



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE COM FUNÇÃO DE
GARANTIA
PARTICULARMENTE A VENDA A RETRO**

Catarina Sofia Silva Martins

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Maio 2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE COM FUNÇÃO DE
GARANTIA
PARTICULARMENTE A VENDA A RETRO**

Catarina Sofia Silva Martins

Orientadora: Professora Doutora Maria Isabel Helbling Menéres Campos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Maio 2020

À minha família.

*“It is our choices that show what we truly are,
far more than our abilities”
Albus Dumbledore, in Harry Potter
and The Chamber of Secrets*

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial aos meus pais e à minha irmã, por me permitirem concretizar os meus objetivos. Por acompanharem o meu percurso, me apoiarem e confiarem nas minhas escolhas e decisões. A eles devo tudo o que sou e sem eles nada disto seria possível.

Ao David, por ter tido a maior paciência ao longo destes meses e por acreditar em mim mesmo quando eu não acreditava. Sem ele, tudo seria muito mais difícil. Obrigada por todo o amor e compreensão.

Aos meus amigos de sempre, à Fabiana, ao João, ao Fábio, ao Nuno, ao Ivan e à Márcia, pela amizade incondicional e por saber que serão sempre o meu porto seguro.

À Fabiana, queria deixar agradecimento especial. Com a realização desta dissertação, encerro um ciclo de seis anos. Não posso deixar de agradecer à pessoa que esteve sempre ao meu lado. Pela amizade que construímos e por nunca me deixar cair.

Também não posso deixar de agradecer às minhas amigas Andreia e Mafalda, que tanta falta me fizeram neste caminho. Por fazerem do longe, perto. Pela grande amizade que criamos e conseguimos manter.

À Professora Doutora Maria Isabel Helbling Menéres Campos, pelos sábios conselhos e atenção.

A todos os que de uma forma ou de outra contribuíram para o sucesso desta tarefa,

Obrigada!

RESUMO

Com a presente dissertação propomo-nos a analisar o regime jurídico da venda a retro, tentando perceber a sua evolução histórica e a suas mutações. O nosso principal objetivo é perceber se a inclusão de uma cláusula a retro num contrato de compra e venda poderá ser vantajosa para o comprador. Numa altura em que a procura e o acesso ao crédito são instrumentos preciosos para quem deles necessita, é importante entender também qual é a posição de quem os concede, perspetivando aquela que poderá ser a sua garantia de cumprimento.

Abordamos o tema da proibição do pacto comissório, assim como nos referimos ao pacto marciano com objetivo de saber se a admissibilidade da venda a retro passa pelo respeito da primeira e conseqüentemente pelo recurso à segunda.

Por fim, tentamos aferir qual a sua natureza jurídica e a atual utilidade prática, estabelecendo um termo de comparação com a figura da alienação fiduciária em garantia.

Palavras-chave: venda a retro, contrato de compra e venda, resolução, pacto comissório, pacto marciano.

ABSTRACT

With the present dissertation we propose to analyze the retro sale's legal regime, trying to understand its historic evolution and its mutations along the way. Our main objective will be to understand if the inclusion of a retro clause in a purchase and sell contract can be advantageous to the buyer. In a time when the demand and access to credit are precious tools to those in need, it is also important to understand the position of those who concede it, prospecting which can be their compliance warranty.

We approach the theme of the commission pact's prohibition. The goal is to know if the retro sale's admissibility goes through its respect. We also refer to martian pact, with the objective of understanding if the retro sale's admissibility goes through its using.

Finally, we try to measure its legal nature and practical use nowadays, establishing a comparison with the figure of the fiduciary alienation.

Key-words: retro sale, purchase and sale contract, resolution, commission pact, martian pact.

ÍNDICE	
AGRADECIMENTOS	6
RESUMO	7
ABSTRACT	7
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	10
INTRODUÇÃO	11
1. Considerações iniciais	11
2. Contextualização da figura da venda a retro no âmbito dos contratos em que a transferência da propriedade tem uma função de garantia. Delimitação de figuras afins.	12
ENQUADRAMENTO LEGAL, DOUTRINAL, JURISPRUDENCIAL DA VENDA A RETRO	16
1. Regime jurídico	16
1.1 Noção legal	16
1.2 Requisitos formais	16
1.3 Requisitos materiais	18
1.4 Efeitos	19
1.4.1 Entre as partes	19
1.4.2 Em relação a terceiros adquirentes	20
1.4.2.1 Bens imóveis, bens móveis sujeitos a registo, bens móveis	20
1.5 Resolução	21
1.5.1 Prazo	22
1.5.2 Efeitos da resolução	23
1.5.3 Transmissibilidade do direito de resolução	26
A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	28
1. Noção legal	28
2. Ratio legis da proibição	28
3. A extensão da proibição do pacto comissório à venda a retro	33
4. O Pacto Marciano	34
5. A questão particular da insolvência das partes	36
NATUREZA JURÍDICA E COMPARAÇÃO COM A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	38
1. Natureza jurídica da venda a retro	38
2. Confronto entre a venda a retro e a alienação fiduciária em garantia	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art./Arts.	Artigo/Artigos
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CDP	Cadernos de Direito Privado
CEJUR	Centro de Estudos Jurídicos do Minho
Cfr.	Confronte
CPC	Código Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
DL	Decreto-Lei
Nº	Número
Ob.cit.	Obra Citada
p. / pp.	Página / páginas
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
RFDUP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
Séc.	Século
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais

O contrato de compra e venda desempenha uma função económica importantíssima, assumindo grande destaque no tráfego jurídico quotidiano. Este contrato é gerador de efeitos obrigacionais, assim como de efeitos reais, com a transmissão da propriedade da coisa (objeto do contrato). O seu regime legal está previsto no art. 874º do Código Civil Português¹. O art. 879º completa a sua definição legal, enunciando os três efeitos essenciais resultantes do contrato.²

Ao longo desta exposição, iremos dedicar a nossa atenção ao contrato de compra e venda, contudo iremos focar-nos nos casos em que nele existe um fim creditício e garantístico.³ A figura jurídica que iremos estudar constitui uma das modalidades deste contrato, designa-se de venda a retro e está tipificada no art. 927º. Nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, esta figura “pode desempenhar uma função de crédito garantido pela titularidade do direito de propriedade (ou de outra natureza) na esfera do credor, ou seja, do comprador a retro”⁴. Aquilo que vamos procurar fazer é perceber o que pode levar as partes a incluir esta cláusula num contrato de compra e venda, assim como chegar a conclusões no sentido de afirmar se a mesma poderá ser vantajosa para o comprador, quando desempenha essa função de crédito e de garantia.

¹ Doravante, todas as referências feitas a preceitos legais, sem expressa indicação ao diploma legal a que se referem, devem considerar-se relativas ao Código Civil Português.

² Apesar de a compra e venda ser considerada um contrato oneroso, pois nele existe uma contrapartida pecuniária, não é exigido que ocorra necessariamente uma equivalência de valores entre o direito transmitido e o preço respetivo. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2016, 11ª edição, p. 13

Apesar da sua vertente económica estar sempre presente, nem sempre existe a intenção de obter lucro.

³ Vários são autores que consideram o direito de propriedade como o direito real de gozo máximo ou por excelência, o qual reconhece ao seu titular as faculdades plenas de utilidade e disposição, assim como da satisfação das suas necessidades legítimas. Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa, Quid Iuris, 2000, 3ª edição, Reimpressão, pp. 313 e ss; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2019, 8ª edição, pp. 269 e ss; ORLANDO CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 1ª edição, pp. 244 e ss

Assim sendo, compreende-se que a propriedade se apresenta também como a garantia máxima do cumprimento de uma obrigação, sendo que é atualmente admissível, recorrer à mesma, explorando essa função.

⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 405

2. Contextualização da figura da venda a retro no âmbito dos contratos em que a transferência da propriedade tem uma função de garantia. Delimitação de figuras afins.

No Código Civil de 1867, a venda a retro, apesar de prevista e definida no seu art. 1586º, a sua celebração futura era proibida (art. 1587º Código Civil 1967). No Código Civil de 1966, encontramos o seu regime nos arts. 927º e ss, embora com a imposição de algumas restrições que, para MENEZES LEITÃO, retiram à venda a retro utilidade prática e tornam muito difícil que algum comprador aceite celebrar um contrato com uma cláusula a retro⁵.

Este contrato pressupõe, assim, a celebração de um contrato de compra e venda, o qual é cumprido por ambas as partes. O que acontece é que a letra da lei permite ao vendedor resolvê-lo, desde que, para que essa resolução produza os devidos efeitos, o vendedor restitua o valor que recebeu por parte do comprador a título de preço, para que este último lhe restitua a propriedade do bem, propriedade essa que o mesmo mantém na sua esfera jurídica até esse momento e que nada mais é para além de uma garantia, pois o comprador não tem, geralmente, interesse no bem, apenas concede um crédito. Podemos falar aqui de uma eficácia real provisória. Com a resolução do contrato, o vendedor readquire o bem sem ser necessário a celebração de um novo contrato.

PESTANA DE VASCONCELOS refere que a *essência* desta modalidade do contrato de compra e venda está “no direito de resolução ad nutum do contrato pelo vendedor durante um determinado período de tempo”⁶, o que, na sua opinião, permite que ela possa funcionar como negócio indireto, desempenhando funções típicas de outros contratos. Nas palavras de PAIS DE VASCONCELOS, um negócio indireto é aquele em *que* “as partes elegem um tipo negocial legal para com ele alcançar um fim que não é próprio desse tipo, mas que, não obstante, ele permite alcançar.”⁷ Há uma diferença entre o fim típico e o fim indireto que é pretendido alcançar. Segundo o mesmo autor, existem os contratos indiretos simples e os complexos. A figura da venda a retro integra-se, tendo em conta a definição que nos é dada, nos contratos indiretos complexos, visto que o contrato de venda a retro tem a sua base num contrato de compra e venda, sendo que lhe é acrescentada uma cláusula a retro. Portanto, “para

⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 9ª edição Almedina 2014, p. 77

⁶PESTANA DE VASCONCELOS, *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do direito civil ao direito bancário.*”, in RFDUP, p. 249

⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2019, p. 634

alcançar o fim indireto, dá-se a estipulação de cláusulas especiais⁸.” Apesar de existir esta diferença, não existe motivo para este ser considerado um contrato simulado, pois “a qualificação do contrato como simulado supõe que haja nas partes um intuito de enganar terceiros, que no contrato indireto não existe.”⁹ É certo que são fraudulentos os contratos usados para contornar imposições ou limites legais, contudo, nem todos os negócios indiretos representam uma fraude à lei. À luz do princípio da autonomia privada, “as partes podem escolher o tipo negocial que mais lhes convém e é esta liberdade que suporta juridicamente a licitude do negócio indireto¹⁰.” Nas palavras de RAÚL VENTURA, “a simulação na venda a retro não pode ser presumida, isto é, não se deduz apenas do facto de a venda ser a retro, sem, no entanto, deixar de ser possível provar que, num caso concreto, houve simulação.”¹¹ Ainda sobre o negócio indireto, importa destacar aqui a opinião de ORLANDO CARVALHO. O autor, ao contrário de PAIS DE VASCONCELOS, qualifica-o como um negócio típico, pois crê que o seu carácter indireto não tem relevância jurídica e, portanto, o “negócio-meio” é que o define¹².

Várias são as figuras que utilizam a propriedade como uma garantia para o credor. Referimo-nos à compra e venda com **reserva de propriedade**, art. 409º, nº1, em que o vendedor reserva para si a propriedade da coisa, até que o preço seja integralmente pago. Mais uma vez, a base é um contrato de compra e venda, no entanto com um desvio àquilo que é a regra de eficácia real dos contratos de alienação¹³. Esta modalidade da compra e venda está funcionalmente ligada à modalidade da **venda a prestações**, art. 934º, visto que de acordo com o anteriormente mencionado, a coisa apenas se transfere para a esfera do comprador após o total pagamento de todas as prestações. Claro que a compra e venda a prestações pode ser utilizada sem que haja recurso à reserva de propriedade, até porque a mesma possui o seu próprio regime legal, art.934º.

⁸ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, ob.cit. p. 637

⁹ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 244

¹⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, ob.cit. p. 639

¹¹ RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e venda no Código Civil. Venda a Retro*, in R.O.A, Lisboa, Ano 1980, p.645

¹² ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indireto (Teoria Geral)*, Universidade de Coimbra, 1952, pp. 137 e ss

¹³ Em Portugal, vigora o sistema do título. Isto significa que a vontade e o consenso das partes são por si só suficiente para que se dê a transferência da propriedade. A propriedade transmite-se ainda antes da coisa ser entregue o comprador.

Uma outra figura em que a propriedade é utilizada com função de garantia é a **locação financeira (leasing)**, prevista no DL nº 149/95, sendo o contrato através do qual “uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de coisa móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável, mediante simples aplicação dos critérios nele fixados”, conforme disposto no art. 1º do diploma. Esta é uma operação de financiamento que acontece, normalmente, por parte de uma empresa de leasing. O bem em questão é previamente escolhido, sendo que o locatário apenas terá, segundo a letra da lei, o gozo temporário do mesmo. A propriedade do bem passará para a esfera jurídica do locatário “quando este exerce a opção de compra, liquidando assim todas as rendas e o valor residual fixado¹⁴.” Existe também a **locação financeira restitutiva (Leaseback)**, em que o locatário aliena o bem à instituição de crédito, que, por sua vez, dará em locação ao primeiro, o qual tem, a partir desse momento, o dever de efetuar o pagamento de todas as prestações, sendo que continua com o direito de adquirir a mesma no final do contrato.

A **alienação fiduciária em garantia** é igualmente considerada uma figura afim da venda a retro. No último capítulo da exposição iremos analisá-la, de modo a estabelecer uma comparação com a figura da venda a retro, permitindo concluir quais os pontos semelhantes e os distintivos entre as duas figuras.

O DL nº 105/2004 aprova o regime jurídico dos contratos de garantia financeira e prevê no nº2 do art.2º que a alienação fiduciária em garantia é uma das suas modalidades. O âmbito de aplicação do diploma é restrito uma vez que estabelece limitações relativamente aos sujeitos, objetos, obrigações garantidas, exigência de desapossamento e forma *ad probationem*¹⁵. O nº3 do art.2º do mesmo diploma indica que o contrato de **reporte** é uma das modalidades do contrato de alienação fiduciária em garantia, portanto, também, neste caso, a propriedade é transmitida com uma função de garantia. Este é um contrato típico, previsto no art. 477º e ss Código Comercial, constituído pela compra e venda a dinheiro de contado de títulos de crédito negociáveis e pela revenda simultânea de títulos da mesma espécie a termo, mas por preço determinado, sendo a compra e a revenda feitas à mesma pessoa. O art. 477.º acrescenta

¹⁴ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2016, p. 271

¹⁵ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações, ob.cit.* p. 267

que é condição essencial à validade do repore a entrega real dos títulos, contrato real *quod constitutionem*.

ENQUADRAMENTO LEGAL, DOUTRINAL, JURISPRUDENCIAL DA VENDA A RETRO

1. Regime jurídico

1.1 Noção legal

A letra da lei (art. 927º) realça a principal característica da venda a retro, “a faculdade de resolver o contrato” conferida ao vendedor. Atendendo ao disposto no art. 886º, podemos-nos questionar se a venda a retro representa um desvio a esta norma, uma vez que o vendedor pode resolver o contrato apesar de ter havido entrega da coisa. Procuraremos dar resposta no ponto seguinte.

1.2 Requisitos formais

No que aos requisitos formais diz respeito, o art. 219º estabelece liberdade de forma na celebração de contratos, desde que não seja prevista forma especial. O art. 875º prevê que quando se trate de um contrato de compra e venda de bens imóveis, o mesmo só é válido se for celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado, sob pena de ser considerado nulo (art. 220º). O contrato em que se insira uma cláusula a retro deverá, pois, respeitar a forma exigida para o contrato de compra e venda.

A jurisprudência portuguesa dá-nos conta de que uma das questões discutidas, relacionada diretamente com a venda a retro e fulcral no que diz respeito à interpretação do contrato, é a da estipulação por escrito da cláusula a retro, particularmente no que diz respeito a bens imóveis. Começamos por referir aquela que foi a decisão do TRP, em que é considerada a existência da venda a retro, apesar de não haver qualquer cláusula escrita no contrato. O argumento que sustenta esta decisão prende-se com o previsto nos art. 236º e 238º. É lembrado que, no que toca à interpretação dos contratos, prevalece, em regra, a vontade real do declarante, sempre que for conhecida do declaratário (236º/nº2). Quando falta esse conhecimento, aplicamos o nº1 do mesmo artigo que consagra o critério da impressão do destinatário. O art. 238º prevê que nos contratos formais a declaração não pode valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto, contudo pode esse sentido valer segundo o aludido no nº2 do mesmo artigo, que seria a vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio não se oporem a essa validade. O TRP decidiu que, apesar da inexistência de

cláusula a retro, o negócio jurídico em causa deveria ser considerado como uma venda a retro, precisamente com fundamento neste nº2¹⁶.

Decisão distinta foi a tomada pelo STJ em 2011. Mais uma vez, discutia-se se a inexistência de cláusula a retro retirava ao contrato de venda de um imóvel essa particularidade. O STJ considerou que a cláusula a retro de um negócio jurídico de venda de um imóvel não pode ser inferida verbal e informalmente subjacente à escritura. Enquanto produtora de efeitos reais, suscetíveis de afetar a consolidação de efeito aquisitivo do direito de propriedade pelo comprador, a cláusula deve obedecer à forma legal imposta para a celebração de negócios de alienação de imóveis, ou seja, deve ser reduzida a escrito¹⁷. Esta segunda decisão apresentada é, a nosso ver, a mais acertada tendo em conta que o objeto do contrato é um bem imóvel. Para além disso, essa cláusula a retro é a que confere a essa compra e venda uma função diferente, pelo que faz todo o sentido que seja reduzida a escrito, até para salvaguarda do vendedor a retro, como veremos de seguida.

De uma forma generalizada, a doutrina portuguesa entende que existe uma impossibilidade de convencionar depois da celebração do contrato a faculdade de resolução do vendedor a retro, sem lhe retirar toda a eficácia. RAÚL VENTURA chama a atenção para a diferença entre uma convenção posterior de resolução pelo vendedor e documentação posterior de uma convenção contemporânea ao contrato, admissível pelos art. 221º e 222º. Quanto à questão da exigência da cláusula ter obrigatoriamente de constar no contrato escrito, o autor não tem dúvidas que “é indispensável que no contrato de venda seja convencionada a faculdade de resolver o contrato; faltando essa convenção no contrato há uma venda pura e simples”.¹⁸ Em nossa opinião, a faculdade de resolver o contrato deve ser convencionada entre as partes, por escrito, sob pena de a mesma não constituir uma venda a retro. Para além disso, a cláusula de venda a retro deve ser contemporânea à celebração do contrato, sob pena da sua estipulação posterior poder causar desentendimento do seio da relação jurídica.

Partindo desta ideia, e dando uma resposta à questão do ponto anterior, devemos incluir a figura da venda a retro na ressalva presente no art. 886º, “salvo convenção em contrário” e, assim, considerar que a mesma representa um desvio à regra.

¹⁶ Cfr. Ac. TRP, 23-01-2010 (CAIMOTO JÁCOME)

¹⁷ Cfr. Ac. STJ, 16-03-2011 (LOPES DO REGO)

¹⁸ VENTURA, Raúl, “*O Contrato de Compra e venda...*” ob.cit. p. 648

1.3 Requisitos materiais

A figura da venda a retro apresenta-se, no Código Civil atual, com algumas limitações. O art. 928º contém duas normas imperativas. O seu nº1 diz-nos que é nula a estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem, como contrapartida da resolução. O seu nº2 considera igualmente nula, quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda. Caso se estipule alguma destas cláusulas no contrato, considera-se que estamos perante uma forma usuária¹⁹, o que não prejudica a validade das restantes cláusulas do contrato.

A intenção do legislador é, neste caso, conferir uma forte tutela dos interesses do vendedor a retro, que será aquele mais fragilizado, uma vez que necessita de um financiamento e encontra nesta figura uma alternativa ao recurso ao crédito. Com isto, podemos ser levados a pensar que ao comprador (financiador) não lhe é conferida nenhuma vantagem. Este tem a propriedade do bem, mas a maioria das vezes não existe um real interesse no mesmo. Outras vezes pode acontecer que o tenha, por exemplo se conseguir auferir algum lucro com a exploração do bem, os chamados frutos. É aceite doutrinal e jurisprudencialmente que os frutos gerados pela coisa não deverão ser entregues pelo comprador ao vendedor em caso de resolução, sendo que, para alguns autores, este poderá ser o único e verdadeiro interesse na realização da venda a retro por parte do comprador²⁰. Julgando pelo estipulado no art. 928º, os frutos são, à primeira vista, a única vantagem para o comprador. Podemos considerar frutos por exemplo as rendas de um imóvel.

É importante deixar claro que o objeto do contrato não tem necessariamente de ser a transmissão da propriedade de uma coisa, mas igualmente de outro direito e não resulta do regime legal, previsto nos 874º e 879º, que a venda seja limitada a coisas

¹⁹ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Coimbra, Almedina, 2015, 3ª edição, p. 263
O Código Civil de 1966 regula a figura da usura nos artigos 282º e 283º, sendo atualmente considerada com um vício do negócio jurídico. O seu regime jurídico deixa clara a ilicitude da figura. A ratio destas normas é a de impedir que o usuário explore de forma imoral o discernimento e liberdade do lesado. O recurso a esta figura não acarreta necessariamente consequências como a nulidade ou anulabilidade, pois é permitida a redução ou anulação do negócio. Estão em causa princípios como o da equivalência e da exigência de justiça interna do contrato. Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...* Ob.cit. pp. 624 e 625; muitas vezes o que acontecia era que o bem era vendido por um valor mais baixo, estabelecendo-se que, em caso de resolução, tem de ser pago um valor muito superior. Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Da cessação de contrato*, ob.cit. p. 263

²⁰ AFONSO, Ana, *A condição – Reflexão crítica...*, ob.cit. p. 478; RAÚL VENTURA, ob.cit, pp. 413 e 414

corpóreas, pois também poderão ser vendidos a retro créditos, valores mobiliários, direitos de propriedade industrial²¹, quotas e participações sociais.

1.4 Efeitos

1.4.1 Entre as partes

A celebração do contrato de compra e venda é geradora de obrigações para ambas as partes (sinalagmaticidade), art. 879º/ al. c) e art. 879º/ al. b). O comprador adquire o direito de propriedade da coisa, a mesma transfere-se da esfera jurídica do vendedor para a esfera jurídica do comprador, art. 879º/ al. a). Este preceito, assim como o art. 874º e 408º provam efetivamente que o contrato de compra e venda possui eficácia real. Aliás, o art. 879º/ al. c) e o art. 874º referem-se exclusivamente à compra e venda. O art. 408º “consagra, em termos genéricos, a eficácia real dos contratos cujo objeto seja a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada.”²²

Neste caso, o vendedor compromete-se a entregar o bem ao comprador e o comprador compromete-se a pagar o preço estipulado ao vendedor. Este preço funciona aqui como crédito, que está a ser concedido ao vendedor e que deverá ser restituído ao comprador em caso de resolução do contrato, acrescendo também as despesas com o contrato e outras acessórias, (art. 931º). Apesar de não constar do regime jurídico da venda a retro, o comprador tem o dever de não alienar o bem a um terceiro durante o prazo em que o vendedor pode resolver o contrato. As partes poderão convencioná-lo no próprio contrato, contudo mesmo que não o façam, considera-se que este dever resulta da boa fé (art. 762º/ nº2) e da relação de confiança que deverá existir entre as partes que celebram este tipo de contrato.²³

Ora, a inclusão no contrato de compra e venda de uma cláusula a retro constitui um ligeiro desvio ao seu regime geral. Primeiro, porque não existe um escopo lucrativo e económico. Poderá, algumas vezes, existir um escopo especulativo, caso em que também não existe um real interesse, este poderá eventualmente surgir, a posteriori.

²¹PESTANA DE VASCONCELOS, “*A venda a retro como instrumento...*”, ob. cit. p. 232

²²ALBUQUERQUE, Pedro de, *Direito das Obrigações: contratos em especial*, Volume I, Almedina, 2015, pp. 89 e 90

²³PESTANA DE VASCONCELOS, *Direitos das Garantias*, ob.cit. p. 419

1.4.2 Em relação a terceiros adquirentes

1.4.2.1 Bens imóveis, bens móveis sujeitos a registo, bens móveis

No que diz respeito aos efeitos em relação a terceiros adquirentes do bem objeto do contrato, a letra da lei é clara. O art. 932º estabelece que a “cláusula a retro é oponível a terceiros, desde que a venda tenha por objeto coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo, e tenha sido registada”. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA afirmam que a regra especial do art. 932º é a exceção ao previsto no 435º²⁴. No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ alerta para o facto de, apesar de se aplicar à venda a retro o disposto nos art. 432º e ss, há a ter em conta que não é aplicável o art. 435º, no qual se prevê que a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiros²⁵. Esta distinção é importante, uma vez que cada uma das normas jurídicas (art. 932º e art.435º) estabelecem regras diferentes. A regra do art. 932º é a de que a cláusula a retro é oponível a terceiros, desde que a venda tenha incidido sobre um bem imóvel ou móvel sujeito a registo e o registado tenha sido efetuado²⁶. O art. 435º prevê que a resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos de terceiros. No entanto, segundo o seu nº2, quando se trate de um bem imóvel ou móvel sujeito a registo e o registo não tenha sido realizado anteriormente ao registo da ação de resolução, o direito de resolução é oponível a terceiros. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA defendem, ainda assim, que o art. 932º deve ser conjugado com o art 435º/nº2, pois creem que ambos são aplicáveis na venda a retro. Segundo os autores, “independentemente do registo da cláusula, tendo a venda por objeto bens imóveis ou móveis sujeitas a registo, pode, pelo simples registo da ação de resolução, obter-se a eficácia da cláusula em relação a terceiros que não tenham registado os seus direitos antes do registo da ação.” Já RAÚL VENTURA considera duvidosa esta conjugação proposta por Pires de Lima e Antunes Varela (posição com a qual manifestamos a nossa concordância), uma vez que, “parece que o art. 932º afasta o art. 435º/nº2 simultaneamente com o art. 435º/nº1, pois aquele insere-se na inoponibilidade geral, apesar do registo, enquanto o art. 932º cria uma oponibilidade pelo registo do contrato, que substitui a oponibilidade exce[p]cional pela ação de resolução”. O autor completa ainda dizendo que “não se compreende que possa ser registada uma ação de resolução

²⁴PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. II (Artigos 762º a 1250º)*, 4ª revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 226

²⁵ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) ...*, ob.cit. p. 85

²⁶ De resto, o registo é obrigatório nestes casos segundo o disposto no art. 2º/ nº1/ al. a) e no art 94º/ al. a) do Código do Registo Predial.

sem ter sido registado o contrato em que ela se funda e, se este for registado, produz logo a oponibilidade.”²⁷

O art. 932º afasta do seu âmbito de aplicação os bens móveis não sujeitos a registo, pelo que nesses casos aplica-se sempre a regra do art 435º/ nº1. Assim, se o comprador alienar o bem a um terceiro, a resolução não será oponível a este último, o que representa um risco, que o vendedor terá de suportar. Se pensarmos no contrato de alienação com reserva de propriedade (art. 409º), questionamos porque é que quando o contrato tem por objeto bens móveis não sujeitos a registo se considera que a cláusula de reserva de propriedade é sempre oponível a terceiros (salvo uma doutrina minoritária e insustentável), o que não se verifica na venda a retro. MARIA JOÃO TOMÉ²⁸ refere que não entende o porquê de não existir o mesmo tratamento para ambas as figuras jurídicas, opinião que nos parece ter todo o cabimento, apesar de ser unânime na doutrina.

Por fim, importa ainda salientar os casos em que o terceiro adquirente realiza o registo dos seus direitos durante o espaço de tempo entre a celebração do contrato e a cessação do mesmo, visto que este não verá os seus direitos prejudicados com a resolução do contrato por parte do vendedor a retro.

1.5 Resolução

A faculdade de resolver o contrato está consagrada no art. 927º, “diz-se a retro a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato”. Nas palavras de BRANDÃO PROENÇA, “o direito de resolução é considerado pelo sistema legal vigente como mera faculdade (em razão da preclusão de um qualquer automatismo de fonte legal) e uma das alternativas que se oferecem, num contrato bilateral, ao credor adimplente para reagir contra o incumprimento lato sensu da contraparte (a situação paradigmática fundante da resolução).²⁹” Existem dois tipos de resolução: “por incumprimento das prestações contratuais e por perda do equilíbrio contratual.” Além destas, podemos ainda considerar a “dissolução ad nutum, por se conferir a uma das partes o designado “direito de arrependimento””.³⁰ No contrato de venda a retro, o mesmo já foi integralmente cumprido, pelo que a faculdade de resolução é uma

²⁷ RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e venda...*, ob. cit. p. 650

²⁸ Com base nos ensinamentos adquiridos na disciplina de *Garantias*

²⁹ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do enquadramento ao regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p.76

³⁰ ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do Contrato*, ob.cit., pp. 74 e 75

faculdade concedida ao vendedor, mas que não pressupõe o incumprimento da outra parte. A faculdade de resolver *ad nutum* o contrato enquadra-se na terceira modalidade que, apesar de seguir o regime geral da resolução quando no seu regime não encontramos norma específica, não tem fundamento na quebra do sinalagma contratual, afastando-se da figura tradicional.³¹

Ora vejamos, quando o contrato de venda a retro é celebrado, o comprador é o novo proprietário do bem e o vendedor detém um direito potestativo de resolver o contrato. MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO define direito potestativo como “poder jurídico de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte.³²” O autor afirma que aos direitos potestativos corresponde a “sujeição, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito de exercício do direito pelo seu titular.³³” Isto significa que existe uma grande incerteza do comprador sobre qual será o futuro daquele contrato.

Sendo que o direito de resolução é o fator de grande relevância neste tipo de contrato, a lei prevê no art. 930º que a mesma é feita por meio de notificação judicial ao comprador dentro dos prazos estipulados e já referidos. Contrariamente ao regime geral do art. 436/ nº1 que não exige forma especial para a resolução. No entanto, caso se trate de uma venda de um bem imóvel, a resolução será reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado nos quinze dias imediatos, com ou sem intervenção do comprador, sob pena de caducidade do direito. O art. 931º estipula que a resolução não produz efeitos se, dentro do mesmo prazo de quinze dias, o vendedor não fizer, ao comprador, oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias, sendo que esta é uma obrigação legal.

1.5.1 Prazo

O art. 929º prevê o prazo, dentro do qual o vendedor poderá exercer o seu direito de resolução. Este é de dois anos quando se trate de bens móveis e cinco anos quando se trate de bens imóveis. As partes só poderão convencionar um prazo mais curto (parte

³¹ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Ob. cit., p.75

³² MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 2005, p.183

³³ MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 183

final do nº1), sendo que se acordarem um prazo maior ou prorrogarem o mesmo para além do legalmente admitido, a convenção considera-se reduzida a esse mesmo limite legal (nº2). Verifica-se, nessa situação, uma redução do negócio jurídico por força da lei, apesar de os requisitos do art. 292º não estarem preenchidos. A ratio desta norma prende-se com o facto de a cláusula a retro trazer ao contrato uma provisoriedade do comprador enquanto proprietário do bem. É certo que existe uma tutela do vendedor a retro, sendo este teoricamente a parte mais frágil pois necessita de um financiamento, no entanto, também o comprador deverá ser salvaguardado, até porque, como foi anteriormente referido, não existe da sua parte um verdadeiro interesse no bem.

1.5.2 Efeitos da resolução

O art. 434º/ nº1 estabelece o efeito **retroativo** da resolução, o que significa que, caso o vendedor a retro opte por resolver o contrato, há uma conseqüente reposição do *status quo ante* (efeito **repositivo**), válida para os efeitos reais produzidos. Portanto, o vendedor, que transmitiu a propriedade, readquire a sua qualidade de proprietário, sendo que terá de restituir o valor que recebeu a título de preço, facto demonstrativo de um efeito **restitutório**. Além do mais, a resolução produz igualmente um efeito **extintivo**, porquanto o contrato termina.

A questão que surge, neste ponto, é a seguinte: (hipoteticamente) em 2018, A vendeu a retro um automóvel a B. Passados dois anos, A decidiu resolver o contrato, reembolsou B e B restituiu o bem a A. A questão é a de saber se a produção dos efeitos retroativos e restitutórios conferem equilíbrio entre as duas prestações, ou seja, se o valor entregue por A a B corresponde, nesta altura, ao valor do bem na altura da celebração do contrato. E se o bem se encontrar deteriorado? E se o bem tiver perecido? Como poderá o vendedor fazer valer o seu direito?

Considerarmos que existe, nestes casos, impossibilidade do devedor (comprador a retro) para cumprir a sua obrigação de restituir a coisa, tal e qual como lhe foi entregue, porquanto o devedor está a causar um dano ao credor (vendedor a retro), que terá de reparar. O art. 798º atribui a responsabilidade pelo prejuízo ao devedor culposo, estabelecendo uma presunção de culpa (art. 799º), ou seja, terá de ser o devedor a provar que não agiu culposamente, prova que se poderá revelar difícil de obter.

O art. 562º prevê que “quem tiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, por

isso NUNO PINTO OLIVEIRA afirma que o mesmo preconiza o *princípio da compensação*, ou seja, “quem está obrigado a indemnizar, deve compensar o dano do lesado.” O autor ensina-nos que este princípio se concretiza em dois (sub)princípios: o primeiro é o de que a indemnização não deve ser inferior ao dano (princípio da indemnização integral, da reparação integral ou da reparação total) e o segundo é o de que a indemnização não deve ser-lhe superior (princípio da proibição do enriquecimento do lesado).³⁴

No que aos danos patrimoniais diz respeito, o art. 566º consagra o *princípio da prioridade da reconstituição natural sobre a reconstituição por equivalente*. A reconstituição natural corresponde à indemnização em espécie e a reconstituição por equivalente corresponde à indemnização em dinheiro. Existe uma relação de subsidiariedade entre as duas. Contudo, mais uma vez, NUNO PINTO OLIVEIRA salienta três casos em que a indemnização em dinheiro é a opção e são eles os casos de impossibilidade, insuficiência, pela excessiva onerosidade para o devedor, pelo que neste caso não seria exigível.³⁵ Esta última opção não parece enquadrar-se com a questão que suscitamos, uma vez que quando o comprador a retro restitui o bem, inevitavelmente o seu valor já não será o mesmo, por isso afirmamos que há impossibilidade de o entregar assim como seria desejado. Não obstante, os dois primeiros casos ajustam-se, em nosso entender, à nossa questão. No caso de restituição posterior à resolução de um contrato de venda a retro, cremos que são muito poucos os casos em que o comprador entrega o bem com o mesmo valor que tinha quando o comprou, situação que não podemos deixar de imputar ao comprador a retro (devedor), uma vez que a mesma resulta da utilização do bem e, muitas vezes, uma má utilização, da sua deterioração ou perda, etc. O nº2 do art. 566º consagra a teoria da diferença, preconizando o *princípio da avaliação em concreto do dano de cálculo*. Segundo ainda o citado autor, o artigo “descreve uma situação real a[c]tual, ao falar na “situação patrimonial” que o lesado tinha, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal”, e descreve uma situação hipotética a[c]tual, ao falar da “situação patrimonial” que o lesado teria nessa data se não existissem danos ”.”³⁶

³⁴ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2011, p. 671

³⁵ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob.cit., p. 674

³⁶ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob.cit., p. 683

Quando estamos perante um contrato bilateral sinalagmático, como é o caso da compra e venda a retro, surge o problema da indemnização substitutiva da prestação. O art. 802º/ nº1 e o art. 801/ nº2 estabelecem a possibilidade de o contraente fiel poder cumular a resolução do contrato com uma indemnização, desde que a rutura do vínculo contratual derive de conduta culposa da contraparte.

A doutrina alemã desenvolveu duas teorias: teoria da sub-rogação e a teoria da diferença. A primeira “impõe ao credor ónus de trocar a sua contraprestação pela indemnização dos danos causados pela não realização da prestação do devedor” e a segunda “não o impõe ao credor, atribuindo-lhe o direito à diferença entre o valor da contraprestação e o valor da indemnização dos danos causados pela não realização da prestação pelo devedor”³⁷ Os autores alemães, a pensar na hipótese de esta teoria se tornar excessiva, não permitindo ao credor “ver-se livre” de uma prestação inútil, acabou por ser adotada a “teoria da diferença atenuada”, podendo o credor optar por uma indemnização sub-rogatória ou uma indemnização diferencial.³⁸ BRANDÃO PROENÇA considera que a teoria da diferença é mais adequada para as contraprestações pecuniárias e para os contratos de troca. A teoria da sub-rogação, segundo o autor, aplica-se nos casos em que não se dá a resolução do contrato, “sobretudo no caso de o credor já ter efetuado a sua prestação ou a pretenda fazer para este efeito”³⁹ No nosso caso, existe a resolução do contrato e a impossibilidade verifica-se por conta da mesma, não deixando de causar dano ao credor. Nesse sentido, em nosso entender, a teoria da sub-rogação é a que melhor se enquadra, isto porque o credor (vendedor) já não ia poder reaver a coisa tal e qual como a entregou, pelo que o seu interesse acaba por diminuir, por outro lado, recebe uma indemnização pelo dano causado.

Neste sentido, surge também o problema de saber se estamos perante uma *indemnização que visa colocar o credor na posição que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (“interesse contratual positivo”)* ou, por outro lado, *se procura compensá-lo (vendedor a retro) das perdas ligadas à mera celebração do contrato (“interesse contratual negativo”)*.⁴⁰ Apesar da teoria clássica considerar esta última a

³⁷ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob.cit., p. 694

³⁸ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e incumprimento das obrigações*, Porto, Universidade Católica Editora Porto, 3ª edição atualizada, ob. cit., p.363

³⁹ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de ...*, ob. cit., p.363

⁴⁰ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de... ob. cit.*, pp. 384 e 385

alternativa lógica e correta, existem atualmente alguns autores que defendem a primeira alternativa referida. BRANDÃO PROENÇA considera ser mais adequada a indemnização pelo interesse contratual positivo⁴¹. O autor argumenta que os defensores da segunda tese se esquecem “[d]a diversidade ontológica da resolução, o seu sentido eminentemente libertador, a relatividade do efeito retroativo e, sobretudo, que a opção resolutiva não pode ser “sancionada”, em desfavor do lesado, com uma indemnização menor”⁴². Ainda assim, a doutrina clássica entende que o maior entrave à indemnização pelo interesse contratual positivo é o facto de permitir ao contraente adimplente extrair consequências positivas de um negócio que se destrói com a resolução.

Em nosso entender, a tese de BRANDÃO PROENÇA é a que melhor compensa a situação do credor adimplente (neste caso o vendedor a retro), uma vez que não podendo reaver a coisa ou não pelo menos nas mesmas condições que se previa, para além dos danos causados fruto dessa impossibilidade, existem também lucros cessantes que devem ser considerados como prejuízo.

1.5.3 Transmissibilidade do direito de resolução

Surge, neste ponto, uma questão que nos parece relevante, a qual se prende com a in/admissibilidade da transmissibilidade do direito de resolução conferido ao vendedor no art. 927º. MOTA PINTO já se havia pronunciado sobre a questão de saber se os direitos potestativos conferidos a uma das partes de uma relação jurídica contratual podem ser transmitidos. O autor coloca a questão através da formalização de dois problemas: “o de saber se podem ser transmitidos isoladamente e (...) o de saber se a transferência dum crédito, dum débito ou da totalidade da relação contratual implica a passagem para o novo sujeito da legitimidade para o exercício dos referidos direitos potestativos e para a receção das respetivas declarações de exercício.”⁴³ Para dar solução a estes dois problemas, o autor faz uma distinção entre direitos potestativos autónomos e direitos potestativos que se encontram em conexão funcional com uma relação já constituída. O direito de resolução no contrato de venda a retro é para alguma doutrina europeia integrável nos direitos potestativos autónomos, ou seja, suscetíveis de serem transmitidos. MOTA PINTO defende que esta posição, no que diz especialmente respeito ao direito de resolução presente na venda a retro é imprópria, opinião com a

⁴¹ Cfr. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de ...*, ob. cit., pp. 388 e 389

No mesmo sentido: Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, ob.cit, p. 195 e ss;

⁴² BRANDÃO PROENÇA, *Lições de ...* ob. cit., p. 386

⁴³ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 235

qual, de resto, concordamos. O direito da resolução faz parte da relação contratual já constituída, pelo que, nas palavras do autor “quer-nos parecer que a lei declara a autonomia ou que se pode concluir por esta, quando o direito potestativo não está inseparavelmente ligado ao crédito, pois não modifica o próprio conteúdo deste (...)”⁴⁴. Assim, concordamos inteiramente com a posição de MOTA PINTO quanto a esta questão, não existe qualquer tipo de cabimento na admissibilidade de transmitir um direito potestativo, neste caso o de resolução do contrato na venda a retro, quando este direito atua sobre os direitos e deveres da relação contratual. O que aceitamos é a da transmissão da posição contratual do vendedor a retro e consequentemente o direito de resolução.

⁴⁴ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, ob. cit., pp. 238 e 239

A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

1. Noção legal

Não poderemos deixar de abordar o tema da proibição do pacto comissório, pelo facto de a mesma estar, em nossa opinião, diretamente relacionada com a atual admissibilidade da figura da venda a retro, tal como a temos vindo a analisar. Por esse motivo, iremos estudá-la com o objetivo principal de entender o seu fundamento e a sua aplicabilidade à figura objeto da nossa exposição. Apesar de no direito romano a *lex comissoria* apresentar significados distintos, pelo facto de lhe ser atribuída uma função quando a mesma era inserta num contrato sinalagmático e uma função distinta da primeira quando inserta num contrato de garantia real, essa não é a conceção do direito português.⁴⁵ A proibição do pacto comissório encontra-se, atualmente, prevista no art. 694º. Este preceito legal estabelece que “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”. Apesar de expressamente prevista para o regime da hipoteca, por força dos art. 665º e 678º aplica-se à consignação de rendimentos e ao penhor, respetivamente. O Decreto-lei nº 105/2004, onde se encontra regulado o regime do penhor financeiro, também se refere, no seu art.11º, ao pacto comissório.

2. Ratio legis da proibição

No que diz respeito ao fundamento da proibição do pacto comissório, não existe na doutrina portuguesa, nem na doutrina estrangeira, um consenso. Várias são as teses avançadas no sentido de perceber “se as normas que o proíbem são ou não um afloramento de um princípio geral e, no caso afirmativo, qual o alcance deste, bem como se tais normas servem fundamentalmente interesses privados ou se se pode vislumbrar um interesse público”.⁴⁶

⁴⁵ ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório – Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 28 a 30

⁴⁶ JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, in CDP, ano 2003 e 2004, pp. 64 e 65

Apesar de grande parte dos autores não ser capaz de atribuir apenas um fundamento a esta interdição legal, VAZ SERRA afirma que a razão desta proibição é o benefício injustificado para o credor, referindo que o devedor facilmente o consentiria.⁴⁷

Contudo, deparamo-nos maioritariamente na doutrina com a conjugação de vários argumentos, se não vejamos. ANTUNES VARELA defende que a cláusula comissória “era uma cláusula fácil de extorquir para o credor e que o devedor facilmente aceitaria, dado o estado de necessidade económica em que geralmente se encontra”. Mais à frente, o autor identifica a proibição não só com “a ratio da norma que pune a usura (1146º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usuários em geral (282º.)”⁴⁸. No mesmo sentido vai a opinião de PIRES DE LIMA.

JÚLIO GOMES, na esteira de ANGELO LUMINOSO, defende que “a proibição não visa apenas impedir que o credor se locuplete com a diferença entre o valor do bem e o crédito.” O autor afirma que é necessário estarem reunidos três pressupostos, “que o pacto tenha uma função ou escopo de garantia ao vincular ou destinar determinado bem à auto[-]satisfação do credor; que ao devedor se reserve uma faculdade de desvincular o bem desse escopo, mediante cumprimento da sua obrigação; e finalmente, que não esteja assegurado, para hipótese de incumprimento, o direito do devedor de reaver, recuperar um eventual excesso do valor do bem sobre o valor do crédito garantido.” Júlio Gomes explica que a proibição deveria abranger as situações em que o credor poderá vir a obter um bem dado em garantia de valor superior ao crédito, tanto no momento em que este é concedido, como no momento da sua negociação.⁴⁹

Esta sua opinião surge em concordância com a de LUMINOSO, que alerta para o facto de o fundamento da proibição não estar nas normas que expressamente a preveem, mas antes resultar de uma análise a outras figuras, entre as quais a venda a retro, quando a mesma desempenha uma função de garantia. Estas figuras a que o autor se refere são lícitas, no entanto as características que apresentam permitem contornar a proibição.

Quanto à tese que identifica a proibição do pacto comissório com a proibição da usura e a imoralidade, JÚLIO GOMES problematiza-o de um modo muito interessante. O autor interroga: “para que é então necessária esta proibição se já existe a possibilidade

⁴⁷ VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º58, Lisboa, 1956, p. 217

⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 555

⁴⁹ JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, *ob. cit.*, p. 66

de alegar que um determinado negócio é usuário?”⁵⁰ O nosso Código Civil estabelece no seu art. 282º a proibição dos negócios usuários, determinando a anulabilidade dos mesmos. Já a sanção atribuída ao pacto comissório, no art 694º, é a nulidade. Júlio Gomes questiona mais uma vez: “(...) como explicar a diversidade de respostas do ordenamento ao negócio usuário e ao pacto comissório?”. Ora, estas são, em nossa opinião, questões pertinentes quando, de facto, nos deparamos com esta tese. Parece-nos que o legislador, ao determinar que a sanção aplicável à violação da proibição do pacto comissório é a nulidade, tem a intenção de deixar claro que, mesmo que não exista usura, o pacto comissório é igualmente proibido, mesmo que dele resulte uma vantagem para o devedor. Concordamos, por isso, com o autor referido e o mesmo vai mais longe, uma vez que afirma que “a proibição do pacto comissório é, no fim de contas, um mecanismo preventivo da usura, de carácter geral, e cuja especial vantagem estaria precisamente no carácter drástico da sanção e na circunstância do devedor estar dispensado de provar a existência em concreto de um negócio usuário.”⁵¹

ISABEL MENÉRES CAMPOS defende que a ratio da proibição “parece ser, em primeira linha, a proteção do devedor, reputado como a parte mais débil no contrato, necessitando, nessa medida, de estar a coberto das pressões exercitáveis, pelo credor considerado como contraente mais forte”. A autora refere também que esta não é razão suficiente para fundamentar a proibição, fazendo igualmente referência à tese que recorre à proibição da usura como razão explicativa da mesma e até aos casos em que o devedor pode sair favorecido.⁵²

CATARINA MONTEIRO PIRES fundamenta a sua opinião em três razões. “A analogia entre o negócio usuário e o acordo comissório” é a primeira; “a difícil harmonização deste acordo com o princípio de equilíbrio e de controlo da medida de satisfação do credor nas garantias reais típicas, em prejuízo do devedor e, também, dos seus credores” é a segunda; por fim “a danosidade social que o recurso sistemático ou ilimitado a um pacto apropriativo desequilibrado é capaz de provocar”⁵³. Nas palavras da autora, estes três argumentos conjugam-se no seguinte ponto: “o acordo comissório é nulo se – e apenas se – corresponder a um mecanismo de autossatisfação apropriativa incontrolada por parte do credor.”

⁵⁰ JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, ob. cit, p. 65

⁵¹ JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, ob. cit, p. 65

⁵² ISABEL MENÉRES CAMPOS, *A Reserva de Propriedade...*, ob. Cit, pp. 309 e 310

⁵³ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2009, p. 271

ISABEL ANDRADE DE MATOS avança com a opinião de que, de facto, não é possível explicar a proibição do pacto comissório através de apenas uma das teses que começamos por enunciar. Há assim a necessidade de conjugar os pontos que, a seu ver, são justificativos da interdição. A autora refere-se à “necessidade de acautelar o devedor perante abusos do credor, mas (...) também do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório.”⁵⁴

JANUÁRIO GOMES avança com a teoria de que a ratio da proibição do pacto comissório é “plúrima e complexa”, referindo a relevância de acautelar a posição do devedor em relação “à possível extorsão do credor”, assim *como* “a necessidade que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as “regras do jogo, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores”.⁵⁵ Encontramos bem patente na posição deste autor pelo menos três argumentos.⁵⁶ A necessidade de evitar a subtração de bens à garantia dos credores está relacionada com a “necessidade de assegurar a *par conditio creditorum* a qual ficaria naturalmente abalada, se se admitisse que o credor poderia fazer seu o objeto da garantia, satisfazendo-se preferencialmente em relação aos demais credores e fugindo do concurso em prejuízo dos restantes (...)”⁵⁷. O art. 601º prevê o princípio da universalidade patrimonial, “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora (...)”, ou seja, uma garantia geral das obrigações, a qual é constituída pelo património do devedor. O art. 604º que tem como epígrafe “Concurso de credores” e estabelece uma garantia comum a todos os credores do devedor, ou seja, os que não gozam de direito de preferência (previsto no nº2), são pagos em pé de igualdade. É nesta norma que se encontra plasmada a regra da *par conditio creditorum*.

Repare-se, que em todas as teses até agora referidas, é sempre tida em consideração a fragilidade do devedor no seio da relação jurídica. No entanto, MENEZES CORDEIRO⁵⁸ critica-a recorrendo ao princípio da liberdade contratual consagrado no art. 405º, sustentado pelo princípio da autonomia privada. O autor defende que a liberdade que é conferida às partes, permite-lhes também saber quais os efeitos jurídicos que poderão surgir com a prática de determinado ato.

Por fim, e antes de nos pronunciarmos sobre a questão em análise, existe ainda uma teoria com apoiantes maioritariamente em Itália, sendo que em Portugal LEBRE

⁵⁴ ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...* ob.cit, p. 73

⁵⁵ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória da dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 94

⁵⁶ Em 2011, o STJ pronunciou-se sobre a proibição do pacto comissório, citando Januário Gomes e acompanhando a sua opinião. Cfr. Ac. STJ, 16-03-2011 (LOPES DO REGO)

⁵⁷ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *A Reserva de Propriedade ...*, ob. Cit, p.311

⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 952

DE FREITAS⁵⁹ e HENRIQUE MESQUITA⁶⁰ também a adotaram, que se prende com o princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial, o qual atribui ao Estado a exclusividade da função executiva, pelo que o credor não se encontra em posição para se auto[-]tutelar e satisfazer o seu direito, apropriando-se do bem em caso de incumprimento, isto é, sem passar por um processo e respetiva decisão judicial. Esta é uma razão compreensível, mas cremos que a complexidade da questão alcança aspetos mais relevantes.

Posto isto, tendo em consideração o que temos vindo a demonstrar, à semelhança da maioria da doutrina portuguesa também não nos parece viável justificar a proibição do pacto comissório apenas com um argumento/tese. Parece-nos, sim, que a mesma só se poderá fundamentar de um modo consistente com a harmonização de alguns fatores, entre os quais a analogia com a proibição da usura e o abuso da fragilidade do devedor, a necessidade de evitar a subtração de bens à garantia dos restantes credores do devedor e o interesse social.

A analogia entre a proibição da usura e a proibição do pacto comissório e o facto de o devedor ser a parte mais frágil na relação jurídica, quer na celebração do contrato, quer posteriormente são os aspetos mais facilmente detetáveis. O devedor é aquele que necessita de um financiamento e o bem “dado” em garantia tem quase sempre um valor superior ao crédito. Com a resolução, o credor ao satisfazer-se do seu crédito com o bem, acaba por atingir um locupletamento injustificado. No entanto, cremos que estes não são argumentos bastantes para explicar a proibição do pacto comissório e aqui concordamos com a questão suscitada por Júlio Gomes e supracitada⁶¹. A não proibição de uma cláusula comissória levaria a que os restantes credores do devedor vissem o património do devedor diminuído e, conseqüentemente, o bem objeto do pacto comissório impossibilitado de ser executado para satisfação dos seus direitos. Por fim, o interesse social seja talvez a razão que melhor explica a ratio desta interdição legal, uma vez que somos da opinião de que esta tese acabava por abarcar todas as outras referidas. Deste ponto de vista, admitir a licitude do pacto comissório seria incentivar o recurso à usura, ao abuso da posição dominante por parte do credor e da frágil posição do

⁵⁹ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios gerais. À luz do código revisto*, Coimbra, Gestlegal, 4ª edição, 2017, pp. 62-65

⁶⁰ Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 76 e 77

⁶¹ Referimo-nos ao parágrafo sexto, do ponto 2, do Capítulo II

devedor, a sobreposição em relação aos demais credores. Comportamentos que fácil e celeremente se difundiriam na sociedade.

3. A extensão da proibição do pacto comissório à venda a retro

Depois de chegarmos a uma conclusão no que diz respeito à ratio legis da proibição do pacto comissório, cabe-nos perceber se esta proibição se estende à figura da venda a retro.

JÚLIO GOMES afirma que “o aspe[c]to paradoxal da proibição do pacto comissório é que esta convive com outros institutos, perfeitamente lícitos, que parecem, no entanto, desencadear os mesmos perigos que a proibição do pacto comissório visa exorcizar.”⁶² E este é, em nossa opinião, o ponto chave para determinar se esta proibição se aplica à venda a retro. Aliás não só a esta figura jurídica como a outras em que se procede à transferência da propriedade com função de garantia.

Assim, o primeiro passo é perceber qual o escopo visado pelas partes com a celebração da venda a retro. Se, de facto, existe a intenção de financiamento por parte do comprador e se o bem objeto do contrato funciona como garantia do mesmo. Tal como foi mencionado anteriormente, a venda a retro pode desempenhar uma função de crédito e de garantia. Vários são os autores que afirmam que é realmente fácil que a figura da venda a retro desencadeie os mesmos resultados que a proibição do pacto comissório visa irradiar.⁶³ E parece ser unânime também que a proibição do pacto comissório se estende a estas figuras jurídicas, tidas como lícitas, mas que pela função que desempenham, nestes caso em específico, facilitariam a tarefa de contornar a proibição do pacto comissório. Assim sendo, estamos de acordo com as palavras de JANUÁRIO GOMES quando o mesmo refere que “a sanção de nulidade estabelecida no art. 694º não pode ser acantonada aos quadros estritos do penhor, da hipoteca e da consignação de rendimentos, valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência⁶⁴” – o autor refere-

⁶² JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, ob. Cit, p. 65

⁶³ GALVÃO TELES, *Contratos Civis*, in BMJ, nº83, 1059, pp. 135 e 136; JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória...*, ob.cit., p.94; JÚLIO GOMES, *Sobre o Âmbito de Proibição do Pacto Comissório...*, ob.cit, pp. 65 e 66; ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...* ob.cit, p. 175; ROMANO MARTINEZ, FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra, Almedina, 4ª edição, 2003, pp. 223 e ss; VAZ SERRA, *Objeto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos, Requisitos*, in BMJ, nº 74, 1958, pp. 162 e 163; RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e venda...* ob.cit. p. 644

⁶⁴ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória ...*, ob.cit., p.94

se aqui aos casos em que a propriedade foi transferida com função de garantia, como é o caso da venda a retro, e se verificou incumprimento por parte do devedor. No mesmo sentido se pronunciou REMÉDIO MARQUES, afirmando que “a proibição é susce[p]tível de aplicação, em abstrato, a todos os tipos (indiretos) que determinam a celebração de contratos através dos quais se preveja a fixação de garantias reais atípicas e das consequências que deles decorrem.”⁶⁵⁶⁶

4. O Pacto Marciano

A proibição do pacto comissório levou à descoberta do pacto marciano, este que se define como o acordo em que “a propriedade sobre uma coisa dada em garantia se transfere para o credor, ficando este, porém, obrigado a restituir ao devedor a soma correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito”⁶⁷.

Quanto à sua admissibilidade, a maioria da doutrina portuguesa, com a qual concordamos, considera que este é um acordo válido, pelo que não é abrangido pelos motivos da proibição presente no art. 694º, defendendo ainda que o mesmo foi acolhido pelo DL nº 105/2004, no seu art. 11º, ainda que disfarçadamente⁶⁸. Opinião contrária é a de VAZ SERRA, que defende a invalidade do pacto marciano, por considerar que, apesar de o credor proceder à avaliação imparcial do bem e à entrega do remanescente entre o valor de mercado do bem e o valor do débito, ainda existe o perigo do pacto comissório. Nas suas palavras, “(...) o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o empenhador não querería vender-lhe nessas condições, se não fosse a situação de dificuldade económica em que se encontrava”.⁶⁹

Em nosso entender, o pacto marciano é um acordo que permite suprir a proibição presente no art. 694º de forma lícita. O mesmo poderá ser convencionado pelas partes

⁶⁵ REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva (Sale and Leaseback) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Ação Executiva*, in BFDUC, nº 77, Ano 2001, p. 598

⁶⁶ No mesmo sentido de Januário Gomes e Remédio Marques, PESTANA DE VASCONCELOS e MENEZES LEITÃO afirmam que a admissibilidade da venda a retro pode ser posta em causa pela proibição do pacto comissório, que, apesar de não ser expressamente previsto no seu regime, se aplica aos contratos que incluem uma cláusula a retro. Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob.cit. pp. 426; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, ob. cit., p. 77

⁶⁷ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória ...*, ob.cit., p.95;

⁶⁸ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, ob. Cit., p. 276; JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória ...*, ob.cit., p. 95; MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob.cit., p. 274; REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva ...* ob. Cit., p. 607; ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...* ob.cit., p. 88; .

⁶⁹ VAZ SERRA, *Penhor*, ob. Cit., p. 219

no contrato e, quando as partes não o estabelecem, o mesmo poderá resultar implícito no art. 11º do DL nº 105/2004.

CATARINA MONTEIRO PIRES afirma que “os requisitos de que depende a validade do pacto marciano são revelados quer por contraposição teleológica com o âmbito da proibição do pacto comissório, quer pela análise do regime especial dos contratos de garantia financeira.”⁷⁰ Assim, o primeiro requisito para a validade do pacto marciano é precisamente que o beneficiário da garantia restitua o remanescente resultante da diferença entre o valor do bem e o montante do débito. Como foi referido anteriormente, esta condição poderá ser convencionada entre as partes ou resultar de norma jurídica (art. 11º DL nº 105/2004). O segundo requisito “implica uma apreciação do valor do bem de garantia pautada por critérios de atualidade e de correção”⁷¹, pelo que deverá ser um terceiro independente a fazê-lo.

Considerando que **A** e **B** celebram um contrato de compra e venda de um automóvel (em que **A** vende a **B**), do qual consta uma cláusula que permite ao vendedor resolver o contrato, nos termos do art. 927º e que da interpretação do contrato resulta que este foi celebrado com fim de crédito e de garantia. No caso de o vendedor não exercer o seu direito de resolução, o bem deverá ser avaliado por um terceiro independente das partes ou no caso de **B** o alienar a um terceiro, o comprador a retro deverá proceder à entrega do remanescente entre o valor do bem e o valor pelo qual efetivamente comprou ao vendedor a retro, tal como indica a definição avançada por Januário Gomes e a que podemos encontrar na lei. Este dever de restituição decorre também do disposto no art. 473º, que consagra o princípio do enriquecimento sem causa, “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem, é obrigado a restituir aquilo com que injustificadamente se locupletou”.⁷² A partir do momento em que se possa, com alguma segurança, afirmar que esta compra e venda a retro foi celebrada com fim de crédito e de garantia, se as partes nada convencionaram sobre esses deveres, poderá afirmar-se a existência de uma lacuna. A colmatação dessa lacuna seria, precisamente, através do estabelecimento deste dever com recurso ao art. 239º, assim como ao princípio da boa fé contratual, no art. 762º, n.º 2, sendo que estes são já deveres laterais que nascem depois de extintas as obrigações principais do contrato.

⁷⁰ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, ob. Cit., p. 277

⁷¹ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, ob. Cit., p. 278

⁷² Sobre o princípio da restituição: cfr. OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 767 e ss

5. A questão particular da insolvência das partes

Quando a questão é a insolvência de uma das partes, cabe-nos, em primeiro lugar, determinar qual será o regime insolvencial a aplicar. O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), nos art. 102º e ss, prevê qual a solução a aplicar quando nos deparamos com os contratos bilaterais não integralmente cumpridos, enumerando um conjunto de contratos regulados⁷³. Acontece que aqui estamos perante um contrato integralmente cumprido, pelo que não se aplica o regime legal referido, nem as restantes disposições referentes à insolvência. PESTANA DE VASCONCELOS afirma também que o Capítulo do CIRE referente a “*efeitos sobre negócios em curso*” também não é aqui aplicável por analogia, pelo que “o regime insolvencial deste contrato deverá ser determinado por outra via, com base nas valorações que atravessam as referidas disposições insolvenciais”⁷⁴.

Em relação a uma eventual insolvência do vendedor, o primeiro aspeto a ressaltar é de que o exercício do direito de resolução do contrato pertence ao administrador da insolvência. Através de um raciocínio lógico, entendemos que caso esse direito seja exercido, o bem recuperado integra a massa insolvente, sem prejuízo de o administrador ter de cumprir o art. 931º e de restituir o preço. PESTANA DE VASCONCELOS afirma que a posição do comprador a retro/financiador é privilegiada relativamente aos restantes credores do vendedor insolvente, inclusive em relação aos quais possuem garantias reais. Todavia, parece-nos que, nesta hipótese, o vendedor a retro não teria condições para cumprir o disposto no art. 931º, o mais provável seria não optar pela resolução do mesmo. Como vimos, quando o vendedor a retro opta por não resolver o contrato, “o bem terá de ser avaliado por um terceiro independente das partes ou vendido nas melhores condições de mercado, entregando o comprador à outra parte o excedente relativamente àquilo que o primeiro obteria com a resolução do contrato”⁷⁵, só assim se respeitaria a proibição do pacto comissório imposta no art. 694º. O mesmo acontece quando o vendedor está em fase insolvencial, o comprador deverá proceder à

⁷³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Novo Direito da Insolvência. Insolvência: efeitos sobre o negócio em curso*, in Themis, RFDUNL, Lisboa, 2005, pp. 111 e ss; MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 106 e ss; CARVALHO FERNANDES, JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, Quid Iuris, pp. 386 e ss; PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob.cit. p. 430

⁷⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob.cit. p. 430

⁷⁵ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob.cit. p. 433

Mais uma vez, a solução passa por recorrer ao pacto marciano no intuito de não violar o preceito normativo que proíbe o pacto comissório.

avaliação por terceiro independente do bem e restituir o excedente ao vendedor, para que esse valor integre a sua massa insolvente⁷⁶.

No que diz respeito a uma eventual insolvência do comprador, concordamos com a opinião de PESTANA DE VASCONCELOS⁷⁷. O autor defende que o contrato deve manter-se, permanecendo o vendedor a retro com a faculdade de resolvê-lo, desde que respeitando o prazo. Acionando o seu direito de resolver o contrato, o vendedor deverá cumprir o previsto no art. 931º, ou seja, restituir o valor pago a título de preço pelo comprador assim como pagar o valor das despesas com o mesmo. Este valor integra a massa insolvente do comprador, que não sairá prejudicada pela resolução da venda a retro.

Em nossa opinião, o vendedor tem quase sempre um interesse no bem, por isso mesmo optou por celebrar uma venda a retro, pelo caráter provisório e temporário que a caracteriza. Ainda assim, nas situações em que o interesse deixou de existir, a melhor decisão será a de manter o contrato, não optar pela resolução e mais tarde, o vendedor terá direito a receber a quantia que diz respeito ao remanescente entre o valor que recebeu por parte do comprador e o valor do bem.

⁷⁶ O conceito de massa insolvente está presente no art. 46º/nº1 do CIRE que dispõe o seguinte: “*A massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo.*”

⁷⁷PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob.cit. p. 430 e 431

NATUREZA JURÍDICA E COMPARAÇÃO COM A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

1. Natureza jurídica da venda a retro

A maioria dos autores que escrevem sobre a figura da venda a retro referem-se à mesma como uma alternativa⁷⁸ a outros contratos de concessão de crédito e de financiamento, como por exemplo ao mútuo bancário, ao empréstimo, à locação financeira. Segundo o preceito legal em que encontramos a sua definição, aquilo que a caracteriza essencialmente é a faculdade que é reconhecida ao vendedor/devedor para resolver o contrato, readquirindo, assim, o bem objeto do mesmo.

Em primeiro lugar, surge a questão de saber se a venda a retro tem uma natureza fiduciária. Nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, o negócio fiduciário confere ao devedor uma posição de debilidade e de risco, que é marcada por quatro elementos. “Por um lado, temos a recusa de retransmissão, ou a transferência a terceiro, pelo fiduciário em incumprimento das obrigações contraídas dos direitos que lhe foram transmitidos. Por outro, a penhora dos bens fiduciários no seio de uma ação executiva interposta pelos credores do fiduciário e a sua declaração de insolvência, com a integração dos referidos bens na massa insolvente.”⁷⁹ Apesar da estrutura da venda a retro se assemelhar à de um negócio fiduciário pelo facto de se verificar uma retransmissão do bem, o mecanismo que permite essa retransmissão é diferente. O vendedor a retro readquire o bem por força do exercício de resolução, que lhe permite extinguir o contrato.

Para além disto, PESTANA DE VASCONCELOS defende que a melhor resposta a dar a esta questão tem que ver com o objeto da venda a retro, distinguindo quando se trate de um bem imóvel ou um bem móvel sujeito a registo e quando se trate de um bem móvel não sujeito a registo. Já aqui analisamos os efeitos jurídicos da venda a retro relativamente a terceiros e percebemos que o seu próprio regime jurídico confere uma proteção especial ao vendedor no art. 932º, consubstanciando este uma exceção à regra geral do art 435º. Relembrando o que diz o artigo, “A cláusula a retro é oponível a

⁷⁸ ANA AFONSO, *A condição – Reflexão crítica em torno dos subtipos da compra e venda*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014, p. 474; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, ob.cit. p. 76; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Venda a Retro como instrumento...*, ob. cit. p. 235; ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do Contrato*, ob. cit., p. 263

⁷⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob. cit. pp. 416 e 417

terceiros, desde que a venda tenha por objeto coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo, e tenha sido registada.” O vendedor, nestes casos, vê o risco de perda da coisa diminuído, pois poderá fazer prevalecer os seus direitos face aos direitos de um eventual terceiro. Isto claro se a cláusula tiver sido registada. Esta solução aplica-se aos bens imóveis e bens móveis sujeitos a registo, em que não verifica um caráter fiduciário do negócio.

Quanto aos bens móveis não sujeitos a registo, existe, de facto, um maior risco para o vendedor a retro de perder a coisa, uma vez que a cláusula a retro não será oponível a terceiros. O dever que o comprador tem de não alienar a coisa dentro do prazo em que o vendedor pode resolver o contrato surge, como já vimos, da relação de confiança que deve existir entre as partes, assim como do princípio da boa fé, art 762º. Este dever pode resultar do próprio contrato, mas não é legalmente previsto. Apesar de o vendedor estar mais frágil nestas situações, e também como já foi explicado anteriormente nesta exposição, em caso de insolvência do comprador, poderá exercer o seu direito de resolução, efetuar o pagamento do preço e das despesas com o contrato (valor que integraria a massa insolvente do comprador) e readquirir o bem. Percebemos, assim, que a venda a retro tem semelhanças com um negócio fiduciário quando tenha por objeto um bem móvel não sujeito a registo. Ainda assim, concluímos que mesmo nestes casos, a debilidade do vendedor não é tão grande.

Ainda no que diz respeito à natureza jurídica desta figura, MENEZES LEITÃO⁸⁰ refere que não existe motivo para nos afastarmos da qualificação legal, pois o seu regime harmoniza-se integralmente com o disposto nos arts. 932º e ss, podendo por isso esta cláusula a retro ser configurada como uma convenção atributiva de um direito de resolução do contrato, a exercer *ad nutum* pelo vendedor. RAÚL VENTURA⁸¹ apresenta-nos uma tese que nos dá conta que existem dois principais elementos da venda a retro, sendo que o primeiro é a transferência imediata da propriedade da coisa para o comprador e o segundo é a faculdade do vendedor reaver a mesma, fazendo terminar a propriedade do comprador. O autor considera que a incidência da vontade do vendedor recai sobre o contrato e indiretamente sobre a propriedade. Se considerarmos que a vontade incide apenas sobre o direito de propriedade, na ótica do autor, a faculdade conferida ao vendedor é um “direito

⁸⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ob.cit. p.80

⁸¹ RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e venda...*, ob.cit. pp. 646 e ss

potestativo de influir, fazendo-o terminar, sobre um direito alheio.” Se considerarmos que a incidência de vontade do vendedor recai sobre o contrato de celebrado, podemos encontrar duas soluções. A primeira é a de que estamos perante um contrato com condição resolutiva potestativa e a segunda é a de que estamos perante um contrato com faculdade de resolução atribuída ao vendedor. A opinião do autor vai ao encontro da opinião de Menezes Leitão, ou seja, que devemos ter em conta a letra da lei e considerar que estamos perante um contrato em que o vendedor possui um direito potestativo que lhe permite resolver o contrato e “extinguir o direito de propriedade atribuído ao comprador⁸².” PESTANA DE VASCONCELOS⁸³ também é defensor desta tese. ANA ISABEL AFONSO⁸⁴ refere mesmo que seria uma explicação (a de esta figura assentar numa condição, tese que analisaremos de seguida) “menos adequada à leitura estrutural da venda a retro, tal como predisposta pelo legislador civil, além de contraditória com o instituto da condição.”

Existe, por outro lado, alguma doutrina que propugna a existência de uma condição, ou seja, consideram que os efeitos definitivos do contrato estão subordinados à verificação de um evento de carácter futuro e incerto⁸⁵, que será o exercício do direito de resolução do contrato por parte do vendedor/devedor. Esta condição a que nos referimos é considerada resolutiva, visto que se o vendedor exercer o seu direito, a venda fica resolvida com carácter retroativo, pois este readquire o bem, reembolsa o preço e as despesas; é também considerada potestativa, uma vez que sobre o vendedor não recai a obrigação de exercer o seu direito, apenas lhe é conferida essa possibilidade.

ROMANO MARTINEZ é um dos partidários desta tese, afirmando que na venda a retro é “aposta uma condição resolutiva, a exercer pelo vendedor de modo potestativo, dando-lhe a possibilidade de reaver o bem alienado, mediante devolução do preço recebido.” O autor afirma mesmo que o *risco*, dado tratar-se de uma condição resolutiva, na pendência desta, “corre por conta do comprador nos termos do art. 796⁸⁶.”

⁸² RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e venda...*, ob. cit, pp.646 e ss

⁸³ PESTANA DE VASCONCELOS, de *A venda a retro como...*, ob. cit. pp. 227 e 228

⁸⁴ ANA AFONSO, *A condição – Reflexão crítica...* ob.cit, pp.482

⁸⁵ ANA AFONSO, *A condição – Reflexão crítica...* Ob. cit. pp. 475

⁸⁶ ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial) - Compra e venda, Locação, Empreitada*, Almedina 2ª edição, 2008, pp. 84 e 85

BRANDÃO PROENÇA defende que existe uma condição, mas que a mesma tem uma natureza mista, ou seja, admite que esta é uma venda realizada sob condição resolutiva, de carácter misto e não apenas potestativo, pois depende de um facto voluntário objetivado. O autor vai, assim, ao encontro da conceção da doutrina tradicional italiana quanto a este ponto⁸⁷. Brandão Proença refere que a sua natureza mista está “funcionalmente ligada à vontade de uma parte apta a produzir o efeito recuperatório da propriedade e da posse da coisa, mas sem necessidade de uma completa retroatividade⁸⁸.”

Um ponto importante para o qual ANA ISABEL AFONSO⁸⁹ chama também à atenção é o facto de esta condição não coincidir com a que é prevista no art. 270º. O efeito retroativo da resolução surge tanto no mecanismo condicional como no mecanismo legal da resolução, assim como ambos os mecanismos reconhecem que os frutos produzidos pelo bem ou pela coisa não se incluem neste efeito retroativo, pelo que o comprador/credor não terá de os entregar ao vendedor/devedor. Na opinião da autora, a aplicação do regime da retroatividade, definido para a condição, é *tarefa inútil*, tendo em consideração o que foi mencionado. O mecanismo da resolução legal tem um âmbito específico, limitado às hipóteses em que o contrato tenha por objeto bens registáveis e se tenha efetivamente procedido à inscrição da cláusula no registo (art. 932º). Seria, pois, mais vantajoso para terceiros adquirentes a aplicação do regime previsto para a condição, que é, em regra, o da retroatividade à data da conclusão do negócio (art. 276º). Parece-nos, de facto, que não é essa a vontade do legislador quando voltou a reinstaurar a figura da venda a retro no Código Civil atual, o regime adotado nos art. 927º e ss confere uma forte tutela ao vendedor a retro.

⁸⁷ Contra a tese que qualifica o *riscatto convenzionale* como venda subordinada a uma condição resolutiva são os autores italianos Puleo e Luminoso, que realçam que faltam ao *patto di riscatto* as notas estruturais características da condição voluntária. Ainda que a condição consista na declaração da vontade de uma das partes, esta deve exprimir uma ordem de interesses estranha à regulada no negócio. Por sua vez, Pelosi considera que a exterioridade não tem de se verificar em relação ao negócio de forma global, mas apenas ao contraente constringido a sofrer a verificação da condição e em relação a este, a declaração de resolução do outro não está privada do carácter de exterioridade.

Na doutrina espanhola e francesa, tem-se seguido a tese de que a figura da venda a retro não se enquadra na categoria de condição, ou seja, que o vendedor não tem, nestes casos, uma posição jurídica condicionada. Bouteille considera que essa posição condicionada pertence ao comprador.

⁸⁸ BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora 1996, pp. 91 e 92

⁸⁹ ANA AFONSO, *A condição – Reflexão crítica...*, Ob.cit. pp. 478

A jurisprudência nacional também já se pronunciou no sentido de afirmar que a venda a retro assenta sobre uma condição potestativa resolutiva⁹⁰. A questão em causa tinha que ver com o facto, segundo afirmavam os requerentes, de o contrato celebrado entre as partes e conseqüentemente o acórdão recorrido violarem o art. 927º e ss por admitir que o fim teleológico do contrato como venda a retro é servir de contrato dissimulado de contrato de mútuo com garantia hipotecária. O próprio acórdão cita as palavras de ANTUNES VARELA, que nos ensina que a figura da venda a retro assenta sobre uma condição potestativa resolutiva. No entender deste autor, o comprador fica sujeito a que o vendedor, mediante uma simples notificação, resolva o contrato e, portanto, não existe uma nova declaração contratual por parte do comprador⁹¹. O STJ considera que a venda a retro tem, por trás de si, uma condição resolutiva que é, geralmente, constituída pelo cumprimento do contrato de mútuo funcionando o cumprimento ou reembolso como condição de resolução. No mesmo sentido se pronunciou o TRL, num caso ainda mais recente, considerando que existe sim uma condição resolutiva por detrás da venda a retro⁹².

A teoria de que a venda a retro assenta numa condição resolutiva potestativa não nos parece ser a mais acertada tendo em conta o regime jurídico estabelecido. Na linha de pensamento de ANA ISABEL AFONSO, consideramos que o vendedor tem o direito potestativo de resolver o contrato, isto de acordo com a definição de direito potestativo dada por MOTA PINTO e anteriormente citada. O que se verifica é que a opção de resolver o contrato por parte do vendedor, irá produzir, inevitavelmente, efeitos na esfera jurídica do comprador, o qual não se poderá opor. Acrescenta-se, ainda, que este direito, sendo definido como um poder, é apenas uma faculdade, tal e qual como a encontramos na letra da lei.

2. Confronto entre a venda a retro e a alienação fiduciária em garantia

Inicialmente, destacamos a alienação fiduciária em garantia⁹³ como uma das figuras afins à venda a retro.

⁹⁰ Cfr. Ac. STJ, 19-09-2006 (JOÃO CAMILO)

⁹¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 6ª edição revista e atualizada, Livraria Almedina 1989, pp. 303

⁹² Cfr. Ac. TRL 15-04-2010 (CATARINA ARÊLO MANSO)

⁹³ A sua origem remete-nos ao Direito Romano, no séc. IV a.c., na chamada *fiducia cum creditore*, esta que era umas das utilizações que a *fiducia* conhecia, a par com a *fiducia cum amico* (transmissão de bens no interesse do fiduciante). Cfr. CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação Fiduciária em Garantia*,

MANUEL DE ANDRADE define negócio fiduciário como uma “transmissão de bens e direitos realmente querida pelas partes para valer em face de terceiros, mas obrigando-se o adquirente a só exercitar o seu direito em vista a certa finalidade”.⁹⁴ Nas palavras de ISABEL MENÉRES CAMPOS, o credor deverá restituir a coisa “caso o crédito a que serve de garantia venha a ser cumprido”, acrescentando ainda que “o negócio fiduciário é caracterizado pela atribuição de uma posição jurídica mais forte que aquela exigida pelo objetivo económico que serve”⁹⁵, ou seja, o fiduciário adquire um poder jurídico mais amplo do que aquele que necessita para a finalidade do negócio, pois não poderá dispor da coisa para obter um fim diferente daquele que é previsto, a garantia de uma obrigação.

Esta figura está, hodiernamente, prevista no DL nº 105/2004 que aprova o regime jurídico dos contratos de garantia financeira, resultante da transposição da Diretiva Europeia 2002/47/CE. Contudo, durante a vigência do Código Civil de 1967, prevalecia a tese da inadmissibilidade dos negócios fiduciários, defendida doutrinariamente por BELEZA DOS SANTOS⁹⁶ e MANUEL DA ANDRADE⁹⁷ e jurisprudencialmente no Ac. do STJ de 1956⁹⁸. Entendia-se que esta figura representava uma simulação ou uma fraude à lei.

Atualmente, a tese da sua admissibilidade conta com defensores como VAZ SERRA⁹⁹, que refere que se o fim que as partes pretendem alcançar for “*lícito e razoável*”, não existe motivo para não os admitir. JANUÁRIO GOMES¹⁰⁰ afirma que os mesmos devem ser considerados válidos, sendo que o autor aceita que possa ser difícil conciliar o esquema contratual da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório. Ainda assim, não considera que existe razão para a sua exclusão. PAIS DE VASCONCELOS¹⁰¹ defende que o negócio fiduciário não

ob.cit., pp. 25 e ss. A *fiducia cum creditore* era constituída por meio dum contrato real celebrado na forma de *macipatio* ou *in iure cessio* e permitia ao devedor ou terceiro garantir uma *obligatio* através da transferência da propriedade para o credor (fiduciário) de uma *res mancipi*. Quando cumprida a *obligatio*, o credor obrigava-se a restituir a propriedade ao fiduciante (devedor). Cfr. SANTOS JUSTO, *Direito Romano Privado – II (Direito das Obrigações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 167; ALMEIDA COSTA relembra a existência de uma fiducia de tipo romano e outra de tipo germânico, sendo as suas estruturas diferentes, mas desempenhando a mesma função. Cfr. ALMEIDA COSTA, *A alienação fiduciária em garantia... ob. cit.*, p. 44

⁹⁴ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1983, p. 175

⁹⁵ ISABEL MENÉRES CAMPOS, *A Reserva de Propriedade ...*, ob. Cit, pp. 53

⁹⁶ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Simulação em Direito Civil*, Coimbra Editora, 1921, pp. 120 e ss

⁹⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, ob. cit., pp. 177 e 178

⁹⁸ De acordo com o referido no Ac. STJ de 26-04-2018 (FERNANDA ISABEL PEREIRA)

⁹⁹ VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou outros direitos*, in BFDUC, ano XXX, 1954, p. 383;

¹⁰⁰ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória ...*, ob.cit., pp. 86 e ss

¹⁰¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob.cit., p. 280

representa uma simulação, uma vez que existe “uma vontade séria e não fictícia.” *Na mesma linha de pensamento*, CATARINA MONTEIRO PIRES¹⁰² chama a atenção para o facto de, para estarmos perante a figura do art 240º “simulação relativa” é necessário a verificação de três requisitos: a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, o acordo entre as partes, e o intuito de enganar terceiros. Requisitos que não se verificam no âmbito desta figura, o que significa que “as partes pretenderam efetivamente o que declararam: transmitir a propriedade de um bem com escopo de garantia”. MENEZES LEITÃO¹⁰³ propugna argumentos como “a liberdade contratual (art. 405º), o que seria confirmado por a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade (art. 1306º) e admitir mesmo situações de propriedade fiduciária, no âmbito do mandato sem representação (arts. 1180º e ss) e da cessão de bens aos credores (art. 831º e ss)”, no sentido da admissibilidade da figura. Argumentos estes que CARVALHO FERNANDES¹⁰⁴ também sustenta, realçando ainda que o DL n.º 105/2004 prevê os acordos de garantia financeira. O autor acrescenta que para além dos negócios fiduciários tipificados, como os que foram sendo referidos, também os negócios fiduciários atípicos devem ser admitidos.

O STJ também tem vindo a preconizar a tese da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia, baseando as suas decisões “no disposto nos artigos 405.º e 1306.º, n.º 1 (...) o primeiro, por consagrar o “princípio da autonomia da vontade”, o segundo, por prever que aos direitos reais se aportem, por negócio jurídico, restrições de natureza obrigacional, prevendo assim como legítima a fidúcia; no apelo à confusão do argumento central da tese contrária, a questão da divergência entre a causa (função) concreta do contrato e a causa (função) típica do tipo de referência, que tem como consequência a negação da qualificação do contrato fiduciário como correspondente ao tipo de referência (compra e venda), e a questão da apreciação da tutela jurídica da causa (função) concreta do contrato fiduciário, juízo de mérito relativo à licitude do mesmo; e no acolhimento expresso pelo D.L. n.º 105/2004, de 8 de Maio, enquanto modalidade dos contratos de garantia financeira, da alienação fiduciária em garantia, espelho da abertura do ordenamento jurídico a tal realidade negocial, por princípio, axiologicamente neutra.”¹⁰⁵

¹⁰² CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação fiduciária em garantia*, ob.cit, p. 77

¹⁰³ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 263

¹⁰⁴ CARVALHO FERNANDES, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Estudos sobre a simulação, Lisboa, Quid Iuris, 2004, pp. 254 e ss

¹⁰⁵ Cfr. Ac. STJ de 26-04-2018 (FERNANDA ISABEL PEREIRA)

Desde logo, a primeira afinidade que encontramos entre a venda a retro e a alienação fiduciária em garantia é o facto de a transferência da propriedade desempenhar uma função de garantia, sendo que no caso da venda a retro esta não é a única função que a mesma pode desempenhar. Percebemos também, que ambas as figuras não eram admitidas no Código Civil de 1867, uma vez que representavam, segundo a doutrina, um negócio simulado e conduziriam à usura. Atualmente, como temos vindo a analisar, a maioria da doutrina e jurisprudência negam o carácter simulado destas figuras, apoiando-se nos diversos argumentos já mencionados.

Quanto ao problema da usura, já o analisamos anteriormente no que diz respeito à venda a retro. Parece-nos que este é também um problema com que a alienação fiduciária em garantia se deparava. É facilmente, entendemos a razão. É que, à semelhança do que se verifica na venda a retro, o valor da coisa transmitida para o credor (fiduciário) é normalmente superior ao valor do crédito. Portanto, o credor acabaria por satisfazer o seu crédito, caso o devedor não cumprisse a sua obrigação por um valor superior, apropriando-se do mesmo ou alienando-o. Percebemos então, que a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia, estava, como acontece na venda a retro, dependente do respeito pela norma do 694º que estabelece a proibição do pacto comissório. CARVALHO FERNANDES afirma mesmo que para tal suceder devem prever-se no negócio disposições que não permitam “um locupletamento injustificado do credor, obtido mediante apropriação do bem transmitido”, como o recurso ao pacto marciano, sob pena de o mesmo ser considerado nulo. A respeito da proibição do pacto comissório e solução vinda do pacto marciano remetemos, neste ponto, para o Capítulo II da nossa exposição.

Apesar de todos estes pontos em comum, uma figura não se pode confundir com a outra. A doutrina, principalmente a italiana, tem procurado distinguir os casos em que estamos perante uma venda a retro dos casos em que nos deparamos com uma alienação fiduciária em garantia. Evidenciaremos, de seguida, esses traços distintivos.

Primeiro, o DL nº 105/2004 restringiu o âmbito de aplicação da alienação fiduciária em garantia no seu art 3º, quanto aos sujeitos e no art. 4º e 5º, quanto ao objeto. O mesmo não se verifica no regime jurídico da venda a retro, art 927º e ss do Código Civil Português.

No mesmo sentido, Ac. STJ de 11-05-2006 (SALVADOR DA COSTA), Ac. STJ de 23-02-2012 (TÁVORA VICTOR), Ac. STJ de 16-03-2011 (LOPES DO REGO), Ac. TRP de 10-05-2011 (VIEIRA E CUNHA)

Partindo da definição de alienação fiduciária em garantia, existem dois pontos que nos parecem importantes realçar. O primeiro é o facto de o credor (fiduciário) ter de restituir o bem ao devedor (fiduciante), caso este segundo cumpra a obrigação principal que a alienação fiduciária em garantia visa garantir. Portanto, é imposta uma obrigação ao credor. Importa referir que o fiduciário poderá restituir, em vez da coisa, determinada quantia ou até recorrer à compensação. O mesmo não acontece quando as partes convencionam uma venda a retro. O que se verifica é que o vendedor a retro tem o direito potestativo de resolver o contrato (algo que não se verifica na alienação fiduciária em garantia) e, só pelo facto de este exercer o seu direito, é que o comprador deverá restituir o bem. Existe uma correlação entre as duas ações. Portanto, o que leva à extinção do contrato na venda a retro é o exercício do direito de resolução, enquanto que na alienação fiduciária em garantia é o cumprimento da obrigação principal. O segundo traço caracterizador da alienação fiduciária em garantia que queremos ressaltar prende-se com a circunstância de o credor apenas poder utilizar o bem transmitido para satisfazer o seu crédito, caso o devedor entre em incumprimento da sua obrigação. Já numa venda a retro, o comprador torna-se um possuidor de boa fé, sendo-lhe aplicáveis as normas dos arts. 1269 e ss (ex vi do art 289/nº3).¹⁰⁶ CATARINA MONTEIRO PIRES afirma que num contrato de venda a retro, “a venda figurará um negócio translativo, ainda que economicamente lhe possa assistir um cariz de garantia”.¹⁰⁷ Portanto, existe um contrato já concluído, uma vez que cada parte já realizou a sua prestação, o comprador pagou o preço e o vendedor entregou a coisa.

¹⁰⁶ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação fiduciária em garantia*, ob.cit, p. 93

¹⁰⁷ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação fiduciária em garantia*, ob.cit, p. 96

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de analisar o regime jurídico da venda a retro, percebemos que esta é uma figura que permite o acesso ao crédito, em alternativa ao recurso às figuras mais usuais, como a hipoteca, mútuo bancário, locação financeira, etc. Este acesso ao crédito é garantido pela função creditícia e garantística que a mesma pode desempenhar, de resto essa é a sua principal aplicação prática.

A questão que temos vindo a ressaltar é a de saber o que poderá levar as partes a celebrarem uma venda a retro. Entendemos que, neste ponto, conseguimos dar-lhe resposta. À partida, considerando o regime jurídico da figura, somos tentados a afirmar que o vendedor é o verdadeiro beneficiado da relação jurídica. Verificamos que o legislador optou por, no seu regime jurídico, conferir uma forte tutela ao vendedor, atribuindo-lhe a faculdade de resolver o contrato, estabelecendo as restrições do art 928º que impedem que o comprador pratique atos usuários (existindo um aproveitamento da fragilidade do vendedor) e através do disposto no art. 932º que, contrariamente à regra geral, prevê a oponibilidade da cláusula a retro em relação a terceiros, quando o bem objeto do contrato seja um imóvel ou móvel sujeito a registo e a cláusula tenha sido registada. Quando o bem objeto do negócio for um bem móvel não sujeito a registo, o vendedor fica mais desprotegido no que ao art. 932º diz respeito e nesse sentido, a venda a retro poderá não ser a solução mais favorável. Vimos, até, que nestes casos se podia afirmar uma natureza fiduciária da figura, correndo o vendedor um risco maior de perder a coisa. Ainda assim, podemos afirmar que existem boas razões que conduzam o vendedor a optar pela celebração de uma venda a retro com o intuito de obter um crédito.

O objetivo do legislador, no art. 928º, foi proibir atos usuários por parte do comprador (motivo pelo qual a venda a retro era proibida no Código Civil de 1867), ou seja, impedir que este atinja um locupletamento injustificado às custas do devedor. A imposição desta norma restritiva leva MENEZES LEITÃO¹⁰⁸, como referimos no início da nossa exposição, a afirmar que a reinstituição da venda a retro no Código Civil de 1966 não tem utilidade prática e que as restrições impostas tornam muito difícil que algum comprador aceite celebrar um contrato de venda a retro, neste caso, que aceite ser

¹⁰⁸ MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, ob.cit., p. 77

financiador. O caráter provisório que a própria letra da lei confere ao contrato pode representar, igualmente, um entrave à celebração do mesmo. A resolução, apesar de estar sujeita a um prazo, desde que o respeite, pode ser acionada em qualquer altura e sem justificação. Para além disso, a proibição do pacto comissório e a solução do pacto marciano são profundamente defensoras dos interesses do vendedor. A verdade é que não são prejudiciais para o comprador, não obstante não lhe atribuem nenhuma vantagem. O comprador corre um risco muito alto, que poderá não estar disposto a suportar.

Em nosso entender, existem razões para afirmar o interesse do comprador no contrato de venda a retro. Em primeiro lugar, os frutos retirados da coisa constituem, de facto, uma grande vantagem para o comprador que proceda à sua exploração. Nesta hipótese, caso o vendedor opte por exercer o seu direito potestativo de resolver o contrato, o comprador não terá o dever de os restituir. Importa realçar, em segundo lugar, que esta modalidade do contrato de compra e venda é uma excelente oportunidade que o comprador tem para comprar a crédito, não esquecendo que existe, com a resolução, a recuperação do valor pago.

Por fim, entendemos que a posição de Menezes Leitão, quanto à venda a retro, é um pouco drástica. Embora nos seja possível entender o seu principal argumento, não conseguimos retirar à figura jurídica um caráter útil, exatamente pelos motivos expostos no parágrafo anterior. Ressalvamos, no entanto, que a esta utilidade é passível de ser “medida” antes da celebração do contrato, querendo com isto dizer que há, sempre, uma avaliação casuística a ser feita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Ana Isabel, *A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014

ALBUQUERQUE, Pedro de, *Contrato de Compra e venda. Introdução, efeitos essenciais e modalidade*, Volume I, Almedina, 2015

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1983

ASCENSÃO, José de Oliveira de, *Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*, in Themis 2005, edição especial, Novo Direito da Insolvência (coordenação. J. Lebre de Freitas)

CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *A reserva de propriedade: do vendedor ao financiador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2013

CARVALHO, Orlando Alves Pereira de, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2012

- *Negócio Jurídico indireto (teoria geral)*, Universidade de Coimbra, 1952

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 4ª edição, 2012

COSTA, Mário Júlio Almeida de, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria (Notas de Direito Privado)*, in Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Católica Portuguesa, Volume I, nº I, 1980

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil II*, 3ª edição, revista e atualizada, Universidade Católica Editora, 2010

- *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Estudos sobre a simulação, Lisboa, Quid Iuris, 2004

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios gerais à luz do novo código*, Coimbra, Gestlegal, 4ª edição, 2017

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Sobre o âmbito de proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.1.2003, Rec. 3896/02)*, in Cadernos de Direito Privado, nº out-dez CEJUR, Braga, 2004

JUSTO, António dos Santos, *Direito Romano Privado – II (Direito das Obrigações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

LABAREDA, João e Luís A. Carvalho **FERNANDES**, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas anotado*, Lisboa, Quid Iuris Sociedade Editora, 2008

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2014

- *Garantias das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2016

- *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas anotado*, Coimbra, Almedina, 2004

LIMA, Pires de e Antunes **VARELA**, *Código Civil Anotado, Vol. II (Artigos 762º a 1250º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª revista e atualizada, 1997

MARQUES, João Paulo Remédio, *Locação Financeira Restitutiva (Sale and Leaseback) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Ação Executiva*, in BFDUC, nº 77, Ano 2001

MARTINEZ, Pedro Romano, *Da cessação do contrato*, Coimbra, Almedina, 3ª edição, 2015

- *Direito das Obrigações – Parte Especial. Compra e venda, Locação, Empreitada*, Almedina, 2ª edição, 2008

MARTINEZ, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da **PONTE**, *Garantias do Cumprimento*, Coimbra, Almedina, 4ª edição, 2003

MATOS, Isabel Andrade de, *Pacto Comissório – Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Almedina, 2006

MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2011

PINTO, Carlos Alberto Mota, *Cessação da posição contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982

PINTO, Carlos Mota e António Pinto **MONTEIRO**, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2005

PIRES, Catarina Monteiro, *Alienação em Garantia*, Almedina, 2009

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, 1996

- Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações, Porto, Universidade Católica Editora, 3ª edição atualizada, 2019

SANTOS, José Beleza dos, *Simulação em Direito Civil*, Coimbra Editora, 1921

SERRA, Adriano Vaz, *Penhor*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº58, Lisboa, 1956

- *Objeto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos, Requisitos*, in BMJ, nº 74, 1958

- *Cessão de créditos ou outros direitos*, in BFDUC, ano XXX, 1954, p. 383;

TELES, Inocêncio Galvão, *Contratos Civis (Projeto Completo de um título do futuro Código Civil português e respetiva exposição de motivos)*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº83, 1959

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 6ª edição revista e atualizada, Coimbra, Livraria Almedina, 1989

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido*, in RFDUP 2007

- *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2010

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995

VASCONCELOS, Pedro Pais de e Pedro Leitão Pais de **VASCONCELOS**, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2019

VENTURA, Raúl, *O contrato de compra e venda no Código Civil. O preço, a venda a retro*, in R.O.A, Lisboa, Ano 1980

JURISPRUDÊNCIA CITADA

(Por ordem de referência)

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-01-2010, Processo nº 0556754 (CAIMOTO JÁCOME), www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-03-2011, Processo nº 279/2002.E1.S1 (LOPES DO RÊGO), www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-09-2006. Processo nº 06A2092 (JOÃO CAMILO), www.dgsi.pt
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-04-2010, Processo nº (CATARINA ARÊLO MANSO), www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26-04-2018, Processo nº 2037/13.0TBPVZ.P1.S1 (FERNANDA ISABEL PEREIRA), www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-05-2006, Processo nº 06B1501 (SALVADOR DA COSTA), www.dgsi.pt
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-02-2012, Processo nº 1942/06.5TBMAL.P1.S1 (TÁVORA VICTOR), www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-05-2011, Processo nº 1942/06.5TBMAL.P1 (VIEIRA E CUNHA), www.dgsi.pt