico na obra dos jusracionalistas*”¹⁴².

Fixada esta orientação, a que modernamente podemos considerar o “sistema do título e do modo”, importa não ignorar que nem todos os civilistas espanhóis a aceitam, havendo quem entenda que a compra e venda produz efeitos reais (o próprio contrato transfere, só por si, a propriedade); quem (como MORENO MOCHOLI) que, não recusando os efeitos obrigacionais, sustente que a obrigação fundamental do vendedor consiste em transferir não a posse, mas a propriedade; quem (como GIMENEZ ROIG) veja efeitos obrigacionais e translativos, embora considere estes primordiais.

Todavia, é maioritária a doutrina que vê na compra e venda um contrato que produz efeitos obrigacionais. ANTÓNIO A. VIEIRA CURA cita BADENES GASSET, DIEZ PICAZO, HEREDIA DE ONIS, LALAGUNA, DE LOS MOZOS, GARCÍA GARRIDO, LESSMANN VERA e SANTOS JUSTO¹⁴³. Acrescentamos MANUEL ALBALADEJO, que vê na compra e venda um contrato consensual “*porque se perfecciona por el mero consentimiento, si necesidad de que la cosa ni el precio sean entregados*” e obrigatório (não transmissivo), “*porque no produce la transmisión del derecho vendido, sino que obliga a transmitirlo; operándose la transmisión mediante la entrega*”. E refere que “*en este punto sigue el Derecho español fiel a la tradición romana y de nuestro Derecho histórico, en vez de – como otros Derechos latinos: fanceés, italiano – adoptar la venta transmissiva*”¹⁴⁴.

A influência romana é clara na obrigação de o vendedor entregar a coisa vendida se o comprador pagou o preço ou, se o não pagou, tiver sido previsto prazo para o pagamento (art. 1.466) ou prestado fiança (art. 1.467); na obrigação de entregar os frutos ao comprador (art. 1.468); na responsabilidade do vendedor pela posse legal e pacífica do comprador e pelos vícios ou defeitos ocultos (arts. 1.274 e 1.484); na responsabilidade por evicção (art. 1.475); na obrigação de afastar a perturbação ou o justo temor de o comprador ser perturbado (art. 1.502); etc. Mas está igualmente presente na obrigação de o comprador pagar o preço no tempo e lugar fixados no contrato (art. 1.500); de pagar os juros previstos (art. 1.501); etc.

Trata-se, insistimos, dum regime jurídico fortemente romanizado que, estando presente em diferentes países, permitem falar de um verdadeiro *ius commune* privado.

¹⁴² Voltamos a transcrevermos ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, pp. 105-108.

¹⁴³ Vide ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ibidem*, p. 364.

¹⁴⁴ Transcrevemos MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 14ª. edición, Edisofer, SL, Madrid, 2011, p. 491.

2.4. A aquisição da propriedade no direito francês.

O Código Civil francês dispõe que *“la vente est une convention par laquelle l’un s’oblige à livrer una chose, et l’autre à la payer”*¹⁴⁵. No entanto, no artigo seguinte, refere que *“elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé”*¹⁴⁶. Ou seja, a compra e venda produz, no ordenamento jurídico francês, efeitos reais: o próprio contrato transfere a propriedade sem necessidade de entrega da coisa vendida nem do pagamento do preço acordado.

Estamos perante o sistema do título que transformou profundamente outras legislações, como a italiana e a portuguesa. E, na sua base, terá estado o pensamento jurídico da Escola do Direito Natural Racionalista, a que pertencem, como expoentes exímios, HUGO GRÓCIO, PUFENDORF e WOLFF¹⁴⁷.

O direito romano não deixa de estar presente, como antecedente remoto, no sistema consagrado no Código Civil francês. Basta recordar que, na época pós-clássica, mais exatamente, no tempo de Constantino e dos imperadores subsequentes¹⁴⁸, a compra e venda passou a produzir efeitos reais, embora o pagamento do preço só fosse exigido no tempo de Valentiniano III, ou seja, no século V.

Quanto ao seu regime jurídico, aquele Código não se afastou do direito romano, como facilmente observamos nas obrigações do vendedor e do comprador. Assim, aquele é obrigado a entregar a coisa e aquele, a pagar o seu preço (arts. 1582 e 1650); consagra-se a possibilidade de a coisa ser vendida sob a condição de agradar ao comprador (art. 1587); a coisa deve ser entregue no lugar e estado em que se encontrar no tempo da venda (art. 1609 e 1614); o vendedor não é obrigado a entregar a coisa se o comprador não pagar o preço e se não tiver sido acordado prazo para o pagamento (art. 1612); o vendedor deve garantir a posse pacífica e os defeitos ocultos (art. 1625, 1643 e 1645); é também obrigado por evicção (art. 1626), salvo acordo em contrário (art. 1627); é possível acrescentar um pacto de resgate que permite ao vendedor recuperar a coisa, restituindo o preço e desembolsando determinadas despesas (arts. 1659 e 1673); esta faculdade não pode durar mais de cinco anos (art. 1660); consagra-se a figura da lesão em mais de 7/12 do preço (art. 1674), embora a rescisão não funcione a favor do comprador (art. 1683) nem nas vendas feitas por autoridade judicial (art. 1684); etc.

¹⁴⁵ Cf. art. 1582.

¹⁴⁶ Cf. art. 1583.

¹⁴⁷ Vide *supra*, nº. 3.1; e ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, cit., pp. 4839 e 5251.

¹⁴⁸ Cf. *supra*, nº. 2.2.

Observando a doutrina – na qual privilegiamos JÉRÔME HUET¹⁴⁹ –, reconhece-se que se trata dum contrato sinalagmático, porque “*comporte des obligations reciproques*” e consensual “*dès lors qu’aucune formalité n’est, en général, imposée pour sa conclusion*”¹⁵⁰.

Além disso, afirma-se que “*l’intérêt principal de ce contrat est qu’il opere un transfert de propriété*”, transferência que “*s’effectue en principe de manière automatique, sans que le vendeur ait à exécuter una opération positive à cette fin*”, ou seja, “*la vente constitue, par essence, un contrat de droit réel*”¹⁴⁸. Depois, pronunciando-se sobre seu regime jurídico, observa que “*la vente conserve les traits qu’elle connaissait en droit roman: ceux d’un contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux et comutatif*”¹⁵¹. E, fiel à natureza de contrato que produz efeitos reais, observa que “*la propriété de la chose va de pair avec les risques de parte*”¹⁵² e, portanto, “*ces risques pèsent sur l’acheteur aussitôt la propriété acquise par ce dernier*”¹⁵³. E nota-se que “*le vendeur n’est seulement tenu d’assurer la délivrance de la chose, il doit fournir una chose exempte de troubles et de vices, et garantir l’acheteur à cet égard*”¹⁵⁴, referindo especificamente “*la garantie contra l’éviction*”¹⁵⁵, a obrigação de não “*contrarier la possession paisible de l’acquéreur*”¹⁵⁶ e a garantia contra vícios ocultos que “*constitue l’une des pièces maîtresses du droit de a vente*”¹⁵⁷. Não faltam referências à *action rédhibitoire* e à *action estimatoire*¹⁵⁸.

Relativamente ao pagamento do preço, reconhece-se que “*represente, sans aucun doute, l’effet du contrat le plus vivement attendu par le vendeur*”, enquanto, para o comprador, “*constitue l’obligation par excellence*”¹⁵⁹.

Em suma, confirma-se a larga influência do direito romano, ou não tenha sido o Código de Napoleão, obra de eminentes civilistas cuja elevada e sólida cultura jurídica tinha sido introduzida em França de modo muito especial pela Escola Humanista ou dos Jurisconsultos Clássicos, que teve em CUJÁCIO o seu *caput scholae*¹⁶⁰. E confirmam-se plenamente as palavras de WINDSCHEID que,

¹⁴⁹ Vide JÉRÔME HUET, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1996.

¹⁵⁰ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 45.

¹⁵¹ Continuamos a seguir JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 79.

¹⁵² Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, pp. 159-160.

¹⁵³ Voltamos a transcrevermos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 169.

¹⁵⁴ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 223.

¹⁵⁵ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 223.

¹⁵⁶ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 227.

¹⁵⁷ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, pp. 237-238.

¹⁵⁸ Vide JÉRÔME HUET, *ibidem*, pp. 285-290.

¹⁵⁹ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *ibidem*, p. 351.

¹⁶⁰ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (“*ius romanum*”), cit., p. 99; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. edição com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 357; e A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do*

a propósito do Código Civil francês, disse que “é uma síntese admirável dum bom manual de Direito Romano”¹⁶¹.

2.5. Aquisição da propriedade no direito italiano.

Como também já referimos, no direito italiano o contrato de compra e venda produz efeitos reais. Isto resulta, imediatamente, da noção que o Código Civil nos oferece: “*La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*”¹⁶². Relativamente às *obbligazioni principal del venditore*, assinalam-se: a de entregar a coisa ao comprador; e a de garantir o comprador da evicção e dos vícios da coisa¹⁶³. E, quanto ao comprador, destaca-se a obrigação de pagar o preço no prazo e lugar fixados no contrato¹⁶⁴. O vendedor pode reservar para si o direito de reaver a coisa vendida mediante a restituição do preço e o reembolso de certas despesas. Trata-se do pacto de resgate¹⁶⁵. A coisa deve ser entregue, na falta de pacto ou de uso contrario, no lugar onde se encontra ao tempo da venda¹⁶⁶; e prevê-se a venda a prova¹⁶⁷ e com reserva de propriedade¹⁶⁸. Em qualquer destas disposições, a influência do direito romano é muito clara.

A doutrina italiana – privilegamos o estudo de ALBERTO TRABUCCHI¹⁶⁹ e de FRANCESCO GALGANO¹⁷⁰ -- vê na compra e venda um contrato sinalgmático e consensual que “*di regola, ha efficacia traslativa, perche il contratto trasferisce immediatamente il diritto dal venditore al compratore*” e “*si ha vendita perfetta anche senza pagamento del prezzo e senza trasferimento materiale del possesso della cosa venduta*”¹⁷¹. Ou seja, estamos perante um contrato real, ao lado do qual existem obrigações para o vendedor e para o comprador¹⁷². O preço “*quantificato*

pensamento jurídico (história do direito), Coimbra Editora, 2005, pp. 38-39.

¹⁶¹ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, 4.ª Edição, Coimbra, 1984, p. 90-

¹⁶² Cf. art. 1470.

¹⁶³ Cf. art. 1476, n.ºs 1 e 3.

¹⁶⁴ Cf. art. 1498.

¹⁶⁵ Cf. art. 1500.

¹⁶⁶ Cf. art. 1510.

¹⁶⁷ Cf. art. 1521.

¹⁶⁸ Cf. art. 1523.

¹⁶⁹ Vide ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 34.ª edizione, CEDAM, Pádua, 1993, pp. 684-700.

¹⁷⁰ Vide FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, CEDAM, Pádua, 3-25.

¹⁷¹ Transcrevemos ALBERTO TRABUCHHI, *ibidem*, p. 685.

¹⁷² Vide FRANCESCO GALGANO, *ibidem*, p. 4, para quem a compra e venda produz efeitos reais (“*la proprietà o l’altro diritto si trasferisce dal venditore al compratore per effetto del solo consenso*”) e obrigacionais (“*la vendita è fonte di obbligazioni per il compratore e per il venditore*”).

in monet, è elemento essenziale della vendita”, pois “*sine pretio nulla venditio*”¹⁷³. Deve ser verdadeiro e certo, mas “*non è richiesto un prezzo giusto*”, embora haja limites “*oltre i quali talora il contatto è rescindibile per lesione enorme*”¹⁷⁴. O vendedor deve garantir o comprador da evicção¹⁷⁵ e também “*che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidónea all’uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore*”¹⁷⁶. A este propósito, “*si parla tradizionalmente di garanzia per vizi occulti, perché la garanzia non è dovuta se i vizi erano conosciuti dal compratore o erano facilmente iconoscibili*”¹⁷⁷. Quanto ao comprador, a sua “*obbligo principale è di pagare il prezzo nel termine e nel lugo fissati dal contratto*”¹⁷⁸. Pode haver um patto de resgate que “*risponde all’esigenza di venire incontro al venditore per fargli avere del liquido, lasciandogli la speranza di riavere il bene, e dandogli quindi anche un incitamento alla ripresa*”¹⁷⁹ e permite às partes que estipulem a reserva de propriedade¹⁸⁰. Enfim, a doutrina regista a venda a prova, o *pactum additionis in diem* e o *pactum displicentiae* que encontramos na parte dedicada à exposição do direito romano¹⁸¹.

Como também já referimos, o sistema do título acolhido no ordenamento jurídico italiano, quicá influenciado pelo Código de Napoleão que se inspirou na Escola do Direito Natural Racionalista¹⁸², não deixa de ter, como antecedente remoto, o direito romano da época pós-clássica no tempo de Constantino e dos seus seguidores.

2.6. Aquisição da propriedade no direito alemão.

O Código Civil alemão (BGB) dispõe que “*mediante o contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa está obrigado a entregar a coisa ao comprador e a transmitir-lhe a propriedade da mesma. O vendedor de um direito está obrigado a transmitir o direito ao comprador e se o direito faculta a posse da coisa, a entregar-lhe a coisa*”¹⁸³. Por sua vez, “*o comprador está obrigado a pagar ao vendedor o preço acordado e a receber a coisa comprada*”¹⁸⁴.

Prosseguindo, o vendedor é obrigado a garantir a existência do crédito ou

¹⁷³ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 689.

¹⁷⁴ Voltamos a transcrever ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 689.

¹⁷⁵ Vide ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, pp. 690-691; e FRANCESCO GALGANO, *ibidem*, pp. 5-8.

¹⁷⁶ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 692. Vide também FRANCESCO GALGANO, *ibidem*, pp. 8-11, que fala da ação redibitória e da ação estimatória.

¹⁷⁷ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 692.

¹⁷⁸ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, pp. 693-694.

¹⁷⁹ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 696.

¹⁸⁰ Vide ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 697; e FRANCESCO GALGANO, *ibidem*, pp. 23-25

¹⁸¹ Vide ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, pp. 699-700.

¹⁸² Vide *supra*, n.º 3.4.

¹⁸³ Cf. § 433, 1.

¹⁸⁴ Cf. § 433, 2.

do direito vendido¹⁸⁵; e afasta a responsabilidade do vendedor por defeitos na coisa se o comprador os conhecer no momento da venda¹⁸⁶. O risco de destruição e deterioração acidentais onera o vendedor¹⁸⁷ até ao momento em que coisa vendida é entregue ao comprador¹⁸⁸. Está prevista a reserva de propriedade¹⁸⁹ e o vendedor responde por vícios da coisa ou pelas qualidades que assegurou e não existem¹⁹⁰, exceto se o comprador conhecia o vício no momento do contrato¹⁹¹. São também concedida ao comprador a faculdade de rescindir a compra e venda por vício da responsabilidade do vendedor e a faculdade de reduzir o preço, ou seja, a ação redibitória e a ação compensatória¹⁹². Está também consagrada a possibilidade de resgate (retrocompra)¹⁹³; etc.

Trata-se dum regime jurídico de base romanista, como, aliás, se deduz facilmente das palavras de GIERKE que, a propósito do Código Civil alemão (BGB), disse que “*são as Pandekten de WINDSCHEID transformadas e, parágrafos*”¹⁹⁴

III A DOAÇÃO

1. No direito romano.

1.1. Evolução dogmática.

Já escrevemos¹⁹⁵ que a doação começou por ser, no direito romano, a causa dum negócio jurídico, aliás irrelevante nesses tempos primitivos em que a vontade só surgia como mecanismo acionador de negócios cuja sorte e efeitos logo abandonava ao sentido objetivamente aprisionado na solenidade das palavras sacrais. Era, portanto, inútil referir o *animus*, a *mens* ou a *voluntas* que, reconhecida como *causa*, permitisse individualizar e objetivar um sentido, uma finalidade. Ou seja, não importava que a transferência da propriedade fosse

¹⁸⁵ Cf. § 437,1.

¹⁸⁶ Cf. § 439,1.

¹⁸⁷ Cf. § 459,1.

¹⁸⁸ Cf. § 446,1.

¹⁸⁹ Cf. § 455.

¹⁹⁰ Cf. § 459.

¹⁹¹ Cf. § 460.

¹⁹² Cr. § 462.

¹⁹³ Cf. § 497

¹⁹⁴ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, cit., p. 90.

¹⁹⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, “*Donatio et animus donandi*” separata do número especial do BFD – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, 1983; e *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 333-347.

determinada pelo *animus donationis*: só interessava o ato que a realizava, fosse a *mancipatio*, a *in iure cessio* ou a *traditio*. De resto, nesses tempos mais afastados, as dificuldades não existiam porque, na apreciação de RICCOBONO, as partes raramente doavam¹⁹⁶.

A escassez de doações justificava que não houvesse restrições à sua prática, embora de quando em vez surgissem, como a proibição, de oferendas aos ricos de tudo menos velas de cera. Assim ocorreu cerca do ano 204 a. C., quando foi promulgada uma *lex Publicia* que, assim, procurou combater a avareza de alguns patronos que, por ocasião das Saturnais, exigiam dos seus clientes, a título de presentes, verdadeiras doações.

Porém, a aristocracia romana não deixou de aproveitar outros ensejos para extorquir doações, a pretexto do menor serviço prestado a um plebeu. Daí que, ainda no ano 204 a. C., para resgatar os antigos costumes e permitir a necessária reflexão, um plebiscito conhecido por *lex Cincia*, proibiu as liberalidades acima de certo valor – cujo montante se desconhece –, exceto entre familiares próximos, ou seja, pessoas cujas ligações de ordem moral e social com o disponente excluíssem que a sua vontade se determinasse por coação. Cabiam na proibição os parentes, agnados ou consanguíneos, até ao 5º. Grau; os indivíduos *in potestate manu mancipiove* do disponente; o enteado e a enteada, a madrasta e o padrasto; o sogro e a sogra; o genro e a nora; o marido e a mulher; e o noivo e a noiva; e o tutor.

Todavia, a *lex Cincia* não declarava nula a liberalidade que a contrariasse. A defesa do disponente era assegurada pelo pretor contra a pretensão de o beneficiário deseioso de executar a liberalidade. Se o disponente já tivesse transferido a propriedade duma *res mancipi* através da necessária *mancipatio* ou *in iure cessio*, sem, no entanto, ter transferido a sua posse, a ação de reivindicação do proprietário seria paralisada pela *exceptio legis Cinciae*. Por isso, os jurisconsultos romanos falavam de *donatio perfecta*: aquela em que a propriedade e a posse da *res doada* tinham sido transferidas para o donatário.

Entretanto, face à proibição das liberalidades imposta pela *lex Cincia* e continuando a doação a ser uma simples *causa* de vários atos, tornou-se necessário individualizá-la de outras liberalidades a que aquela proibição não se aplicava.

Importa, no entanto, ter presente que nem sempre a *causa donationis* foi devidamente compreendida pelos romanistas. Assim, partindo dos textos que proíbem não as doações, mas o enriquecimento-empobrecimento (*locupletatio-depauperatio*) entre cônjuges, SAVIGNY caracterizou a doação como o enriquecimento do donatário à custa do correlativo empobrecimento do doador¹⁹⁷. Em consequência, não haveria doação sempre que o donatário se enriquecesse sem o doador se empobrecer. Seria o caso da renúncia duma herança por parte de um dos herdeiros a favor do outro: este enriquece-se, mas

¹⁹⁶ Vide SALVATORE RICCOBONO *apud* A. SANTOS JUSTO, *Donatio et animus donandi*, cit., p. 75.

¹⁹⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, “*Donatio et animus donandi*”, cit., p. 25.

aquele não se empobrece; o seu património não diminui, tão só não aumenta¹⁹⁸.

As fontes não se deixaram orientar por um princípio comum. Assim, há textos que só referem o enriquecimento do donatário¹⁹⁹; noutros, está subjacente a relação de enriquecimento (do donatário)-empobrecimento (do doador)²⁰⁰; e outros fundam a doação na ideia de enriquecimento do donatário, sem transparecer, com a mesma clareza, o correlativo empobrecimento do doador²⁰¹.

Julgamos mais correta a ideia de que a *causa donationis* foi o elemento objetivo das doações, traduzindo-se no enriquecimento (*locupletatio*) do donatário sem envolver necessariamente o empobrecimento (*depauperatio*) do doador. E, deste modo, iremos ao encontro da *lex Cincia* que proibiu as doações não por se traduzirem num enriquecimento à custa dum correspondente empobrecimento, mas apenas porque consistiam em liberalidades superiores a um limite ignorado, excetuando certas pessoas, normalmente familiares. Ou seja, porque não se nos afigura elemento essencial, omitimos a *depauperatio* do doador, embora não ignoremos que, as mais das vezes, está presente nas doações.

Todavia, para a individualização da doação não bastava o elemento objetivo a que chamamos *causa donationis*. Importa não ignorar que não era *donatio* qualquer atribuição patrimonial gratuita, pelo que se tornou necessário introduzir um elemento subjetivo (o *animus donandi*) no qual a vontade desempenha uma função muito importante, saindo das trevas em que, durante muitos anos, se encontrava sepultada²⁰². Doravante, há, na doação, dois elementos: um objetivo (a *causa donationis*); e o outro subjetivo (o *animus donationis*)²⁰³. Deste modo, foi possível distinguir a doação do precário²⁰⁴, do comodato, do mútuo sem juros, do mandato e do depósito²⁰⁵.

Mas não chega: são necessários outros elementos, como a espontaneidade e a patrimonialidade. Aquele é referido por PAPINIANO ao afirmar que “*considera-se que se doa o que nenhum direito obriga a conceder*”²⁰⁶. E, a presença da patrimonialidade, implica que não sejam doações os negócios destinados a assegurar uma simples vantagem (*v.g.*, o precário, o comodato, o mútuo gratuito e o depósito) por não haver concessão de direitos a quem recebe: são negócios que criam direitos a quem faz as prestações, não a quem as recebe. POMPONIO

¹⁹⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 335.

¹⁹⁹ Cf. D. 39,5,1pr.; -39,5,1,1, -39,5,2,5-6.

²⁰⁰ Cf. D. 29,5,18,3; -39,5,19,4; -39,5,23pr.

²⁰¹ Cf. D. 39,5,9pr.; -39,5,1; -39,5,32.

²⁰² Vide A. SANTOS JUSTO, “*Donatio et animus donandi*”, cit., pp. 36-38.

²⁰³ Falam de *animus donandi*: JULIANO (D. 39,5,1pr.-1; -39,5,2pr.-2; 39,5,2,6-7), ULPIANO (D. 39,5,6; -39,5,13; -39,5,18,1; -39,5,19,3), MODESTINO (D. 39,5,23,1), PAPINIANO (D. 39,5,31,1); CÉVOLA (D. 39,5,32), HERMOGENIANO (D. 39,5,33,2,3) e PAULO (D. 39,5,10; -39,5,34pr.).

²⁰⁴ Cf. D. 43,26,1.

²⁰⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 29-35.

²⁰⁶ D. 39,5,29pr.: “*Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*”.

refere, a propósito do pagamento antecipado de um débito, que o devedor “*pode pagá-lo sem medo de doação, ainda que, tendo retido o dinheiro, tivesse podido experimentar a utilidade do tempo*”²⁰⁷

Se, na época clássica, a doação foi considerada *causa* de variados atos, caídas as clássicas *mancipatio* e *in iure cessio* e tornando-se a *traditio* o modo geral de transferência da propriedade, perdeu sentido o conceito de *donatio perfecta* que a *traditio* assegurava ou, no mínimo, tornou-se ambígua. Daí que Constantino, que aboliu a *lex Cincia*²⁰⁸, criasse uma forma particular para a doação, em conformidade com os usos do Oriente. E, em consequência, a doação deixou de ser causa de vários atos, para se tornar um negócio típico, com regime jurídico próprio, cujo efeito é a transferência da propriedade. Fala-se, doravante, de bilateralidade e da necessidade de o donatário aceitar a doação. Todavia, a doação não deixou também de poder manifestar-se em atos atípicos, nos quais a unilateralidade não está excluída: *v.g.*, não seixa de ser doação a plantação gratuita e voluntária em solo alheio. É da estrutura do ato que depende a sua qualificação de bilateral ou unilateral²⁰⁹.

Outra inovação está relacionada com o afastamento do conceito de *perfecta* dado à doação quando, nos tempos subseqüentes à *lex Cincia*, a propriedade e a posse da *res doada* tinham sido transferidas para o donatário. Agora, considera-se *perfecta* e, portanto, irrevogável, a doação feita em documento escrito, seguindo-se a *traditio* da coisa doada perante vizinhos e o depósito do *scriptum* nos serviços competentes (*apud acta*)²¹⁰.

Mas a evolução continua necessariamente e, na época de Justiniano, a *traditio* deixou de ser ato formalmente válido para a doação se considerar *perfecta*, para se tornar simples ato executivo dum negócio jurídico chamado *donatio*²¹¹. Esta desformalização foi completada com a dispensa da forma escrita e da *insinuatio apud acta* nas doações que: 1) não excedessem o valor de 500 sólidos²¹²; 2) fossem feitas ao imperador; 3) o seu escopo fosse a reconstrução de edifício destruído por incêndio; 4) se destinassem ao resgate de prisioneiro, a causas piíssimas, à constituição de dote, etc. Entretanto, alargou-se o campo das doações, com a possibilidade de se doarem créditos²¹³; da fiança (*fideiussio*) duma dívida, embora a doação só ocorra no momento em que o fiador a pague²¹⁴; do pagamento de

²⁰⁷ D. 24,1,31,6: “... *praesens solvere potest, quamvis commodum temporis retenta pecunia potuerit*”. Vide A. SANTOS JUSTO, *Donatio ei animus donandi*”, cit., pp. 39-40.

²⁰⁸ Cf. C. 8,53,25-27; C. Th. 8,12,1; FV. 249.

²⁰⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

²¹⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, “*Donatio et animus donandi*”, cit., pp. 47-48; e *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

²¹¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., p. 336.

²¹² Cf. C. 8,53,36,6. O anterior limite era de 300 sólidos: C. 8,53,34.

²¹³ Vide A. SANTOS JUSTO, “*Donatio et animus donandi*”, pp. 48-49.

²¹⁴ Cf. D. 34,3,5pr.; -14,6,9,3. Vide A. SANTOS JUSTO, *Donatio et animus donandi*, cit., pp. 57-63.

dívida alheia²¹⁵; da concessão de dote²¹⁶; da edificação em solo alheio²¹⁷; etc.

Exposta a evolução da *donatio* de simples causa de atos jurídicos a negócio jurídico com a sua individualidade própria, sem afastar a possibilidade de ser igualmente *causa* de outros atos, materiais e jurídicos, impõe-se um breve excursão ao seu regime jurídico. A doutrina²¹⁸ observa, a propósito, que a doação pode ser de três espécies: real (quando transfere a propriedade ou constitui outro direito real); obrigacional (se se traduz na assunção de uma obrigação); e liberatória (se extingue um débito do donatário).

1.2. Regime jurídico. Revogação.

Quanto à revogação, por efeito da *lex Cincia* eram irrevogáveis as doações que esta *lex* não proibía, ou seja, as que não ultrapassem determinado valor e as feitas entre parentes ligadas por relação de parentesco; e tão pouco eram revogáveis as *donationes* consideradas *perfectae* (a doação definitivamente cumprida quando a coisa doada é entregue). As *imperfectae* (coisa doada, mas ainda não entregue) eram válidas *iure civili*, mas o pretor paralisava a pretensão do donatário (proprietário) com a *exceptio legis Cinciae* a favor do doador. Esta *exceptio* cessava com a morte do doador: “a lei Cíncia é removida pela morte”²¹⁹.

Quicá já na época clássica, mas inequivocamente nos tempos pós-clássicos, foram consagrados alguns casos de revogação das doações, mesmo que o seu formalismo tivesse sido observado. Destacamos: a) a ingratidão do donatário para com o doador que se traduzisse em injúrias graves ou atentado à sua vida. Esta revogação começou por ser admitida nas doações entre *pater* e *filius*²²⁰ e foi depois estendida por Justiniano a qualquer doação²²¹. A correspondente *actio* tem natureza pessoal e, por isso, não se transmite aos herdeiros do doador; b) a superveniência de filhos ao doador, tratando-se de doação do patrono ao liberto²²²; c) o incumprimento dos ónus assumidos pelo donatário²²³.

1.3. Reversão.

Acresce que, através de um *pactum fiduciae* inserido na *mancipatio* ou numa

²¹⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 63-67.

²¹⁶ Cf. D. 12,4,9pr. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 67-81.

²¹⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 81-84.

²¹⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 336-337.

²¹⁹ Cf. FV. 259.

²²⁰ Cf. FV. 248.

²²¹ Cf. C. 8,55(56),10.

²²² Cf. C. 8,55(56),8.

²²³ Cf. C. 8,55(56),10.

stipulatio, podia ser consagrada a reversibilidade da coisa doada, ou seja, o seu regresso ao património do doador: o donatário prometia restituí-la ao doador se ocorressem determinadas circunstâncias, entre as quais o pré-falecimento do donatário²²⁴. Estas disposições tinham, no tempo de Diocleciano, somente efeitos obrigacionais, por efeito do princípio segundo o qual a propriedade não se pode transferir até determinado²²⁵. Só numa hipótese a coisa doada regressava ao doador *ex lege*: sucedia com o dote constituído pelo *pater* à sua filha. Morta esta, o genro devia restituí-lo ao sogro “*para que, perdida a filha, lhe servisse como que de consolo e não sofresse o desgosto de ter perdido a filha e o dinheiro*”²²⁶.

Juntam-se a revogação por fraude aos credores e a rescisão por lesão da legítima. Nesta hipótese, a doação não era totalmente revogada, mas no que bastasse para reconstituir a *quarta*²²⁷.

1.4. Doações entre cônjuges.

Regime particular ocorria nas doações entre cônjuges, cuja proibição é posterior à *lex Cincia*. A sua interdição remonta aos costumes, como refere ULPIANO: “*Está admitido entre nós pelo costume que não sejam válidas as doações entre marido e mulher*”²²⁸. No entanto, a opinião dominante entende que terá sido acolhida ou sancionada pela *lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto, na parte denominada *lex decimaria* que limitava a sucessão entre cônjuges. Haja em vista que tal proibição se enquadra no espírito desta *lex*: *completa e reforça as duas disposições*²²⁹.

Também os motivos invocados para justificar esta proibição são diversos. Segundo ULPIANO, foi admitida “*para que os cônjuges não se espoliassem por mútuo amor*”²³⁰. Parece, no entanto, uma explicação insuficiente pois, se assim fosse, teriam sido proibidas também as doações entre parentes e entre amigos²³¹. Na opinião de PAULO, a razão desta proibição terá sido “*o empenho na educação dos filhos*”²³², justificação que tão pouco parece aceitável; doutro modo, as doações podiam dissuadir os cônjuges a constituir a sua prole²³³. Para SEXTO CECÍLIO, esta proibição destinou-se a combater a frequente dissolução dos matrimónios por iniciativa do cônjuge se o outro não lhe doasse o que pudesse, circunstância

²²⁴ Cf. C. 8,55(54),2.

²²⁵ Cf. FV. 283

²²⁶ D. 23,3,6pr.: “... *ut filia amissa solatii loco cedere (...) ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*”.

²²⁷ Cf. C. 3,29,5; -3,29,7-8. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e das doações)*, cit., pp. 325 e 340.

²²⁸ D. 24,1,1: “*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*”.

²²⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 325 e 340. pp. 340-341.

²³⁰ D. 24,1,1: “... *ne mutuato amore invicem spoliarentur*”.

²³¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 341.

²³² D. 24,1,2: “*Nec esset iis studium liberos potius educendi*”.

²³³ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 341, que cita a opinião de BIONDI.

que tornaria os matrimónios venais²³⁴.

Seja qual for a explicação, é necessário que a doação produza efeito na constância do matrimónio; por isso, é proibida a doação se, embora feita antes, só deva ser cumprida durante o matrimónio; e, inversamente, é válida a doação quando, apesar de ser feita durante o matrimónio, só deva ser cumprida depois da sua dissolução²³⁵.

A proibição produz a nulidade da doação com todas as suas consequências: a propriedade não se transmite e o doador pode recorrer à *reivindicatio*; se o doador já a cumpriu, pode repetir como pagamento indevido; e, tratando-se de doação liberatória, o doador pode exigir a prestação que realizou.

Uma atenuação importante à proibição das doações entre marido e mulher foi introduzida por um *senatusconsulto* do ano 206, proposto por Septímio Severo e Antonino Caracala²³⁶. Considerando que é "*durum et avarum*"²³⁷ os herdeiros invocarem a nulidade da doação que o doador não invocou, admite-se que a doação se convalida quando este morre sem a ter pedido. E, para provar que o doador não invocou a nulidade, persistindo a sua vontade (*perseverantia voluntatis*) no sentido de ser convalidada, basta que o doador não pratique nenhum ato incompatível.

1.5. Doação *mortis causa*.

Os Romanos faziam estas doações para a hipótese de o doador falecer antes do donatário: fala-se no pensamento da morte por parte do doador (*sola cogitatione mortalitatis*) ou de perigo iminente (doença grave, viagem perigosa, guerra, etc.)²³⁸ em que viesse a encontrar-se. Nesta hipótese, a doação perdia a sua eficácia se o doador sobrevivesse ao risco.

Trata-se duma figura jurídica que participa da natureza dos atos jurídicos *inter vivos* e *mortis causa*. Relacionada com aqueles estão a sua estrutura exterior (realiza-se através de *stipulatio*, *mancipatio*, *acceptilatio*, etc.) e o elemento convencional. Ligado aos atos *mortis causa* encontra-se o conteúdo da *stipulatio* ou do pacto que se junta à *mancipatio* ou à *acceptilatio* que atribuem a coisa doada ao donatário quando o doador morrer.

No entanto, não faltaram divergências entre os jurisconsultos clássicos: *v.g.*, enquanto MARCELO via na *donatio mortis causa* um ato *inter vivos*²³⁹, MARCIANO

²³⁴ D. 24,1,2: "... saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia".

²³⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 341, que continua a seguir BIONDI e, agora, VOICI.

²³⁶ Cf. D. 24,1,32.

²³⁷ Cf. D. 24,1,32,2.

²³⁸ Cf. D. 39,6,2; -39,6,31,2; -39,6,35,4.

²³⁹ Cf. D. 39,6,13,1; -39,6,35,4.

recusava²⁴⁰. Justiniano procurou afastar esta controvérsia, atribuindo-lhe a natureza e o regime dos legados, mas deixou a questão em aberto: a natureza convencional desta doação não se concilia com a unilateralidade das disposições *mortis causa*.

A sua importância foi grande, sobretudo porque permitia substituir o testamento. A aproximação destas doações aos legados levou a que Justiniano unificasse estas figuras²⁴¹, embora não se trate duma equiparação completa, como o próprio Justiniano observou, afirmando que “*tem lugar quase em tudo*”²⁴² e TEÓFILO observasse que “*a donatio mortis causa é quase igual aos legados*”²⁴³. Pode ser mais: *v.g.*, diminuindo o património do doador no momento da sua morte, os herdeiros e legatários são preteridos pelo donatário²⁴⁴.

1.6. Doação *sub modo*.

Nesta modalidade de doações, o doador impõe ao donatário a obrigação (*modus*) de fazer algo a si ou a terceiro. Habitualmente, esta obrigação resultava de um *pactum fiduciae* (que acompanhava a *mancipatio*) ou de uma *stipulatio* em que o donatário prometia ao doador a restituição da coisa doada ou o pagamento de uma pena no caso de não cumprimento do encargo.

O doador era tutelado pela *condictio causa data causa non secuta*, com base no princípio de que, nesta espécie de obrigações, há uma *datio ob causam*²⁴⁵. E se o *modus* fosse estabelecido a favor de terceiro, este era protegido com uma *actio utilis*²⁴⁶.

1.7. Doação de *pater a filius*.

Os juristas romanos consideravam esta doação nula por não ser possível uma relação patrimonial entre *pater* e *filius in potestate*²⁴⁷.

No entanto, não deixava de criar alguns efeitos: se o herdeiro ratificasse a doação ou o *pater* não retirou o pecúlio ao filho donatário no ato da sua emancipação, este podia usucapir a coisa doada²⁴⁸.

E, nos alvares da época pós-clássica, Valeriano e Galieno determinaram, no ano 260, a convalidação da doação se o *pater* morresse sem a ter revogado ou o

²⁴⁰ Cf. D. 39,6,42pr.

²⁴¹ Cf. C. 8,56,4; D. 39,6,37pr.

²⁴² Cf. I. 2,6,1: “...ut per omnia fere legatis connumeretur”.

²⁴³ Cf. Par. 1,7,1.

²⁴⁴ Cf. D. 39,6,1pr.

²⁴⁵ Cf. D. 23,3,9pr.

²⁴⁶ Cf. C. 8(54)55,3,1.

²⁴⁷ Cf. FV. 294, D. 41,5,2,2; -41,6,1,1. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 345-346.

²⁴⁸ Cf. D. 41,6,4; FV. 260; -294.

filho donatário fosse emancipado²⁴⁹.

1.8. Doação *propter nuptias*.

Estamos perante um instituto obscuro sob os aspetos histórico e dogmático. A sua origem é incerta e o seu desenvolvimento não se mostra orgânico. Afirmou-se no Oriente, na época pós-clássica, por influência de vários fatores²⁵⁰.

Esta doação está ligada ao costume universal de donativos entre noivos e, no Oriente, assumiu particular importância e desempenhou funções específicas que estão presentes na legislação de Constantino a Justiniano: visava reforçar os esponsais, servia de apanágio à esposa no caso de se tornar viúva; constituía uma penalização no caso de divórcio por culpa do marido; e compensava o dote²⁵¹.

No direito justinianeu a *donatio propter nuptias* foi equiparada ao dote dado pelo marido à mulher²⁵².

Importa, no entanto, separar duas épocas: enquanto na época clássica, esta doação só podia ser feita antes do matrimónio, porque, de contrário, incorria na proibição das doações entre cônjuges, Justiniano admitiu a possibilidade de ser aumentada durante o matrimónio²⁵³; e, avançando mais, determinou que também podia ser feita na constância do matrimónio²⁵⁴. Por isso, a expressão *ante nuptias* foi substituída por *propter nuptias*.

2. A influência do direito comum nos nossos dias.

2.1. A doação no direito português.

2.1.1. Caracterização.

A partir da definição que o Código Civil português dá de doação – “*contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito ou assume uma obrigação em benefício do outro contraente*²⁵⁵ –, a doutrina²⁵⁶ caracteriza-a como um contrato que realiza, a favor do donatário, uma atribuição patrimonial à custa da diminuição do património do doador, por espírito de liberalidade.

²⁴⁹ Cf. D. 41,6,4; FV. 194; -260.

²⁵⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 346-347

²⁵¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 346.

²⁵² Cf. C. 5,3,20.

²⁵³ Cf. C. 5,3,19

²⁵⁴ Cf. C. 5,3,20.

²⁵⁵ Cf. art. 940º., nº. 1.

²⁵⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, Petrony, Lisboa, 2017, pp. 103-157 e os Autores aí citados.

A atribuição patrimonial pode consistir na transferência de um direito real ou de crédito, na diminuição do passivo do donatário e na assunção de uma dívida e, por isso, fala-se de doação real, obrigacional e liberatória. Nada de novo se observa em relação ao direito romano.

A diminuição do património do doador exclui a prestação gratuita de serviços (*v.g.*, o comodato, o mútuo sem juros) porque o enriquecimento da pessoa beneficiada não se faz à custa do património da outra. Voltamos a observar a presença do direito romano.

E o espírito de liberalidade, expresso pela locução *animus donandi*, traduz a ideia de generosidade ou espontaneidade que se opõe à necessidade ou cumprimento de um dever. Por isso, não existe doação no cumprimento de uma obrigação natural nem em atos de puro altruísmo (*v.g.*, oferta de presentes em certas épocas do ano ou acontecimentos determinados) por derivarem do cumprimento de regras de trato social e, portanto, envolverem um *animus solvendi*. Estas ideias são igualmente romanas.

Já romana não parece a consideração que o enriquecimento do donatário se faz à custa do correlativo empobrecimento do doador. É certo que o nosso Código é coerente quando dispõe que não existe doação “no repúdio de herança ou legado”²⁵⁷, porque o repudiante não empobrece o seu património, apenas não o aumenta. No entanto, a doutrina não deixa de reconhecer que existe doação quando a renúncia é feita a favor de algum ou alguns dos sucessíveis que seriam chamados na falta do “herdeiro” renunciante²⁵⁸. O direito romano afasta, segundo cremos, esta dualidade, se não perfilharmos a opinião de SAVIGNY²⁵⁹. A primigénia natureza jurídica – recordamos que a doação começou por ser e foi durante vários séculos causa de diversos atos jurídicos e materiais – não desapareceu na doutrina deste consagrado romanista tudesco com reflexos no Código Civil francês que substituiu contrato por *acte* e no Código Civil italiano de 1865 que definia a doação como *ato*²⁶⁰.

Depois, considera-se que a doação pode ser real *quoad effectum* quer isolada, quer conjuntamente: a primeira hipótese ocorre quando transfere a propriedade; a segunda, quando cria a obrigação de o doador entregar a coisa ao donatário tornado proprietário. Pode também ser um contrato puramente obrigacional, situação que ocorre quando o doador assume uma obrigação em proveito do donatário; e pode, finalmente, ser real *quoad effectum* sem gerar obrigações, como sucede na doação manual de coisas móveis²⁶¹. São aspetos que marcam a presença do direito romano.

²⁵⁷ Cf. art. 940º, n.º 2.

²⁵⁸ Cf. art. 2057º, n.º 2.

²⁵⁹ Vide *supra*, n.º 1.1.

²⁶⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, cit., p. 109568.

²⁶¹ Cf. art. 954º.

2.1.2. Doação *mortis causa*.

Também o nosso Código Civil consagra algumas doações atípicas, como a que produz efeitos depois da morte do doador. É certo que, via de regra, a doação *mortis causa* é proibida²⁶² e, apontam-se, como *rationes*, a necessidade de evitar pressões sobre o doador e decisões precipitadas que, ao invés da livre revogação dos testamentos, não poderiam ser livremente revogadas por efeito da estabilidade dos contratos²⁶³. Todavia, afasta a proibição nos casos especialmente previstos na lei²⁶⁴; e converte-a em disposição testamentária se tiverem sido observadas as formalidades dos testamentos²⁶⁵. Também aqui o direito romano não está afastado, se recordarmos que Justiniano equiparou estas doações aos legados.

2.1.3. Doação para casamento.

A doação com vista ao casamento está também prevista no Código Civil português que a define como a que “é feita a um dos esposados ou a ambos, em vista do seu casamento”²⁶⁶. Trata-se, na opinião da doutrina, de liberalidades feitas a quem está para casar e “*destinam-se a facilitar e encorajar a realização de casamentos, contribuindo para a sustentabilidade económica da família*”²⁶⁷.

Podem ser feitas por um dos esposados ao outro, pelos dois reciprocamente ou por terceiro²⁶⁸ e produzir efeitos *inter vivos* e *mortis causa*. Aquelas produzem os seus efeitos a partir da celebração do casamento, salvo disposição em contrário; estas, depois da morte do doador, sendo havidas como pactos sucessórios²⁶⁹.

Sendo feitas entre esposados, nem sequer podem ser revogadas por mútuo consentimento²⁷⁰, pretendendo-se, deste modo, evitar que o doador, valendo-se do ascendente intelectual, moral ou físico sobre o donatário, o possa prejudicar revogando a doação. Por outro lado, porque tais doações só podem ser feitas na convenção antenupcial²⁷¹, evita-se, com a sua irrevogabilidade, que o regime de bens seja alterado depois do casamento.

²⁶² Cf. art. 946º, n.º 1.

²⁶³ Cf. art. 406º, n.º 1.

²⁶⁴ Cf. art. 946º, n.º 1.

²⁶⁵ Cf. art. 946º, n.º 2.

²⁶⁶ Cf. art. 1753º, n.º 1.

²⁶⁷ Vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA *apud* A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, cit., p. 126.

²⁶⁸ Cf. art. 1754º.

²⁶⁹ Cf. art. 1755º.

²⁷⁰ Cf. art. 1758º.

²⁷¹ Cf. art. 1756º, n.º 1.

Como observámos²⁷², estamos perante uma figura jurídica romana, ligada ao costume universal de donativos aos noivos por eles próprios, familiares ou amigos. E que, além de reforçar os esponsais e o dote, serviu de apanágio à esposa no caso de se tornar viúva e constituiu uma penalização no caso de divórcio por culpa do marido.

2.1.4. Doação entre casados.

Relativamente às doações entre casados, o Código Civil português não seguiu o direito romano que, como vimos, as proibiu. Pelo Contrário, admite-as²⁷³, exceto se vigorar imperativamente o regime da separação de bens²⁷⁴. No entanto, consagra a possibilidade de, a todo o tempo, serem revogadas pelo doador sem que lhe seja lícito renunciar a este direito²⁷⁵. Estamos perante um direito estritamente pessoal, porque não se transmite aos herdeiros do doador²⁷⁶. Ou seja, o Código Civil português não deixou de ser sensível à argumentação romana a favor da proibição destas doações: evitar que o cônjuge mais generoso pudesse ser despojado pelo mais egoísta e avaro. Basta pensar que, a todo o tempo, o doador pode revogar a doação. Por outro lado, permitindo a livre revogação, vai ao encontro da imutabilidade das convenções antenupciais: se a doação fosse irrevogável, frustrar-se-ia com facilidade esta imutabilidade²⁷⁷.

Dir-se-á que as nossas Ordenações Filipinas já apontavam para esta via. Efetivamente, determinavam que: 1) *“Se o marido fizer doação à sua mulher, ou a mulher a seu marido, depois de recebidos, posto que entre eles não interviesses cópula, poderá o doador revogar essa doação, quando quiser. E posto que a não revogue, se o que a fez não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer de entre ambos, fica logo essa doação revogada por o nascimento do filho”*²⁷⁸; 2) *“E se o marido fez doação à sua mulher, ou ela a ele, sendo casados, e o que a fez morrer ab intestado sem herdeiros legítimos, descendentes, ou ascendentes, e sem até ao tempo da morte revogar a doação, fica essa doação confirmada...”*²⁷⁹.

Ou seja, não se proibem as doações entre cônjuges, mas concede-se ao doador a faculdade de a revogar arbitrariamente, desde que não houvesse cópula. A *contrario sensu*, a cópula afasta esta revogação. Depois, a doação é revogada com o nascimento de filhos de ambos os cônjuges. E, finalmente, a doação é confirmada

²⁷² Vide *supra*, III, 1.8.

²⁷³ Cf. art. 1761º.

²⁷⁴ Cf. art. 1762º.

²⁷⁵ Cf. art. 1765º., nº. 1.

²⁷⁶ Cf. art. 1765º., nº. 2.

²⁷⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, cit., p. 133.

²⁷⁸ Cf. Ord. Filipinas, IV, LXV, pr.

²⁷⁹ Cf. Ord. Filipinas, IV, LXV, 1.

pela morte do doador se este falecer *ab intestato* e sem herdeiros legítimos²⁸⁰.

Quanto à proibição de tais doações entre cônjuges imperativamente separados de bens, é uma exceção que igualmente se compreende: existe o receio de abusos de influência que um dos cônjuges possa exercer sobre o outro para lhe extorquir um regime ou algumas liberalidades a seu favor. Trata-se duma *ratio*, insíntimos, oriunda do direito romano²⁸¹.

2.1.5. Reversão.

Tal como no direito romano, também o nosso Código Civil consagra a possibilidade de o doador estipular a reversão dos bens doados²⁸²; e determina que “a reversão dá-se no caso de o doador sobreviver ao donatário, ou a este e a todos os seus descendentes”²⁸³. No entanto, enquanto naquele direito a reversão ocorria em circunstâncias determinadas no próprio contrato, agora só funciona se o doador falecer antes do donatário ou dos seus herdeiros. Por outro lado, pelo menos ainda no tempo de Diocleciano (alvores da época pós-clássica), produzia, em regra, efeitos obrigacionais²⁸⁴, enquanto, no direito civil português crua efeitos reais: encontrando-se sujeita a condição resolutiva, os bens doados regressam à titularidade do doador, tudo se passando como se nunca tivessem pertencido ao donatário²⁸⁵.

2.1.6. Doação modal.

A doação modal está também prevista no Código Civil português²⁸⁶, mas com um limite: “o donatário não é obrigado a cumprir os encargos senão dentro dos limites do valor da coisa ou do direito doado”²⁸⁷.

Trata-se de doações que criam restrições ao donatário: a obrigação de cumprir os encargos determinados que, no entanto, não podem ultrapassar o valor doado: haja em vista que, doutro modo, a doação deixaria de ser uma liberalidade. Por isso, se o donatário espontaneamente cumprir o encargo acima do valor da liberalidade, a sua prestação constitui, quanto ao excesso, o

²⁸⁰ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, 8ª. edição, Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, pp. 526 e 528.

²⁸¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 130-134.

²⁸² Cf. art. 960º., nº. 1.

²⁸³ Cf. art. 960º., nº. 2.

²⁸⁴ Vide *supra*, III, nº. 1.3.

²⁸⁵ Ressalva-se, no entanto o registo da cláusula de reversão se a doação tiver por objeto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo. Só nesta hipótese é oponível a quem, entretanto, os tenha adquirido. Cf. art. 960º., nº. 3.

²⁸⁶ Cf. art. 963º., nº. 1.

²⁸⁷ Cf. art. 963º., nº. 2.

cumprimento de uma obrigação natural²⁸⁸.

Porque limitado, o encargo (*modus*) não afasta a natureza da doação: trata-se duma simples cláusula acessória que somente restringe e não funciona como equivalente da coisa ou direito doado.

Finalmente, concede-se a faculdade ao doador, herdeiros e quaisquer interessados de exigirem o cumprimento dos encargos²⁸⁹ e, também, o direito de pedirem a resolução da doação se lhes for conferido pelo contrato²⁹⁰.

É agora fácil verificar que o regime jurídico quer a proteção concedida ao doador e demais interessados têm uma fortíssima influência romana²⁹¹.

2.1.7. Revogação.

Sendo a doação um contrato, em princípio deve ser irrevogável²⁹². No entanto, o Código afasta-se do regime geral dos negócios jurídicos, determinando que é livremente revogável pelo doador enquanto não for aceita, desde que observe as formalidades da declaração negocial²⁹³.

Todavia, depois de aceita, a irrevogabilidade é afastada por ingratidão do donatário²⁹⁴, referindo o Código, como causas de incapacidade: a indignidade de suceder ao doador ou algumas das ocorrências que justificam a deserção²⁹⁵. Assim sucede, nomeadamente, com a condenação como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o doador ou o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado; com a condenação por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos; com a indução, por dolo ou coação, do doador a fazer, revogar ou modificar o testamento; etc²⁹⁶. E, relativamente à legitimidade estão afastados os herdeiros do doador, excetuando o caso de homicídio e dentro de um ano a contar da sua morte²⁹⁷.

A influência romana está bem presente. Como referimos²⁹⁸, os casos de ingratidão não são muito diferentes, se excetuarmos a superveniência dos filhos ao doador e o incumprimento dos encargos que só permite resolver a doação

²⁸⁸ Cf. art. 402º.

²⁸⁹ Cf. ar. 965º.

²⁹⁰ Cf. art. 966º.

²⁹¹ Vide *supra*, III, 1.6.

²⁹² Cf. art. 406º, n.º 1.

²⁹³ Cf. art. 969º, n.º 1.

²⁹⁴ Cf. art. 970º.

²⁹⁵ Cf. art. 974º.

²⁹⁶ Cf. arts. 2034º. e 2166º.

²⁹⁷ Cf. art. 976º, n.ºs. 1 e 3.

²⁹⁸ Vide *supra*, III, 1.2.

se assim tiver sido previsto no contrato²⁹⁹. E a legitimidade excecionalmente reconhecidas aos herdeiros do doador é outra marca romana.

2.2. A doação noutros direitos europeus.

Sem a pretensão de analisarmos os diversos direitos europeus suportados pela base do direito romano, não silenciaremos os ordenamentos jurídicos civis da Espanha, Itália, França e Alemanha, Países pelos quais o *ius commune* alastrou e progrediu graças, sobretudo, às Escolas ou correntes do pensamento jurídico que difundiram a *ius scientia* feita de direito romano e de direito canónico.

Em Espanha, o Código Civil define a doação como “*un acto de liberalidade por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*”³⁰⁰. Prevê as doações *mortis causa*, mas sujeita-as às regras da sucessão testamentária³⁰¹, assim como as doações onerosas³⁰². A doação considera-se perfeita no momento em que o doador conhece a aceitação do donatário³⁰³. Admite a possibilidade de reversão a favor do doador em “*cualquier caso y circunstancias*”³⁰⁴. Prevê a revogação da doação *inter vivos* por superveniência de filhos do doador³⁰⁵, por incumprimento das condições impostas ao donatário³⁰⁶ e por ingratidão do donatário nos casos previstos³⁰⁷. E dispõe que, tratando-se de ingratidão do donatário, a ação não se transmite aos herdeiros do doador³⁰⁸. Prevê também as doações por razão de matrimónio³⁰⁹ que ficam sem efeito se não for celebrado no prazo de um ano³¹⁰.

A doutrina – seguimos MANUEL ALBALADEJO³¹¹ e LUIS DÍEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN³¹²-- assinala que a doação é um contrato “*en cuya virtud una parte (donante) por espíritu de liberalidade empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra (donatario), que se enriquece*”³¹³. Todavia,

²⁹⁹ Cf. art. 966º.

³⁰⁰ Cf. art. 618.

³⁰¹ Cf. art. 620.

³⁰² Cf. art. 622.

³⁰³ Cf. art. 623.

³⁰⁴ Cf. art. 641.

³⁰⁵ Cf. art. 644.

³⁰⁶ Cf. art. 647.

³⁰⁷ Cf. art. 648.

³⁰⁸ Cf. art. 653.

³⁰⁹ Cf. art. 1.336

³¹⁰ Cf. art. 1.342.

³¹¹ Vide MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 14ª. edição, Edisofer, SL, Madrid, 2011.

³¹² Vide LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil, II*, 9ª. edición, 3ª. reimpressão, Tecnos, Madrid, 2003.

³¹³ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 578.

contrariamente à definição legal, recorre ao empobrecimento do doador e ao correlativo enriquecimento do donatário. Ou seja, segue a opinião de SAVIGNY que não é – pelo menos, segundo pensamos – a verdadeira definição romana³¹⁴. Trata-se dum ato gratuito porque, observam LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, “*quien la realiza no recibe a cambio ninguna contraprestación*”³¹⁵.

Depois, embora o Código Civil fale de *acto*, aquele civilista entende que se trata dum contrato, invocando, em seu apoio, o conforto do Tribunal Supremo e a opinião mais extensa da doutrina³¹⁶. E, fiel à tradição jurídica espanhola que atribui à compra e venda efeitos obrigacionais, considera-se que a doação, salvo se houver entrega simultânea da coisa doada que produz a transferência da propriedade, obriga o doador: *v.g.*, “*cuando por escrito se dona una cosa mueble, sin entregarla, se queda obligado a transmitir su propiedad*”. É certo que, refere MANUEL ALBALADEJO, que “*también hay donaciones que de por sí, es decir, sin necesidad de tradición (...) el donatário se convirtiese en propietario del bien donado*”. No entanto, escreve: “*En mi opinión, la letra del art. 609 no corresponde a su espíritu (...) no se sustrae a la necesidad de tradición para transmitir el derecho donado*”³¹⁷. E, em consequência, o Autor refere que o doador fica obrigado (“*nasce (da doação) un derecho de crédito para el donatario) a transmitir la propiedad de la cosa donada (para lo que deberá entregar ésta: tradición), si fue donación de propiedad, o a constituir o transmitir al donatario el derecho donado (también, mediante tradición, cuando proceda), o a liberarle de la obligación o gravamen de que se tratase*”. Excetua-se a doação modal “*en la que la entrega de lo donado se realiza sin donarlo*”³¹⁸. E conclui, dizendo: “*La afirmación de que odanación y obligación son incompatibles (...) no es admisible a la vista de los textos legales ni a la jurisprudência del T.S.*”³¹⁹. Persistem, no entanto, divergências doutrinárias, como observamos, *v.g.*, em FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, par quem “*de acuerdo com el párrafo segundo del ar. 609 CC, el efecto fundamental de la donación es la transmisión de la propiedad o del derecho ral objeto de la misma al donatario, pues la donación, como dice al art. 618 CC, é un acto de disposición*”³²⁰

³¹⁴ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. ; e, no mesmo sentido, invocando SAVIGNY, vide LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 306.

³¹⁵ Vide LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 306, para quem na doações modais a prestação imposta ao donatário “*ha de ser en todo caso inferior al valor de lodoado y además no se prduce nunca como un intercambio de prestaciones entre el que da y quien recibe*”.

³¹⁶ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, pp. 579-580.

³¹⁷ Transcrevemos MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 583. Diferente parece ser a opinião de LUIS DÍEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 307, para quem “*la donación es un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial si se hace com las formas y solemnidades legales*”.

³¹⁸ Transcrevemos MANUAL ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 601.

³¹⁹ Voltamos a transcrevemos MANUAL ALBALADEJO, *ibidem*, 602.

³²⁰ Transcrevemos FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *Institutiones de dereco civil*. Tirant de

Depois, observa-se a inexistência da responsabilidade por evicção, excetuando a doação onerosa e fundamenta-se esta irresponsabilidade do doador no caráter gratuito da aquisição do donatário³²¹. E, quanto aos vícios, “*el donante no queda obligado al saneamiento de lo donado, a menos que se hubiese pactado tal obligación*”³²².

E relativamente à doação *mortis causa*, invoca-se a sua origem histórica quando a doação se fazia por causa de morte ou de perigo mortal, “*sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en caso de vivir*”, situações que lhe transmitem as suas características fundamentais: revogabilidade pelo doador; necessidade de o donatário sobreviver ao doador³²³.

Apreciando as doações modais ou onerosas, refere-se que a obrigação imposta do donatário “*es produto de una determinación accesoria de la voluntad del donante, pues quiere principalmente enriquecer gratuitamente el donatario (animus donandi), pero además pretende la consecución de otros fines: la liberalidade es el vehículo para su obtención*”. No entanto, “*la asunción de la carga por el donatario no es contraprestación de la liberalidade*”³²⁴. Relativamente ao “*saneamiento de la cosa donada com carga, no siendo da donación modal, no queda obligado el donante, siéndolo, lo queda en tanto en cuanto el valor del gravamen sobrepase el enriquecimiento que lo donado reporto efectivamente al donatario*”³²⁵

Quanto à faculdade de o doador estipular a reversão da coisa doada, seja a seu favor, seja de terceiros, afirma-se que se trata duma “*verdadeira sustitución, y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas*” e pode depender de condição ou de um prazo³²⁶. A posição jurídica do donatário é igual a do herdeiro fiduciário numa substituição fideiominissária e, portanto, “*há de conservar los bienes, no pudiendo dispor de ellos, salvo en la reversión condicional, aunque quedando en esta última hipóteses los actos de disposición sujetos también a condición*”³²⁷.

Não é permitida a doação de todos os bens, pois é necessário que o doador

lo Blanch, Valência, 2016, p. 187.

³²¹ Vide LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, cit., pp. 313-314. Vide também MANUEL ALBALADEJO, , p. 603.

³²² Transcrevemos MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 603.

³²³ Vide LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 319. Vide também MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 606, para quem estas doações “*no son realmente un acto mortis causa*”. Todavia, “*como sin duda que se hacen en atención a la muerte, y en outro caso no se habrían hecho, se pueden calificar de mortis causa*”.

³²⁴ Vide LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, cit., p. 320; e MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, cit., p. 608, para quem “*toda donación es esencialmente gratuita, porque el donante no recibe nada a cambio de lo que da*”; por isso, “*es inexacto calificar de onerosa (aunque sólo sea parcialmente) a la donación modal*”.

³²⁵ Transcrevemos MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 609.

³²⁶ Vide LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 323.

³²⁷ Transcrevemos LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *ibidem*, p. 324.

reserve o necessário para viver “*en un estado correspondente a sus circunstancias*”, podendo a reserva incidir sobre direitos distintos da propriedade ou do usufruto. Se a doação não cumprir esta disposição, não será nula, mas redutível³²⁸.

Relativamente às doações entre casados, refere que inicialmente, não podiam doar entre si os cônjuges durante o matrimónio, exceto de se tratasse de “*regalos módicos que se hiciesen en ocasiones de regocijo para la familia (C.c., antiguo, art. 1334)*”³²⁹. De todo o modo, não se tratava de doação, “*sino liberalidade de uso*”³³⁰. O silêncio do Código e da doutrina espanhola mostra que a doação entre casados não existe no atual ordenamento jurídico civil espanhol.

Finalmente, quanto à revogação, afirma-se que, como regra, doação é irrevogável, por se tratar dum contrato. No entanto, há causas que a deixam sem efeito, como a superveniência de filhos na doação *inter vivos*, a ingratidão do donatário, cujas causas estão legalmente fixadas, e o incumprimento dos encargos³³¹. Mas a revogação não tem efeitos retroativos: “*subsiste la eficacia de los actos realizados por el donatario sobre lo donado. Y si esto no puede ser devuelto, o no puede serlo libre de gravámenes, como se entrego, lo será su valor, o, demás de devolverlo gravado, habrá que abonar el valor del gravamen*”³³²

Em Itália, o velho Código Civil de 1916 consagrava a proibição romana das doações entre cônjuges, dispondo que “*i coniugi non possono durante il matrimonio farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà nella forme e secondo le regole stabilite per tali atti*”³³³. No entanto, por se tratar duma proibição talvez excessiva³³⁴ -- chega mesmo a admitir-se que se trata dum instituto que “*ordinamenti giuridici di nazioni civilissime lo ignorano completamente*”³³⁵ --, o artigo que a consagrava acabou por ser declarado “*costituzionalmente illegittimo*” por decisão da Corte Constitucional de 27 de junho de 1973.

O atual Código Civil (de 1942) define a doação como “*il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione*”³³⁶. Prevêem-se as doações “*in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore de uno ou di entrambi o del figli nascituri da questi*” que se tornam perfeitas sem

³²⁸ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 600.

³²⁹ Voltamos a transcrever MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 595.

³³⁰ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 595.

³³¹ Vide LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, cit., pp. 314-319; e MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, cit., pp. 615-621.

³³² Transcrevemos MANUAL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 621.

³³³ Cf. art. 1054.

³³⁴ Vide ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, trad. da 6ª. edição italiana por Paolo Capitanio, Bookseller, Campinas, 1999, p. 527,

³³⁵ Transcrevemos VINCENZO RODOLFO CASULI, *Donazione (diritto civile)*, cit., p. 979, que cita, como exemplos, os Códigos austríaco, germânico e suíço, a que podemos acrescentar o espanhol.

³³⁶ Cf. art. 769.

necessidade de aceitação, “*ma non produce effetto finchè non segua il matrimonio*”³³⁷. São possíveis cláusulas de reversibilidade “*sia per il caso de premorienza del solo donatário, sia per il caso de premorienza del donatário e dei suoi discendenti*”³³⁸. Os seus efeitos consistem na resolução de todas as alienações dos bens doados e de os fazer regressar ao doador livres de todo o ónus ou hipoteca, com algumas exceções, como havendo uma hipoteca inscrita para garantia do dote³³⁹.

Igualmente prevista é a doação modal, sendo o donatário “*tenuto all’adempimento dell’onere entro i limiti del valor della cosa donata*”³⁴⁰. Relativamente à garantia por evicção, responsabiliza-se o doador para com o donatário, se esta garantia foi expressamente prometida, se a evicção depende de dolo ou de facto pessoal do doador ou se se trata de doação modal ou remuneratória, casos em que “*la garantia è dovuta fino alla concorrenza dell’ammontare degli oneri o dell’entità delle prestazioni ricevute dal donante*”³⁴¹. E quanto aos vícios da coisa doada, a garantia do doador não se lhes estende, exceto salvo pacto especial ou se o doador incorreu em dolo³⁴².

Finalmente estão previstas, como causas de revogação, a ingratidão do donatário e a superveniência de filhos³⁴³.

A doutrina³⁴⁴ destaca o carácter contratual da doação e distingue as doações reais, (ou com efeito real) com as quais se transfere ou constitui o direito sobre um bem, as doações liberatórias, com que se renuncia a um direito e as doações promissórias com as quais se assume uma obrigação para com o donatário. Neste contexto, fala-se de “*arricchimento del donatário e il depauperamento del donante*”³⁴⁵.

As doações são irrevogáveis com a aceitação notificada ao doador. Excetua-se o ato formal de aceitação nas doações nupciais, cuja eficácia depende do matrimónio³⁴⁶.

Nota-se também que o donatário “*ha sempre l’obbligo di fornire gli alimenti al donante che in seguito ne venga ad avere bisogno, purchè non si tratti di donazione obnuziale o di donazione remuneratoria*”, mas o donatário “*non è tenuto oltre il valore*

³³⁷ Cf. art. 785.

³³⁸ Cf. art. 791.

³³⁹ Cf. art. 792.

³⁴⁰ Cf. art. 793.

³⁴¹ Cf. art. 797.

³⁴² Cf. art. 799.

³⁴³ Cf. arts. 800 a 803.

³⁴⁴ Seguimos de perto ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 34^a edição, CEDAM, Pádua, 1993, pp. 858-861; e VINCENZO RODOLFO CASULI, *Donazione (diritto civile)* em *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè Editore, 1964, pp. 966-991.

³⁴⁵ Vide VINCENZO RODOLFO CASULI, *ibidem*, p. 977. Ainda segundo este Autor, a doação com efeitos reais, seja translativa de propriedade ou constitutiva de direitos reais, “*ha tradizionalmente formato il paradigma dell’istituto*”.

³⁴⁶ Vide ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 858.

*della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio*³⁴⁷.

E relativamente à reversibilidade, observa-se uma condição resolutiva, por efeito da qual “*si risolvono ex tunc tutte le alienazioni fatte dal donatário, e i beni ritornano al donante liberi, di regola, da pesi o ipoteche*”³⁴⁸.

Na França, o Código Civil determina que “*on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies*”³⁴⁹. Distingue a doação *inter vivos*, como “*un acte par lequel le donateur se dépouille acuellement et irrévocablement de la chose en faveur du donataire au l’accepte*”³⁵⁰ e exige a presença do notário, sob pena de nulidade³⁵¹. Só produz efeitos quando for aceita³⁵² e o doador pode estipular o regresso dos objetos doados, seja para o caso de o donatário falecer primeiro, reversão que só pode beneficiar o doador³⁵³. O efeito do “*droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés*” e que tais bens regressem “*quites de toutes charges et hipoteques*”³⁵⁴.

Quanto à revogação da doação *inter vivos*, somente poderá ter lugar “*pour cause d’inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, por cause d’ingratitude, et por cause de survenance d’enfants*”³⁵⁵. Na primeira hipótese, são previstas as seguintes causas de ingratidão: se o donatário atentou contra a vida do doador; se é “*coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves*”; e se recusa alimentos ao doador³⁵⁶. No entanto, as doações para casamento não serão revogáveis por ingratidão³⁵⁷.

Olhando para a doutrina civilista francesa, “*la donation opere transfert de propriété à titre gratuit: sans prix*”³⁵⁸. E, comparando a compra e venda com a doação, refere que a capacidade de dispo e de receber, não são as mesmas: “*la vente implique une garantie quant à la chose fournie, qui n’existe pas dans la donation en raison de sa gratuité*”. E quanto à *donation ave charges*, *semble se trouver à mi-chemin entre le gratuit e l’onéreux*”, mas a obrigação que onera o donatário “*ne constitue pas un prix, l’intention libérale predomine généralement dans l’esprit do donateur*”.

Na Alemanha, o B.G.B refere que “*uma atribuição pela qual alguém, à custa do seu patrimônio, enriquece outro, é doação quando ambas as partes estiverem de acordo*

³⁴⁷ Transcrevemos ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 860.

³⁴⁸ Voltamos a transcrever ALBERTO TRABUCCHI, *ibidem*, p. 861.

³⁴⁹ Cf. art. 893.

³⁵⁰ Cf. art. 894.

³⁵¹ Cf. art. 931.

³⁵² Cf. art. 932.

³⁵³ Cf. art. 951.

³⁵⁴ Cf. art. 952.

³⁵⁵ Cf. art. 953.

³⁵⁶ Cf. art. 955.

³⁵⁷ Cf. art. 959.

³⁵⁸ Transcrevemos JÉRÔME HUET, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1996, p. 61.

sobre a circunstância de que a atribuição tenha lugar a título gratuito”³⁵⁹. Depois, determina que “o doador tem de responder por dolo ou por negligência grave”³⁶⁰; e, “se o doador ocultar dolosamente um vício do direito, estará obrigado a satisfazer, ao donatário, o dano daí resultante”³⁶¹. Tratando-se de doação modal, o dador “poderá exigir a execução do encargo se, do seu lado, satisfizer e a prestação”³⁶². Se o doador, depois da execução da doação, “ficar fora de condições de, convenientemente, satisfazer a sua manutenção e de realizar as obrigações de alimentos que lhe incumbem, pela lei, ante seus parentes, seu cônjuge ou seu cônjuge anterior, poderá exigir do donatário a devolução da doação de acordo com as disposições sobre a”³⁶³ devolução do enriquecimento ilícito”. Quanto à revogação, a doação “pode ser revogada quando o donatário, por um falta grave contra o doador ou um parente próximo do doador, tornar-se culpado de ingratidão grave”³⁶⁴. Mas “a revogação está excluída se o doador perdeu ao donatário” e “depois da morte do doador a revogação não é mais admissível”³⁶⁵.

No Brasil, o Código Civil diz que “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu património bens ou vantagens para o de outra”³⁶⁶. Depois, a propósito da doação para casamento, determina que “a doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que de futuro houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta da aceitação e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”³⁶⁷. Prevê-se também a possibilidade de “o doador estipular que os bens doados voltem ao seu património, se sobreviver ao donatário”³⁶⁸ e proíbe-se a reversão a favor de terceiro³⁶⁹. Considera-se nula “a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”³⁷⁰. Relativamente à evicção e a vício redibitório, afasta-se a responsabilidade do doador³⁷¹. Prevê-se a hipótese de a doação ser onerada com encargos seja a favor do doador, seja de terceiro ou do interesse geral³⁷². Quanto à sua revogação, “a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo”³⁷³ e determinam-se

³⁵⁹ Cf. § 516.

³⁶⁰ Cf. § 521.

³⁶¹ Cf. § 523.

³⁶² Cf. § 525.

³⁶³ Cf. § 528.

³⁶⁴ Cf. § 530.

³⁶⁵ Cf. § 532.

³⁶⁶ Cf. art. 538.

³⁶⁷ Cf. art. 546.

³⁶⁸ Cf. art. 547.

³⁶⁹ Cf. art. 547, parágrafo único.

³⁷⁰ Cf. art. 548.

³⁷¹ Cf. art. 552.

³⁷² Cf. art. 553.

³⁷³ Cf. art. 555.

as causas de ingratidão³⁷⁴. Todavia, o direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador³⁷⁵ e, tratando-se de homicídio doloso do doador, “a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado”³⁷⁶. Também “a doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora”³⁷⁷, mas não é revogável por ingratidão do donatário³⁷⁸. Também não é suscetível de revogação por ingratidão as doações feitas para determinado casamento³⁷⁹.

No que aqui interessa destacar, a doutrina – privilegamos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³⁸⁰ e ORLANDO GOMES³⁸¹ -- observa que o legislador “quis tomar posição diante de controvérsia existente (entre) o Código Civil francês (que não alinha a doação entre os contratos” e “a ideia contratualista sustentada firmemente por WINDSCHEID, DERNBURG e GIORGI, que domina códigos – alemão, suíço, português, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano, mexicano – partindo do pressuposto fático do acordo das vontades”³⁸², optando pela sua natureza contratual³⁸³. Fala de doação modal, cujo encargo constitui uma restrição ao donatário sem “assumir o aspeto de contrapartida”³⁸⁴ cujo incumprimento “pode ser sancionado com a revogação do benefício”³⁸⁵. Depois, observando a possibilidade de a doação ser feita *propter nuptias*, refere que “a sua eficácia fica sujeita à celebração do casamento em contemplação do qual é realizada”³⁸⁶. E fala da doação *mortis causa* como reminiscência romana. Nota-se também que a definição de doação comporta o enriquecimento do donatário à custa do empobrecimento do doador³⁸⁷, ou seja, o acolhimento da doutrina de SAVIGNY.

Quanto aos seus efeitos, observa-se que a doação “não opera, por si só, a transferência do domínio” e, embora o artigo 538 pareça consagrar efeitos reais,

³⁷⁴ Cf. art. 557.

³⁷⁵ Cf. art. 560.

³⁷⁶ Cf. art. 561.

³⁷⁷ Cf. art. 562.

³⁷⁸ Cf. art. 564, I.

³⁷⁹ Cf. art. 564, IV.

³⁸⁰ Vide CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, III, *Contratos*, 11^a. edição, atualizada por Regis Fichtner, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 245-268.

³⁸¹ Vide ORLANDO GOMES, *Contratos*, 26^a. edição atualizada por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 253-264.

³⁸² Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, cit., p. 245.

³⁸³ Vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, pp. 253-254, para quem as situações em que o consentimento do donatário não se verifica “são casos excepcionais, de menor importância, não prejudicam a tese vitoriosa, da contratualidade”.

³⁸⁴ Voltamos a transcrever CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 253. Vide também ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 262.

³⁸⁵ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 253.

³⁸⁶ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 255.

³⁸⁷ Vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 253.

considera-se que se trata de “*mera aparência*” e invoca-se que a “*regra dominante da aquisição da propriedade está firmemente enunciada no art. 1.245 em relação aos imóveis e art. 1.267 para as coisas móveis*”. A doação “*tem o sentido de ato causal, para que o facto subsequente (transcrição ou tradição) produza o efeito aquisitivo: cria a obrigação de transferir a propriedade da coisa doada, mas não tem o efeito real de realizar aquela transmissão*”³⁸⁸.

Observa-se também a possibilidade de a doação ter a cláusula de reversão que “*opera como condição resolutiva, com desfazimento dos atos realizados pelo donatário e restituição do bem doado, ainda que tenha havido alienação, porque é efeito natural da propriedade resolúvel esta reversão*”, embora “*os frutos pertençam ao donatário*” e “*são igualmente mantidos os atos de administração, como alugueis ajustados*”³⁸⁹.

E quanto à evicção e ao vício redibitório, o doador não responde, salvo se tiver expressamente assumido os riscos ou se a doação tiver sido efetivada para casamento com certa e determinada pessoa³⁹⁰.

Relativamente às causas de nulidade, destaca-se “*a doação universal sem a reserva de usufruto ou renda suficiente para a subsistência do doador*”³⁹¹. E quanto à revogação, observam-se causas específicas: ingratidão do donatário e incumprimento do encargo (doação modal) e nota-se que só o doador pode promover a revogação que está afastada se o doador houver perdoado o donatário³⁹². No entanto, a doação *propter nuptias* não é revogável “*por vir animada do objetivo de auxiliar os nubentes nos encargos oriundos da constituição da sociedade conjugal*”³⁹³. E “*em nenhum caso é lícito renunciar, por antecipação, à faculdade de revogar a doação por ingratidão do donatário, porque se trata de direito instituído com caráter de ordem pública*”³⁹⁴. Quanto aos efeitos da revogação, “*é inadmissível a modificação do contrato de doação que já foi executado com o registo do imóvel doado, necessário à produção do efeito translativo*”³⁹⁵. Por isso, “*se terceiro adquiriu direito real sobre a coisa, este subsiste, seja de gozo seja de garantia*”.³⁹⁶

Quanto às doações entre cônjuges, paira um silêncio total no Código Civil e na doutrina, que temos seguido. Todavia, no Esboço de Código Civil

³⁸⁸ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, pp. 258-259. No mesmo sentido, vide ORLANDO GOMES, *Contratos*, cit., p. 255.

³⁸⁹ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 260. Vide também ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 260.

³⁹⁰ Vide CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, cit., p. 260.

³⁹¹ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 262. Vide também ORLANDO GOMES, *Contratos*, cit., pp. 262-264.

³⁹² Vide CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 264; e ORLANDO GOMES, *ibidem*, pp. 262-264.

³⁹³ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 268.

³⁹⁴ Transcrevemos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ibidem*, p. 268.

³⁹⁵ Transcrevemos ORLANDO GOMES, *Contratos*, cit., p. 264.

³⁹⁶ Voltamos a transcrever ORLANDO GOMES, *Contratos*, cit., p. 264.

de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, observamos que “*proíbe-se que façam doações: 1º. Os cônjuges, um ao outro, qualquer que seja o regime do casamento*”³⁹⁷. Esta proibição que, como vimos, remonta ao direito romano, compreende-se se não ignorarmos a altíssima cultura jurídica que TEIXEIRA DE FREITAS recebeu do direito romano.

Olhando para as nossas Ordenações Filipinas, verificamos que não proibiram a doação entre cônjuges, mas concedem ao doador a faculdade de a revogar arbitrariamente, desde que não houvesse cópula. *A contrario sensu*, a cópula afasta esta revogação. Depois, a doação é revogada com o nascimento de filhos de ambos os cônjuges. Finalmente, a doação é confirmada pela morte do doador se este falecer *ab intestato* e sem herdeiros legítimos³⁹⁸.

Em conclusão, a tradição portuguesa era menos radical do que a doutrina de TEIXEIRA DE FREITAS: enquanto, para este, as doações entre casados deviam ser proibidas, para aquela eram válidas, embora pudessem ser livremente revogadas pelo doador se não tivesse havido cópula e por superveniência de filhos. Numa palavra, o ilustre civilista brasileiro estava mais próximo do direito romano.

IV CONCLUSÕES

1. Compra e venda.

1. Na época clássica, a compra e venda romana é um contrato consensual que produz somente efeitos obrigacionais: o vendedor obriga-se a transferir a posse, livre e pacífica, ao comprador e, este, a pagar-lhe o preço em dinheiro. O preço pode ser fixado em momento posterior, de acordo com critérios determinados no momento da compra e venda. O comprador adquiria a propriedade ou através de negócio idóneo (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) ou por usucapião.

2. Entretanto, era protegido pela *actio furti* e pelos instrumentos protetores da posse. Se a coisa fosse danificada, o vendedor respondia por custódia, antes da sua entrega ao comprador. Se os danos fossem causados por caso fortuito ou força maior, o comprador respondia pelo risco, mantendo a sua obrigação de pagar o preço.

3. Tratando-se de defeitos ou vícios ocultos, o vendedor respondia, primeiro, se tivesse expressamente declarado que não existiam; mais tarde,

³⁹⁷ Transcrevemos AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço de Código Civil II*, Typografia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1864, art. 2.124, p. 380.

³⁹⁸ Vide *supra*, III, 2.1.4; e M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8ª. edição, Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, pp. 526 e 528.

mesmo sem esta declaração. Se os tivesse ocultado de má fé, respondia por dolo. O comprador dispunha da *actio redhibitoria* e da *actio aestimatoria* que lhe permitiam, respetivamente, pedir a resolução do contrato e diminuição do preço, caso preferisse manter a compra e venda.

4. O vendedor respondia por evicção: primeiro, por efeito duma *stipulatio*; posteriormente, do próprio contrato de compra e venda. Nesta hipótese, para não responder, devia desobrigar-se através do *pactum de non praestanda evictione*.

5. As partes podiam complementar a compra e venda com diversos pactos ditos *ex* (ou *in*) *continenti*, que produziam efeitos diversos verificadas determinadas condições: a resolução do contrato, a faculdade de o vendedor resgatar a coisa vendida, e faculdade de preferir na eventual venda feita pelo comprador, etc.

6. Na época clássica tardia, este quadro da compra e venda ainda se conserva, apesar da invasão da compra e venda oriental (sobretudo grega), marcada pela transferência da propriedade no momento do pagamento do preço e a favor de quem o dinheiro pertencia. Na base deste regime está a desconfiança reinante no mundo negocial grego.

7. Na época pós-clássica, esta influência oriental impôs-se, sobretudo por influência da atividade comercial dos mercadores gregos e pela solução grega se adaptar melhor à estrutura económica do contrato pautada pela troca de coisas por dinheiro.

Junta-se o abandono, no mundo romano, dos velhos hábitos campesinos, substituídos pela nova economia capitalista e mercantil.

8. No entanto, a influência da compra e venda grega não foi total: a propriedade transfere-se por efeito do contrato (passou a produzir efeitos reais) e não depende do pagamento do preço que pode ser posterior. Os nomes de Constantino e dos seus sucessores estão ligados a esta transformação.

9. Todavia, em relação ao pagamento do preço persistem dúvidas que os textos contraditórios não têm permitido resolver. Há os que dispensam o pagamento do preço para que a propriedade seja transferida; os que o exigem ou substituem pela prestação duma garantia; e, no mesmo sentido, os que falam da suspensão deste efeito enquanto o preço não for pago ou a garantia não for prestada. São posições que, aliás, não surpreendem se considerarmos a decadência do pensamento jurídico da época, com reflexos muito graves na vulgarização do direito romano.

10. A época justinianeia enfrentou estas dificuldades, sem, no entanto, as ter resolvido: dum lado, estava a simpatia classicista de Justiniano; do outro, a prática negocial bizantina que se vinha impondo. É, no entanto, provável que se tenha imposto a ideia clássica segundo a qual a compra e venda produz efeitos obrigacionais e de que a propriedade (e não só a posse, como outrora) só se transfere com a *traditio* da coisa vendida, obrigação assumida pelo vendedor. Porém, não deixou também de se reconhecer a ideia de que sem o pagamento do preço ou a prestação duma garantia pelo comprador, a propriedade não

se transfere. Para ultrapassarmos esta aparente contradição, importará ver no pagamento do preço ou na prestação duma garantia o cumprimento duma condição suspensiva. Ou seja, a propriedade transfere-se com a *traditio* da coisa vendida, mas fica suspensa até ao pagamento do preço ou à prestação de garantia que o substitua.

11. Esta conclusão vai ao encontro do pensamento de ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, o Mestre de Múrcia, que rejeitava os excessos da crítica interpolacionística e, por humildade (que julgamos excessiva), não quis correr o risco de apresentar uma hipótese que afastasse as contradições justinianeias. Preferiu confiar nos jovens que estimulou a seguir os estudos romanísticos³⁹⁹. Mesmo assim, aqui fica o nosso entendimento, envolto na homenagem sentidamente que lhe prestamos.

2. Doação.

1. Em Roma, a doação começou por ser a causa de um negócio jurídico, fosse a *mancipatio*, a *in iure cessio* ou a *traditio*, realizado para transmitir uma liberalidade. Eram poucas as restrições à sua prática.

2. Mais tarde, no ano 204 a. C., um plebiscito conhecido por *lex Cincia* proibiu as liberalidades acima de certo valor, exceto entre familiares próximos. Todavia, como estas liberalidades, apesar de proibidas, não eram nulas, cabia ao pretor paralisar a ação de reivindicação do proprietário donatário, se a coisa doada não lhe tivesse sido entregue.

3. Em consequência dessa proibição, tornou-se necessário individualizar a doação para a distinguir de outras liberalidades não proibidas.

4. Subsistem dúvidas sobre se a doação produzia o enriquecimento do donatário à custa do empobrecimento do doador. SAVIGNY responde afirmativamente e, por isso, recusa que haja doação, na renúncia a uma herança por parte de um dos herdeiros a favor de outro. Entendemos, no entanto, que a doação se traduz no enriquecimento do donatário sem envolver necessariamente o empobrecimento do doador. Todavia, as fontes não se orientam por um princípio comum.

5. Na individualização da doação recorreu-se a dois elementos: um objetivo (*causa donationis*) e outro subjetivo (o *animus donandi*). Assim se distingue a doação do precário, do comodato, do mútuo sem juros e do depósito. A estes elementos acresce a espontaneidade e a patrimonialidade, por efeito do qual não há doação nestes negócios por assegurarem simples vantagens.

6. Este processo de individualização, por efeito do qual a doação deixou de

³⁹⁹ Vide ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, *La venda "real" em El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, cit., pp. 45-47.

ser causa de vários atos jurídicos, para se tornar num negócio típico com regime jurídico próprio, teve em Constantino um contributo decisivo. A doação passou a ser considerada um contrato, embora pudesse também manifestar-se em atos materiais, como a plantação gratuita em solo alheio. Considera-se perfeita e, portanto, irrevogável, a doação feita em documento escrito, seguida da *traditio* da coisa doada perante vizinhos e o depósito do *scriptum* nos serviços competentes (*apud acta*).

7. Justiniano deu um passo mais e desformalizou a doação: a *traditio* tornou-se num simples ato executivo, foi dispensada a forma escrita e o depósito *apud acta* nas doações de valor inferior a 500 sólidos e noutras especialmente consideradas, como as destinadas a resgate de prisioneiros, à constituição de dote, etc.

8. Relativamente aos seus efeitos, as doações podiam revestir três espécies: real (transferência da propriedade ou constituição de outro direito real), obrigacional (assunção de obrigação) e liberatória (extinção de direito de crédito do doador).

9. O direito romano consagrou a possibilidade de a coisa doada regressar ao património do doador, embora inicialmente só produzisse efeitos obrigacionais; proibiu as doações entre cônjuges por motivos em que os jurisconsultos divergem, como, *v.g.*, evitar que um espoliasse o outro por amor, etc.; permitiu as doações *mortis causa* em situações em que se temia a morte do doador antes do donatário e, por isso, se não ocorresse, a doação perdia a sua eficácia; consagrou as doações oneradas com encargos (doação modal); proibiu as doações entre pais e filhos, mas permitiu a sua convalidação se o pai morresse sem a ter revogado ou o filho donatário fosse emancipado; consagrou a doação entre noivos (*propter nuptias*); etc.

10. O direito português consagrou a doação como contrato no atual Código Civil e reconheceu-lhe os mesmos efeitos: real, obrigacional e liberatório. Mas proibiu, via de regra, as doações *mortis causa* que converte em disposições testamentárias se forem observadas as formalidades dos testamentos; permite as doações para casamento e entre casados, embora conceda aos doadores a faculdade de as revogarem *ad nutum*; permite também a reversão, a doação modal e a revogação, embora somente por ingratidão do donatário.

11. Percorrendo os restantes direitos europeus, observamos o mesmo regime em Espanha, que também consagra a revogação por superveniência de filhos na doação *inter vivos*, todavia sem efeitos retroativos. Em Itália, na França, na Alemanha, e no Brasil, existe um regime jurídico que substancialmente não é diferente, o que permite afirmar que estamos perante uma figura jurídica contratual fortemente tributária do direito romano.