

VENDA E PERMUTA DE BEM DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

José Gomes da Silva¹

Resumo: Os negócios havidos entre ascendente e descendente não são nulos, mas anuláveis. Sobressaindo a seriedade da troca, ou da compra e venda, a transação é válida.

Palavras-chave: Compra e venda. Ascendente a descendente.

Abstract: *The obligations constituted between ascendant and descendant are not null, but may be nulled. If it is observed the seriousness of the trade, or for the purchase and sell, the transaction is valid.*

Keywords: *Purchase; sell; ascendant; descendant.*

1. INTRODUÇÃO

Havia na vigência do Código Civil de 1916 grandes debates jurisprudenciais e doutrinários sobre se nula ou anulável a troca ou permuta e a venda de bens de ascendente a descendente.

Tudo partia de um princípio sumulado sob o n. 494, que propugnava pela nulidade *pleno jure* de tais negócios, independentemente da prova da simulação,

¹ *Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Efetivo de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Direito e Sociedade.*

mesmo que realizada por interposta pessoa, como a que se espelha no julgamento da 1ª Turma do STF no RE 88.120-PR, sendo relator o Min. Soares Muñoz, publicado no DJU em 17/02/1978.

Ao que parece, o equívoco provinha da invocação de um pequeno trecho de comentário de Clóvis Bevilacqua ao art. 1.132 do Código Civil, que continha um caso de nulidade *pleno jure*. No entanto, atentando-se para o comentário todo, o mestre traçava inicialmente uma visão panorâmica a respeito das nulidades para, depois, detalhá-la. Assim, dizia ele, é simplesmente anulável o ato quando pode ser revalidado.

O caloroso debate perdeu o sabor com a vigência do novo Código que prestigiou a corrente que considera anulável o negócio havido entre ascendente e descendente.

Embora desaparecida a polêmica diante da nova disciplina estampada no art. 496 do Código Civil, o presente trabalho procura indicar a linha correta de identificação do vício, compreensão que visa nortear a aplicação do art. 1.132 do Código revogado, possibilitando sua interpretação panorâmica e sistemática, com atenção ao sentido teleológico desse dispositivo legal, uma vez que casos concretos ainda tramitam no judiciário que não se possa aplicar ao processo em julgamento o disposto no Código de 2002.

2. DA TROCA OU PERMUTA DE BENS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE

Dizia o Código Civil de 1916, em seu art. 1.164, que “*aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:*

I – ...

II – é nula a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes?”.

O atual Código Civil, com a mesma redação do *caput* do art. 1.164, modificou o inciso II do art. 533 para: “é anulável a troca de valores desiguais

entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.”

A redação atual é de melhor técnica jurídica e legislativa porque se aproximando a troca da compra e venda e tendo o novo Código prestigiado o entendimento de que neste caso é anulável e não nula a venda de bens de ascendente a descendente, não seria conveniente destoar uma da outra; a permuta também é anulável quando os bens objeto da troca tiverem valores desiguais.

Incluiu o novo Código a ausência de consentimento do cônjuge do alienante como uma das hipóteses de anulabilidade da troca, o que também ocorre com a compra e venda.

A troca, na aceção da Prof. Maria Helena Diniz, “tem a mesma natureza da compra e venda, mas dela se diferencia porque a prestação das partes é em espécie, permutando-se móvel por móvel, móvel por imóvel, imóvel por imóvel, coisa por direito, direito por direito, ao passo que na compra e venda a prestação de um dos contraentes é consistente em dinheiro. Devido à grande similitude existente entre esses dois institutos, a lei prescreve que à permuta se apliquem as mesmas normas da compra e venda”.²

E como prescreve a lei, é vedada a troca de bens entre ascendente e descendente se os valores a serem objeto desse contrato forem desiguais e o cônjuge do alienante não consentir. Contudo, se os bens permutados forem de igual valor, ou se os valores forem complementados em dinheiro ou em outros bens, de modo a se manter a igualdade das valias e o cônjuge do alienante consentir, é perfeita a troca entre pais e filhos, mesmo sem o consentimento dos outros descendentes.

Em outras palavras: Para que a troca seja declarada ineficaz é indispensável a prova da desigualdade de valores e ausente o consentimento do cônjuge do alienante. Não feitas estas provas, por parte dos demais descendentes, a troca é perfeita e acabada.

É o ensinamento dos doutos.

Orlando Gomes³ preconiza que “as proibições de venda e de compra

² Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 734.

³ *Contratos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 317, n. 207.

vigoram para a permuta, embora não se justifiquem, podendo haver troca de valores iguais entre ascendente e descendente”.

Dentre muitos civilistas que poderiam ser citados, um dos mais modernos, anota:

[...] algumas particularidades afastam a troca de princípios da compra e venda, como, por exemplo, a desnecessidade de o ascendente obter consentimento dos demais descendentes para trocar com um deles, salvo se os valores dos bens forem desiguais (art. 1.164, II), questão que nem sempre se resolve com facilidade na prática. A lei proíbe que sob o disfarce de uma permuta seja contornada a proibição do art. 1.132.⁴

Não discrepando da doutrina, a jurisprudência estabelece:

A troca, permuta ou escambo de bens com valores iguais, efetuada entre ascendentes e descendentes é perfeitamente legítima, não sendo necessário, para sua higidez, o consentimento expresso de qualquer outro descendente. Apenas é nula a permuta entre pai e filho se os bens objeto da troca tem valores desiguais e não tenham os demais descendentes expressado o seu consentimento na operação realizada. Se a troca não gerou alteração quantitativa nos patrimônios, mantendo-se a igualdade das legítimas dos descendentes, desnecessária a aquiescência dos demais filhos na troca efetuada entre seu pai e um dos irmãos. Decide equivocadamente o juiz que a permuta de valores iguais, aplicada o dispositivo da compra e venda de imóvel entre o ascendente e descendente, sem consentimento dos demais. Recurso provido.⁵

O que acontecia na vigência do Código Civil de 1916 era um tratamento normativo desigual e casuístico. Para a troca ou permuta o negócio seria ineficaz com a indispensável desigualdade de valores; a compra e venda seria nula por fraude à lei ou por simulação presumida *jure et de jure*.

A contradição intra-sistemática era ininteligível; admitia-se aos ascendentes receberem coisa de igual valor a título de permuta, mas não esse mesmo valor em pecúnia.

⁴ *Sílvio de Salvo Venosa. Direito Civil. Contratos em espécie e Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 100, n. 4.2, v. III.*

⁵ *TJPR – Apelação Cível: AC 301220 PR – 1ª Câmara Cível – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz – J. 07/11/1995 – Disponível: www.jusbrasil.com.br, em 09/04/2010.*

3. DO NEGÓCIO NULO E DO NEGÓCIO ANULÁVEL

Inicialmente é importante observar que o Brasil é um dos poucos países que adota a proibição de venda de bem de ascendente a descendente. Exemplo semelhante existe em Portugal. Na Argentina, no Chile e no Equador a vedação ocorre enquanto perdurar a menoridade dos descendentes, enquanto que na França, na Alemanha e na Itália não há proibição alguma.

Resta primeiramente saber se a compra e venda havida entre ascendente e descendente sem o consentimento dos demais descendentes, é ato nulo ou anulável.

Esses vícios eram tratados nos artigos 145 e 147 do Código Civil de 1916; no Código em vigor, nos artigos 166 e 171. Citam-se os artigos do Código em vigor porque os acréscimos por ele feitos, não trazem alterações para o presente estudo.

Diz o art. 166:

É nulo o negócio jurídico quando:

- I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;*
- II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;*
- III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;*
- IV – não revestir a forma prescrita em lei;*
- V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;*
- VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;*
- VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.*

Segue o artigo 168 do novo Código dizendo que é admissível a alegação de nulidade por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e deve, ainda, ser pronunciada de ofício pelo juiz quando o conhecer, não podendo ser suprida a requerimento das partes.

Cita o art. 171 as hipóteses de negócio anulável, como se segue:

Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I – por incapacidade relativa do agente;
- II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Nos artigos seguintes, o Código expõe que o ato anulável pode ser confirmado pelas partes e esta confirmação retroage a data do negócio. Além do mais, apenas o interessado pode propor a anulabilidade, não podendo o juiz a decretar de ofício.

Ainda sob a égide do Código revogado, mas diante das irrelevantes alterações do Código em vigor, pelo menos no pertinente ao presente ensaio, em magnífico parecer, o Professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, Álvaro Villaça Azevedo⁶, ensina que, *verbis*:

[...] o ato é nulo quando não é passível de convalidação, de ratificação, sendo, desse modo, insanável o defeito que o inquina.

[...]

Tenha-se, por outro lado, que é anulável o ato quando sua imperfeição for sanável, convalidando; portanto, sendo suscetível de ratificação. [...]

Dessas duas espécies de imperfeição decorrem as de nulidade ou de nulidade absoluta, previstas no art. 145 do CC, e as de anulabilidade ou de nulidade relativa, programadas no art. 147 do mesmo estatuto legal, sendo de destacar-se que a sanabilidade do defeito distingue, principalmente, as duas aludidas categorias, pois o vício absoluto do ato jurídico o condena à completa ineficácia, sendo assim, insanável, incorrigível sua falha; sob outro prisma, sendo relativo esse vício, já a possibilidade de sanar-se pela ratificação é concreta. [...]

A citarem-se outras distinções, deparamos com as seguintes: a) o ato nulo não produz quaisquer efeitos, salvo raríssimas exceções, como as do Direito de Família, ao passo que o ato anulável, até que se decrete sua ineficácia, produz; b) qualquer pessoa pode alegar a nulidade, sendo certo que a anulabilidade somente o interessado; c) a ação de nulidade é imprescritível, a de anulabilidade prescreve. [...]

Como já tive oportunidade de patentear em várias oportunidades, com fundamento nessas ponderações, pode-se dizer, com certeza, que nula não é a venda de ascendente para descendente, pois ela produz efeitos, podendo ser até ratificada.

⁶ *Revista dos Tribunais* n. 598, p. 30-38.

Mais adiante o citado civilista consigna ser a anuência dos outros descendentes muito importante, mas não é requisito de validade da venda, já que pode ser suprida por justificação prévia ou paralelamente dada, ou ser, ainda, objeto de ratificação posterior. Lembra ainda que a principal função dessa anuência é “evitar doação mascarada de venda.”

Não se pode por em dúvida tão lúcidas palavras escritas com a autoridade de consagrado civilista pátrio. E não pode mesmo ser diferente. Sendo o interesse particular que está em jogo, não há infração de norma que mereça tão violenta reação do ordenamento jurídico, de forma que não se pode falar em nulidade do ato, mas sim de ineficácia relativa, que só será decretada se pleiteada tempestivamente pelo prejudicado, que é ratificável e prescritível.

Há, pois, necessidade de iniciativa dos interessados; não pode tal anulação ser alegada pelo Ministério Público, nem declarada de ofício pela autoridade judicial e conforme maior parte da doutrina e também da jurisprudência, a venda prevalecerá, caso seja real o negócio e justo o preço pago.

E não se pode desprezar que no caso da venda direta, no momento da realização do negócio sem o consentimento dos demais descendentes, estes podem posteriormente convalidar o ato, confirmando-se, portanto, a tese de ocorrência de atos simplesmente anuláveis e não nulos. Só os atos nulos não podem ser ratificados.

Pronunciando-se a respeito, Caio Mário da Silva Pereira⁷ esclarece:

Mas, não estando em jogo interesse público, é privativo dos prejudicados promover anulação, ou deixar de fazê-lo, como lhes apraza. Por outro lado, o ato é suscetível de confirmação, bastando para seu convalidamento que os outros descendentes dêem, a *posteriori*, o seu recado. Por tais razões, somos de parecer que a venda é meramente anulável.

Nesse mesmo sentido caminha a opinião de Agostinho Alvim⁸, contando, segundo ele próprio afirma, com o maior apoio da doutrina:

⁷ *Instituições de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 125-126, v. 3.

⁸ *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 69.

Não há, com efeito, um interesse público, que reclame a nulidade absoluta do ato, com as conseqüências de poder ser invocada pelo Ministério Público e declarada de ofício pelo juiz (...). O interessado em reclamar é o descendente que se julgar prejudicado. Se ele achar que não houve prejuízo, ou quiser respeitar o ato praticado pelo seu ascendente, parece que não há motivo para a lei tutelar-lhe esse interesse, até mesmo contrariando a sua vontade, porventura nobre e generosa.

Do mesmo naipe, Carvalho Santos⁹, considerando anulável essa venda, pouco importando que tenha sido realizada diretamente, ou por interposta pessoa:

Venda feita nestas condições é anulável, à vista do dispositivo do Código, não importando a natureza dos bens – pois a proibição abrange a venda quer de imóveis, quer de móveis. Pouco importando, tampouco, que tenha sido realizada diretamente, ou por interposta pessoa (...). Ficamos com os que sustentam a segunda opinião, notadamente CLÓVIS BEVILÁCQUA, em seus magníficos comentários ao texto legal, com o apoio de uma jurisprudência, por assim dizer, uniforme: a venda de pais a filhos, diretamente, ou por interposta pessoa, sem o consentimento dos demais filhos, não é ato jurídico nulo, mas anulável. A nulidade é apenas relativa, não pode ser alegada senão pelos herdeiros prejudicados, nunca por um credor destes.

Da mesma forma pensa explicitamente Washington de Barros Monteiro¹⁰, ao afirmar que as vendas realizadas com preterição do disposto no artigo 1.132 são anuláveis a pedido dos descendentes que foram preteridos no seu consentimento.

Embasando sua tese, Darcy Arruda Miranda¹¹ considera que essa anulação “não pode ser decretada de ofício pelo juiz, nem pelo Ministério Público, ficando na pendência de impugnação dos interessados, que só podem ser os descendentes, ninguém mais”.

Tem, dentre os Tribunais, prevalecido o entendimento de que o ato por

⁹ *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p.62-64, v.16.

¹⁰ *Curso de direito civil*. 24ª ed. Atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 89, v.5.

¹¹ *Anotações ao Código Civil Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 235.

ser ratificado pelo descendente que não consentiu no momento da sua realização é anulável. E só a nulidade relativa pode ser sanada, de acordo com o art. 148 do Código Civil.

Aliás, o E. STJ já se posicionou nesse sentido:

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. Falta de consentimento dos demais. – É ato anulável. Art. 1132, CCivil.¹²
VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE – ART.1.132 DO CÓDIGO CIVIL – PRECEDENTES DA CORTE – A DISCIPLINA DO ART. 496 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, LEI N. 10.406, DE 10.01.02 – PRECEDENTES DA CORTE – 1. Embora presente a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre se nula ou anulável a venda de ascendente para descendente, nos termos do art. 1.132 do Código Civil, o certo é que a disciplina do novo Código, no art. 496, prestigiou a corrente que considera anulável o negócio, na mesma linha do Acórdão recorrido. 2. A divergência sem regular apresentação não colhe êxito. 3. Recurso Especial não conhecido.¹³

Não discrepa desse entendimento, o E. Tribunal de Justiça deste Estado, como se vê da Apelação Cível – Ordinário – N. 2002.011359-0/0000-00 – Campo Grande, da qual foi relator o Des. Jorge Eustácio da Silva Frias.

Além disso, não se anula tal ato quando demonstrada a inexistência de artifício fraudulento e a autenticidade da venda, sendo justo o preço pago pelo descendente adquirente.

Em voto condutor do V. Acórdão proferido pelo E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o então Desembargador Cezar Peluso, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, deixou assente que:

VENDA DE ASCEDENTE A DESCENDENTE – Nulidade – Falta de consentimento dos demais descendentes – Veridicidade de contrato e equivalência e valores das prestações – Inexistência, ademais, de simulação ou fraude acobertando doação inoficiosa – Interpretação sistemática dos artigos 1.132 e 1.164, inciso II, do Código Civil – Ação improcedente – Recurso não provido.¹⁴

¹² REsp n. 436.010-SP (2002/0059113-1). Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. 24/09/2002.

¹³ REsp 407.123/RS – Rel. Min. Carlos Aberto Menezes Direito. 3ª. T. DJU 01.09.2003, p. 278.

¹⁴ Apelação Cível n. 126.133-1 – Santo André – in **RJTJSP-Lex-136/305-306**.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, igualmente, definiu que:

Venda de ascendente a descendente. Não consentimento dos demais. Nulidade presumida *juris tantum*. Venda real, e não doação. Prova. A venda de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais desfruta da presunção *juris tantum* de nulidade. Válida será a venda uma vez provado que não houve, na realidade, doação.¹⁵

Não discrepa dessa linha, decisão do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Venda de ascendente a descendente. Art. 1.132 do CC. Ato jurídico anulável. Pagamento do justo preço. Ônus da prova. Indícios de fraude. Sentença *ultra petita*. Arts. 128 e 460 do CPC. Recurso parcialmente provido.

Sem embargo das respeitabilíssimas opiniões em contrário, na exegese do art. 1.132 do Código Civil, tem-se por anulável o ato da venda de bem a descendente sem o consentimento dos demais, uma vez: a) que a declaração de sua invalidade depende de iniciativa dos interessados; b) porque viável a sua confirmação; c) porque não se invalidará o ato se provado que justo e real o preço pago pelo descendente.¹⁶

Da mesma forma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em voto do qual foi Relator para o Acórdão, o Ministro Sálvio de Figueiredo¹⁷, que:

EMENTA: Direito Civil. Venda a descendente sem o consentimento dos demais. Código Civil, art. 1.132. Divergência doutrinário-jurisprudencial. Correntes. Anulabilidade do ato. Sem embargo das respeitabilíssimas opiniões em contrário, na exegese do art. 1.132 do Código Civil, tem-se por anulável o ato da venda de bem a descendente sem o consentimento dos demais, uma vez: a) que a declaração de invalidade depende da iniciativa dos interessados; b) porque viável a sua confirmação; c) porque não se invalidará o ato se provado que justo e real o preço pago pelo descendente.

Em outra oportunidade, o mesmo E. STJ¹⁸ deixou assente:

Ementa Oficial: A venda por ascendente aos filhos depende do consentimento de todos os descendentes, nos termos do art.

¹⁵ RT 613/188-191.

¹⁶ TJSC, Ap. Cív. N. 38.388.

¹⁷ REsp n. 977-0 – PB (Registro n. 89.0010520-0). RSTJ n. 75/171.

¹⁸ RT 789/180. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – 4ª T.

1.132 do CC, sendo desinfluyente o fato de o reconhecimento e registro daqueles concebidos fora da relação matrimonial, mas em sua constância, terem ocorrido após a alienação dos imóveis, porquanto, se a existência de irmãos era desconhecida dos filhos legítimos, o mesmo não acontecia em relação ao genitor, na hipótese. Inobstante farta discussão doutrinária e jurisprudencial, adota-se a corrente que entende cuidar-se de ato anulável, de sorte que o seu desfazimento depende da prova de que a venda se fez por preço inferior ao valor real dos bens, para fins de caracterização da simulação, circunstância sequer aventada no caso dos autos, pelo que é de se ter como hígida a avença.

A Ministra Nancy Andrighi¹⁹, em lapidar voto condutor do acórdão unânime, demonstrou, com sólidos e inquestionáveis fundamentos jurídicos, o equívoco daqueles que entendem suficiente a venda feita sem o assentimento dos demais descendentes para anular o ato. Assim, registrou a Ministra, cuja decisão, que faz um paralelo entre um entendimento e outro e pela lucidez de ensinamento jurídico, transcreve-se a parte que interessa para este estudo:

III – Da venda direta de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais herdeiros – art. 1.132 do CC/16 e divergência jurisprudencial.

Até o advento do Código Civil de 2002, houve intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da classificação do vício que atinge a venda direta de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes, se nulidade ou anulabilidade.

Por causa da ausência de indicação expressa do vício contaminador, dois entendimentos diversos se delinearão. De um lado, tal como decidido no acórdão recorrido, entendia-se que o ato seria nulo – entendimento que veio a prevalecer na 3ª Turma do STJ a partir do julgamento do REsp n. 10.038, Rel. Min. Dias Trindade, DJ: 17/06/1991.

Colhe-se desse aresto os seguintes trechos da ementa e do voto condutor:

CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. (...)

1. A venda de ascendente a descendente, sem o consentimento expresso dos demais descendentes, é nula e prescreve em vinte anos a ação para declarar essa nulidade.

¹⁹ REsp 476.557-PR (2002/0148167-5). DJ 18/12/2003. Site certificado – DJ 22/03/2004.

[...]

[...]

Assim é que CLÓVIS BEVILÁCQUA, ao comentar o art. 1.132, com a concisão de sempre, diz da razão do dispositivo:

A razão desta proibição é evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudiciais a igualdade das legítimas.

E adiante:

As vendas realizadas contra esta proibição são nulas.” (Código Civil... Comentado. Vol. IV, pág. 298 – Ed. F. Alves – 1952).

E ORLANDO GOMES sintetiza, com precisão, a propósito do tema:

Ao lado da capacidade, é preciso considerar a legitimação. Há pessoas que não podem comprar ou vender de outras. Diz-se que eram afetadas por uma incapacidade especial, hoje diz-se que não têm legitimação para contratar determinado vínculo.

São partes ilegítimas para figurar num contrato de compra e venda como vendedores: a) o ascendente ...

[...]

Assim o ascendente não pode vender ao descendente, SALVO se os outros descendentes expressamente consentirem... (Contratos pág. 262. For. 6ª Ed.).

E PONTES DE MIRANDA, mais explícito, diz da existência de fraude da lei:

A compra e venda ou a troca é nula, e não, anulável, como erradamente escreveram alguns comentários.

E depois:

É lamentável que, na discussão dos casos de violação do art. 1.132, com interposta pessoa, se aluda a anulabilidade por simulação (Código Civil art. 102). Trata-se de fraud legis (Tratado de Direito Privado – Tomo 39, pág. 80).

Seja, portanto, pela prática de ato em fraude da lei, seja porque o consentimento expresso dos demais ascendentes se reputa como formalidade essencial à validade da venda, o certo é que estamos diante de verdadeira nulidade, dado que, embora de direito privado a regra do art. 1.132 do Código, contém ela carga de ordem pública indisfarçável, desde a sua introdução na legislação do reino, para afastar ‘enganos e demandas’.

Nessa linha de entendimento estão, ainda, dentre outros, o REsp n. 36.986/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ: 22/11/1993 (ainda que na ementa se aluda à expressa “anulabilidade da venda”) e o REsp n. 50.828/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 14/10/1996.

A outra linha de entendimento é a de que o ato seria anulável, conforme o entendimento dominante na 4ª Turma do STJ a partir do julgamento do REsp n. 977/PB, Rel. p/ o acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 27/03/1995, do qual se colhem a ementa e os seguintes trechos dos votos dos Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro, respectivamente:

DIREITO CIVIL. VENDA A DESCENDENTE SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.132. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIO-JURISPRUDENCIAL. CORRENTES. ANULABILIDADE DO ATO.

Sem embargo das respeitabilíssimas opiniões em contrário, na exegese do art. 1.132 do Código Civil, tem-se por anulável o ato da venda de bem a descendente sem o consentimento dos demais, uma vez: a) que a declaração de invalidade depende da iniciativa dos interessados; b) porque viável a sua confirmação; c) porque não se invalidara o ato se provado que justo e real o preço pelo descendente.”

Com efeito, o art. 1.132 do Código Civil é expreso no sentido de que os ascendentes não podem vender aos descendentes sem que os outros descendentes expressamente o consintam.

A partir daí, chega-se à questão nodal da presente causa, admitindo-se que ocorrera a venda de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais. O ponto nodal a que aludi é se tal venda é nula ou anulável. É verdade que no campo doutrinário há debates sobre o tema. Também verdade é que a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, durante algum tempo, oscilou no que tange a tal ponto. Há mesmo autores que invocam lição de Clóvis Bevilacqua, no sentido de que, conquanto não tenha usado o Código Civil da expressão nula para qualificar tal ato, o Código usou de expressão que seria equivalente, proibindo que alguém praticasse tal ato.

A meu sentir, a colheita não foi feliz, porque num desses caprichos da vida colheu-se na floresta exuberante o fruto errado. Na verdade, pegar-se um pequeno trecho de comentário de Clóvis Bevilacqua ao art. 1.132 do Código Civil, para concluir-se que o mestre afirmara que o art. 1.132 continha um caso de nulidade de pleno jure, não é de muita felicidade, diria mesmo que é de nenhuma felicidade. Isso porque o mestre Clóvis Bevilacqua ao tratar das nulidades, no art. 145, traça inicialmente uma visão panorâmica da nulidade para depois detalhar a nulidade pleno jure e a nulidade relativa, o ato simplesmente anulável. E diz ele que é simplesmente anulável o ato quando o ato pode ser revalidado, quando aquele de cuja anuência o ato carecia, a ele adere. Situações assim, fariam o ato simplesmente anulável e não nulo pleno jure. É o que se passa no caso concreto: na venda de ascendente a descendente, se aqueles que, no momento da realização do ato, não lhe dão anuência, mas o fazem posteriormente, convalidam o ato; logo, não se trata de ato nulo no sentido amplo, mas simplesmente de ato anulável. Nessa linha de raciocínio está o professor Caio Mário e também o professor Alvaro V. de Azevedo, todos eles, na linha traçada pela lição de Clóvis Bevilacqua.

Segundo Amílcar de Castro, em voto proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “se há necessidade de demanda para que a venda seja desfeita; se a nulidade não tem efeito antes de julgada por sentença; nem pode ser pronunciada de ofício; e pode perfeitamente ser suprida ou ratificada pelos interessados, retrotraindo a ratificação à data do ato, é claro que, diante do disposto nos arts. 146, 148 e 152 do Código Civil, não se está diante de ato nulo, mas de ato anulável” (...)

Perfilhava a mesma orientação o Prof. Agostinho Alvim, para quem 'o interessado em reclamar é o descendente que se julgar prejudicado. Se ele achar que não houve prejuízo, ou quiser respeitar o ato praticado pelo seu ascendente, parece que não há motivo para a lei tutelar-lhe esse interesse, até mesmo contrariando a sua vontade, porventura nobre e generosa' (...)

Miguel Maria de Serpa Lopes inclinou-se pela opinião professada pelo já citado Amílcar de Castro, que contou com o apoio de Godin Filho, o qual partiu do ponto de vista de que não se compreenderia uma nulidade absoluta só invocável pelo interessado (...)

Nessa linha de entendimento, também, assinalem-se, dentre outros, o REsp n. 74.135/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ: 11/12/2000 e REsp n. 436.010/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ: 18/11/2002.

Desapareceu a polêmica com o advento do CC/2002, porque indica no art. 496, expressamente, o vício da anulabilidade em relação à venda de ascendente a descendente sem o prévio consentimento dos demais herdeiros.

Muito embora não se possa aplicar ao processo em julgamento o disposto no art. 496 do CC/2002, este serve para indicar a linha correta de identificação do vício, compreensão que deve nortear a aplicação do art. 1.132 do CC/16, que regula o caso concreto, possibilitando sua interpretação panorâmica e sistemática, com atenção ao sentido teleológico desse dispositivo legal, para assegurar a igualdade dos quinhões dos descendentes do vendedor.

Com o fim apenas de ilustrar a pesquisa doutrinária, registre-se que, em 1939, o jurista Amaral Gurgel (Dos Contratos no Código Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1939, 1º vol., p. 135), após observar que a proibição de venda de ascendente a descendente não tinha similaridade nos Códigos francês, italiano, alemão e argentino de então, pontificou:

(...) o nosso Código (de 1916) segue, no tocante à matéria, doutrina que não se justifica com o estado atual da legislação do mundo civilizado.

A jurisprudência pode, entretanto, temperar o rigor da lei, interpretando-o em termos hábeis. Já o Tribunal de Apelação de Minas decidiu, num caso concreto, longamente debatido, que não incorre na proibição legal a venda de ascendente a descendente, quando se prova que a alienação não foi feita com prejuízos das legítimas, notadamente, quando o negócio se fez, na realidade, pelo seu justo preço e com pagamento efetivo destinado a solver compromissos do alienante.

Assinale-se que, no Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, em 1864, a matéria já havia sido apreciada:

Art. 1.986. Não se proíbe que os pais e mães vendam a seus filhos, ou netos, sem autorização dos demais descendentes que tiverem, mas, se venderem imóveis, a venda poderá ser anulada por ação dos demais descendentes, como contendo uma doação disfarçada, provando-se que não houve pagamento de preço algum, ou que o preço pago foi inferior à metade do justo valor do imóvel

vendido (art. 1.979). (Brasília: Ministério da Justiça – Fundação Universidade de Brasília, 1983, 2º vol., p. 368).

Coroando o entendimento pela anulabilidade, a 3ª Turma do STJ, recentemente, com vistas à nova orientação do CC/2002, também adotou a tese de anulabilidade da compra e venda prevista no art. 1.132 do CC/16, conforme o REsp n. 407.123/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ: 01/09/2003, transcrito no que interessa:

Embora presente a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre se nula ou anulável a venda de ascendente para descendente, nos termos do art. 1.132 do Código Civil, o certo é que a disciplina do novo Código, no art. 496, prestigia a corrente que considera anulável o negócio, na mesma linha do Acórdão recorrido.”

De todo o exposto, há de se atentar para o efeito nefasto que a tese de nulidade dessa venda pode gerar em relação à inalienabilidade do patrimônio do ascendente.

Destarte, seja pela alegação de ofensa ao art. 1.132 do CC/16 seja pela divergência jurisprudencial, forçoso se mostra conhecer e dar provimento ao recurso especial.

Fixada a qualificação do vício de anulabilidade que pode contaminar a venda de ascendente para descendente sem o consentimento dos demais herdeiros, deve ser examinada, na espécie, a existência ou não de simulação em que se procurou dissimular doação ou compra e venda com preço abaixo do preço de mercado.

A ementa desse julgamento ficou assim redigida: “A anulação de venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais descendentes necessita da comprovação de que houve, no ato, simulação com o objetivo de dissimular doação ou pagamento de preço abaixo do preço de mercado.”

No mesmo sentido da anulabilidade do ato e para o seu desfazimento depende da prova de que a venda se fez por preço inferior ao valor real dos bens, para fins de caracterização da simulação, o Ministro FERNANDO GONÇALVES²⁰, asseverou: “1. A venda de ascendente a descendente constitui hipótese de ato anulável e, nesse contexto, não basta somente a inexistência de aquiescência dos descendentes que não participaram do negócio jurídico para que este seja declarado nulo, outros requisitos devem ser analisados para eventualmente se chegar a essa definição.”

Em recente decisão, o E. Tribunal de Justiça deste Estado, certamente partindo da linha de raciocínio do aresto acima aludido, pela sua 4ª Turma, por unanimidade, consignou:

²⁰ EDcl no Recurso Especial n. 886.133-MG (2006/0141164-3) – DJ 04/06/2009 – 4ª T.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE VENDA DE IMÓVEL – ALIENAÇÃO DE ASCENDENTE A DESCENDENTE – NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE HOUVE SIMULAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo provas da ocorrência de simulação na celebração de contrato de compra e venda, com o objetivo de burlar a proibição de alienação de ascendente a descendente sem aquiescência dos demais, impõe-se a improcedência da pretensão anulatória, uma vez que tal vício não pode ser presumido.²¹

Com efeito, diante desses sólidos, claros, objetivos e inabaláveis ensinamentos declinados por juristas renomados, não se tem dúvida de que as vendas que se realizarem com preterição do disposto no citado art. 1.132 não são nulas, mas anuláveis, a pedido dos descendentes, de cujo consentimento se prescindiria. O consentimento é importante, contudo, não é requisito de validade da venda. Lições e julgados existem, segundo os quais, as alienações são nulas e não apenas anuláveis. Funda-se esta corrente doutrinária e jurisprudencial no disposto no art. 145, IV e V, do Código Civil, que cominam a pena de nulidade, se houver preterição de solenidade que a lei considere essencial à validade do ato e, quando esta, taxativamente, o declare nulo ou lhe negue efeito. Mas, esse ponto de vista não legitima: a) – porque a anulação depende de iniciativa dos interessados, não podendo ser alegada pelo Ministério Público, nem decretada *ex-officio* pelo Juiz; b) – porque o ato é susceptível de ratificação, característica que, como a anterior, só é peculiar à nulidade relativa; c) – porque a alienação prevalecerá se provar que é real, que o preço é justo, e que, de fato, foi pago pelo descendente-comprador.”²²

Comentando o novo Civil, Jones Figueiredo Alves²³, lastreando-se no mesmo julgado acima mencionado, do STJ, diz que sendo o ato susceptível de ratificação, característica peculiar à nulidade relativa, não se o invalidará se provado que justo e real o preço pago pelo descendente.

²¹ *Apelação Cível – Ordinário – N. 2006.012652-2/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Pascoal Carmello Leandro. Julg. 09/12/2008.*

²² *STJ – REsp n. 997-0-PB.*

²³ *Código Civil comentado. Ricardo Fiúza. Coordenador até a 5ª ed. e Regina Beatriz Tavares da Silva. Coordenadora a partir da 6ª ed. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 414*

Com o advento do novo Código Civil, certamente se redimiou qualquer dúvida que até então pudesse pairar, ao afirmar ser a transação da espécie em questão anulável (art. 496), quando feita sem expressa anuência dos demais descendentes.

Assim, nenhuma hesitação mais ocorrerá. A venda de bem de ascendente a descendente é anulável, desconsiderado eventual questionamento diverso. Sem dúvida, venda assim feita é válida quando real e justo o preço pago; não importa a discordância dos demais descendentes. O propósito do legislador foi evitar que através de uma simulação fraudulenta o ascendente altere a igualdade dos quinhões hereditários de seus descendentes, encobrando liberalidade por meio de fingidos negócios onerosos.

Em outras palavras: Para que negócios da espécie sejam considerados válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, basta a demonstração de que foi realizado e real, que houve a equivalência das prestações e que não houve simulação.

Não é justo deixar ao descendente ilimitado arbítrio para assentir ou recusar tal venda. Demonstrada a real, onerosa e justa compra e venda entre ascendente e descendente, o ato tem de ser considerado válido, eis que: “Feita a prova da igualdade de valores e do preço justo a ser pago, desaparece o motivo legal que veda a venda de bens do ascendente a um dos seus descendentes, visando a prevenir a desigualdade de quinhões.”²⁴

A essência do dispositivo é essa. Impedir a simulação em detrimento dos demais descendentes. Impossível inquirir-se defeituosa a venda real, feita às claras, pago o preço justo. Saindo o objeto vendido do patrimônio do vendedor, mas compensada pela entrada do valor, em dinheiro, equivalente, e que aproveitará ao mesmo vendedor e a seus eventuais herdeiros, presente a característica principal da compra e venda; a comutatividade.

Destarte, precisa a lição de Álvaro Villaça de Azevedo²⁵: “Só é nula a venda de ascendente a descendente se inobservada sua característica de comutatividade.”

E não custa repetir. A anulabilidade resulta de que se estampa por

²⁴ RT 592/219.

²⁵ *Venda de ascendente a descendente. Prova de sua realidade e justo preço.* RT 598/30-38.

ato eficaz até que anulado; é sanável, porque sua ratificação pode sobreviver; é prescritível, porque convalesce com o decurso do tempo; e que pode ser precedido por justificação judicial, para que se comprove a realidade do negócio, que pode, também, evidenciar-se a *posteriori*; sendo certo que qualquer imperfeição sua só poderá ser alegada pelos interessados descendentes, exclusivamente²⁶.

Necessário seria para o êxito da pretensão deduzida na petição inicial, provar que esses negócios teriam encoberto doação, com ausência de pagamento do justo preço.

No sistema legal do ônus da prova adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante expressado no art. 333,I, do Código de Processo Civil, fiel ao princípio dispositivo, ao autor incumbe a prova do fato que constitui o seu direito, isto é, o fato que diz respeito à sua pretensão.

Nesse contexto, “o ônus da prova da afirmação feita no processo recai, de acordo com o critério adotado pela lei, sobre a parte que tem interesse nessa afirmação. Por isso cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, pois o autor tem interesse em afirmá-lo e deve fazê-lo na petição inicial (actore non probante, reus absolvitur)”, na precisa lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra.²⁷

Nessa mesma direção tem decidido reiteradamente o E. Tribunal de Justiça deste Estado:

Compete ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito [...] ²⁸
De acordo com as regras do art. 333 do Código de Processo Civil, ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito [...] ²⁹
É do autor o ônus probatório quanto aos fatos por ele afirmados, incumbindo ao réu o ônus de provar os fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado na inicial [...] ³⁰

Nesse diapasão, se os autores da ação de nulidade do negócio afirmarem, como causa de pedir, o que comumente acontece em demandas desse tipo, que

²⁶ Álvaro Villaça Azevedo. *Ob. cit.*, p. 37.

²⁷ **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22, v. IV.

²⁸ *Ap. Cív. – Ordinário – n. 2006.013284-8/0000-00 – Três Lagoas. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJ n. 1371, de 18.10.2006, p. 14.*

²⁹ *Ap. Cív. Proc. Especiais – n. 2005.013969-8/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. DJ n.1371, de 18.10.2006, p. 18.*

³⁰ *Ap. Cív. 2007.006499-5/0000-00 – Caarapó – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. DJ 1495, de 14.05.2007, p. 12.*

o valor dos bens permutados não tem equivalência e que o preço pago pelo bem adquirido foi irrisório e os descendentes permutantes negarem, o que para estes ressalta a equivalência, essa forma é tratada como defesa direta, recaindo, por inteiro, aos autores a prova do que alegam.

Esta a lição de Humberto Theodoro Júnior³¹, para quem, “quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante absolvitur reus*”.

João Batista Lopes³², ancorado em lição de Chiovenda, adverte que “enquanto o autor não provar os fatos que afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma”.

Embora diante desses afinados ensinamentos, é claro que os réus não ficam impedidos de produzirem suas provas, até porque têm o dever de colaborar com a descoberta da verdade (art. 339 do CPC) e dentro da suas parcialidades, a vitória na demanda é suas meta, obviamente que observados os princípios éticos da verdade e da lealdade.

Assim, sendo iguais os valores dos bens integrantes da troca e justo o preço pago na compra e venda, impossível inquirar-se qualquer defeito, dado que a saída dos objetos vendidos do patrimônio do vendedor foi compensada pela entrada de outros, equivalentes, com proveito ao mesmo vendedor e a seus herdeiros.

Sobressaindo a seriedade da troca ou permuta, ou da compra e venda, convencido o juiz de que não se trata nem um negócio ou outro, de doação simulada, o negócio havido entre ascendente e descendente é válido.

4. MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE ANULAÇÃO

Não há unanimidade, tanto na doutrina como na jurisprudência, quanto ao momento em que a ação anulatória deve ser proposta.

³¹ *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 420, n. 422.

³² *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.38.

Uma corrente entende que só após o falecimento do ascendente permutante ou vendedor. Outra corrente entende que a ação pode ser ajuizada desde o instante em que ocorra a venda simulada.

A Súmula 152 do STF explicita que “a ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão”.

Silvio Rodrigues³³ embora contrário à tese por parecer-lhe não ser a mais lógica, respeita a idéia daqueles que têm-na mais razoável pela conveniência, principalmente tendo em vista o fim visado pelo legislador e o início do curso da prescrição.

Julgados subsequentes fugiram da concepção da Súmula, partindo-se que o momento de propor a ação seria do ato viciado de nulidade.

Com o predomínio desse entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência, o STF editou a Súmula 494, revogando a Súmula 152. Essa Súmula consignou que “a ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula n. 152”.

Partindo do teor da nova Súmula a doutrina pacificamente a aderiu, não sendo necessário aguardar o falecimento do ascendente vendedor para o ajuizamento da ação anulatória.

Não obstante tais opiniões, ousa-se posicionar ao contrário, posto que antes da morte do ascendente o descendente não tem interesse econômico nem moral que possa legitimá-lo pedir a nulidade da venda. Primeiro porque enquanto vivo o ascendente, o descendente é herdeiro em potencial, pois a transmissão só ocorre com a abertura da sucessão. Segundo que o ascendente, ainda em vida, poderá compensar o eventual prejuízo ao descendente ou os bens que foram dispostos, retornarem ao patrimônio do ascendente vendedor. Terceiro que se a permuta ou a venda foi real, compensada pela entrada no patrimônio do ascendente de outros bens equivalentes, este, ainda em vida, não fica tolhido em dispô-los a terceiros, quando, na abertura da sua sucessão, já não existem mais.

33 *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 19ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 159, v.3.*

5. PRESCRIÇÃO

Outro tema que também não havia à época do Código Civil revogado unanimidade era quanto a prescrição. Parte da discussão devia-se ao fato de outra discussão: a falta de consentimento gerava nulidade absoluta ou relativa. Sendo nulo, a ação não prescreveria, para não convalescer o ato nulo. Baseando-se na Súmula 494 do STF, uma corrente rendendo-se a ela, admite o prazo vintenário. Outra entende que dita Súmula refere-se tão-somente aos casos de venda direta entre ascendente e descendente, não abrangendo as transações realizadas por interposta pessoa. Neste caso, o prazo prescricional fica reduzido para quatro anos, de acordo com o art. 178, § 9º, inc. V, letra b, do Código Civil³⁴.

No entanto, com a entrada em vigor do novo Código, e para os casos ocorridos após a sua vigência, a controvérsia foi encerrada. O prazo é decadencial e de dois anos (art. 179) do atual Código Civil.

6. CONCLUSÃO

De tudo o que ficou exposto, pode-se concluir que o nosso ordenamento jurídico, divergindo da maioria da legislação alienígena, condiciona a validade dos contratos de permuta e de compra e venda de ascendente a descendente ao consentimento dos demais herdeiros. Contudo, se os bens permutados forem de igual valor, ou se os valores forem complementados em dinheiro ou em outros bens, de modo a se manter a igualdade das valias e o cônjuge do alienante consentir, é perfeita a troca entre pais e filhos, mesmo sem o consentimento dos outros descendentes.

A compra e venda não é nula, mas anulável se não observada sua comutatividade. E essa anulabilidade é eficaz até que anulada e não se anulará se provado que justo e real foi o preço pago pelo descendente; é sanável, porque uma vez ratificada, sobrevive; essa ratificação não precisa obrigatoriamente ser

³⁴ REsp 771736. 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07/02/2006; TJMS. Apelação Cível – Ordinário – N. 2009.019796-0/0000-00 – Rel. Rêmo Letteriello, j. 25/09/2009.

efetuada no momento da concretização do ato; pode evidenciar a posteriori e até obtida por justificação judicial comprovando a realidade do negócio; é prescritível, porque convalesce com o decurso do tempo e qualquer imperfeição sua só poderá ser alegada pelos interessados descendentes, exclusivamente.

É ônus dos herdeiros que não consentiram a prova da falta de seriedade do negócio e o prejuízo que sofreram com o ato de disposição.

Respeitadas as opiniões em contrário, a demanda somente poderá ser proposta após a morte do ascendente e a prescrição é de 10 anos, exceto se a transação realizar-se por interposta pessoa, quando o prazo, que é decadencial, é de dois anos.

Por fim, se se tratar de doação a um dos descendentes sem o consentimento dos demais, importa o ato em adiantamento da legítima, necessária trazê-la à colação em ulterior inventário.