

PEDRO PAES DE VASCONCELOS

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
Advogado (Lisboa)

O efeito externo da obrigação no contrato-promessa



«COLECCÃO SCIENTIA IVRIDICA»

LIVRARIA CRUZ — BRAGA

1983

PEDRO PAES DE VASCONCELOS

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
Advogado (Lisboa)

O efeito externo da obrigação no contrato-promessa



«COLEÇÃO SCIENTIA IVRIDICA»

LIVRARIA CRUZ — BRAGA

O efeito externo da obrigação no contrato-promessa

«...normativamente entendido, não encontramos o Direito perfeito, qual criatura após a Criação, ou revelado já algures, directa ou indirectamente — conseguimos-lo apenas como algo que se vai logrando, como algo que o pensamento jurídico vai obtendo, através de um esforço de fundamentação *sub specie juris* na resolução dos problemas normativos em que verdadeiramente o constitui. Numa palavra: é tarefa que se faz, não substância que se descobre».

— Castanheira Neves, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito*.

I

Tem sido pouco discutida na doutrina portuguesa a questão dos efeitos externos das obrigações. Na generalidade, é aceite quase sem discussão o dogma da relatividade da obrigação. E no entanto, na Europa está longe de existir a tranquila unanimidade lusitana. Nas doutrinas mais ricas e representativas — alemã, francesa e italiana — a questão é vivamente discutida e pode afirmar-se que, pelo menos em França e na Alemanha, não é dominante a tese mais seguida em Portugal. Seria tarefa espinhosa apurar, em relação à doutrina de outros países, qual a tese dominante. As cambiantes que existem de autor para autor e a dificuldade de equacionar qualidade e quantidade desaconselham a emissão do juízo de preponderância. Uma certeza se torna contudo evidente: a questão não é pacífica e as várias soluções são seguidas por autores de reconhecida qualidade.

Não sendo o Direito das Obrigações em Portugal — nem o Direito Civil — basicamente diferente do Direito europeu de raiz românica, é legítimo aceitar como ponto de partida que a tese dos efeitos externos das obrigações deveria merecer consideração mais atenta também no Direito português.

Consultando Vaz Serra⁽¹⁾, Manuel de Andrade⁽²⁾ e Antunes

(1) ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de terceiro no não cumprimento das obrigações*, in «Boletim do Ministério da Justiça», 85 (1959), págs. 345 e segs.

(2) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Coimbra, 1966, págs.

Varela⁽³⁾, verifica-se nestes autores uma posição comum segundo a qual a obrigação não só não produz efeitos externos como — e ainda mais — não pode logicamente produzi-los.

Vaz Serra afirma peremptoriamente: «A obrigação só pode ser infringida pelo devedor, pois só a ele vincula. Os direitos de crédito, como relativos que são, apenas são eficazes na relação entre credor e devedor»⁽⁴⁾.

Manuel de Andrade escreve: «As obrigações, por seu lado, só podem ser infringidas pelo próprio devedor (ou devedores). Se, por culpa sua, não executa a prestação a que está adstrito, incorre em responsabilidade *contratual* para com o credor, cujo direito ofendeu. Se porventura não cumpre, mas por culpa de terceira pessoa, esta pode incorrer certamente em responsabilidade *extracontratual*. Tratar-se-á, porém, duma responsabilidade *para com o devedor* pelos prejuízos que lhe tenha causado o facto ilícito do terceiro»⁽⁵⁾.

Antunes Varela conclui: «Só, porém, através doutros institutos, como a proibição da concorrência desleal, o abuso do direito (quando se verifique nos pressupostos deste), os negócios usurários, as sanções penais, quando a conduta de terceiro integre qualquer *tipo legal* de infracção criminal (burla, abuso de confiança, simulação, etc.), será possível reagir contra a conduta reprovável do terceiro; nunca mediante um efeito externo que a obrigação não possui»⁽⁶⁾.

As transcrições feitas são suficientemente representativas da posição doutrinal dominante em Portugal e também do vício metodológico que lhe subjaz: a obrigação não tem efeitos externos porque é relativa; a obrigação é relativa porque não tem efeitos externos. Trata-se do círculo vicioso em que vêm sempre a cair as construções que assentam em métodos positivistas logicistas formais.

Os eminentes autores citados não se limitam a afirmar que a obrigação não tem efeitos externos: negam, em abstracto e com foros de necessidade lógico-formal, a possibilidade de esses efeitos se produzirem e, caso ocorram, imputam-nos a outras causas que não a obrigação. Incorrem assim no vício lógico nuclear do conceptualismo formal, não obstante serem considerados, pelo menos Vaz Serra e Manuel de Andrade, integrados na corrente da jurisprudência dos interesses⁽⁷⁾.

(3) JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 3.^a ed., Coimbra, 1980, págs. 157 e segs.

(4) VAZ SERRA, *ob. cit.*, pág. 346.

(5) MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 50.

(6) ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 161.

(7) Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 1978, pág. 501.

VII

Contra a tese defendida podem ser opostas duas ordens de argumentos. Pode afirmar-se a oponibilidade como efeito substantivo do registo predial ou como efeito de natureza real, ou como mero efeito da sentença. E ainda a inaplicabilidade ao caso do art. 271.º do Código de Processo Civil.

O argumento do efeito substantivo do registo predial ou da natureza real do efeito não colhe.

Em primeiro lugar, o registo não é necessariamente predial. O contrato-promessa pode ter por objecto declarações negociais sujeitas, por exemplo, a registo comercial. É o caso do contrato-promessa de cessão de quota de sociedade por quotas cuja acção de execução específica está sujeita a inscrição no registo comercial (os tribunais pronunciaram-se já sobre um caso de execução específica de contrato-promessa de cessão de quota pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-3-74, processo n.º 65 032, publicado na pág. 275 e segs. do BMJ n.º 235).

Além disto, e como ficou já exposto, o direito do promissário não deixa de ser oponível pelo facto de a acção não ser registável. Em caso de execução específica de contrato-promessa de compra e venda de coisa móvel, de cessão ordinária de crédito ou de arrendamento, o direito do promissário é oponível, após a propositura da acção, nos termos do art. 271.º do Código de Processo Civil.

O facto de o registo não ser necessariamente predial e de a sua dinâmica se não alterar no caso de registo comercial da acção de execução específica de contrato-promessa de cessão de quota de sociedade por quotas vem deixar claro que a oponibilidade do direito do promissário nada tem de natureza real. Se na promessa de venda de acções de sociedade anónima seria possível atribuir à oponibilidade algo da natureza real do contrato prometido de compra e venda, já na promessa de cessão de quota de sociedade por quotas o mesmo não pode suceder, pois que nem a cessão de quotas tem natureza real, nem a situação jurídica do titular da quota em relação a esta tem essa natureza: nem a quota é tida para o direito comercial como «coisa», nem a titularidade da quota é qualificável como propriedade ou outro direito real.

O Registo, como instituto jurídico, tem por finalidade e razão de ser a publicidade de certas situações jurídicas de modo que assegure o seu conhecimento pelos terceiros que com elas possam entrar em contacto. Não se pode dizer que a oponibilidade do direito do promissário

seja consequência do registo, mas sim que a sua *inoponibilidade* é consequência da *falta* de registo. O direito do promissário existe, na sua plenitude, independentemente do registo. E não é outra coisa o que consta dos arts. 6.º e 7.º do Código de Registo Predial.

Também não colhe o argumento do efeito da sentença, ou da não aplicabilidade do art. 271.º do Código de Processo Civil.

A acção de execução específica é uma acção constitutiva que corresponde ao exercício de um poder potestativo. O efeito constitutivo vale «erga omnes»⁽¹²⁾. Nas sentenças constitutivas o tribunal começa por conhecer e declarar a preexistência do poder potestativo correspondente; mas esse poder obtém plena satisfação através da própria sentença e, por isso, fica extinto. Donde que, em tais decisões, o efeito definitório da existência do poder potestativo é absorvido pelo próprio efeito constitutivo.

Daqui resulta que são inseparáveis, na sentença constitutiva, a verificação da existência do poder potestativo e a operação do efeito constitutivo. Efeito constitutivo que absorve, aliás, a verificação da existência do poder potestativo.

Não pode pois sustentar-se que, para efeitos de aplicação do preceito do art. 271.º do Código de Processo Civil, o direito litigioso seja o «direito potestativo» e não o direito que, pela acção de execução específica, se pretende ver constituído, modificado, transmitido ou extinto.

Por um lado, o «direito potestativo» não passa de um *poder potestativo* inserido dentro dos múltiplos poderes que integram o direito do credor e que fora dele não encontram autonomia. Ficou demonstrado que o contrato-promessa com execução específica é o tipo dominante de contrato-promessa. A característica que distingue este tipo de contrato-promessa dos demais tipos (ou sub-tipos) é precisamente a de neste se incluir no direito do promissário o poder de obter a execução específica. É esta característica que mais intensamente informa o núcleo de sentido do tipo. Retirar para fora do direito do promissário o poder que é característico do tipo, característico em termos de ser ele que o distingue dos demais, corresponde a descaracterizar o tipo, deixando-o vazio de significado.

Por outro lado, o art. 271.º do Código de Processo Civil aplica-se a casos em que, no decurso da acção, o direito ou a coisa litigiosa são alienados pelo réu. Ora não é possível ao réu alienar o «direito potes-

(12) V. a propósito, por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Fundamentais de Processo Civil*, nova ed. por HERCULANO ESTEVES, Coimbra, 1976, pág. 335.

tativo» do autor (promissário), nem durante, nem antes, nem depois do decurso da acção.

Ao contrário do que possa parecer da colocação sistemática do preceito, o art. 271.º do Código de Processo Civil não se destina unicamente a resolver problemas de legitimidade processual. Segundo Manuel de Andrade, a intencionalidade normativa subjacente ao preceito reside no «princípio segundo o qual a inevitável demora do processo, ou ainda a necessidade de recorrer a ele, não deve ocasionar dano à parte que tem razão», e que se exprime do seguinte modo: «a sentença deve julgar como se o processo tivesse sido decidido logo que instaurado» (13).

Não pode também argumentar-se que a oponibilidade resulte, não do direito do promissário, mas da acção.

Este argumento corresponde a uma concepção pan-processualista do Direito que é de rejeitar (14). A concepção do direito subjectivo como inserido no direito de acção corresponde a opções de Filosofia do Direito que têm sido desenvolvidas por vários autores. No direito português, o art. 4.º do Código de Processo Civil, ao fazer corresponder a cada direito (subjectivo) uma acção, é muito claro na opção pelo carácter instrumental do direito de acção em relação ao direito subjectivo.

Para concluir a refutação dos argumentos expostos, dir-se-á que cabendo ao titular do direito (ao promissário), de acordo com a sua livre vontade, criar as condições de oponibilidade ou, melhor dizendo, afastar as condições de inoponibilidade, e decidir sobre se, sim ou não, vai opor o seu direito, não podendo a oposição ser desencadeada por outrem (conservador do registo ou juiz) que não por ele, sendo o poder potestativo disponível e não sendo de interesse e ordem pública, muito claro fica que faz parte do conteúdo de vontade do direito subjectivo e dos instrumentos que a lei faculta para a sua protecção.

O facto de a oponibilidade ter que ser operada por via judicial não tem o significado de retirar o poder para fora do direito subjectivo do promissário.

Nunca ninguém duvidou de que o poder de resolver contratos por incumprimento da outra parte se insere no direito subjectivo da parte lesada. E no entanto, casos há em que esse poder só pode ser exercido por via judicial. É o caso, entre outros, do poder do senhorio de resolver o contrato de arrendamento para habitação.

(13) MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, págs. 388 e segs.

(14) Sobre este ponto, com desenvolvimento exaustivo, JOÃO DE CASTRO MENDES, *O Direito de Acção Judicial*, Lisboa, 1957.

A exigência da via judicial nada mais significa do que uma maior preocupação de legalidade correspondente a uma maior importância social dos interesses em causa ou delicadeza de aplicação do direito. Nalguns casos, a lei contenta-se com a fiscalização «a posteriori» da licitude do exercício dos direitos. Noutros casos, mais importantes ou mais delicados, o sistema é de fiscalização prévia. Nos segundos, o Estado toma a iniciativa de se assegurar previamente de que o direito existe e de que o seu exercício é lícito; nos primeiros, deixa aos interessados o ónus de recorrerem aos tribunais caso o direito não exista ou o seu exercício seja ilícito. A diferença não é de natureza do direito, mas tão só de modo e intensidade da sua tutela objectiva.

VIII

No início deste estudo fez-se a distinção entre três sub-tipos jurídicos estruturais de contrato-promessa: o do contrato-promessa com «eficácia real», o do contrato-promessa sem eficácia real mas com execução específica e o do contrato-promessa sem eficácia real nem execução específica.

Destes sub-tipos foram deixados de parte o primeiro e o terceiro: o primeiro por nele ser possível explicar a oponibilidade a terceiros como fenómeno de direito real; o terceiro por nele não existir oponibilidade.

O afastamento do terceiro sub-tipo não significa que nesse caso se não possam encontrar efeitos externos em termos de responsabilidade civil de terceiro que culposamente coopera com o credor no incumprimento ou o impossibilita, nos termos dos arts. 483.º e seguintes do Código Civil. Neste estudo o efeito externo está a ser investigado sobre algo de mais intenso do que a responsabilidade civil do terceiro, sobre o poder do credor de *opor* a terceiros o seu direito.

Como ficou demonstrado, é incontestável que no sub-tipo dominante de contrato-promessa, naquele em que, sem a «eficácia real» do art. 413.º do Código Civil, o promissário tem o poder de obter a execução específica da promessa, o direito do credor da promessa é oponível a terceiros.

E, no fundo, outra coisa não existe no art. 413.º do que oponibilidade a terceiros do direito do credor da promessa.

A «eficácia real» a que se refere o art. 413.º não corresponde, em termos de regime, a uma imediata afectação jurídica da coisa objecto do contrato prometido. Do mesmo modo, não corresponde a uma imediata oponibilidade do direito do promissário.

Não existe a afectação jurídica da coisa antes da sentença (a «eficácia real» opera através da execução específica); não existe oponibilidade do direito do promissário antes do registo.

O paralelismo com a problemática do sub-tipo dominante de contrato-promessa é ostensivo: em nenhum deles a afectação da coisa se dá sem a sentença; em ambos a mesma importância do registo.

Existem, contudo, diferenças importantes. O regime do art. 413.º, de acordo com a sua própria letra, só se aplica a contratos-promessa de alienação ou oneração de *coisas imóveis ou de coisas móveis sujeitas a registo*. Por outro lado, no sub-tipo dominante, o facto registado é a acção, enquanto que no regime do art. 413.º é o contrato (titulado por escritura pública).

Independentemente de uma opção, deslocada neste estudo, entre as teses do poder directo e as do poder absoluto em termos de qualificação de situações jurídicas como reais, a verdade é que, de real, a única característica que se conseguiria encontrar no regime do art. 413.º seria a oponibilidade.

A oponibilidade não é contudo qualidade por si só qualificante de situações jurídicas como reais. Não é também delas exclusiva. Nas situações jurídicas reais, além da oponibilidade que se possa encontrar numa análise estrutural, é preciso encontrar também aquele «quid» que a doutrina tem procurado sem encontrar e que é o «núcleo de sentido», algo que sem se identificar com a causa a contém e a distingue dos meros motivos. É, no fundo, o «quid» onde se encontra a razão da juridicidade das situações e das relações da vida tidas como jurídicas.

A afectação de bens a pessoas, para sua satisfação como pessoas, que constitui o núcleo de sentido do direito subjectivo, pode ser feita em termos reais — afectação de coisas pela atribuição de poderes de desfrute dessas coisas — ou em termos pessoais — afectação de outras utilidades (serviços?) pela atribuição de poderes de exigir de pessoas condutas ou abstenções.

Descobrem-se assim dois tipos de afectação jurídica de bens a pessoas, cada um com o seu núcleo dador de sentido: a afectação em termos de desfrute da utilidade (susceptibilidade e apetência da própria coisa para ser utilizada por pessoas, de certo modo) de coisas, onde bem cabem os clássicos direitos reais de gozo, de garantia e de aquisição; e a afectação em termos de possibilidade de exigir e obter de outras pessoas condutas ou abstenções úteis.

A oponibilidade prende-se, já não ao núcleo de sentido, mas ao instrumental considerado adequado para, em termos de eficácia, tornar efectiva a afectação do bem.

Vistas assim as coisas, bem se compreenderá como seria naturalmente possível incluir no regime do art. 413.º os contratos-promessa de alienação ou oneração de quotas de sociedades por quotas que, não sendo «coisas», são registáveis. E nenhuma razão de fundo existe para deixar de fora do regime do art. 413.º os contratos-promessa de cessão ou de penhor de quotas. Em termos de metodologia clássica ter-se-á que atribuir ao regime do art. 413.º natureza excepcional. Mas será impossível a interpretação extensiva ou, melhor dizendo, a extensão teleológica?

A consideração comparativa, perante o art. 413.º, das acções de sociedades anónimas, que são títulos de crédito e coisas móveis registáveis, e das quotas de sociedades por quotas, que não são títulos de crédito nem coisas, mas direitos registáveis, torna claro que o ostracismo a que são votadas as quotas, neste caso, não encontra outra justificação que não considerações de lógica jurídica formal.

Se for possível «coordenar» ao sub-tipo de contrato-promessa do art. 413.º o contrato-promessa de cessão de quotas por extensão teleológica, como parece dever ser, deixará então de existir no art. 413.º algo de real. Restará aquilo que na realidade existe: uma afectação pessoal com oponibilidade.

Poderá então concluir-se que a diferença entre o subtipo dominante de contrato-promessa e o subtipo do art. 413.º reside apenas em que no segundo a oponibilidade é prévia ao recurso a juízo.

A exigência de escritura pública no art. 413.º nada tem que ver com o princípio da equiparação de forma, mas com a necessidade de título hábil para registo: num caso, certidão da escritura, no outro certidão da acção; em ambos, documento autêntico.

Em ambos os casos a celebração do contrato é insuficiente para a oponibilidade do direito do promissário. No sub-tipo do art. 413.º, o promissário pode registar o contrato, tornando-se o direito oponível independentemente da propositura da acção; no subtipo dominante, o contrato não é registável — apenas o é a acção e apenas a contar do registo da acção o direito se torna oponível. Se a acção não for registável, o direito do promissário torna-se oponível desde a propositura da acção independentemente do registo.

A diferença, no fundo, reside apenas no *momento* a partir do qual o direito do promissário passa a ser oponível (ou deixa de ser inoponível). É contudo muito claro que, no subtipo do art. 413.º, a protecção do direito do promissário é muito mais intensa porque se manifesta mesmo antes da ameaça.

É assim claro que, entre o sub-tipo dominante de contrato-promessa e o sub-tipo do art. 413.º a diferença é de grau e não de natureza.

O direito do promissário no sub-tipo de contrato-promessa do art. 413.º é, pois, um direito de crédito e não um direito real.

O sub-tipo do art. 413.º difere do dominante na forma solene, na registabilidade, em ter como objecto *mediato* coisas imóveis ou registáveis. Nada disto é específico ou exclusivo dos direitos reais. A própria oponibilidade é comum, como se viu, ao tipo dominante de contrato-promessa. A diferença é de grau, é de intensidade.

IX

Posto isto, necessário será concluir que o direito do promissário no contrato-promessa é um direito de crédito e tem efeitos externos em termos de oponibilidade, excepto no caso do sub-tipo de promessa sem «eficácia real» nem execução específica.

No sub-tipo dominante (contrato-promessa sem «eficácia real» mas com execução específica), o direito do promissário é de crédito e oponível. No sub-tipo do art. 413.º (contrato-promessa com «eficácia real»), o direito do promissário é oponível e de crédito.

Aqui, como na generalidade dos casos, o dogma da relatividade da obrigação, nascido do método abstractor isolante do conceptualismo positivista formal, veio cindir e atribuir naturezas diferentes e irreduzíveis a duas realidades que comungam da mesma substância.