

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDO & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)

LÚCIA COSTA ^{*/**}

Resumo: A sociedade está em constante evolução, o que obriga o Direito a uma evolução conjunta para que possa consequentemente satisfazer as suas necessidades. Certo é, que nem sempre o legislador consegue um acompanhamento *iustus* e completo, o que nos parece que acontece no artigo 877º do Código Civil (doravante CC). Divergência, é a palavra que define esta norma. Neste artigo propomo-nos encontrar as lacunas existentes e avaliar os problemas que o 877º CC acarreta. É essencial atualizar esta norma para que trate o que no Direito impera: justiça e equidade. Para propor uma solução à lacuna existente, analisamos a opinião de diversos autores sobre o tema, bem como jurisprudência existente acerca do mesmo. Completamos o nosso artigo, com uma sugestão de alteração legislativa que visa a criação de um direito legal de preferência para filhos e netos mediante certos pressupostos, terminando, portanto, com a desigualdade e divergência que, a nosso ver, marca a proibição do 877º CC.

Abstract: Society is constantly evolving, which forces Law to evolve along in order to satisfy their needs. It's certain that the legislator cannot always do a fair and complete attendance, which is what seems to happen in 877ºCC. Divergence is the word that best defines this norm. In this article, we propose to find the gaps and evaluate the problems that 877º has. Updating this clause is

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 417-431.

* Estudante do curso de Direito do ISMAT.

** Trabalho orientado pelo Professor Doutor Carlos Fraga.

essential in order to maintain the fairness and equality of the Law. To provide a solution to this problem, we analyzed different Law experts' opinions as well as jurisprudence. We conclude this article with a legislative change suggestion that proposes to create a legal right of preference for children and grandchildren according to certain rules, in order to end the inequality and divergence that stamps the 877° prohibition.

Palavras-Chave: Compra e Venda; Art. 877° CC; Venda a Filhos ou Netos; Descendentes; Ascendentes; Lacunas; Família.

Key-words: Sale and Purchase; Article 877° CC; Sale to Sons and Grandsons; Descendants; Ascendants; Gaps; Family

Sumário: Introdução; 1. Evolução Histórica do Contrato; 2. Conceito de Contrato; 3. Contrato de Compra e Venda; 4. Princípios da Liberdade Contratual e Restrições; 5. Proibição de Venda – Pais a Filhos e Avós a Netos; 6. Venda de Bisavós a Bisnetos; 7. A Compra e Venda de Pais a Filhos no Direito Brasileiro; 8. A Compra e Venda de Pais a Filhos no Direito Espanhol; 9. Uma Possível Solução para o Problema do Artigo 877° CC; 10. Considerações Finais

Introdução

Este artigo visa o tema da Compra e Venda – Pais a Filhos e Avós a Netos, constante do artigo 877°CC.

A questão que se levanta é saber se a proibição é apenas relativa ao contrato de compra e venda entre pais e filhos e entre avós e netos? Ou será ainda mais ampla, entre outros familiares, ou até contra terceiros?

A realidade em relação a esta disposição é que não comporta unanimidade.

Serão analisadas algumas das opiniões de juristas, apenas nos seus traços essenciais dadas a natureza e limitações do presente trabalho. Apenas assim será possível entender este dispositivo legal e entender de que forma é que a sua aplicabilidade existe, ou deveria pelo menos existir, como e em que circunstâncias é que a aplicabilidade desta norma realmente faz sentido no nosso quotidiano.

Haverá lacunas a preencher neste artigo? E de que forma é que existem? Serão premeditadas pelo legislador que propositadamente as terá deixado ou existem devido a uma real falta de previsibilidade?

Haverá uma melhor forma, em título de comentário e meramente opinativo, de preencher estas lacunas, caso existam? É o que se pretende responder.

1. Evolução Histórica do Contrato

É importante compreender que o contrato como hoje o conhecemos, nem sempre existiu com as formalidades e características atuais, sendo que neste momento podem ser várias as formalidades necessárias para que um contrato se realize e seja válido. Tal se deve à evolução das gentes, que originou uma adaptação deste conceito jurídico às novas realidades da população e satisfação das suas necessidades.

É certo que desde sempre se realizam trocas entre pessoas, ainda que datadas de milhares de anos. Não será arriscado dizer, que estas trocas seriam *per si só*, já contratos, ainda que muito rudimentares na sua altura, se considerarmos por exemplo, as trocas efetuadas na existência da Roma Antiga.¹

Nessa época, esta figura jurídica não tinha a conotação essencial² no quotidiano dos povos como tem hoje no nosso dia-a-dia. Isto, porque na época a escravatura e uso dos povos em trabalhos forçados era a constante e o “comum”, sendo que estes nada tinham (nem poderiam) acrescentar, ou questionar, perante os grandes senhores, não³ sendo portanto necessários tantos negócios jurídicos.

Diga-se que a servidão não existiu apenas no império romano embora nos tenhamos referido apenas a este.

Engane-se quem achar que apenas nesse tempo longínquo tal acontecia. Também na Idade Média⁴ e ainda no Renascimento⁵ (ainda que em decréscimo), datas bem mais presentes, a servidão⁶ era ainda uma constante, o que muito servia os senhores feudais, que muito proveito retiravam de toda a situação.

¹ Roma Antiga, datada de 753 a.c., com território mediterrâneo, posteriormente intitulada de Império Romano em 27 a.c. com *Augustus*.

² Atualmente, o contrato é uma base essencial em vários negócios jurídicos, sendo que do seu incumprimento resultam consequências legais, tal seja um imóvel ou uma simples ida ao supermercado.

³ Reiterando o início da especialização.

⁴ Aproximadamente séculos V a XV.

⁵ Aproximadamente séculos XIV a XVI.

⁶ Distinga-se *escravidão* de *servidão*, sendo que esta admite os direitos do homem servo enquanto que a primeira vê o escravo enquanto propriedade que poderá ser disposta como o proprietário entender.

O sistema económico desses tempos era arcaico, ao contrário da época industrial que iniciou cerca do século XIX, aumentando a produção, pelo que as trocas/vendas aumentaram consideravelmente, havendo mais procura, e logo mais consumo.

Tais desenvolvimentos do povo e objetivos económicos foram essenciais para que fosse possível aprofundar o conceito jurídico do contrato de melhor forma.

A evolução é de facto o ponto de partida para o mundo que conhecemos hoje.

2. Conceito de Contrato

Não existe um conceito do contrato propriamente dito, pelo menos não de forma concisa e clara. Contudo, ao longo do tempo vários autores contribuíram para que fosse possível termos hoje uma ideia geral do que é então o contrato, as suas características e requisitos.

Veja-se, por exemplo, Carlos Ferreira de Almeida,⁷ que defende a existência de uma lacuna no nosso Código Civil relativamente à definição de Contrato, sendo que este se baseia no Código de Seabra, de 1867, artigo 641º.⁸ Neste, o contrato nada mais era do que o acordo entre vontades, sendo que essas vontades poderiam culminar num contrato bilateral ou plurilateral, consoante as vontades correspondam a duas ou mais pessoas, respetivamente.

O nosso CC não tem esta definição tipificada. Contudo, tem-na relativamente aos diferentes tipos de contratos existentes no nosso ordenamento jurídico, como ocorre no contrato de compra e venda de pais a filhos e avós a netos.

Consideramos que um contrato, para efetivamente o ser e de acordo com o que a doutrina defende, necessita do encontro de duas vontades,⁹ ou seja, duas pessoas (pelo menos) para que se efetive. Estamos então perante um negócio jurídico bilateral¹⁰ que vincula ambas as partes,¹¹ como é o caso típico do contrato de compra e

⁷ CARLOS A. FERREIRA, *Contratos I*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p.27.

⁸ Artigo 641º «Contracto é o accordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação».

⁹ Veja-se o artigo 217ºCC e ss.

¹⁰ Contrariamente ao negócio jurídico unilateral, caracterizado pela existência de uma vontade, onde apenas uma das partes se faz obrigar: caso da doação.

¹¹ Há uma reciprocidade entre as diferentes prestações: entregar a coisa, pagar o preço – são realizadas por conta e medida da outra [428ºCC]. Estamos, portanto, perante um contrato sinalmático como defende LUÍS C. FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 64.

venda.¹² Estes contratos poderão ser qualificados enquanto solenes¹³ ou não solenes.¹⁴

3. Contrato de Compra e Venda

O contrato de compra e venda é aquele que mais ocorre no nosso dia a dia e que maior importância¹⁵ tem. Desde a compra do pão na padaria, à compra do carro ou da casa de morada de família. Este tem a sua noção no 874º CC e dá-se quando uma pessoa transmite a outra a propriedade de uma coisa¹⁶ ou direito mediante¹⁷ o pagamento de um preço.¹⁸

Podemos então classificar¹⁹ o contrato de compra e venda como sendo um contrato típico, oneroso e sinalagmático, com uma natureza real e obrigacional e com o pressuposto de uma execução de forma instantânea.

4. Princípios da Liberdade Contratual e Restrições

Não foi desde sempre que este princípio existiu, pelo menos não com a força que lhe denotamos hoje. Contudo, foi na burguesia do século XIX que se notou esta maior liberdade, pois como é de compreender, esta classe queria contratar conforme entendesse sem qualquer incomodo, questões ou fiscalização e aprovação por parte dos tribunais e da própria lei, considerando que se realmente queriam contratar, deveriam fazê-lo por sua própria cota e medida, sem intervenção jurídica, tendo em conta que os intervenientes teriam índole privada e particular.

Salientar que já nesse tempo existiam algumas restrições, que se mantêm ainda hoje, tais como a proibição, ainda que com limitações e exceções, de contratar com menores ou incapazes.

¹² Veja-se o artigo 874º CC.

¹³ Forma exigível pela norma sem a qual será inválido, logo nulo por vício de forma, 220ºCC.

¹⁴ Impera a liberdade de forma, veja-se 219º CC. Ainda que possa ser adotada a forma solene quando não exigível, tendo em conta a segurança que adiciona ao contrato.

¹⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Vol III*, Almedina, Coimbra, 2010, p.11.

¹⁶ Pode ser objeto do contrato qualquer bem móvel, imóvel, direito ou até coisa futura, veja-se 203º CC.

¹⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Vol III*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 21.

¹⁸ Distinguindo-se assim, portanto, do contrato de doação, onde se perpetua a mesma noção com a nuance desta ser gratuita, livre, e ocorrer a transmissão de património próprio [940ºCC].

¹⁹ ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Parte Especial*, Almedina, Coimbra, 2010, p.23 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Vol III*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 14.

O contrato na altura, era imperativo de lei, sendo que quem optasse por sua livre vontade²⁰ em contratar, ficaria obrigado, irrevogavelmente.

Mais uma vez, a evolução da época levou a uma alteração da mentalidade das gentes, passando a ver a essencialidade da lei e conseqüentemente da figura do tribunal para a realização de contratos, passando a haver também uma conceção contratual mais justa, que até então não era, de todo, uma constante.

Atualmente, o princípio supra mencionado está enunciado no artigo 405º CC, que se define como uma liberdade existente, evidentemente, mas de acordo com os limites da lei,²¹ havendo então aqui a limitação legal de forma a garantir (ou pelo menos tentar permitir) uma igualdade, equidade e princípio de justiça, inerente a esta ideia, vigorando de forma universal ao artigo 405º CC, o princípio da autonomia privada.

Uma das limitações enunciadas na lei, são as proibições, que iremos ver de seguida e ao qual este princípio da liberdade contratual e da autonomia privada não ocorre com a liberdade desejada por muitos que a tencionam realizar.

5. Proibição de Venda – Pais a Filhos e Avós a Netos

Considera-se, que o artigo 877º CC sob a epigrafe «Venda a filhos ou netos» é uma limitação ao princípio da liberdade enunciado anteriormente, no artigo 405º CC, visto que a liberdade para contratar, que inclui a escolha da parte com quem queremos contratar, está substancialmente diminuta.²²

Ora, neste artigo 877º CC, temos então presente que os avós não podem vender aos seus netos, da mesma forma que os pais não podem vender aos seus filhos, quando os restantes netos ou filhos não consentirem nessa venda.

Tal questão não vai de encontro apenas ao legislador de hoje, mas remonta a legislação anterior. Já das ordenações Filipinas,²³ de forma a evitar «enganos e demandas». Diferencia-se da legislação atual no sentido de englobar não só a filhos ou netos, como também a outros descendentes, sendo que se as partes insistissem em desrespeitar a norma, o contrato seria considerado inválido. Tal acontecia também antes

²⁰ Considerando, claro, o princípio da liberdade contratual.

²¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado Vol. I*, Coimbra Editora, 1987, p. 355

²² Cfr. De acordo com o 405º CC, somos livres de contratar, porém o 877º CC limita-nos no sentido de não podermos contratar com filhos ou netos se os restantes filhos e netos não consentirem. Podemos de facto contratar, mas não de forma tão livre quanto o 405º CC refere

²³ Veja-se Livro IV, Título XII, Ordenações Filipinas

ainda nas ordenações Manuelinas,²⁴ que foram as primeiras a abordar a questão, não havendo referência deste assunto nas ordenações Afonsinas que as antecederam.

Já nesta altura, se temia com o «engano», devendo este ser encarado em sentido amplo, não só como uma primazia pelo bem-estar familiar, como essencialmente se começava a entender o desequilíbrio da justiça face a esta temática, receando, portanto, a figura da “simulação”, que continua hoje a ser o foco desta norma.

A referência a esta questão manteve-se no Código de Seabra 1867, no 641º sendo que já nesta legislação, se retiraram os outros «descendentes», passando a proibição a aferir a proibição de venda de pais a filhos e de avós a netos, alterando-se assim os sujeitos. Isto porque se considerava, e se considera ainda, a distinção nos vínculos familiares em relação a pais e filhos, avós e netos, para com outros de sangue mais afastados.

Esta proibição ocorre devido ao receio do não cumprimento do princípio de equidade e justiça. Tal não fosse a possibilidade acrescida de haver simulações²⁵ e tentativas de ocultar benefícios e privilégios de uns tendo como consequência a desvantagem²⁶ de outros, numa tentativa de assim defraudar as normas do direito sucessório, tendo esta norma um carácter preventivo.²⁷

Internacionalmente, esta preocupação do ordenamento jurídico português, não está presente,²⁸ regra geral, na legislação de outros países, com ressalva da legislação brasileira. Tal mais não seja, pelo facto de neste país as ordenações filipinas terem estado também em vigor,²⁹ tal como em Portugal.

Um dos grandes problemas da venda de pais a filhos ou avós a netos, e o que consideramos que motivou a proibição, é a extrema dificuldade em provar que sendo essa venda uma doação, esta assim o era efetivamente. Tal acontece visto que estaríamos perante uma presunção «*juris et de jure*», que não admitiria prova em contrário.

²⁴ Veja-se Livro IV, Título LXXXII, Ordenações Manuelinas

²⁵ Simulação de doação como defende MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III.

²⁶ Assim decide o STJ, no seu acórdão de 27.11.2007, confirmando o carácter preventivo desta norma.

²⁷ O artigo 877º não reprova esta venda, apenas previne a simulação com intuito de proteção dos restantes herdeiros, caso contrário o legislador estaria a proibir um ato que poderia ser legítimo e válido.

²⁸ GALVÃO TELLES, *Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades*, Vol. III, 1979, p. 526.

²⁹ As ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1916, sendo revogadas pelo Código Civil Brasileiro de 1916, mesmo que em Portugal tenham sido revogadas quase 50 anos antes em Portugal pelo Código Civil Português em 1867.

A limitação imposta por lei neste artigo 877º CC é precisamente para evitar que haja a anulação do contrato de venda. Para evitar tal consequência é então necessário que haja conhecimento dos outros filhos ou netos. E mais ainda, é imperativo! Tanto o conhecimento como o consentimento da venda pelos mesmos. Na falta deste, poderá intervir o tribunal, como estipulado no artigo 877º, nº1, *in fine*.

Para que se possa aplicar este artigo, é necessário que alguns pressupostos estejam reunidos. Primeiramente o grau de parentesco entre as partes, caso este não existisse, estaríamos perante um regular contrato de compra e venda sem qualquer limitação na escolha das partes contratantes, prevalecendo o 405º CC.

Caso exista apenas um filho, por exemplo, não há necessidade de se aplicar este artigo, pois não há (à partida) um legítimo herdeiro de 1ª linha de sucessão que possa contestar o pedido, sendo este o segundo critério de aplicabilidade do 877º CC. Por fim, temos o prejuízo que possa causar aos descendentes, no caso de haver mais do que um, reforçando novamente a ideia do segundo critério.

Mas caso um dos filhos tenha já falecido, será necessário ainda o consentimento de seus filhos? Ora, Pires de Lima e Antunes Varela,³⁰ referem de forma muito explícita a questão do consentimento “Se venderem aos filhos, é necessário o consentimento dos outros filhos, mas não, em princípio, o consentimento dos netos. Os pais são os cabeças de estirpe e as pessoas imediatamente interessadas em evitar diminuições simuladas das legítimas. Somente se algum filho tiver falecido, é que passa tal filho, para este efeito, a ser representado pelos seus descendentes. Pela mesma razão, se é feita a venda a um neto, e existem filhos que representem outras estirpes, são os cabeças dessas estirpes e, portanto, os filhos que devem dar o seu consentimento, e não os netos, filhos desses filhos. O que parece de exigir, conjuntamente, é o consentimento dos irmãos do comprador”.

Temos então uma questão que no nosso ponto de vista é essencial. O que acontece relativamente aos outros descendentes que não filho ou neto?

Se há um prejuízo para o filho ou neto que tem os seus pais ou avós a venderem a um irmão ou primo um bem, porque não o teriam igualmente se aqueles vendessem a um tio ou outro membro da comunidade familiar (reforçando a ideia de que para aplicarmos o 877º CC é imperativo o grau de parentesco)? Será que têm ou não prejuízo? Certamente terão! Mas será que é protegido pelo 877º? Ou estaremos perante uma lacuna?

As questões são mais que muitas, às quais iremos tentar encontrar respostas.

³⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado Vol. II*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986, págs. 170 ss.

6. Venda de Bisavós a Bisnetos

Martinez³¹ considera que o 877º CC deve ser compreendido tal e qual como está regulado, tendo assim apenas duas proibições: a venda a filhos por parte dos pais e a venda a netos por parte dos avós.

Este autor, assim como a maioria,³² entende que o perigo de simulação da venda, no caso de uma venda de avós a bisnetos, não é tão acentuada como nas situações previamente analisadas. Sendo uma norma excepcional como anteriormente enunciado, não deverá trazer consigo mais exceções como a analogia,³³ devendo, portanto, permanecer-se à tipificação.

Contrariamente a esta ideia de “menos perigo” de simulação, seguimos de acordo com Ventura³⁴ e entre a minoria de autores, que considera uma margem de dúvida razoável, tendo em conta, que o laço afetivo existe e não é necessariamente menor do que o existente entre pais e filhos ou entre avós e netos.

Entende também parte da doutrina, ainda que sem consenso, que o que refere o artigo 876º CC não se deverá aplicar ao artigo seguinte, visto que este último tem uma função preventiva de evitar a simulação e proteger os interesses dos herdeiros ao contrário do primeiro, que prima pela defesa do interesse público associado à não aquisição de direito litigioso em determinadas circunstâncias, por pessoa de justiça.

Ora, é de compreender que caso a venda seja feita a interposta pessoa,³⁵ essa poderá posteriormente vender ao filho ou neto, ou até mesmo doar. Neste caso estaremos perante uma quase fraude³⁶ da ordem jurídica. Caso tal conotação fosse considerada no artigo 877ºCC, tornaria a prova ainda mais difícil e complexa.

Contudo, e uma vez mais, a doutrina divide-se quando o tema é o artigo 877ºCC. Isto, porque temos autores³⁷ que defendem que esta disposição admite, ainda que de

³¹ ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Parte Especial*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 58.

³² Entende assim também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 44.

³³ ARMANDO BRAGA, *Contrato de Compra e Venda: Estudo Prático, Doutrina e Jurisprudência*, Porto Editora, 1994, p. 49.

³⁴ RAUL VENTURA, *Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda, Venda de bens futuros, venda de bens de existência ou de titularidade incerta. Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medida*, 1983, p. 267.

³⁵ Pessoa intermediária num negócio jurídico, neste caso, previsto no artigo 579º CC.

³⁶ Assim defende GALVÃO TELES, *Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades*, Vol. III, 1979, p. 524.

³⁷ Entende assim MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações vol. III*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 44, ainda MARTINEZ, Romano, *Direito das Obrigações – Parte Especial*, Coimbra,

forma não expressa, a venda feita a descendentes por interposta pessoa, ou seja, aquisição da coisa indiretamente. Tal tornaria possível, e ao contrário do que defende Galvão Teles, aplicar aos casos de venda por interposta pessoa, a proibição prevista no 877º CC.

Apesar do artigo 877º CC não referir expressamente a venda de bisavós a bisnetos, apenas pais a filhos e avós a netos, a realidade é que a jurisprudência tende a considerar o preceito mais abrangente. Veja-se por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa³⁸, onde se admite que o bisneto pode ser sujeito inerente ao 877º CC, pois entendem que a relação é equivalente, ainda que não prevista no artigo.

7. A Compra e Venda de Pais a Filhos no Direito Brasileiro

O Direito Brasileiro em muito se assemelha³⁹ ao nosso em determinados parâmetros. Tal como no Direito Português, a norma do 877º CC está prevista, ainda que com devidas adaptações no Código Civil Brasileiro.⁴⁰ Enquanto que o nosso CC abarca a proibição apenas de pais a filhos e de avós a netos, sem quaisquer outras referências de parentesco, o direito brasileiro encara esta situação como um todo de afinidades familiares. Veja-se portanto o artigo 496º do Código brasileiro, onde refere «venda de ascendente a descendente», independentemente do grau de parentesco.

Outra situação de relevo, que não está presente no nosso 877ºCC, é a exigência do consentimento do cônjuge,⁴¹ que apesar de não ser descendente, é garantidamente uma pessoa com interesse, visto ser herdeiro.

Mais uma vez, não falam os brasileiros em incapacidade, mas sim tal como nós, em falta de legitimidade para a prática do negócio, daí a proibição como medida preventiva e existência da possibilidade de contornar a proibição através da autorização por parte dos descendentes ou filhos e netos, consoante se trate de direito Brasileiro ou Português, respetivamente. No Direito Brasileiro, a consequência é a anulação, contudo, caso a venda seja feita por interposta pessoa, aí será nulo o negócio pelo 167º do Código Civil do Brasil.

Almedina, 2010, p.59 e ANTUNES VARELA e PIRES LIMA, *Código Civil Anotado, Vol. II*, p. 171.

³⁸ Processo nº 1954/18.6T8ALM.L1-2.

³⁹ Tal mais não seja pelo facto de ser território Português até 1822, ano em que assinala a sua Independência.

⁴⁰ Código Civil - Lei 10406/02 | Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴¹ Exceto quando casados sob o regime de bens de separação obrigatória (casos específicos impostos por lei no artigo 1641 da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 do Código Civil do Brasil), não sendo obrigatório o consentimento deste.

8. A Compra e Venda de Pais a Filhos no Direito Espanhol

Como é sabido, o Direito é necessariamente diferente de país para país tendo em conta as diferentes necessidades das populações ao redor do Mundo.

A questão da proibição da venda de pais a filhos e avós a netos, não existe no Direito Espanhol, contudo, determinados conceitos que estão associados a este tema no Direito Português, também o estão no Direito Espanhol, como é o caso da simulação, que muitas vezes acontece aquando de uma doação sob o disfarce de uma venda.

Posto isto, no regime espanhol, podemos estar perante várias situações: a compra e venda entre pais e filhos, a herança de pais a filhos e a doação de pais a filhos. Resta apenas a questão de qual destas será mais vantajoso para a família, tendo em conta os impostos que devem, evidentemente, ser pagos ao Estado pelas transações efetuadas, isto, sem necessitarem da autorização dos demais para tal.

É no artigo 1459 do Código Civil Espanhol,⁴² que nos deparamos com as proibições de aquisição de bens, ainda que por interposta pessoa, tal sendo o caso por exemplo de mandatários para com os bens a seu encargo, ou o caso de tutores, como visto supra, também existente no nosso ordenamento jurídico. Não estão, portanto, inclusos os ascendentes e descendentes nestas proibições.

Como é claro, estaríamos perante injustiça e desigualdade se nada mais existisse senão a plena liberdade de um pai que contrata com um filho, tendo outro, de forma a prejudicá-lo. Por esse motivo, há na legislação espanhola o mesmo pressuposto normativo existente na nossa lei: a impugnação.

Ora, uma venda, ao ser simulada e de facto uma doação, permite que os prejudicados, neste caso o filho que não recebeu a sua parte da doação a que teria direito enquanto herdeiro, possa demandar em tribunal de forma a que seja declarada nula a venda, e falsa a compra.

Porém, a proibição de compra e venda de pais a filhos existe ainda no Direito Argentino,⁴³ apesar de ter sido colónia de Espanha, não se assemelha a esta neste caso. Isto, porque a maioria dos países europeus, não contemplam a norma proibitiva no seu ordenamento jurídico, tal como refere Azevedo Marques, com exceção dos ad-

⁴² Pode visitar-se em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

⁴³ Argentina, colónia de Espanha, com a sua independência em 1816.

ministradores, que não poderão comprar bens dos administrandos enquanto assim o forem.⁴⁴

9. Uma Possível Solução para o Problema do Artigo 877º CC

Seria talvez benéfico, um direito legal de preferência relativamente aos bens dos pais ou filhos em caso de venda? Tendo em conta que estes serão futuros herdeiros, logo deveriam poder adquirir os bens nas mesmas condições que qualquer outro interessado, caso assim desejassem, ficando resolvida a questão acerca de, pelo menos, parte das lacunas relativas a este artigo 877º CC.

Seria esta uma melhor forma de preencher as lacunas, uma questão pertinente elaborada na introdução: consideramos que sim.

Contudo, não seria o suficiente e levantaria outras questões.

Uma das questões que se levanta com esta solução seria, portanto, o facto de existir mais do que um filho ou neto.⁴⁵ Neste caso, ambos beneficiariam deste dito «direito legal de preferência», logo, caso ambos desejassem adquirir o bem para si, -e aqui falamos de compra e venda apenas-, estaríamos perante um problema de seleção do filho que teria a prioridade⁴⁶ na compra.

Para solucionar a questão, poderíamos então recorrer a dois critérios: escolha por parte do vendedor, neste caso os pais; ou o recurso à idade do direito legal de preferência.

Ora, em relação ao primeiro critério, este teria que estar bem definido na própria alteração legislativa, sendo que os motivos de escolha deveriam ser com base em motivos sérios e sólidos, como o abandono do pai/mãe por parte do filho, ou pelo maior cuidado que um dos filhos tem para com os seus progenitores.

Um outro critério que talvez seja mais acertado, seria a idade do direito legal de preferência. Da mesma forma que acontece com outros direitos legais de preferência, onde o mais antigo tem preferência em relação ao mais recente. Deste modo, o filho mais velho teria prioridade em relação ao mais novo. Ainda que possa parecer arcaico, daria mais justiça aos descendentes. Mais do que a existente, pois basta que um dos filhos não concorde com a venda e a não autorize, por motivos diversos e irrealis,

⁴⁴ Norma proibitiva também existente no nosso ordenamento jurídico, artigo 1937º CC.

⁴⁵ Considere-se filho ou neto, enquanto herdeiros.

⁴⁶ Não se aplica a questão relativamente aos netos, priorizando os herdeiros direitos – filhos.

para que a venda ainda que legítima não possa ser efetuada, sob pena de se tornar nulo o negócio à posteriori.

Uma outra opção, seria adotar o sistema utilizado na maioria dos países da União Europeia, tal como a Espanha, a França ou a Alemanha: a livre disposição dos bens por parte dos seus proprietários, o que muito sentido nos faz. Claro que para esta situação, seria necessário adotarmos um cuidado redobrado às simulações que poderiam acontecer, possibilitando os interessados a requerer a anulação do negócio jurídico.

10. Considerações Finais

Ao longo do desenvolvimento deste artigo, foi possível perceber que o tipo legal 877º CC tem mais informação e vicissitudes do que aparenta. Quanto mais não seja, pelo facto de todas as questões que a leitura deste artigo nos faculta.

O contrato, de facto, é uma figura jurídica essencial no nosso quotidiano e necessitamos desta para que possamos realizar as coisas mais básicas ou complexas, fundamentais na existência de um ser moderno e atual, visto que qualquer ação praticada hoje, está relacionada com os nossos direitos e deveres, tanto quanto os dos outros.

São vários os autores doutrinários que criticam este artigo 877º CC. Achamos compreensível.

Ao não serem explícitas determinadas considerações que o tipo legal abarca, torna-se mais difícil aplicá-lo de forma correta e justa a todas as situações que, à primeira vista, sejam merecedores de tal lei, visto que podem ser efetivamente legais e sem qualquer tipo de preceitos incumbidos obscuramente no ato da venda. Um pai pode realmente vender legitimamente a um filho sem a intenção de prejudicar o outro e tão pouco simular uma doação.

Achamos relevante mencionar situações em que há filhos ou netos que não seriam merecedores de qualquer tipo de vantagem pela falta de ligação existente, seja do lado emocional ou não, visto que a realidade é que há muitos pais e avós desamparados, situações onde apenas um dos filhos ou netos apoia, tanto mais não seja pelo telefonema diário em confirmação de saúde. Será critério de justiça impedir uma venda mais proveitosa a um filho ou neto que seja o pilar do pai ou avô⁴⁷.

⁴⁷ Leia-se em sentido amplo, também mãe e avó,

Não concordamos com a ideia do legislador na proibição desta ação. Sendo que deveria haver liberdade para realizar a venda, seja por parte de um pai e mãe seja por parte de um avô ou avó, com as devidas precauções e justificações de situação de abandono por parte de um dos filhos ou netos (quando filhos não haja).

Ainda que um filho ou neto aos olhos dos pais ou dos avós mereça não ser herdeiro (por motivos vários e bem mais comuns e próximos do que muitas vezes pensamos), a realidade é que só é possível deserdar um herdeiro em casos como o artigo 2034º (incapacidade por indignidade) ou 2166º CC, algo que nem sempre acontece, não significando, no nosso pensar, que o hipotético esquecimento permanente da existência dos pais, não seja tão merecedor quanto as normas estipuladas nestes dois artigos para deserdar.

Consideramos também que é tão prejudicado o filho que não recebe a coisa do pai por este ter simulado ao seu irmão, como pelo facto de aquele ter vendido (a baixo custo por exemplo), ou doado a um sobrinho. O objetivo final deste artigo de proteger os bens do filho ou do neto, não é cumprido nem num caso nem noutro. A única diferença é mesmo a simulação que pode ocorrer. Ora, havendo simulação de uma venda de 100.000€ por uma real de 20.000€ é tão prejudicial como a venda desse mesmo bem por 20.000€ a um sobrinho ou qualquer outro interessado, visto que neste último caso, o filho ou neto não terá voto na matéria caso os bens ainda não tenham adotado a forma de herança, ou seja, quando ambos os progenitores estejam ainda vivos.

Não queremos, portanto, dizer com isto que concordamos que todos os atos por parte de pais ou avós devessem carecer de aprovação expressa por parte do filho ou neto. Contudo, o fim primordial é prejudicado em ambas as situações enunciadas.

No nosso entender, a relação de afinidade pode ser equivalente para vários graus de parentesco. Será impossível pensar que um avô ama de forma diferente um filho, do que ama um neto, ou até um bisneto? Não cremos. Então será a mesma relação familiar, o mesmo perigo de preferência. Consideramos que tanto será prejudicado o filho com a venda de um bem do pai ao irmão, como a outro qualquer terceiro, visto que de qualquer das formas há a diminuição do património da legítima.

A evolução da sociedade resultou numa evolução da lei. E é certo que mais evolução e alterações da legislação irão ocorrer ao longo do tempo, mal seria se tal não acontecesse. Mas isso não significa que todos os pensadores concordem com as normas, nem uns com os outros.

E que saudável é pensar diferente!

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos, *Contratos I – conceito, fontes, formação*, Almedina, 2005
- CAMPOS, Diogo, *A Família como Grupo: As duas agonias do Direito da Família*, 1994
- CORDEIRO, António, *Tratado Direito Civil Português I, Parte Geral I*, Almedina, 2000
- FERNANDES, Luís C., *Teoria Geral do Direito Civil – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, U. Católica Editora, 2010
- MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações: contratos em especial*, Almedina, 2010
- PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. III*, Coimbra Editora, 1987
- MARTINEZ, Pedro, *Direito das Obrigações – Parte Especial*, Almedina, 2010
- MONTEIRO, António, *Venda de Padrasto a Enteadado*, 1994, Tomo IV
- TELES, Inocêncio, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 2002
- TELES, Inocêncio, *Venda a Descendentes e o Problema da Superação da Personalidade Jurídica das Sociedades*, ROA, ano 39, Vol. III, 1979
- VENTURA, Raúl, *Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Proibições de Compra e Venda. Venda de bens futuros, venda de bens de existência ou de titularidade incerta. Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medida*, ROA, ano 43º, Vol. II, 1983
- RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2011
- Acórdão TRP, processo nº 1424/09.3TBGDM.P1 <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/a5555cc9a99f672080257922004e94e1?OpenDocument>
- Acórdão STJ, processo nº 07B3618 <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5e79a28740e1ac54802573a000416c79?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2c030ba4a47b0537802583ee002a48f1?OpenDocument>
- <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10700854/artigo-496-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>
- <https://vlex.es/>
- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-20036900408
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>