

CONTRATO DE COMPRA E VENDA
NO CÓDIGO CIVIL

PROIBIÇÕES DE COMPRA E DE VENDA — VENDA DE BENS FUTU-
ROS — VENDA DE BENS DE EXISTENCIA OU DE TITULARIDADE
INCERTA — VENDA DE COISAS SUJEITAS A CONTAGEM, PESA-
GEM OU MEDIDA

Pelo Prof. Doutor Raul Ventura

SUMARIO

PROIBIÇÕES DE COMPRA E DE VENDA

- 1 — Venda de coisa litigiosa.
- 2 — Venda por pais ou avós a filhos ou netos.
- 3 — Compra por pais, tutores e curadores.
- 4 — Compra por mandatários.
- 5 — Compra por pessoas colectivas.
- 6 — Questões comuns.

VENDA DE BENS FUTUROS

- 1 — Noção de coisa e de direito futuro.
- 2 — Construção jurídica do contrato de venda de coisa futura.
- 3 — Regime da venda de coisa futura.
- 4 — Questões especiais da *emptio spei*.

VENDA DE BENS DE EXISTÊNCIA OU DE TITULARIDADE INCERTA

VENDA DE COISAS SUJEITAS A CONTAGEM, PESAGEM OU MEDIDA

- 1 — Requisitos comuns dos artigos 887.º e 888.º.
- 2 — O regime do artigo 887.º.
- 3 — O regime do artigo 888.º.
- 4 — Compensação entre faltas e excessos.
- 5 — Caducidade do direito à diferença de preço.
- 6 — Resolução do contrato.
- 7 — Disponibilidade destes preceitos.
- 8 — Enquadramentos de outras hipóteses possíveis.
- 9 — Vendas comerciais a conta, peso e medida, e vendas comerciais a esmo ou por partida inteira.

PROIBIÇÕES DE COMPRA E DE VENDA

Venda de coisa litigiosa

1 — O art. 876.º, n.º 1 C. C. determina que não podem ser compradores de coisa ou direito litigioso, quer directamente, quer por interposta pessoa, aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou direitos litigiosos, conforme se dispõe no capítulo respectivo. Continua, pois, a proibição relativa de venda de coisas litigiosas que já constava do art. 1563.º do Código anterior.

É de notar a existência de uma duplicação nos arts. 876.º e 579.º; este regula a cessão de créditos ou outros direitos litigiosos e aquele, além da venda de coisa litigiosa, a venda de *direitos* litigiosos; a duplicação resulta de a cessão de direitos compreender a venda de direitos.

A definição do direito litigioso encontra-se no art. 579.º n.º 3: diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado.

Olhando as situações possíveis na evolução de um litígio sobre um direito, podemos em primeiro lugar distinguir conforme o litígio ainda não ou já foi deduzido em juízo e em

seguida, a partir da dedução em juízo, conforme ainda não tenha havido alguma opposição do requerido; depois, podemos distinguir conforme a espécie da opposição deduzida; por outro lado, o litígio pode ser deduzido em juízo numa fase declarativa ou logo numa fase executiva.

Não pode considerar-se afastada *in limine* a hipótese de o carácter litigioso do direito ser apurado *antes* de dedução em juízo; perante o art. 1485.º do antigo Código Civil italiano prevalecia a opinião no sentido de bastar a controvérsia ainda não judicial, mas possível e previsivelmente transformável em litígio judicial. Não é, contudo, opinião defensável perante o art. 599.º, n.º 3, do nosso Código — como deixou de o ser perante o art. 1261.º do actual Código Civil italiano — pois este diz «em juízo contencioso, ainda que arbitral».

A palavra «contestado» usada no preceito parece apontar para uma opposição deduzida por alguém («por qualquer interessado») contra um pedido formulado por quem se apresentar como titular de um direito. Daí se seguiria que o direito ainda não é litigioso no período que medear entre a propositura da acção e a efectiva apresentação da opposição por algum interessado e bem assim que não chegará a ser litigioso se nenhuma opposição for apresentada. Também se seguiria que o direito não seria litigioso na fase processual executiva, originária ou subsequente a fase declarativa, a não ser que a execução fosse embargada. Ainda ficariam fora da «litigiosidade», as acções de mera declaração negativa da existência de um direito, apesar de logo na propositura o autor afirmar a inexistência do direito.

Continuando a atribuir à palavra «contestado» um estreito significado técnico, não bastaria para o direito ser litigioso, alguma forma de opposição do requerido, sendo necessário que esta incidisse sobre a «substância» do direito, como dizia o art. 788.º do antigo Código (nesse sentido, Baptista Lopes, pág. 65, que entende «contestado» como «impugnado»).

Em resposta a uma observação feita ao projecto do art. 785.º, o Visconde de Seabra disse: «A razão que tivemos em vista para estabelecer a excepção foi de moralidade e decência pública. A dignidade do funcionário público não se compece com este tráfico odioso» (Vide Dias Ferreira, Vol. II,

pág. 98). Esta parece, na verdade, ser a razão comum a todas as proibições constantes do actual art. 579.º, n.º 1 e ela é bastante para que o direito seja considerado litigioso a partir da propositura da acção. Que o juiz possa adquirir a coisa ou direito desde que não espere pelo termo do prazo de opposição do requerido ou que possa fazê-lo quando foi pedida, em acção, a declaração de inexistência do direito, afigura-se contrário aos intuitos do preceito legal.

Interpretaremos, pois, a palavra «contestado» no sentido de «discutido», «submetido a juízo» e — «qualquer interessado» não é o réu ou alguém legítimo para intervir no processo em opposição à pretensão do autor, mas sim qualquer das pessoas interessadas no direito, incluindo o seu titular, que assumirá na acção a veste do autor.

Sendo assim, tornam-se descabidas as questões relativas à modalidade de opposição à pretensão do autor — impugnação, excepções peremptórias, excepções dilatórias — como descabida é a própria existência ou inexistência de opposição.

Quanto ao objecto da acção, o desaparecimento no art. 579.º, n.º 3, das palavras «na sua substância» usadas no art. 788.º do antigo Código justifica uma ampla interpretação, não só quanto a serem abrangidas as acções executivas, como também quantos a serem incluídas todas as modalidades de acções declarativas, quer incidam sobre a existência quer sobre outros aspectos do direito.

A definição de direito litigioso serve para definir «coisa litigiosa», embora com adaptações, pois não faz sentido por exemplo «coisa contestada». Estarão incluídos todos os litígios relativos a uma coisa (mas não a direitos reais limitados sobre uma coisa, pois nesses casos, litigioso é esse direito), incluindo acções de arbitramento.

As coisas ou direitos litigiosos não podem ser comprados por certas pessoas, agrupadas segundo várias circunstâncias: pela *área* em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão: juizes, magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça, mandatários judiciais; pela *intervenção no processo*: peritos ou outros auxiliares de justiça. Quanto a estas últimas pessoas, a lei diz «que tenham intervenção no

respectivo processo» e quanto às primeiras diz «se o processo decorrer», suscitando dúvidas quanto ao tempo em que o requisito deve ser apreciado. Se o juiz, magistrado, funcionário, mandatário adquirir o direito litigioso e só depois disso passar a exercer a sua actividade ou profissão na área onde o processo decorre, a compra é válida; igualmente válida é a compra efectuada depois de o comprador ter deixado de exercer a actividade ou profissão na área em causa (contra, B. Lopes, pág. 65, que entende «decorrer» como «tenha decorrido»). A expressão «tenham intervenção» parece mais elástica, abrangendo também a hipótese de o perito ou auxiliar de justiça já ter tido intervenção no processo.

Para os efeitos dos arts. 579.º e 876.º não interessa a *competência legal* do tribunal; embora a acção tenha sido proposta em tribunal incompetente, ela *decorre* nesse tribunal, até a incompetência ser declarada.

Em Itália dividem-se as opiniões quanto a saber se a proibição abrange também juízes de tribunais de recurso, tendendo alguns autores a interpretar restritivamente a expressão do art. 1261.º, «*autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni*». Entre nós, já Dias Ferreira, (Vol. II, pág. 98) entendia que a proibição abrange os membros das Relações e os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, sendo para os últimos absoluta a proibição porque exercem jurisdição em todo o território português, opinião ainda hoje aceitável, pois os distritos judiciais ou todo o território constituem a área onde habitualmente exercem a sua actividade.

O elemento delimitador é a *área* e não a efectiva jurisdição sobre o processo; estão abrangidos todos os funcionários judiciais e todos os juízes da área, havendo vários.

A proibição abrange a compra por interposta pessoa, segundo a definição dada ao art. 579.º, n.º 2.

A sanção é estabelecida nos n.ºs 2 e 3 do art. 876.º: a venda, além de nula, sujeita o comprador, nos termos gerais, à obrigação de reparar o dano causado; a nulidade não pode ser invocada pelo comprador.

Trata-se de uma nulidade — não anulabilidade — regida pelas regras gerais, excepto quanto à invocação. Regra igual encontra-se nos arts. 580.º, n.º 2, quanto ao cessionário, e 1939.º, quanto ao tutor. Ao estabelecer estes regimes intermédios de invalidade, o legislador cria uma situação de incerteza para a pessoa que não pode invocar a nulidade, a qual é, porém, atenuada se se entender que essa pessoa — neste caso o comprador — não pode ser forçado a cumprir judicialmente, uma vez que, embora ele não invoque a nulidade, esta é do conhecimento officioso do tribunal. Se, porém, o comprador tiver cumprido, está sujeito a que, em qualquer momento, o vendedor faça funcionar a nulidade e exija a reposição *in pristinum*.

O comprador deve reparar os danos causados. A venda, em si mesma, não causa danos, mas a nulidade pode causá-los; a reparação corresponde ao interesse negativo.

O art. 581.º exceptua da proibição de cessão de créditos litigiosos as hipóteses de a cessão ter sido feita ao titular de um direito de preferência ou de remissão relativo ao direito cedido, de a cessão se realizar para defesa de bens possuídos pelo cessionário e de a cessão se fazer ao credor em cumprimento do que lhe é devido. Estas excepções são aplicáveis à venda de coisa litigiosa, pois a expressão usada no art. 876.º, «aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou direitos litigiosos», tanto pode referir-se às categorias de pessoas referidas no art. 579.º, como às pessoas concretas, em situações concretas de proibição e reflexamente de autorização.

Vendas por pais ou avós a filhos ou netos

2 — O art. 877.º estabelece que os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda. No Código anterior, o art. 1565.º continha regra semelhante.

Para determinar os limites subjectivos do preceito, deve este ser interpretado literalmente: trata-se de vendas feitas por pais ou avós a filhos ou netos. Assim, não é proibida a

venda feita por bisavós a bisnetos, a qual, segundo a opinião corrente, não envolve os mesmos perigos de simulação (opinião algo duvidosa, pois não vemos que os bisavós sejam menos tentados do que os pais e avós a dissimular, por vendas, doações feitas a bisnetos). Por outro lado, a proibição tem por objecto a *venda* feita por pais e avós e não a *compra*, sendo, pois, lícita a venda feita por filhos e netos a pais ou avós.

O art. 877.º, n.º 1, refere-se apenas a vendas directas de pais ou avós a filhos ou netos e omite a venda por interposta pessoa, ao contrário do que faz no art. 876.º, para a venda de coisa litigiosa. Isto abre o caminho para se supor que a venda, por interposta pessoa, por pais ou avós a filhos e netos, não é proibida (sem prejuízo de, conforme as circunstâncias de facto, alguma dessas vendas ser impugnável, por simulação, nos termos gerais). Por esse caminho seguiu o Prof. Galvão Teles («Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades», Rev. Ordem Advogados, 1979, págs. 513 e segs.; vide também o acórdão S.T.J., de 6-1-76, BMJ., 253, 150 e segs. e a anotação do Prof. Vaz Serra, RLJ., 110, págs. 22 e segs.), invocando fundamentalmente dois argumentos. Segundo ele, a omissão da referência à interposição de pessoas foi intencional, como logo se deduz da contiguidade do art. 876.º, onde ela é mencionada. Além disso, a proibição de venda de pais ou avós a filhos ou netos tem uma função preventiva — colher casos em que frequentemente as vendas dissimulam doação — e quando essa seja a função da norma, só as vendas directas são atingidas, sendo irrelevantes as interposições de pessoas, que não provocam o mesmo perigo de simulação: «Enquanto pois as normas dos arts. 579.º, 876.º, 953.º, 2192.º e 2198.º são normas de *fundo* (chamemos-lhe assim, à falta de designação melhor), proibindo actos pelo que eles têm em si de criticável, os dos arts. 877.º e 1714.º, n.º 2, são meras normas *instrumentais* ou *preventivas*, que não reprovam propriamente os actos a que dizem respeito mas apenas pretendem acautelar o *perigo* de sob eles se acobertarem *liberalidades* subtraídas à incidência de certas cautelas legais».

No Código antigo, depois de estabelecidas regras gerais nos arts. 1559.º e 1560.º, as excepções apareciam nos arts. 1865.º

— associações ou corporações perpétuas — 1562.º — mandatários ou procuradores; tutores e protutores; testamenteiros; funcionários públicos — 1563.º — coisa litigiosa, com remissão para o art. 783.º, § único — 1564.º — casados, reciprocamente — 1565.º — pais e avós, a filhos e netos — 1566.º — comprador de coisa indivisa.

Só no art. 1562.º era referida a compra por interposta pessoa («Não podem ser compradores, nem directamente nem por interposta pessoa:...»), mas o art. 1567.º dispunha que «Os contratos de compra e venda, quer feitos directamente, quer por interposta pessoa, com quebra das disposições contidas nos artigos antecedentes, serão de nenhum efeito» e nunca se duvidou de que, por força deste artigo 1567.º, todas as proibições constantes dos artigos anteriores eram extensivas às vendas ou compras efectuadas por interposta pessoa.

No actual Código, algumas proibições de compra ou venda aparecem com a extensão a pessoa interposta: art. 876.º (venda de coisa ou direito litigioso), art. 1892.º, n.º 1 (aquisição por pais), 1937.º e 1939.º (aquisição por tutor e aplicável ao curador por força do art. 156.º). O art. 877.º, como se disse, não refere a interposição de pessoas e o mesmo sucede com o art. 1714.º, n.º 2.

Na primeira versão do projecto elaborado pelo Prof. Galvão Teles, mantinha-se a proibição de venda a descendentes, expressamente alargada no caso de contrato por interposta pessoa. Na segunda versão do mesmo projecto, fora eliminada essa proibição de venda, a qual reapareceu na segunda revisão ministerial. E reapareceu por aproveitamento do art. 1565.º do Código anterior, salvo pequenos pormenores de redacção, que não interessam ao problema agora discutido. Como o art. 1565.º não referia a interposição de pessoa, o art. 877.º, n.º 1, também não a refere.

Não foi, porém, reproduzido no novo Código o art. 1567.º do Código anterior; deixara de ter cabimento, uma vez que as hipóteses a que ele se referia tinham deixado de estar alinhadas a propósito do contrato de compra e venda e tinham passado a estar dispersas. Assim, a proibição de vendas recíprocas entre cônjuges, passou para o art. 1714.º, também sem

a menção das pessoas interpostas, que já não tinha no antigo art. 1564.º

Explicada, por meros motivos formais, a omissão do art. 1567.º, segue-se que nos arts. 877.º, n.º 1, e 1714.º, n.º 2, a falta da menção da interposição de pessoas não é intencional; resultou da reprodução de preceitos anteriores, os quais eram completados pelo art. 1567.º Ficaram a existir lacunas não intencionais, por falta de um complemento «logisticamente» descabido.

Esta comezinha explicação ruiiria pela base se se conseguisse demonstrar que as hipóteses previstas nos arts. 877.º, n.º 1 e 1714.º, n.º 2 seriam incompatíveis com a interposição de pessoas — segundo argumento acima apontado. Em si mesma, afigura-se-nos frágil a construção conducente a esse argumento — como também se afigurou ao Supremo Tribunal de Justiça e a Vaz Serra, citações *supra* — mas uma simples observação leva-nos a afastá-lo por completo: no Código antigo a proibição era idêntica à do Código actual e baseava-se na mesma ordem de considerações; apesar disso, a venda por interposta pessoa era equiparada à venda directa por força do art. 1567.º Nada permite supor que, neste campo, passou a haver uma incompatibilidade conceitual, que anteriormente não existia.

Averiguado que a proibição estabelecida no art. 877.º compreende as vendas por interposta pessoa, abre-se um segundo problema (também versado nos estudos acima citados) quanto a saber em que consiste a interposição de pessoas; mais concretamente, como o art. 579.º, n.º 2, declara «Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o concessionário transmitir a este a coisa ou o direito cedido», trata-se de saber se é possível recorrer a esse preceito para integrar a expressão «interposta pessoa» quando a lei a empregue sem a definir.

Vaz Serra e Galvão Teles opinam pela negativa, fundando-se no carácter excepcional da norma (impeditiva do recurso à analogia, art. 11.º C. C.), resultante de se tratar de

presunções *iuris et de iure* ou de haver um alargamento da inibição às pessoas consideradas como interpostas. Vaz Serra acrescenta que isto não exclui que o tribunal possa admitir, nos termos gerais (Código Civil, art. 349.º), presunções judiciais nesse sentido, se as circunstâncias do caso concreto as justificarem. Temos dúvidas a tal respeito.

Note-se, antes de mais, que — como aliás também aqueles professores escrevem — presunções *iuris et de iure* são apenas as relativas ao cônjuge do inibido e à pessoa de quem este seja herdeiro presumido. Considerar interposta pessoa o terceiro comprador, que acordou com o inibido transmitir para este a coisa ou o direito cedido, não é estabelecer uma presunção, é definir a interposição. Nessa parte, portanto, o preceito tem carácter geral e não excepcional.

Mais importantes nos parecem considerações de outras ordens.

O n.º 2 referido faz parte de um artigo que se ocupa da cessão de direitos litigiosos; ele mesmo fala em cessão e em cessionário. No entanto, há nele próprio um elemento contraditório com este âmbito reduzido; na parte final diz «transmitir a este (o inibido) a coisa ou o direito cedido»; todo o artigo está reportado a *direitos* e não a *coisas*, para as quais existe um artigo próprio, o 876.º

Isto tem, em nosso entender, o efeito de auxiliar a resolução de um problema criado pela redacção do art. 876.º Ao contrário do que correntemente se lê, o art. 876.º, n.º 1 não remete para o art. 579.º, n.º 2, mas apenas para o art. 579.º, n.º 1. Diz ele: «Não podem ser compradores de coisa ou direito litigioso, quer directamente, quer por interposta pessoa, etc.»; há, pois, aqui uma interdição da compra por interposta pessoa cominada directamente e não por meio de remissão para qualquer outro preceito. E continua: «...aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou direitos litigiosos conforme se dispõe no capítulo respectivo»; portanto, «aqueles» são os juízes, magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça, mandatários judiciais (nas condições mencionadas no artigo), mas não as pessoas interpostas entre esses e os vendedores, que estão referidos no início deste artigo e

directamente inibidos no artigo 876.º, n.º 1. Daqui seguir-se-ia que, apesar da semelhança de situação, aceitando-se o carácter excepcional do art. 579.º, n.º 2, este não poderia ser aplicado à *venda* de coisas litigiosas. A referência a *coisas transmitidas* feita no art. 579.º, n.º 2 permite pensar que, embora situado nesse artigo respeitante a cessão de direitos, ele abrange também a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa, dito abreviadamente, transmissão da coisa.

Na parte que nos interessa agora, o problema da aplicação do art. 579.º, n.º 2, à venda de pais ou avós a filhos ou netos está reduzido a isto: saber se o cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido são, por simples força da lei, *pessoas interpostas*. Na verdade, já se viu que a parte final do art. 579.º, n.º 2, não é excepcional e, por outro lado, que este preceito é aplicável tanto à transmissão de direitos como à transmissão de coisas. Mas só de coisas litigiosas?

Em nosso entender, quando um preceito é excepcional e se coloca o problema da sua aplicação analógica, é preciso determinar onde reside a especialidade do preceito. Nos casos de presunção *iuris et de iure* ou de regras introduzidas por «considerar-se que...» ou «entende-se que...» não se deve, sem mais, entender que essa regra é excepcional para o instituto a propósito do qual ela aparece. Umavezes o próprio legislador tem o cuidado de, nesse aspecto marcar o carácter excepcional e o respectivo âmbito — «Para os efeitos deste artigo, entende-se que...»; «Para os efeitos deste diploma, entende-se que...» — mas outras vezes não o faz e cabe ao intérprete averiguar o alcance que a lei quer dar à regra.

O art. 579.º, n.º 2, aparece a propósito da cessão de direitos litigiosos e vimos que, pela sua própria letra, é aplicável à venda de coisas litigiosas, mas que a norma não é ditada pela litigiosidade da coisa, pois é expressamente mandada aplicar pelos arts. 1892.º, n.º 2 e 2198.º, n.º 2. Excepcional é a menção das pessoas que se consideram pressupostas: o cônjuge e a pessoa de quem o inibido for herdeiro presumido e é neste campo que a analogia deve ser excluída; não se pode dizer, por exemplo, que as relações íntimas entre marido e mulher

fundamentam o preceito e que, pela mesma razão, deve ele ser aplicável a quem viva *more uxorio*.

A pessoa interposta pode ser uma sociedade, a qual pode ser o terceiro que compra a coisa, tendo acordado com o inibido fazer-lhe transmissão desta. Não é, contudo, esse o aspecto que normalmente se tem em vista quando se discute se, por meio de uma sociedade, houve violação do art. 877.º, n.º 1; trata-se ou de casos em que o pai ou o avô entram com certos bens para a constituição de uma sociedade entre eles ou de casos em que o pai ou o avô vendem bens a uma sociedade de que é sócio o filho ou o neto (sobre esta última hipótese, vide o acórdão do STJ. de 6-1-76, acima citado). Não nos ocupamos agora destes problemas, por tencionarmos dedicar-lhes um estudo especial.

O art. 877.º pressupõe a existência *simultânea* de vários filhos ou netos, nada interessando que, depois da venda, o pai ou avô vendedor venha a ter mais filhos ou netos; basta reparar em que os filhos ou netos nascidos posteriormente à venda não poderiam dar o consentimento para esta na altura em que ela é celebrada. Pode, porém, suceder que, depois de uma venda a filho ou neto, venha a ser perfilhado ou reconhecido judicialmente outro filho ou neto. O acórdão da Relação do Porto de 23-2-55 julgou que o facto de não existir sentença declarativa de filiação ilegítima ao tempo da venda feita por pai (avô do ilegítimo) a filhos, ou de não ter sido proposta ainda acção de investigação, não obsta a que o ilegítimo, em representação e como herdeiro de seu pai, requeira a anulação de venda em que não interveio, visto que os direitos do perfilhado têm de retrotrair-se à data da concepção. Em contrário, pronuncia-se B. Lopes, pág. 54, com o fundamento errado de que o pai tinha obrigação de pedir o consentimento, quando na realidade se trata de uma incapacidade do vendedor.

A proibição de venda a filhos ou netos funda-se, segundo a opinião corrente, no desejo de evitar uma simulação, difícil de provar, em prejuízo das legítimas dos descendentes (Pires de Lima e Varela, II, 123). Teoricamente, a dificuldade de prova da simulação nestas vendas é tão grande ou tão pequena como em todas as outras vendas que dissimulem doações, mas talvez

a frequência prática destas hipóteses justifique a cautela tomada pelo legislador.

A venda é proibida «se os outros filhos ou netos não consentirem na venda». Cumulando-se filhos e netos, o consentimentos para a venda, quer a um filho quer a um neto, deve ser dado por todos os outros filhos e netos, exceptuados os netos cujo pai esteja vivo. Segundo o acórdão da Relação do Porto, de 27-3-68, J.R. 1968, pág. 384, devem também dar consentimento os cônjuges dos outros filhos e netos, conforme as regras do regime de bens, para alienação ou renúncia de direitos.

A lei não estabelece forma para o consentimento; em princípio, pode ele ser dado tacitamente ou por qualquer forma expressa. Salva a dificuldade prática de prova do consentimento, a forma deste não é determinada pela forma legalmente exigida para o contrato de compra e venda a que o consentimento respeita, pois o consentimento é um acto distinto, subjectiva e objectivamente, da venda.

O art. 877.º, n.º 1 admite o suprimento judicial do consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado ou seja recusado. O processo para a obtenção do suprimento está regulado nos arts. 1425.º e segs. do Código de Processo Civil. A segunda hipótese prevista — recusa do consentimento — levanta a dificuldade do fundamento do pedido de suprimento; desde que a lei admite o suprimento, a recusa não é arbitrária e o suprimento poderá ser obtido provando-se que, nesse caso, não se verifica a razão impeditiva da venda, ou seja o perigo de simulação.

A venda feita com quebra do disposto no art. 877.º, n.º 1 é anulável (não nula), nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Legítimos para pedir a anulação são os filhos e netos que não tenham dado o consentimento. Prazo para o pedido é um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, para os descendentes incapazes. A anulabilidade é sanável, nos termos gerais.

Discute-se a quem cabe, na acção de anulação da venda, o ónus da prova do consentimento ou da falta deste. Segundo o acórdão do STJ, de 29-7-1969, BMJ, 255, e B. Lopes, pág. 61 o vendedor tem o ónus de provar que obteve o consentimento;

em sentido contrário, pronuncia-se Mário de Brito, CC Anotado, I, pág. 454. A acção é de anulação da venda com fundamento num vício desta, a falta de consentimento; cabe aos autores o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito de anular a venda; o art. 343.º, n.º 1 não se aplica porque a acção não é de simples apreciação negativa.

Pelo art. 877.º, n.º 3, a proibição não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente ao descendente. Este preceito veio terminar a controvérsia anterior a tal respeito e, por ter tido apenas essa intenção, não fornece argumento para sustentar que a dação em cumprimento é ou se equipara geralmente à venda, como durante a referida controvérsia, argumentavam aqueles que pretendiam chegar à solução consagrada no citado preceito.

O art. 1565.º do antigo Código acrescentava a proibição de hipotecar a filhos e netos. Ao mesmo resultado se chega hoje pelo art. 939.º, o qual faz aplicar as normas da compra e venda não só aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens como ainda àqueles pelos quais se estabeleçam encargos sobre eles.

Compra por pais, tutores e curadores

3 — Determina o art. 1892.º, n.º 1, que «sem autorização do tribunal não podem os pais tomar de arrendamento ou adquirir, directamente ou por interposta pessoa, ainda que seja em hasta pública, bens ou direitos do filho sujeito ao poder paternal, nem tornar-se cessionários de créditos ou outros direitos contra este, excepto nos casos de subrogação legal ou de licitação em processo de inventário».

À contravenção do disposto no art. 1892.º faz o art. 1893.º corresponder a anulabilidade e regula o exercício do direito de requerer a anulação: esta pode ser requerida pelo filho até um ano depois de atingir a maioridade ou, se ele entretanto falecer, a pedido dos seus herdeiros, excluídos os próprios pais responsáveis, no prazo de um ano a contar da morte do filho; a anulação pode ser requerida ainda depois de findar o prazo

fixado, se o filho ou seus herdeiros mostrarem que só tiveram conhecimento do acto impugnado nos seis meses anteriores à propositura da acção; a acção da anulação pode também ser proposta pelas pessoas a quem é lícito requerer a inibição do poder paternal, contanto que o façam no ano seguinte à prática dos actos impugnados e antes de o menor atingir a maioridade ou ser emancipado.

O art. 1937.º, alínea b) — aplicável ao curador, por força do art. 156.º — veda ao tutor «tomar de arrendamento ou adquirir, directamente ou por interposta pessoa, ainda que em hasta pública, bens ou direitos do menor, ou tornar-se cessionário de créditos ou outros direitos contra ele, excepto nos casos de subrogação legal ou de licitação em processo de inventário».

O art. 1939.º comina a nulidade dos actos praticados pelo tutor em contravenção do disposto no art. 1937.º, mas atribui a essa nulidade regime especial: a nulidade não pode ser invocada pelo tutor ou seus herdeiros nem pela interposta pessoa de quem ele se tenha servido; a nulidade é sanável mediante confirmação do pupilo, depois de maior ou emancipado, mas somente enquanto não for declarada por sentença com trânsito em julgado.

Compra por mandatários

4 — O art. 1562.º, n.º 1 do C. C. de 1867 proibia que fossem compradores os mandatários ou procuradores, ainda que tenham substabelecido os seus poderes. O actual Código não contém preceito idêntico, mas cumpre averiguar qual o regime aplicável hoje à hipótese.

Perante disposição do antigo Código Civil italiano semelhante à do nosso primeiro Código, havia quem entendesse (Gorla, pág. 60) que a proibição se fundava no conflito de interesses e não no contrato consigo mesmo, sendo por isso extensivo ao mandatário sem representação, e isto porque era possível a compra pelo mandatário, sem contrato consigo mesmo, por exemplo, havendo sub-delegação, art. 1748.º do Código Civil Italiano. Se esta interpretação fosse verdadeira,

poderia pensar-se que o silêncio do nosso actual Código significa não se ter o legislador importado com o conflito de interesses e ser lícita a venda. Essa seria, contudo, uma conclusão apressada.

O art. 1471.º, alínea 4) do actual Código Civil italiano dispõe que não podem ser compradores os mandatários, relativamente aos bens que estão encarregados de vender, salvo o disposto no artigo 1395.º, o qual é reproduzido — salvo num ponto adiante mencionado — pelo nosso art. 261.º

Este artigo 261.º respeita ao contrato consigo mesmo e pressupõe no mandatário poderes de representação. Aplicando-o à compra pelo próprio representante, esta será anulável, a não ser que o representante tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses; considerando-o celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tenham sido substabelecidos os poderes de representação (este n.º 2 só por si destrói o argumento de Gorla, acima referido).

Resolvido, pelo art. 261.º, o problema quanto ao mandatário-representante, mantém-se ele no nosso direito — ao contrário do que sucede com o art. 1471.º italiano — para o mandato sem representação. Lembremos ser natural que um mandato para vender inclua poderes de representação, mas que nem por isso são de excluir hipóteses em que assim não aconteça, designadamente porque, de modo expresso, foi estipulado que a venda será efectuada pelo mandatário em nome próprio.

No direito comercial, é permitido ao comissário adquirir para si como comprador as coisas que tinha de vender, nas condições prescritas pelo art. 274.º Cód. Com. Este preceito não pode, contudo, ser estendido ao mandatário civil sem representação.

Se se atentar na letra do art. 274.º Cód. Com. (cf. art. 1735.º Cód. Civ. Italiano) verifica-se que ele não diz poder o comissário *vender* as coisas a si próprio, mas sim que ele pode *adquiri-las como comprador*. Nas relações entre comitente e comissário, a coisa continua a pertencer àquele, a quem o

comissão a compra. Há, pois, insita no contrato de comissão, por força daquele preceito legal, uma faculdade de o comissário comprar ao comitente.

No mandato civil, sem representação, para venda de uma coisa, o mandatário recebe um poder de disposição de uma coisa pertencente ao mandante, que não revela a terceiros, mas que é eficaz nas relações entre um e outro. Nessas relações internas ele não recebe mais do que esse poder, designadamente não recebe uma proposta de venda, que possa aceitar como comprador; relações externas não existem nesse caso, pois o mandatário não pode aparecer perante o mandante na figura de proprietário da coisa ou na de titular do poder de disposição que o proprietário lhe conferiu. Por outro lado, não existe disposição legal semelhante ao art. 274.º do C. Com. que lhe permita a compra directa ao mandante.

Assim, o mecanismo jurídico do mandante sem representação impede que o mandatário venda a si próprio a coisa para cuja venda recebeu mandato, sem necessidade de proibição específica.

Voltando ao art. 261.º, há um pormenor com especial interesse para a compra e venda. O negócio consigo mesmo não é anulável se o representante consentir especificamente a celebração ou se o negócio exclui por natureza a possibilidade de um conflito de interesses. Comentando esta última excepção, Pires de Lima e Antunes Varela, Vol. I, pág. 169, afirmam que não há conflito de interesses se o procurador tem poderes para vender por certo preço e compra a coisa pelo preço fixado, ou se a coisa tem preço tabelado. A doutrina italiana tem discutido a existência de conflito de interesses quando o preço da venda é fixado oficialmente, mas tal discussão não pode ser pura e simplesmente transposta para o nosso direito, por causa de uma diferença entre o nosso art. 216.º — «o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses» — e o art. 1395.º italiano — «ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi».

Não se afigura que a «natureza» do contrato e a determinação (entre mandante e mandatário) do conteúdo do con-

trato sejam equivalentes. Por outro lado, a «natureza» do contrato de compra e venda não exclui a possibilidade de conflitos de interesses. Acresce que o preço não é o único elemento do contrato de compra e venda susceptível de criar conflitos de interesses; pense-se, por exemplo, na hipótese de o mandatário comprar por um preço superior ao corrente, mas diferir por longo tempo o pagamento dele.

Compra por pessoas colectivas

5 — O art. 161.º, n.º 1 declara que as pessoas colectivas podem adquirir livremente bens imóveis a título gratuito e o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que carece de autorização do Governo, sob pena de nulidade, a aquisição de imóveis a título oneroso bem como a sua alienação ou oneração a qualquer título.

Vários pontos podem considerar-se assentes na interpretação deste preceito: não se aplica a sociedades; não há que distinguir conforme os bens sejam ou não indispensáveis para o desempenho das funções da pessoa colectiva; o notário não pode lavrar o contrato sem prova da autorização, que pode ser dada por officio da autoridade competente.

Duvida-se, porém, da nulidade cominada como sanção. Pires de Lima e Varela, I, pág. 106, e B. Lopes, pág. 63, entendem tratar-se antes de ineficácia ou invalidade mista, sanável por autorização posterior, confirmação ou validação do Governo. Não vemos motivo para isso. Partindo-se da expressa afirmação de nulidade e não existindo qualquer referência a confirmação ou autorização posterior, nem estas são possíveis nem de tal possibilidade — que não existe — pode tirar-se argumento para alterar o regime da prescrita nulidade. Aliás, a lei, quando pretende que a nulidade seja — contra os princípios gerais — sanável pela confirmação de outrem, di-lo expressamente, como por exemplo no art. 1939.º, n.º 2, quanto a actos praticados pelo tutor.

Preceitos especiais permitem que certas associações adquiram «livremente» (isto é, sem autorização do Governo), a título gratuito ou onerosos, os bens imóveis indispensáveis à

consecução dos seus fins (por ex. associações políticas. Decreto-Lei n.º 597/74, de 7 de Novembro, art. 10.º).

Questões comuns

6 — Embora isso pouco adiante do ponto de vista prático, uma vez que os regimes legais de cada uma das proibições de voto são explícitos, pode-se tentar o enquadramento de todas ou de algumas em esquemas dogmáticos mais amplos.

Notemos em primeiro lugar não ser possível o enquadramento no campo do objecto do negócio. A coisa vendida pelo pai ao filho, a coisa litigiosa, a coisa comprada pelo representante, pelos pais, pelos tutores ou curadores não é inidónea para constituir objecto de um negócio de compra e venda. O vício deve, pois, ser procurado no campo dos sujeitos.

A doutrina italiana tem oscilado entre quatro enquadramentos — incapacidade especial, ilegitimidade, incompatibilidade e impedimento de exercício — aplicáveis a todos ou distribuídos entre as várias hipóteses. Destes parece logo de afastar a incompatibilidade, como conceito alargado *ad hoc*, a partir duma noção não só corrente mas até usada noutros ramos de direito para designar uma proibição de cumulação de situações e não de um acto por causa de uma situação.

Os elementos do problema são de duas ordens, mas muito fluidos. Por um lado, atender-se-á aos conceitos de incapacidade, de legitimidade, de impedimento de exercício que possam induzir-se dos preceitos legais; por outro lado, atender-se-á ao regime correspondente a esses conceitos, comparado com o regime ditado pela lei para cada uma das hipóteses de proibição de venda. A fluidez resulta da possibilidade de extensão dos conceitos e da admissão de anormalidades dos regimes legais a eles correspondentes.

Se, por exemplo, se entender como faz Betti, «Teoria Geral do Negócio Jurídico», Vol. II, pág. 11, que a capacidade é a aptidão intrínseca da parte para dar vida a negócios jurídicos e a legitimidade é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar actos jurídicos que tenham

um dado objecto, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação, em que a parte está ou se coloca, com o objecto do acto, as proibições de compra situar-se-ão necessariamente no segundo desses campos, o da «legitimação para assumir a relação jurídica correspondente ao regulamento de interesses que se tem em vista com o negócio». Nesse campo se coloca quem em Portugal fala em «inabilidade relativa».

Quando, porém, se entenda que a ilegitimidade não abrange as situações em que a proibição incide sobre o próprio resultado, prescindindo para isso de todas as questões de titularidade ou de autorização do autor do negócio e sobretudo quando se observe que a sanção adequada à ilegitimidade é a ineficácia do acto e não a anulabilidade — Bianca, «La vendita», pág. 110 — tal enquadramento não pode ser aceite.

Impedimento de exercício, proposto por Bianca para alguma das hipóteses, é uma locução que exprime subjectivamente aquilo que objectivamente é expresso por «proibição de exercício (ou compra ou venda)». Erigi-lo, portanto, em conceito técnico-jurídico, com um regime — anulabilidade, nulidade relativa, ineficácia — conforme a previsão legal da proibição, pouco ou nada adianta tecnicamente.

VENDA DE BENS FUTUROS

Noção de coisa e de direito futuro

1 — O art. 890.º trata da venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes duma coisa.

As coisas futuras referem-se também os art. 211.º, para as definir como «as que não estão em poder do disponente, ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial», o art. 399.º, para admitir a prestação de coisa futura sempre que a lei não a proíba e o art. 408.º, n.º 2, para determinar que o direito se transfere quando a coisa for adquirida pelo alienante. No Cód. Com. refere-se-lhe o art. 467.º, n.º 1.

A definição do art. 211.º, com a intenção de esclarecer alguns aspectos adiante indicados, obscurece a hipótese mais natural, que é a de a coisa ainda não existir *in rerum natura*;

apesar da sua redacção, que inculca a existência da coisa — pode parecer que a referência a estar a coisa em poder do disponente ou a ela ter o disponente um direito supõe a existência natural da coisa — essa hipótese está incluída na definição. Vende coisa futura quem, por exemplo, vende um prédio urbano ainda não construído. Os usos sociais determinam se a coisa deve considerar-se existente *in rerum natura*, naquelas hipóteses em que é duradouro ou complexo o processo de produção; é futura a venda da coisa enquanto esse processo não tiver terminado e isto seja o contrato celebrado antes ou depois do início de tal processo.

Desta hipótese aproxima-se a de a coisa não ter, ao tempo da declaração negocial, individualidade jurídica e portanto não ser *uma coisa* para o direito, como sucede com os frutos pendentes e as partes componentes e integrantes, que só depois da separação se tornam coisas juridicamente autónomas. Para distinguir esta e a anterior hipóteses, basta pensar na venda da colheita de trigo do ano seguinte e na venda da colheita do trigo já semeado nesse ano. O art. 890.º poderia ter deixado de se referir separadamente a coisas futuras, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes, pois esses frutos e partes deveriam, em qualquer caso, ser considerados coisas futuras. A separação entre coisas futuras, frutos naturais e partes componentes aparece no art. 408.º, n.º 2, aí com mais razão, pois encara-se o problema da transferência da propriedade, que ocorre em momentos diversos: para a coisa futura *st. sensu*, no momento em que for adquirida pelo alienante, para frutos e partes componentes e integrantes, no momento da colheita ou separação.

De carácter meramente jurídico é a distinção entre o direito existente ou presente e o direito futuro, paralelo à distinção feita quanto a coisas corpóreas. Há venda de direito futuro, antes de mais, quando o direito vendido ainda não tem existência jurídica, como um crédito ainda não constituído ou um direito real sobre uma coisa (já existente) antes de ocorrido o facto que lhe dá vida. Pelo contrário, não há venda de direito futuro, mas sim de direito presente, quando se vende um direito de crédito sujeito a condição, pois esse direito já

existe, ou quando se vende um direito resultante de negócio aleatório, pois é vendido um direito já existente, embora este tenha por objecto uma prestação aleatória.

O carácter futuro da coisa pode resultar de esta não se encontrar no património de ninguém; o disponente ainda não tem sobre ela o direito de que pretende dispor, mas não só ele, pois a coisa não pertence a ninguém, sendo *res nullius*, num dos sentidos em que esta expressão pode ser usada.

Em relação ao declarante ou disponente, é ainda futura a coisa de que ele não pode dispor ou sobre a qual não tem direito, embora o poder de disposição ou o direito pertençam, no momento da declaração negocial, a outra pessoa. A moderna doutrina italiana, com base no art. 1472.º do seu actual Código, não considera a coisa, neste caso, futura; em Portugal é decisiva a definição de coisa futura dada no art. 211.º Esta hipótese torna, porém, evidente que a situação material ou jurídica da coisa não basta para caracterizar a venda da coisa futura, pois se assim não fosse, seriam futuras para efeitos de venda todas as coisas que não pertencessem ao vendedor e não se distinguiriam vendas de coisas futuras e vendas de coisas alheias; aliás, raciocínio paralelo poderia ser aplicado às outras hipóteses, deixando de se poder distinguir a venda de coisa inexistente e a venda de coisa futura.

A venda de coisa futura exige, pois, uma certa intenção das partes: a consciente incidência do negócio sobre uma coisa que não é presente (por alguma das circunstâncias acima indicadas) mas que pode vir a ser objecto do negócio e se espera que o venha a ser. A simples possibilidade da existência futura da coisa não chega para caracterizar o negócio; a esperança de que venha a existir futuramente a coisa é um elemento positivo que deve manifestar-se activamente na preparação da existência da coisa.

Essa intenção ou atitude psicológica das partes distingue a venda de coisa futura da venda de bens de existência ou titularidade incerta (art. 981.º), em que as partes ignoram se a coisa existe ou quem é o titular, mas se reportam a uma situação presente. Distingue-a, por outro lado, da venda de bens alheios, em que as partes, no momento do contrato, não enca-

ram a possibilidade e os efeitos para o alienante adquirir o poder de disposição sobre ela (art. 893.º).

Construção jurídica do contrato de venda de coisa futura

2 — A terminologia do art. 467.º Cód. Com. — venda de esperanças — poderia inculcar que a venda de coisas futuras tem afinal um objecto presente, a esperança, *spes*, *Gewinnchance*; o objecto da compra não seria coisa, ainda futura, mas a esperança, a álea, em si mesma, da existência ou não existência futura da coisa. Contrariar tal ideia com base em elementos essenciais da compra e venda — por exemplo, a transferência da propriedade sobre a coisa — apenas pode conduzir a afastar esse negócio do campo da compra e venda para o qualificar noutro tipo ou o considerar atípico; a verdadeira crítica consiste em notar que a *spes*, em si mesma não é uma coisa que possa ser objecto de negócio jurídico; a álea é criada pelos elementos do negócio e não é objecto deste.

Presente seria também o objecto do contrato de venda de coisa dita futura se tal objecto fosse constituído não pela coisa mas sim pela *representação* das partes quanto à coisa e sua futura existência, mas além de outras dificuldades, esta construção exigiria a prévia demonstração de que essa «representação» pode ser *objecto* de um contrato de venda.

Distinguem-se tradicionalmente duas modalidades de venda de coisa futura, a *emptio spei*, e a *emptio rei speratae*, e a elas se reporta o art. 880.º, ao admitir que o preço seja devido, ainda que a transmissão dos bens não chegue a verificar-se, e, *a contrario*, que o preço só seja devido se a transmissão dos bens chegar a verificar-se. Na *emptio spei*, o preço é sempre (entenda-se, relativamente à existência dos bens) devido, podendo suceder que o comprador nada obtenha em contrapartida; na *emptio rei speratae*, o comprador obtém uma contrapartida do preço, deixando de o pagar, se aquela faltar. Lembremos esta concepção tradicional, sem prejuízo de ser melhor precisada a natureza da chamada *emptio spei*.

O art. 880.º, n.º 1 atribui ao vendedor a obrigação de exer-

cer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato. Ao estabelecer expressamente esta obrigação, o Código consagra a doutrina mais generalizada, que se refere a uma obrigação preliminar ou preparatória, destinada a fazer a coisa existir ou, pelos modos apropriados, torná-la presente. A doutrina considerava geralmente essa obrigação como elemento accidental do negócio, que em cada caso deveria ser estipulado, embora tacitamente, enquanto o art. 880.º a eleva a elemento legal do conteúdo do negócio; resta saber se elemento essencial, se elemento natural. A última frase «segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato» parece referir-se à aquisição dos bens vendidos e não à própria existência da obrigação, isto é, define o conteúdo dessa obrigação, remetendo para a estipulação ou circunstâncias do contrato. Afigura-se, porém, que essa obrigação pode faltar, primeiro, quando a aquisição do direito pelo alienante não dependa de qualquer diligência (positiva) do vendedor — por exemplo, a aquisição depende de especificação da coisa por outra pessoa — e segundo, quando assim for estipulado — por exemplo, atribuindo ao comprador o corte de árvores, partes componentes do prédio rústico.

A obrigação prevista no art. 880.º cabe ao vendedor e tem conteúdo positivo, não se confundindo, portanto, com o dever de ambas as partes de nada fazer que impeça a plena eficácia do contrato, principalmente a existência futura da coisa. Pelo seu conteúdo, distingue-se também das obrigações essenciais nascidas da compra e venda, quer se admita uma obrigação de *dare* quer se olhe apenas à obrigação de entregar a coisa. Sobre o incumprimento v. adiante.

A derogabilidade desta obrigação torna impossível basear nela a construção jurídica da venda de coisa futura, mas outros motivos concorrem para afastar uma concepção segundo a qual essa obrigação constituísse o elemento principal e característico; não importaria a necessária passagem para um contrato diferente da venda, corrigindo-se, se necessário fosse, a qualificação dada pelo legislador, mas importa reconhecer que tal obrigação, só por si, é insuficiente para caracterizar a venda

de coisa futura. Ela tem carácter acessório, vinculando o vendedor a uma actividade que, só por si, não tem autonomia, pois destina-se a fazer nascer um elemento — a coisa — dum contrato destinado a transferir a propriedade da coisa mediante um preço. Esta transferência resulta da venda e não da actividade a que o vendedor está obrigado. Nem se estranhe que essa obrigação acessória constitua o núcleo do artigo dedicado à venda de bens futuros, frutos pendentes e partes componentes ou integrantes, ao contrário, por exemplo, do art. 1472.º italiano, centrado sobre a aquisição da propriedade. O nosso Código cinde o tratamento da venda de coisa futura, colocando-o, na parte referida, no art. 880.º e, quanto à transferência do direito sobre a coisa, no art. 408.º, n.º 2.

A venda de coisa futura também não pode ser construída como simples contrato-promessa de compra e venda; o conteúdo da vontade manifestada pelos contraentes não é a celebração obrigatória de um contrato de venda, mas a actual vontade de vender e comprar, não havendo qualquer acto posterior dos contraentes que possa considerar-se o contrato definitivo celebrado em cumprimento do contrato-promessa.

Assente que só existe uma manifestação de vontade contratual e que esta antecede a «presença» da coisa, o problema consiste em coordenar esses dois aspectos, o que se pode fazer, em princípio, por duas maneiras: ou através da ineficácia temporária (e possivelmente definitiva) do consentimento ou através da formação sucessiva do próprio negócio jurídico. No primeiro aspecto, dir-se-á que o consentimento dos contraentes está subordinado a uma condição, a futura existência ou «presença» da coisa; para uns, trata-se de uma verdadeira condição, cláusula accidental introduzida no negócio pela vontade das partes; para outros, trata-se de uma *conditio iuris*, directamente resultante da lei. Contra essa ideia, nota-se, porém, que a condição não pode consistir na falta ou existência de um elemento essencial do negócio; «vendo uma coisa, se ela vier a existir» não é uma venda sujeita à condição de existência da coisa, mas uma venda que espera a existência da coisa, uma venda em que *ainda* não existe um elemento essencial.

O segundo aspecto dá origem a construções baseadas na

ideia de negócio ou de consentimento antecipado; as partes pre-dispõem o elemento «declaração de vontade» relativamente a outros elementos essenciais, dos quais é incerta a formação sucessiva; ou, como dizem outros autores, a ordem normal de aparecimento dos elementos do negócio é neste caso invertida, pois, em vez de o consentimento dos contraentes ser posterior ao elemento material, a coisa, neste caso antecede-o. O negócio sobre coisa futura é, assim, um negócio cuja formação não fica completa no momento em que é celebrado, mas que as partes encaram como podendo vir a completar-se pela «presença» da coisa e que ficará eternamente incompleto se a coisa não chegar a seu presente.

Todas estas construções são consideradas por alguns autores como pelo menos artificiosas; o problema — que talvez seja apenas um falso problema — resolver-se-ia atentando na natureza *obrigatória* da compra e venda. Sem agora interessar que a compra e venda tenha sempre natureza obrigatória ou só a tenha em certos casos, a compra e venda de coisa futura faria nascer uma obrigação do vendedor e para esta não é necessária a existência da coisa, no momento da constituição; o negócio é completo, porque o seu objecto é a obrigação translativa e esta já existe; o vendedor deverá diligenciar para que a coisa venha a existir, mas isso é uma simples modalidade da obrigação assumida pelo vendedor em vendas obrigacionais de fazer o comprador adquirir o direito.

A esta fácil solução do problema tem sido oposto em Itália um argumento de texto: o segundo trecho do art. 1472.º, segundo o qual, quando as partes não tenham querido celebrar um contrato aleatório, a venda é nula, se a coisa não chegar a existir. Ora, diz-se, se o contrato fosse uma venda obrigatória — e a coisa não chegasse a existir, ele não seria nulo, mas sim resolúvel, ou por impossibilidade superveniente ou por incumprimento imputável, com as respectivas consequências.

Não existe no nosso Código preceito semelhante ao citado trecho italiano e assim falta o argumento do texto, mas nem por isso é aceitável a referida teoria, à qual se opõe decisiva-

mente que a venda no nosso direito não é obrigacional — no sentido exigido por tal teoria — e nada indica que o seja — antes ao contrário — para venda de coisa futura. É ponto cuja demonstração tem melhor cabimento a propósito do carácter real ou obrigacional da compra e venda.

Assim, por eliminação das outras, a nossa preferência vai para a construção da compra e venda de coisa futura como negócio incompleto ou em via de formação.

Na doutrina do negócio incompleto ou antecipado, a vontade manifestada pelas partes é o elemento do negócio que precede a existência da coisa, devendo manter-se — isto é, não podendo ser retirado — enquanto se espera tal existência e não sendo afectado pela futura existência ou inexistência da coisa. Se a coisa vem a existir, manifestamente o consentimento das partes vem a ser integrado pelo elemento faltoso; se a coisa não vem a existir, o consentimento dado não desaparece, mas é insuficiente para que o negócio produza os seus efeitos, por a este faltar outro elemento.

Regime da venda de coisa futura

3 — A obrigação de pagar o preço, refere-se o citado art. 880.º, n.º 2, do qual resulta uma presunção de que a venda se efectua na modalidade de *emptio rei speratae*. Se a transmissão dos bens não chega a verificar-se, o preço é ou não devido, conforme as partes tenham ou não atribuído ao contrato carácter aleatório; para que o contrato tenha natureza aleatória é indispensável que as partes lho atribuam e, portanto, tal atribuição deve ser provada.

Se as partes não atribuíram ao contrato natureza aleatória, o preço não é devido, caso a coisa não venha a existir ou, na terminologia do art. 880.º, n.º 2, «a transmissão dos bens não chegue a verificar-se». O art. 1472.º italiano diz que nessa hipótese a venda é nula e os defensores da concepção do negócio incompleto ou antecipado apontam a diferença entre a verdadeira nulidade e o caso em vista, dizendo que o acto não produz efeitos *definitivos* de venda, tal como na nulidade,

mas entretanto se produziram efeitos preliminares, ao contrário do que sucederia se houvesse uma nulidade originária. Aqui reside a maior dificuldade do problema. Pode aceitar-se a ideia de um negócio incompleto, enquanto se espera que ele possa completar-se, mas, depois de se saber que não pode completar-se, a falta de um elemento essencial torna o negócio nulo, tal como se ele fosse celebrado sabendo inicialmente que o elemento essencial nunca poderia vir a surgir; se o negócio é nulo, não deveria ter produzido (ou pelo menos deveriam ser destruídos) todos os efeitos, incluindo os preliminarmente produzidos, mas isso significaria que a obrigação de diligenciar a existência da coisa teria sido nula também, contra a clara dicção da lei, que atribui ao vendedor essa obrigação.

O contrato de compra e venda de coisa futura pode ser originariamente nulo, como qualquer outro contrato; não é, porém, isso que está em causa, mas apenas a nulidade causada pelo carácter inicialmente futuro e em seguida provadamente inexistente, da coisa vendida. Entre aqueles motivos de nulidade originária pode encontrar-se a absoluta falta de idoneidade dos meios escolhidos pelas partes para a produção futura da coisa. Directamente, essa circunstância afecta a obrigação do vendedor de exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, a qual não será válida se a prestação é impossível originariamente; o exemplo da venda da cria duma égua estéril é bastante elucidativo. Parece, porém, que o problema nem sequer chega a atingir esse nível, pois não é especificamente essa obrigação que sofre de nulidade, mas o próprio contrato donde essa obrigação nasce, não chegando a ser criada aquela obrigação, como nenhum outro efeito chega a ser produzido. O problema agora discutido não respeita, porém, à nulidade originária do contrato, por causas gerais, mas a saber se a falta de um elemento essencial, a coisa, torna ou não esse contrato nulo. Nem contra a nulidade pode argumentar-se que ela não seria originária, mas sim superveniente — e por isso não seria verdadeira nulidade — uma vez que se aceita não estar o negócio completo nem o ficar, por falta da coisa — e portanto não se poder dizer que a nulidade é superveniente ao negócio; a nulidade atinge o

negócio durante a sua formação, embora esta não seja momentânea.

A nulidade da venda não atinge, porém, a obrigação de diligenciar a existência da coisa, pois esta é imposta por lei, precisamente para tentar evitar que o negócio fique nulo, do mesmo modo que a nulidade da venda de coisa alheia não torna nula a obrigação legal de convalidar o contrato pela aquisição da coisa.

Se as diligências são realizadas e apesar disso a coisa não chega a existir, o contrato é nulo, por falta definitiva de um elemento essencial mas a obrigação que impedia sobre o vendedor foi cumprida. Não se coloca um problema de risco, suportado pelo vendedor que deixa de receber o preço, embora tenha realizado de sua conta as diligências infrutíferas, porque tecnicamente o risco consiste em manter-se uma obrigação quando a outra se tornou impossível por causa não imputável aos contraentes e na venda de coisa futura a coisa ainda nem existe nem chega a existir.

Se a coisa não chega a existir porque o vendedor não realiza as diligências necessárias, há incumprimento da obrigação imposta pelo art. 880.º e o vendedor é responsável. A indenização corresponde ao interesse negativo, aos prejuízos que o comprador não teria sofrido se o contrato não tivesse sido celebrado. Aqui se manifestam consequências das construções dogmáticas acima referidas. Para quem trate a venda de coisa futura como mera venda obrigatória, a indenização corresponderá ao interesse positivo, ao dano resultante da violação do interesse na execução do contrato. Na outra construção só conta o interesse negativo, pois o vendedor impediu — embora de modo especial — que se completasse o negócio em formação.

Se a coisa chegar a existir, a transferência da propriedade sobre ela opera-se nos termos do art. 408.º, n.º 2: em regra, o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante. A existência da coisa produz, portanto, vários efeitos simultâneos: torna o contrato completo e válido; torna o vendedor proprietário da coisa; transfere a propriedade da coisa, do vendedor para o comprador. É ainda essa a regra aplicada

na parte final do art. 408.º, n.º 1, ao dizer que se o direito respeitar a frutos naturais ou partes componentes ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da colheita ou separação, pois é nesse momento que a coisa se torna autónoma e sobre ela é criado um direito de propriedade distinto do que incidia sobre o prédio rústico ou sobre a coisa composta; não têm, portanto, cabimento no nosso actual direito dúvidas ou teorias sobre a autonomização e consequente transferência dos frutos logo que atinjam a maturação e antes de serem separados.

Poderá, contudo, ser necessário ligar o regime da venda de coisa futura e da venda de coisa indeterminada de certo género, como por exemplo na venda de uma tonelada de trigo da colheita de certo prédio. A existência do trigo pela colheita e a atribuição da propriedade de todo ele ao vendedor não transferem imediatamente para o comprador a propriedade de porção determinada; só depois de concentração, nos termos gerais, a propriedade será transferida e a partir da existência da coisa o carácter «futuro» deixa de ter relevância, só passando a relevar a indemnização.

Por terem de ser diversas as bases de raciocínio, não podem ser admitidas no nosso direito algumas observações da doutrina italiana quanto às relações entre venda de coisa futura e venda de coisa genérica. Se, como para os italianos, só é futura a coisa que não existe *in rerum natura* ou não se encontra no património de ninguém, compreende-se que não haja venda de coisa futura mas vendas de género ilimitado; partindo da definição portuguesa de coisa futura, terá este carácter a venda, se o vendedor na data do contrato não possuir as coisas, dentro embora da ilimitação do género.

Nenhuma dúvida quanto à obrigação de entrega, que ao vendedor compete, nos termos gerais. Quanto a outros efeitos da venda, podem suscitar-se algumas dúvidas. Quer se trate de *emptio spei* quer de *emptio rei speratae*, deve ser entregue pelo vendedor a coisa estipulada e a obrigação de entrega não é cumprida pela entrega de coisa diferente; se na primeira modalidade o comprador preferir receber a coisa diferente em vez de nada receber e ter de pagar o preço, haverá uma alte-

ração voluntária do objecto da venda. Discute-se, porém, se na venda de coisa futura há lugar a garantia pelos vícios ou faltas de qualidade da coisa (manifestamente, a entrega de *aliud pro alio* não torna a venda completa e válida, se a coisa devida não chegou a existir) ou, por outras palavras, se o facto de a coisa ser futura exclui implicitamente aquela garantia. Na *emptio spei*, o problema consiste afinal em saber se o seu carácter aleatório abrange defeitos da coisa e a resposta parece ser afirmativa, pois o comprador admite o pagamento do preço, ainda que a transmissão dos bens não chegue a realizar-se; na *emptio rei speratae* admite-se geralmente que em princípio a garantia subsiste, sem prejuízo de poder ser excluída pelos contraentes, quer expressamente quer implicitamente, como pela natureza da coisa ou pelas circunstâncias em que se prevê a respectiva produção. O art. 918.º, ao determinar que, se a venda respeitar a coisa futura ou a coisa indeterminada de certo género, são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento de obrigações, mostra, por um lado, que, em princípio a garantia existe apesar de a coisa ser futura e, por outro lado, afasta essa hipótese da regra geral da venda de coisas defeituosas — anulabilidade do contrato por erro do comprador — incompatível com o carácter futuro da coisa.

Os contraentes podem estipular as relações entre a quantidade da coisa e o cumprimento do contrato ou entre a quantidade da coisa e o preço. Podem, por exemplo, convencionar que o contrato só produzirá efeitos se vier a «existir» uma quantidade mínima fixada no contrato e nesse caso ter-se-á como inexistente a coisa se essa quantidade não for atingida, com as consequências normais de tal inexistência, designadamente quanto ao preço, que não é devido. Podem estipular um preço por unidade, de modo que o preço total será proporcional à quantidade produzida. Podem estabelecer um preço global e fazê-lo reduzir se não chegar a existir uma quantidade mínima, etc.

O ponto duvidoso reside na estipulação de um preço global, sem outras indicações para a hipótese de não ser atingida certa quantidade. Como regra, o preço global é devido, tomando o contrato uma certa tonalidade aleatória.

Questões especiais da emptio spei

4 — Segundo a orientação tradicional, tratámos até aqui a *emptio spei* como uma das duas possíveis modalidades da venda de coisa futura, isto é, admitimos que a *emptio spei* seja, por natureza, um contrato de compra e venda. Tradicionais são, contudo, também as dúvidas a tal respeito, as quais se avolumam em função da construção dogmática adoptada para a venda de coisa futura (ou apenas para a *emptio rei speratae*).

A dificuldade resulta da obrigação de pagamento do preço, apesar da falta de existência da coisa, e parece desafiar todas as possíveis soluções.

Da lei não se retira argumento decisivo. O art. 880.º, n.º 2 está colocado no capítulo dedicado à compra e venda, mas não é anómala semelhante colocação de referência a um contrato diferente, que histórica ou dogmaticamente tenha alguma relação com o objecto do capítulo. A frase «Se as partes atribuírem ao contrato (note-se que não diz ao contrato *de venda*) carácter aleatório» tanto pode ser interpretado como admitindo que o contrato de venda tenha carácter aleatório, como afastando da venda esse «contrato» por ter carácter aleatório. De outro lado, porém, parece certo que à *emptio spei* serão aplicáveis certas regras do contrato de compra e venda, ou a este aplicáveis, como as relativas à aquisição do direito sobre a coisa.

Convirá acentuar a diferença entre a *emptio rei speratae* e a *emptio spei*. Poderá parecer que na primeira também existe uma álea, pois desde que a coisa é futura relativamente ao momento da celebração do contrato há sempre incerteza sobre a sua existência. No entanto, nesse caso, não há obrigação de pagamento do preço, no caso de a coisa não vir a existir e, portanto, ou se considera apenas álea o risco de pagamento do preço sem qualquer contrapartida ou tem de se reconhecer profunda diferença da álea nos dois casos, susceptível de conduzir a enquadramentos jurídicos diferentes.

Esse carácter aleatório da prestação da coisa pelo chamado vendedor afigura-se contrária à função e à estrutura da compra e venda. Ou se aceita que a contrapartida do cha-

mado preço é constituída por algo diverso da coisa — a álea, em si mesma, não pode ser, pelos motivos acima referidos, nem o pode ser também a diligência do chamado comprador para a produção da coisa, mesmo elevada essa a elemento principal do contrato, pois ela pode ser desnecessária — e o contrato convolará para outro tipo; ou não se encontra na *emptio spei* o carácter comutativo, o sinalagma preço-transferência do direito sobre a coisa, característico da compra e venda.

Diz-se que na *emptio spei* a função prática é, como na compra e venda, uma troca de bens por dinheiro, e que só um evento superveniente torna impossível a aquisição da coisa, evento esse (no caso de não ser imputável ao vendedor) cujo risco o comprador convencionalmente assume. A verdade, porém, é que desde o início são conhecidos pelas partes a actual inexistência da coisa e a eventual inexistência definitiva e que, apesar disso e independentemente da esperança que ambas tenham na futura existência, ficou assente a obrigação de pagamento do preço. Nessas condições, assumir o risco de inexistência definitiva da coisa, excede a causa do contrato de compra e venda.

É por isso mais curial desistir de forçar o ingresso da *emptio spei* na compra e venda a reconhecer que se trata de um contrato de natureza diversa, por causa do seu elemento aleatório. Sob o aspecto prático, esta solução não apresenta inconveniente, pois o regime desse contrato será talhado nos moldes estabelecidos pelo art. 939.º

Note-se finalmente que, dentro do seu carácter aleatório, a *emptio spei* é um contrato *completo* e não em via de formação; a existência da coisa deixa de ser necessária e a obrigação de pagamento do preço é um efeito definitivo e não apenas preliminar do contrato.

VENDA DE BENS DE EXISTÊNCIA OU DE TITULARIDADE INCERTA

O art. 891.º ocupa-se da venda de bens de existência ou de titularidade incerta, dispondo que, se no contrato se fizer

menção dessa incerteza, é devido o preço, ainda que os bens não existam ou não pertençam ao vendedor, excepto se as partes recusarem ao contrato natureza aleatória.

Reúnem-se neste preceito duas incertezas: a da existência e a da titularidade dos bens; convirá separá-las, para se averiguar a origem do preceito.

O art. 1558.º do Cód. Civil de 1867 determinava a nulidade da venda de coisa que já não existe «e o vendedor responderá por perdas e danos, se tiver procedido com dolo ou má fé». A doutrina portuguesa, lembrando o tratamento romano das hipóteses em que o comprador ou o vendedor tinham conhecimento da inexistência da coisa vendida, aplaudia o artigo português, mas colocava a hipótese de «as partes haverem apreciado e tomado em devida conta o risco a que a coisa estava exposta ao tempo da compra» e concluía que, sempre que o comprador toma sobre si os riscos, derivados de factos independentes do vendedor, a compra e venda é válida, ainda que a coisa tivesse perecido ou não existisse no momento do contrato (Cunha Gonçalves, Tratado, VIII, pág. 442).

Quanto à titularidade da coisa vendida, o art. 1051.º, n.º 1, do antigo Código dispunha que o alienador não responde pela evicção, «se assim foi estipulado, ou se sendo advertido o adquirente do risco da evicção, o tomou sobre si». Não interessa agora a dúvida sobre a necessidade de declaração expressa de o comprador tomar sobre si esse risco ou se bastaria que, apesar de avisado do risco de evicção, o comprador celebrasse o contrato.

No direito italiano — que citamos pela comprovada influência nesta parte do nosso Código actual — o art. 1488.º, 2.º trecho, a propósito dos efeitos da exclusão de garantia por evicção, determina que «o vendedor é isento também desta obrigação (restituição do preço pago e reembolso das despesas) quando a venda foi convencionada a risco e perigo do comprador». Deste preceito parte a doutrina para entender que o risco do anterior perecimento da coisa vendida pode também ser assumido pelo comprador. Não interessa agora a discussão acerca do alcance da cláusula que ponha a venda a

risco do comprador (ou só quanto à titularidade ou também quanto à existência da coisa).

A incerteza é um estado subjectivo; objectivamente, uma coisa ou existe ou não existe ou tem ou não tem determinada pessoa como titular do direito de propriedade sobre ela. Como estado subjectivo, pode existir ou só no comprador ou só no vendedor ou em ambos; o art. 881.º contempla a hipótese de a incerteza respeitar aos dois contraentes, isto é de ambos admitirem a situação de incerteza. Para este efeito não é decisiva a exigência de se fazer no contrato menção dessa incerteza, pois a menção pode referir-se a um só deles. Aquele resultado se chega, porém, quando se alinham as possibilidades de conhecimento ou desconhecimento por vendedor e/ou comprador.

Se o vendedor e o comprador conhecem a inexistência da coisa e apesar disso contratam como se a coisa existisse, há uma simulação de elemento do contrato, cuja falta, só por si, torna o contrato nulo.

Se o vendedor conhece a inexistência da coisa e o comprador a desconhece, há dolo por parte daquele e, independentemente da responsabilidade em que incorre, o contrato deve ser nulo, por falta de elemento essencial. Embora não se veja interesse do comprador para isso, pode teoricamente supor-se que ele conhece a inexistência da coisa, colocando-se em situação idêntica à referida para o vendedor.

Se o vendedor ou o comprador conhece a existência da coisa, mas a outra parte manifesta incerteza e apesar disso contrata mencionando a incerteza, houve no plano dos factos um «contágio» da incerteza, passando a haver dois graus, um maior e outro menor, em cada um dos contraentes.

A incerteza quanto à existência da coisa e a incerteza quanto à titularidade diferem num ponto; a incerteza quanto à titularidade respeita necessariamente à *titularidade do vendedor*, sendo inconcebível que a incerteza entre titularidades de terceiros esteja incluída neste artigo que, aliás, no seguimento fala em não pertencerem os bens ao vendedor.

A inexistência da coisa tanto pode resultar de nunca ela ter existido *in rerum natura* como de ter perecido.

A apreciação judicial destes estados subjectivos dos contraentes é erigida de dificuldades e por isso o legislador exige que no contrato se faça menção dessa incerteza. A razão da exigência leva a não permitir a sua substituição por qualquer outro facto ou circunstância. *Essa* incerteza é a incerteza *concreta* em que as partes se encontram, a qual versará ou sobre a existência ou sobre a titularidade.

Mencionada no contrato, a incerteza sobre a existência ou sobre a titularidade reporta-se à data do contrato.

Passando aos efeitos deste contrato, o art. 881.º utiliza a forma de regra e de excepção: a regra é ser devido o preço, ainda que os bens não existam ou não pertençam ao vendedor; a excepção é não ser devido o preço se as partes recusarem ao contrato natureza aleatória. Isto implica que o legislador reconheceu *como regra* natureza aleatória a este contrato, ao contrário do que se fez no art. 880.º, n.º 2, para a venda de bens futuros. Assim, a menção da incerteza, sem qualquer outra indicação, torna o preço devido. A recusa de natureza aleatória deve constar também do próprio contrato e a sua forma mais simples é a declaração de que o preço *não será devido* se a coisa não existir ou não pertencer ao vendedor.

Comparando o art. 881.º com o art. 880.º, n.º 1, verifica-se não existir naquele a obrigação de o vendedor exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, o que bem se compreende nas hipóteses em que estes tenham perecido. Comparando o art. 881.º com o art. 897.º, vê-se que, na venda de bens de titularidade incerta, o vendedor não é obrigado a sanar a nulidade (que, aliás, começa por não existir), adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido.

Nem sequer é o vendedor obrigado a fazer qualquer diligência para dissipar a situação de incerteza existente na data do contrato.

Se a incerteza se dissipa, no sentido de a coisa existir ou pertencer ao vendedor, a coisa é adquirida pelo comprador *ex vi* do contrato e na data deste, e o preço é devido. Se a

incerteza se dissipa no sentido contrário, o comprador nada adquire e o preço é ou não devido, conforme a natureza aleatória ou não aleatória atribuída ao contrato.

Sendo o preço devido, por ao contrato ter sido atribuída natureza aleatória, pode perguntar-se *quando* se considera exigível a respectiva obrigação: ou ainda durante o período de incerteza ou só depois de se ter tornado certa a inexistência ou a falta de titularidade. A resposta deve ser dada no primeiro sentido, pois desde a celebração do contrato está constituída essa obrigação, sem dependência das eventualidades que, quanto à coisa, vierem a ser averiguadas; a exigibilidade regular-se-á, conforme os casos, ou pelas estipulações dos contraentes, ou não as havendo, pelas regras gerais.

O contrato donde resulte a obrigação de o comprador pagar o preço, nas circunstâncias acima referidos, é um contrato válido, apesar de se verificar posteriormente que a coisa não exista ou não pertencia ao vendedor. Como dissemos, é nesse contrato que se funda a obrigação de pagar o preço e da validade desta obrigação resulta por sua vez a regularidade do pagamento do preço, nomeadamente a sua irrepetibilidade, no caso de ele ter sido efectuado antes de averiguada a inexistência da coisa ou o defeito de titularidade.

Resta saber qual a verdadeira qualificação jurídica de um contrato pelo qual o comprador desembolsa o chamado preço, sem nada receber em contrapartida. Para responder a tal pergunta não podemos argumentar com o facto de, no caso de a coisa existir ou ser da titularidade do vendedor, o comprador receber a contrapartida da sua prestação em dinheiro. Não é possível entender que neste caso o contrato é de compra e venda, mas não o é na hipótese oposta, pois a questão da natureza do contrato coloca-se quanto a este mesmo e não quanto às eventualidades posteriores; o contrato é peculiar porque dele *tanto pode resultar* a aquisição da coisa contra o desembolso do preço como pode resultar o desembolso do preço sem contrapartida.

Aqui se coloca, portanto, o mesmo problema de qualifica-

ção do contrato que defrontámos quanto à venda de bens futuros — compra e venda a risco e perigo do comprador, isto é, mesclada com um elemento aleatório — ou contrato de natureza aleatória, regulado, no possível e com as necessárias adaptações, pelas regras do contrato de compra e venda. Pelos motivos apontados a propósito de venda de bens futuros, preferimos a segunda solução.

VENDA DE COISAS SUJEITAS A CONTAGEM, PESAGEM OU MEDIÇÃO

Requisitos comuns dos artigos 887.º e 888.º

1 — O art. 1576.º do antigo C. C. dispunha que, se a coisa for vendida em razão de certo número, peso ou medida, poderá ser o contrato rescindido pelo comprador, havendo na entrega falta considerável ou excesso, que não possa separar-se sem prejuízo da coisa; mas se o comprador quiser manter o contrato, poderá exigir a redução do preço em proporção da falta, assim como o deve aumentar em proporção do excesso.

A doutrina acentuava que o preceito era aplicável tanto a coisas móveis como a coisas imóveis, procurava determinar o que se deveria entender por «falta considerável», observava que o preceito era dispositivo e comparava a hipótese com outras nas quais a coisa não podia considerar-se vendida em razão de certo número, peso ou medida.

No actual Código, os arts. 887.º e 888.º tratam de duas hipóteses ligadas entre si por uma coincidência — tratar-se de venda de coisas determinadas — e por uma opposição; num caso, a venda é feita com preço fixado à razão de tanto por unidade, no outro caso, o preço não é estabelecido à razão de tanto por unidade. É manifesta nestes dois nossos preceitos a inspiração dos arts. 1537.º e 1538.º do C. C. Italiano, os quais, fazendo parte da secção dedicada à venda de coisas imóveis, contemplam, o primeiro, a hipótese de um determinado imóvel ser vendido com a indicação da sua medida e por um preço estabelecido em razão de um tanto por cada unidade de medida;

o segundo, os casos em que o preço é determinado em relação ao corpo do imóvel e não à sua medida, embora esta seja indicada. A generalização a todas as coisas, de preceitos editados especialmente para coisas imóveis, deve ter contribuído para as dificuldades de interpretação dos artigos portugueses.

Requisito comum aos dois artigos é ser objecto da venda uma *coisa determinada*. Apesar da latitude da epígrafe da Secção, os arts. 887.º e seguintes não deixam dúvidas a tal respeito. Noutra altura veremos o que a tal respeito se passa com a venda de coisas indeterminadas.

Para que os arts. 887.º e 888.º, n.º 1 não pareçam, pelo menos em parte, absurdos, é necessário fazer deles cuidadosa leitura, designadamente não separar as suas orações principais e as suas orações subordinadas.

Se apenas se ler, em cada um dos artigos, «Na venda de coisas determinadas, com preço fixado à razão de tanto por unidade, é devido o preço proporcional ao número, peso ou medida real das coisas vendidas» e «Se na venda de coisas determinadas o preço não for estabelecido à razão de tanto por unidade, o comprador deve o preço declarado», não se vislumbra qual o problema que o legislador quis solucionar através daqueles dois preceitos; no primeiro caso, apenas haverá que multiplicar o número de unidades pelo preço unitário estipulado; no segundo caso, tudo se limita ao pagamento do preço global declarado.

O art. 1537.º italiano indica mais claramente a hipótese em vista, pois diz: «quando um determinado imóvel é vendido com a indicação da sua medida e por um preço estabelecido em razão de um tanto por cada unidade de medida, etc.», sabendo-se, pois, logo de entrada, que a hipótese configurada é, antes de mais, a de ter sido indicada no contrato a medida do imóvel vendido. Nesse caso, o problema plausível e merecedor de atenção legislativa é a discrepância entre a medida indicada no contrato e a medida real da coisa.

A uma eventual discrepância entre a quantidade indicada no contrato e a quantidade real da coisa determinada vendida fazem também referência as partes finais daqueles dois preceitos portugueses — «sem embargo de no contrato se decla-

rar quantidade diferente» e «mesmo que no contrato se indique o número, peso ou medida das coisas vendidas e a indicação não corresponda à realidade» — mas fazem-se de modo que parece implicar não terem sido *apenas* essas as hipóteses contempladas. Na verdade, «sem embargo de» e «mesmo que» podem levar a supor que, estabelecido um princípio geral, este mantém-se «sem embargo de» ou «mesmo que». Somente, neste caso, os preceitos foram editados — ou pelo menos só deixam de, em parte, ser ridículos —, sendo seu propósito precisamente o contrário.

Tomamos, pois, como hipótese pré-figuradas nos arts. 887.º e 888.º, a determinação da coisa, a indicação contratual da quantidade (número, peso ou medida) e, respectivamente, a fixação do preço em razão de tanto por unidade ou sem tal fixação.

O regime do artigo 887.º

2 — Como indica a própria expressão usada no art. 887.º o preço é fixado em razão de tanto por unidade quando a declaração negocial fixa uma importância em dinheiro por cada unidade de quantidade da coisa, de modo que o preço devido resulte da multiplicação dessa importância pelo número de unidades (reais ou declaradas).

Reunidos os dois elementos, coisa determinada e preço fixado à razão de tanto por unidade, segue-se, por força do art. 887.º e quando este for aplicável, a determinação do preço: é devido o preço proporcional ao número, peso ou medida real da coisa. Talvez não seja inteiramente correcto dizer «preço proporcional», mas a expressão indica com bastante clareza que o preço devido pelo comprador é determinado pela multiplicação da importância ou preço unitário pelo número real de unidades.

Desse preceito decorre que nenhum dos contraentes pode, quando o art. 887.º for aplicável, valer-se da diferença entre a quantidade declarada e a quantidade real para considerar o contrato resolvido. Vide, contudo, abaixo, o disposto no art. 891.º

Não está declarada no contrato quantidade diferente da quantidade real se o contrato estipular que a contagem, pesagem ou medida serão feitas depois de o contrato ser celebrado.

Nessa hipótese é devido o preço que resultar da aplicação do preço unitário, pois assim foi contratado, mas não se coloca o problema de divergência entre quantidade declarada e quantidade real. Há em Itália quem pense que alguns preceitos relativos à venda por medida são aplicáveis no caso de, em execução da cláusula contratual que manda efectuar a medição, se chegar a medida diferente daquela que, ainda posteriormente, se verificou ser a real. A situação é, contudo, diferente, pois a discrepância aparece entre duas medições, nenhuma das quais serviu para uma declaração contratual tendente a fixar a medida.

O regime do artigo 888.º

3 — Na transplantação do art. 1538.º italiano para o nosso direito, o modo como naquele é descrita a hipótese, quanto ao preço, não foi seguido à letra; o artigo italiano diz «nos casos em que o preço é determinado em relação ao corpo do imóvel e não à sua medida», enquanto o nosso art. 888.º, n.º 1 se exprime por oposição à hipótese contemplada no art. 887.º: «Se o preço não for estabelecido à razão de tanto por unidade».

Tanto pelo art. 887.º como pela continuação do art. 888.º, n.º 1, verifica-se ter o legislador tido em vista a unidade de número, peso ou medida (não necessariamente as unidades oficiais) e sem dúvida está contraposta a essa hipótese a de o preço ser estabelecido globalmente — um único preço para uma só coisa determinada. Logicamente parece que o preço de venda de coisa determinada só pode ser estabelecido no contrato por um dos dois referidos métodos — ou um só preço global ou preço reportado a uma unidade, não interessando para o efeito se o preço global ou o preço unitário são declarados em moeda ou indirectamente fixados (por ex.: o preço de venda deste prédio rústico será o mesmo por que o vizinho venda o seu; o metro quadrado deste prédio rústico será igual ao preço de venda do metro quadrado do prédio do vizinho). Pode, porém,

suceder que a unidade correspondente ao preço unitário não seja de número, peso ou medida da coisa vendida, mas diferente (por exemplo, uma porção de rocha extraída duma mina, por certo preço em razão da quantidade de certo minério que contenha — venda por análise).

Atendendo apenas à letra do art. 888.º, n.º 1, a hipótese estaria abrangida nele, pois o preço não é estabelecido à razão da unidade de número, peso ou medida da coisa vendida, mas na realidade esse preceito exige a declaração contratual do preço da coisa vendida e esta só pode ser a declaração do preço global. Aliás, também só assim se compreendem a redacção e o aumento referidos no n.º 2 do mesmo artigo.

Nesta interpretação dos referidos preceitos, restará descobrir o regime dos contratos em que o preço não seja estabelecido em razão da unidade de número, peso ou medida da coisa vendida, nem globalmente. Parece que o art. 887.º deverá ser aplicado por analogia.

Concebe-se que num contrato apareçam simultaneamente um preço global e um preço unitário. Seriando as várias hipóteses, teremos: vendo o prédio a 100\$00 o m²; vendo o prédio que mede 1 ha, a 100\$00 o m²; vendo o prédio por 1000 contos; vendo o prédio que mede 1 ha por 1000 contos; vendo o prédio que mede 1 ha por 1000 contos, à razão de 100\$00 o m². As duas primeiras hipóteses enquadram-se no art. 887.º; as duas seguintes no art. 888.º, mas a quinta satisfaz os requisitos de ambos os preceitos, embora não possam ambos ser-lhe simultaneamente aplicados. Em princípio, tanto podemos encontrar nessa hipótese um preço global explicado pela indicação do preço unitário, como um preço unitário acompanhado do resultado da multiplicação. Não parece que a hipótese comporte recondução a um único dos referidos preceitos. Será questão de facto averiguar qual das duas intenções possíveis foi, no caso concreto, a vontade das partes, as quais podem preparar a solução do eventual problema tornando clara a prevalência de uma ou outra das duas declarações.

O art. 888.º, n.º 1, quando aplicável, torna o preço declarado independente da quantidade da coisa, mesmo que esta seja declarada no contrato. Não se pode dizer que o artigo faça

prevalecer a quantidade declarada sobre a quantidade real, pois a quantidade declarada pode ter servido para a determinação do preço também declarado, mas com isso esgotou a sua função, ao contrário do que sucede no art. 887.º em que a quantidade real prevalece sobre a declarada, para ser efectuada a multiplicação pelo preço ou importância unitária.

Segundo o art. 888.º, n.º 2, se, porém, a quantidade efectiva diferir da declarada em mais de um vigésimo desta, o preço sofrerá redução ou aumento proporcional. A estabilidade do preço resultante do n.º 1 do artigo é, pois, limitada nos termos do n.º 2. A diferença superior a um vigésimo (a diferença igual a um vigésimo cabe no n.º 1) da quantidade declarada importa uma redução ou um aumento proporcional do preço. Pressuposto da aplicação do n.º 2 é haver uma quantidade declarada no contrato; havendo-a, calcula-se a diferença entre a quantidade efectiva ou real e a quantidade declarada e, verificando-se que esta diferença é superior a um vigésimo da quantidade declarada, o preço será reduzido ou aumentado na mesma proporção.

Compensação entre faltas e excessos

4 — Anteriormente ao actual Código Civil não existia preceito semelhante ao do art. 889.º, embora a doutrina já aplicasse o critério que este consagrou.

Fonte do art. 889.º foi o art. 1540.º do Código Civil italiano, segundo o qual «Se dois ou mais imóveis foram vendidos com o mesmo contrato por um só e mesmo preço, com a indicação da medida de cada um deles, e se verifica que a quantidade é menor num e maior no outro, faz-se compensação até à devida concorrência; o direito ao suplemento ou à diminuição do preço existe em conformidade com as disposições acima estabelecidas».

Na transposição para o nosso direito, o âmbito do preceito foi alargado, passando a abranger tanto coisas móveis como imóveis.

O primeiro requisito do artigo é a venda por um só preço

de uma pluralidade de coisas. Com o mesmo contrato e por um só preço diz o preceito italiano e, embora o nosso não refira a unidade do contrato, é de exigir tal unidade, que o legislador português deve ter pressuposto por causa da unidade do preço. Realmente, não se compreenderia que se procedesse à compensação de faltas e excessos entre contratos distintos. Por outro lado, desde que esteja estabelecido um preço separado para cada uma das coisas vendidas, haverá dois contratos.

Um só preço não significa, porém, um só preço global, podendo o preço ser estabelecido por unidade de número, peso ou medida.

O segundo requisito consiste em a venda ter por objecto coisas determinadas e homogêneas. Será o uso da venda de duas barras do mesmo metal, declarando-se que cada uma pesa 1000 gramas e realmente uma pesa 1010 e outra 990 gramas. A homogeneidade teve de ser introduzida no preceito, por causa da sua generalização relativamente ao art. 1540.º italiano; neste, a compensação opera-se na medida de coisas imóveis, mas transposto o preceito para todas as coisas, a compensação só se justifica se entre elas houver homogeneidade. *Homogêneo* significa da mesma natureza, idêntico, igual. Não nos parece que certos exemplos que aparecem nos nossos comentadores respeitem tal requisito; milho e centeio ou vinho branco e vinho tinto não devem ser considerados homogêneos para este efeito.

Terceiro requisito é a declaração contratual da quantidade, sem a qual não poderia haver comparação com a quantidade efectiva ou real e consequente determinação de excesso ou falta.

Verificados esses três requisitos, far-se-á compensação entre as faltas e os excessos até ao limite da sua concorrência. Como é natural, a falta numa das coisas e o excesso noutra só são mutuamente anuláveis até ao que for menor; não seria admissível que qualquer falta compensasse qualquer excesso.

Feita a compensação até à respectiva concorrência pode ainda resultar uma quantidade declarada inferior ou superior à quantidade real. A esse saldo positivo ou negativo relativamente à quantidade declarada são de aplicar os arts. 887.º e

888.º e, portanto, conforme os casos, é devido o preço proporcional ou não haverá redução ou aumento proporcional do preço global, conforme a diferença resultante da compensação for inferior ou superior à quantidade total declarada.

Pires de Lima e Varela, II, 139, entendem que, se, efetuado o encontro, se alegar e provar que a diferença entre o preço global fixado e o preço que resultaria dos preços unitários que os contraentes tiveram ou deveriam ter em vista excede um vigésimo daquele, deve permitir-se por analogia com o caso versado no art. 888.º, o aumento ou a redução proporcional do preço. Baptista Lopes, pág. 130, opõe a essa solução vários argumentos. Afigura-se-nos que a questão está deslocada, tanto numa como noutra solução, do seu verdadeiro campo.

Se o preço for estabelecido em função de unidade de número, peso ou medida, como o preço unitário deve ser único — pois no caso contrário não há «um só preço» e não se está no âmbito do art. 889.º — é indiferente que a compensação seja feita por unidade de quantidade ou por unidade de preço. O mesmo sucederá se o preço foi estabelecido globalmente e o preço unitário da pluralidade de coisas for igual.

No caso de o preço ser estabelecido globalmente, mas serem diferentes os valores unitários das duas coisas, a compensação em quantidade e a compensação em valor produzem resultados diferentes e a adopção do primeiro desses resultados pode causar graves injustiças. Assim, no exemplo dos comentadores, vendidos por 10 000\$00 100 arrobas de milho e 100 arrobas de centeio e verificando-se as quantidades reais de 85 arrobas de milho e 112 arrobas de centeio, se o valor da arroba de centeio for o dobro do valor da arroba de milho a compensação em quantidade faria cobrir parcialmente a falta de 15 arrobas de milho pelo excesso de 12 arrobas de centeio, mas estas valem 24 arrobas de milho.

A dificuldade é afastada por não deverem ser consideradas *homogêneas* coisas que têm valores unitários diferentes e, portanto, a hipótese não estar abrangida no art. 888.º, nem este poder ser aplicado por analogia, falhando a homogeneidade.

Caducidade do direito à diferença de preço

5 — O art. 890.º epigrafado «caducidade do direito à diferença de preço» teve, em parte, por fonte o art. 1541.º italiano, segundo o qual «o direito do vendedor ao suplemento e o direito do comprador à diminuição do preço ou à resolução do contrato prescrevem em um ano a contar da entrega do imóvel».

Começa o art. 890.º por dizer «O direito ao recebimento da diferença de preço caduca...», palavras que podem levar a pensar que se trata apenas da diferença de preço favorável ao vendedor, pois em bom rigor só este «recebe o preço». O artigo italiano mais explícito, refere o suplemento do preço a receber pelo vendedor no caso de excesso e a redução do preço favorável ao comprador e o nosso artigo deve ter o mesmo âmbito, uma vez que se liga com os arts. 887.º e 888.º, n.º 2, que criam tanto o direito do vendedor ao aumento como o direito do comprador à redução do preço.

O prazo de caducidade varia conforme se trate de coisa móvel ou imóvel; de seis meses no primeiro caso, é de um ano no segundo caso.

O prazo conta-se a partir de um de três momentos: da entrega da coisa; do momento em que a diferença se torne exigível, sendo esse momento posterior à entrega; do dia em que o comprador receber a coisa.

A primeira é a hipótese normal. Como exemplos da segunda, os comentadores apontam os casos de a contagem, pesagem ou medição ser feita depois da entrega ou haver um prazo para cumprimento da obrigação. Pode realmente suceder que a diferença só se torne exigível depois da entrega, porque também só algum tempo depois da entrega é feita — e pode contratualmente ser feita — a determinação da quantidade da coisa; basta que tenha sido convencionado um prazo para tal determinação.

O terceiro possível momento de contagem do prazo de caducidade está previsto no art. 890.º, n.º 2: na venda de coisas que hajam de ser transportadas de um lugar para outro, o prazo reportado à data da entrega só começa a correr no dia

em que o comprador as recebe. Para o problema do risco, o art. 797.º opta pela solução contrária — a transferência do risco opera-se com a entrega ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa indicada para a execução do envio — mas compreende-se que o prazo para a exigência da diferença de preço só comece a contar quando o comprador tenha a possibilidade real de determinar a quantidade entregue.

O prazo é de caducidade, por expressa indicação do referido artigo, tanto na epígrafe como no corpo. O art. 1540.º italiano, também por duas vezes, qualifica o prazo como de prescrição, aliás com discordância de parte da doutrina.

Resolução do contrato

6 — Nos termos do art. 891.º, n.º 1, se o preço devido por aplicação do art. 887.º ou do n.º 2 do art. 888.º exceder o proporcional à quantidade declarada em mais de um vigésimo deste, e o vendedor exigir esse excesso, o comprador tem o direito de resolver o contrato, salvo se houver procedido com dolo.

A faculdade de resolução do contrato tem, pois, dois pressupostos. O primeiro consiste em o preço devido por aplicação do art. 887.º ou 888.º, n.º 2 exceder o proporcional à quantidade declarada em mais de um vigésimo deste. Haverá, pois, que tomar o preço correspondente declarado e calcular um vigésimo deste; no caso do art. 887.º multiplica-se o preço unitário pelo número de unidades declaradas e no caso do art. 888.º encontra-se directamente um preço correspondente à quantidade declarada; em seguida determina-se a quantidade real e calcula-se o preço correspondente, ou pela multiplicação dos preços unitários no caso do art. 887.º, ou mediante uma proporção, no caso do art. 888.º; se o excesso do preço correspondente à quantidade real for superior a um vigésimo do preço correspondente à quantidade declarada, existe a faculdade de resolução do contrato.

O artigo contempla apenas o *excesso* do preço correspondente à quantidade real relativamente à quantidade declarada;

a redução do preço, por a quantidade real ser inferior à quantidade declarada, está fora do seu âmbito.

Sendo assim, é natural que a faculdade de resolução compete apenas ao comprador e ela justifica-se porque, por um lado, o vendedor está normalmente em melhores condições para determinar a quantidade exacta ou muito aproximada da coisa e, por outro lado, o comprador pode estar em situação de pagar o preço correspondente à quantidade estipulada no contrato mas não um excesso de tal preço.

O segundo requisito da faculdade de resolução é a exigência pelo vendedor do aumento do preço. Não pode, portanto, o comprador, por sua iniciativa, declarar resolvido o contrato. A faculdade de resolução é-lhe concedida como uma defesa contra a exigência que o vendedor lhe faça. Realmente, em teoria pelo menos, o comprador não precisa de ser protegido se o vendedor lhe entregar a coisa pelo preço declarado ou pelo preço correspondente à quantidade declarada, sem exigir qualquer excesso.

Um terceiro e negativo requisito consiste em o comprador não ter agido com dolo. A culpa não é relevante para este efeito.

Reunidos os três requisitos, tem o comprador a faculdade de resolver o contrato. Não está indicada a forma de exercício de tal faculdade. Pode sem dúvida ser feita judicialmente, mas tal forma não é necessária. A esta resolução, que é fundada na lei, aplicam-se os arts. 432.º e 436.º, salvo quando outra disposição houver para este caso (por exemplo, o art. 436.º, n.º 2, não se aplica, por haver prazo especial de caducidade).

O direito à resolução caduca no prazo de três meses, a contar da data em que o vendedor fizer por escrito a exigência do excesso (art. 891.º, n.º 2). A propósito da caducidade do direito do comprador aparece um requisito de forma da exigência do vendedor quanto ao excesso de preço: deve revestir a forma escrita.

O preceito não pode, contudo, ser entendido à letra. A declaração do vendedor tem um destinatário e, portanto, está sujeita às regras do art. 224.º O prazo de caducidade não começa a contar-se do momento em que o vendedor fizer a

exigência do excesso, no estrito sentido de o vendedor emitir a declaração, mas sim do momento em que essa declaração se torne eficaz por ter sido recebida pelo comprador ou por ter ocorrido facto equivalente a esse recebimento.

O prazo de caducidade do direito de resolução pelo comprador tem de ser harmonizado com o prazo de caducidade do direito de o vendedor exigir o excesso do preço; a exigência do excesso do preço depois de decorridos os prazos estabelecidos no art. 890.º é ineficaz, por ter caducado o respectivo direito e, portanto, o comprador não pode resolver o contrato, tudo se passando como se o vendedor não tivesse exigido a diferença de preço.

Disponibilidade destes preceitos

7 — Alguns dos preceitos contidos na Secção dedicada à venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição são meramente dispositivos, *ex vi* de outros preceitos do Código Civil. Assim acontece com a caducidade do direito à diferença de preço e à caducidade do direito de resolução do contrato, tendo em atenção respectivamente os arts. 330.º e 432.º

Quanto às regras básicas estabelecidas nos arts. 887.º e 888.º, não se vê motivo algum para que os interessados não possam regular de maneira diversa as hipóteses nele previstas, básica e respectivamente, que prevalece a quantidade declarada no contrato (para efeitos da determinação final do preço), apesar de vir a ser verificada uma quantidade real diferente, e que, apesar de estar declarado um preço global no contrato, este será reduzido ou aumentado em função do número, peso ou medida das coisas vendidas, sem atenção à proporção da diferença real relativamente à quantidade declarada.

As regras estabelecidas nos dois citados artigos não são mais do que presunções de indiferença ou irrelevância da quantidade declarada e da quantidade real; se o preço é fixado por unidade de número, peso ou medida, presume-se que as partes quiseram vender, seja qual for a quantidade real, pelo preço total resultante da aplicação do preço unitário; se o preço é

estipulado globalmente, presume-se que não se quis affectá-lo por causa da diferença entre a quantidade declarada e a quantidade real. Essas presunções não são, contudo, inilidíveis, podendo os interessados estabelecer contratualmente coisa diversa.

Enquadramento de outras hipóteses possíveis

8 — Já acima vimos que, apesar da sua letra, os arts. 887.º e 888.º não abrangem as hipóteses em que contratualmente não foi feita declaração alguma quanto à quantidade da coisa vendida. Em tais hipóteses é, pois, impensável uma divergência entre a quantidade *declarada* no contrato e a quantidade *real* da coisa vendida, mas é possível uma divergência entre a quantidade real e a quantidade *prevista* por uma ou outra das partes. Entrarão então em jogo outros preceitos legais designadamente os *relativos* ao erro-vício, mas agora interessa apenas acentuar que tais hipóteses devem ser apreciadas unicamente perante esses outros preceitos, uma vez que a aplicabilidade dos arts. 887.º e 888.º está inicialmente excluída.

Assim não sucede, porém, quando os arts. 887.º e 888.º seriam, em princípio, aplicáveis por ter sido fixada contratualmente uma quantidade; então pode pôr-se o problema de saber se *sempre* e só se aplicam as regras estabelecidas naqueles dois artigos ou se, em vez delas, *podem* ou *devem* ser aplicadas outras.

Apenas para desembaraçar a investigação, notemos que a discrepância entre quantidades agora considerada não respeita às quantidades reais *contratadas* e às quantidades *entregues*; quando o vendedor entregue uma quantidade diferente da que foi declarada no contrato e aquela é real, haverá um problema de incumprimento do contrato.

Também sob o prisma do incumprimento do contrato poderia ser encarado, em princípio, o caso de divergência entre a quantidade real e a quantidade declarada no contrato; dir-se-ia que o vendedor que entrega uma quantidade diferente daquela que foi contratualmente declarada, não está a cumprir o contrato. Tal concepção supõe, contudo, que previamente tenha

tido resolvido o problema da prevalência da declaração da quantidade sobre a realidade da quantidade, pois, no caso contrário, poder-se-á dizer que foi entregue a *coisa real* e, portanto, o contrato foi cumprido. Ainda neste caminho, o problema poderá ser dirigido para a venda de coisa defeituosa, não sendo difícil considerar a quantidade como uma *qualidade* assegurada pelo vendedor ou necessária para a realização do fim.

É manifesto que os arts. 887.º, 888.º e 891.º não seguiram esse caminho, o qual conduziria à anulabilidade do contrato, ao contrário do que dispõem os citados artigos. O problema fica assim limitado a saber se as partes podem substituir o regime estabelecido nos arts. 887.º e 888.º pelo regime da venda de coisas defeituosas. A tal pretensão opõem-se razões de natureza técnica. O art. 913.º, remetendo para o art. 905.º, sujeita o contrato de venda de coisa defeituosa à anulabilidade e esta não pode resultar de estipulações das partes, mas apenas de cominações legais. Já, porém, nada impede que — independentemente do nome que lhes dêem — as partes sujeitem o caso a um regime em que o contrato deixe de produzir efeitos, em vez de subsistir com a quantidade real ou com o preço global, designadamente a resolução do contrato.

A divergência entre a quantidade declarada no contrato e a quantidade real da coisa vendida pode ter resultado de *erro* — ou na declaração ou na formação da vontade — por parte de um ou de ambos ou de um dos sujeitos. Também aqui não há dúvida de que o regime estabelecido nos arts. 887.º e 888.º prescinde da causa da divergência e, por outro lado, conduz à subsistência do contrato, em vez da sua eventual anulação. Além disso, não está ao alcance das partes, pelo motivo acima indicado, criar contratualmente, por modo directo, uma anulabilidade baseada no erro. Já, porém, está ao seu alcance estabelecer os pressupostos para uma anulabilidade por erro e, quando assim aconteça suscitar-se-á a questão do conflito entre a anulabilidade, por causa de erro, e a manutenção do contrato.

Pode suceder que, ou por declarações expressas do contrato, ou por circunstâncias consideradas relevantes pela lei,

sejam estabelecidos os requisitos da anulabilidade do contrato por erro na declaração ou na formação da vontade, designadamente, podem estar assentes a essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro e o conhecimento, direito ou presumido, pela parte contrária; na hipótese mais clara, o contrato declara ser essencial que a coisa vendida tenha a quantidade declarada. Não se vê a que título a lei forçaria os interessados a manter o contrato quando essa quantidade essencial não seja real.

É certo que o art. 891.º permite a resolução do contrato pelo comprador no caso de o excesso de preço ultrapassar certa medida, mas não pode argumentar-se *a contrario*, no sentido de ser inatacável o contrato em todos os outros casos. O art. 891.º preocupou-se com a dificuldade do comprador no pagamento de um preço muito superior àquele que contava pagar, tendo em vista os elementos declarados no contrato. A protecção desse interesse não exclui a protecção de todos os outros interesses que a teoria do erro protege.

O art. 249.º C. C. contempla uma hipótese de erro que dá apenas direito à rectificação: o simples erro de cálculo revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita. O resultado prático — manutenção do contrato — tem levado a doutrina a aproximar esta hipótese e as previstas nos arts. 887.º e 888.º, nomeadamente a dizer que o legislador preferiu tratar os casos de venda sujeita a contagem, pesagem ou medição como casos de erro de cálculo. Acrescenta-se que a discrepância entre a quantidade declarada no contrato e a quantidade real resulta de erro do cálculo que serviu de base à declaração.

Não parece, contudo, que a aproximação deva ser levada mais longe que a verificação da identidade de resultados. A não ser que se tome como erro de cálculo todo e qualquer erro sobre a quantidade da coisa, o que não aceitamos, a quantidade da coisa vendida pode ser declarada erradamente no contrato sem a causa se encontrar no cálculo: reprodução de uma medição erradamente feita pela mesma ou por outra pessoa para efeitos diferentes desse contrato; suposição de que a coisa medida anteriormente nada foi acrescentado ou retirado; reprodução errada de uma medida certa feita noutra ocasião; indi-

cação da medida de uma coisa diferente da vendida, etc. Assim, os arts. 887.º e 888.º são aplicáveis independentemente da existência de verdadeiro erro de cálculo, mas quando o cálculo seja errado e isso se revele no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, aplicar-se-á apenas o art. 249.º (por ex. compra de uma parcela de terreno que no contrato se declara medir 100×100 metros e a que, também no contrato, se atribui a área de 9000 m^2).

*Vendas comerciais a conta, peso e medida,
e a esmo ou por partida inteira*

9 — O art. 472.º Cód. Com. distingue as vendas a esmo ou por partida inteira e as vendas por conta, peso e medida, e define aquelas no § 1.º dizendo que «Haver-se-á por feita a venda a esmo ou por partida inteira quando as coisas forem vendidas por um só preço determinado, sem atenção à conta, peso ou medida dos objectos, ou quando se atender a qualquer destes elementos unicamente para determinar a quantia do preço».

Cunha Gonçalves, «Da Compra e Venda no Direito Comercial Português», pág. 436, caracterizava os dois contratos da seguinte maneira: *Venda em bloco* — coisa múltipla, composta de muitas unidades normais da mesma espécie, ou de diversas espécies, consideradas em globo ou como unidade, e determinadas pelo lugar do depósito ou produção em que estão: navio, armazém, celeiro, edifício, fábrica, campo, herdade; — *preço único* global, aleatório e irredutível, ou — conforme a estipulação — verificável e redutível em confronto com a quantidade declarada pelo vendedor, por ser fixado ou determinável em atenção à conta, peso ou medida, e, portanto, sabendo-se o preço global só após a contagem, pesagem ou medida; *Venda por conta, peso ou medida*: — coisa igualmente múltipla, mas composta de unidades de uma só espécie, considerando-se cada unidade em separado e absolutamente indeterminada, por ser um género ou não se indicar a sua existência ou situação, ou só relativamente, por ser fracção de uma massa, de uma quan-

tidade maior, que se sabe existir em certo lugar; — *preço fixado por unidade* de número, peso ou medida, ou como *soma* destes preços unitários, caso em que só a coisa é indeterminada.

Fala o Código Civil em *coisa determinada*, (arts. 408.º, n.º 1, 881.º, 888.º, 889.º) e *certa coisa* (art. 796.º), à qual contrapõe a *coisa indeterminada* (art. 408.º, n.º 2) ou *coisa indeterminada de certo género* (art. 918.º) e *coisas de género estipulado* (art. 540.º).

Já vimos que uma coisa determinada pode ser vendida com preço fixado à razão de tanto por unidade ou com preço não fixado à razão de tanto por unidade, designadamente por um preço único ou global (arts. 877.º e 888.º). A venda de uma coisa única e determinada (a venda «do meu automóvel Datsun, para sucata») admite as duas modalidades de preço («5\$00 por quilo»; «20 000\$00») e conforme o caso, está abrangida no art. 877.º ou no art. 888.º Já não é claro se essa venda, tendo carácter comercial, está abrangida pelo art. 472.º Cód. Com.

Por outro lado, é indubitável que a venda de coisas indeterminadas não está compreendida nos arts. 877.º e 878.º, mas é duvidoso se o está no art. 472.º Cód. Com., dúvida que resulta da existência de vendas de coisas determinadas mas múltiplas — a que chamaremos, por enquanto e para evitar confusões de terminologia — *venda em massa*. E esta modalidade de venda suscita também, para o Código Civil, a dúvida da sua inclusão nos arts. 877.º e 888.º

Se atendermos apenas à determinação da coisa, podemos organizar uma escala, para efeitos de venda: vendo o meu automóvel; vendo os meus três automóveis; vendo três automóveis Datsun Sunny. Pressupondo que a multiplicidade das coisas não destrói a unidade do contrato, as duas primeiras hipóteses são vendas de coisa ou coisas determinadas, a terceira é venda de coisa indeterminada.

Relacionando agora essas hipóteses com os modos de determinação de preço, é manifesto que tanto a primeira como a segunda comportam (quanto à primeira, lembra-se o exemplo de venda para sucata) o preço em função da unidade, ou o

preço global mas não é seguro que o mesmo aconteça quanto à terceira; veja-se, por exemplo, que nas definições de Cunha Gonçalves acima transcritas, a venda por conta, peso e medida é venda de coisa indeterminada (embora um preço global apareça como mera soma). Não parece de aceitar esta opinião; a venda de coisa indeterminada pode prescindir, para a determinação do preço, da unidade quantitativa; tanto podem ser vendidos 100 frangos a 100\$00 cada, como 100 frangos por 10 000\$00.

Quando se vende uma parte de massa determinada, o objecto da venda pode ser convencionado ou por unidade ou por partes alíquotas: venda de 100 garrafas da garrafeira do Hotel X, venda de um quarto das garrafas da garrafeira do Hotel X. Para ambos os casos tem havido opiniões no sentido de que se formaria uma compropriedade da garrafeira, nas proporções resultantes da convenção. Embora tal opinião tenha maiores visos de plausibilidade na hipótese de venda de parte alíquota, nem numa nem noutra é aceitável como regra categórica. Pode suceder que as partes tenham tido a intenção de criar entre elas uma compropriedade, mas tal intenção nem é necessária nem pode ser presumida. Quando tal intenção não exista, a venda tem por objecto coisas indeterminadas dentro de um género limitado.

Com estes elementos pode ser tentada uma interpretação coerente do art. 472.º Cód. Com.

A venda a esmo ou por partida inteira é uma venda em massa ou em bloco, venda, portanto, em que o objecto é *determinado* e não apenas descrito por um género, embora limitado, e pela quantidade: venda da garrafeira do Hotel X, venda dos carros do Stand Y. O § 1.º do art. 472.º refere-se ao preço para excluir a irrelevância do modo da sua determinação e à quantidade (conta, peso ou medida) para afastar a sua função de determinação do objecto da venda: ou é um preço global, sem atenção à conta, peso ou medida dos objectos e, portanto, só em atenção à *massa*, ou se atende ou à conta ou ao peso ou à medida dos objectos, mas unicamente para determinar a *quantia* do preço e *não para determinar o objecto da venda*.

O art. 472.º teve por fontes, quanto ao corpo, os arts. 458.º — o qual, por sua vez, se inspirara no art. 1585.º do Código Civil francês — e 461.º do Código Comercial de 1833; quanto ao § 1.º, o art. 1450.º do Código Civil italiano de 1865; quanto ao § 2.º, o art. 460.º do Código Comercial de 1833. O art. 458.º forneceu «As coisas não vendidas a esmo, mas por conta, peso ou medida, são a risco do vendedor, até que sejam contadas, pesadas ou medidas»; não transitaram para o art. 472.º nem a segunda parte do primeiro período («mas o comprador em caso de inexecução do contrato tem direito ou a demandar a entrega, ou a indemnização de perdas e danos, a ter lugar»), nem o segundo período, que tratava do risco, no caso de venda a esmo. A referência à culpa do comprador, na falta de contagem, pesagem ou medição, proveio do art. 461.º Cód. Com. de 1833. O art. 1451.º, 2.º trecho, do Cód. Civil italiano dispunha: «S'intende fatta la vendita in massa, se le cose sono state vendute per un solo e certo prezzo, senza che siasi avuto riguardo al peso, al numero o alla misura, od quando vi si abbia riguardo unicamente all'effetto di determinare la quantia del prezzo medesimo» e a sua semelhança com o § 2.º do nosso art. 472.º é manifesta.

Tanto a doutrina francesa como a italiana entendiam que os respectivos arts. 1585.º e 1586.º, 1450.º e 1451.º, se referiam a coisas múltiplas vendidas num só contrato e não à venda de uma coisa isolada. Não há motivo para interpretar diversamente o nosso art. 472.º

Na parte que interessa agora, na doutrina francesa é geralmente aceite: que a venda à medida, conta ou peso é caracterizada pelo facto de a medida ser necessária para a individualização da coisa, e a venda em bloco é aquela que incide sobre a totalidade das coisas situadas num lugar determinado; que para a distinção das duas modalidades de venda é irrelevante o modo de determinação do preço; que, embora o art. 1585.º, para as vendas por medida, refira apenas dois efeitos — o risco suportado pelo vendedor até à medição e a possibilidade de o comprador exigir a entrega ou indemnização — a propriedade só é transferida no momento da individualização da coisa; que nas vendas em bloco o risco é suportado pelo compra-

dor desde a celebração do contrato, salvo se a medição foi estipulada como condição suspensiva, caso em que se aplicam as regras desta cláusula acessória.

Perante o art. 1450.º Cód. Civil italiano de 1865, semelhante ao art. 1585.º francês, havia quem fizesse interpretação muito diversa (GASCA, «La compravendita civil y comercial», trad. espanhola, I págs. 491 e segs.). Esse artigo não se applicaria a coisas determinadas pela sua espécie, sem indicação do lugar onde se encontram, porque pronunciando-se sobre um problema de risco, supõe que a coisa pereça; como *genus nunquam perit*, o art. 1450.º teria de se aplicar a coisas determinadas, cuja propriedade seria transferida pelo contrato, mas cujo risco continuaria a ser suportado pelo vendedor por se encontrarem na posse deste. O raciocínio básico desta teoria pressupõe, primeiro, que quanto a coisas de género ilimitado nunca se põe um problema de risco; segundo, que a venda de coisas que fazem parte de um género limitado — o qual é perecível e, portanto, coloca um problema de risco — não estaria incluída no preceito porque, conforme os casos, ou seria simplesmente uma venda de coisas determinadas ou como venda de quota parte de uma massa, seria produtora de uma compropriedade sobre esta. O primeiro pressuposto é discutível e talvez não passe de questão de palavras, mas o segundo é inaceitável; quanto à hipótese de compropriedade, falámos acima; quanto à hipótese de coisa específica ou determinada, ele escamoteia o problema de determinação do objecto da venda, o qual tanto surge dentro do género limitado como dentro do género ilimitado.

Assim, o art. 472.º Cód. Com., abrange as vendas de coisas de género ilimitado, para quem entenda que nesses casos pode colocar-se tecnicamente um problema de risco (o resultado prático será idêntico para quem perfilhe opinião contrária, pois manter-se-á sempre a obrigação do vendedor); abrange as vendas de coisas de género limitado.

A venda de coisas por conta, peso ou medida aparece no art. 472.º apenas para efeito de um problema de risco; a venda de coisas a esmo ou por partida inteira nem sequer encontra nesse artigo resposta ao problema do risco, pois apenas é

definida, no § 1.º, como complemento da hipótese prevista no corpo do artigo.

De seu lado, os arts. 887.º e 888.º C. C. não tratam de problemas de risco, mas sim de divergências entre as quantidades convencionadas e quantidades reais de coisa vendida, para efeitos da determinação do preço e da resolução do contrato.

Certamente não se pensará ser o art. 472.º Cód. Com. relevante para resolver problemas de risco quanto a vendas civis; para estes bastam as regras constantes do Código Civil. Inversamente, contudo, os arts. 887.º e 888.º serão aplicáveis a vendas comerciais, pois as questões neles versadas não podem ser resolvidas nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos análogos nela prevenidos e, portanto, serão decididos pelo direito civil (Cód. Com. art. 3.º). A esta conclusão não obsta a real diferenciação de hipóteses entre os artigos dos dois Códigos, escondidos sob uma nomenclatura idêntica. Em ambos se fala em vendas por conta, peso ou medida, mas, como se viu, não é apenas a menção da conta, peso ou medida que define a hipótese de facto visada por cada preceito, cada um dos quais se aplicará à hipótese nele visada, sem dependência das hipóteses porventura visadas em preceitos de outro Código.