

**AGOSTINHO ALVIM**

Catedrático de Direito Civil da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo — Diretor da mesma Faculdade —  
Ex-juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

# DA COMPRA E VENDA E DA TROCA

DEDALUS - Acervo - FD



20400002812

FORENSE

RIO ☆ SÃO PAULO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

BIBLIOTECA CIRCULANTE

LARGO SÃO FRANCISCO, 95, TEL. 35-9740

Da cooperação do leitor depende o  
êxito do serviço de empréstimo. A devo-  
lução pontual e a perfeita conservação do  
material emprestado constituem a melhor  
colaboração que nos pode prestar o leitor.

falar em insolvência do comprador (cf. *Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, I).

O Projeto CAMELHO RODRIGUES mencionava o comprador que fica, ou corre notório risco de ficar insolvente (art. 609); e o Projeto CLÓVIS aludia ao comprador que se torna insolvente ou corre notório risco de se tornar. Bastava o risco.

Também o Código Comercial contenta-se com a notória mudança de estado (art. 198).

55. Nós pensamos que a regra é uma só: é a que está expressa no art. 1.092.

O argumento de que na lei não deve haver repetição é antes um conselho dirigido ao legislador, e nem sempre traz, para o intérprete, a obrigação de descobrir um sentido diverso para dois textos, que se repetem, com pequena diferença.

E mesmo se pode duvidar que a perfeição consista na total ausência de repetições, a tal ponto são elas frequentes, ainda mesmo nas leis primorosas, como o é o Código Civil, que, não obstante, repete, amiudadas vezes, na regulamentação de um instituto, aquilo que já fora expresso nas regras gerais sobre o mesmo, ou na Parte Geral do Código.

56. Ocorre, mais, ser difícil a caracterização da insolvência.

Querem os falencistas que o conceito de falido se prenda à impondibilidade, e não à superioridade do passivo sobre o ativo. É isso, aliás, o que decorre do art. 1.º da respectiva lei:

“Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”.

Donde não haver sempre coincidência entre o falido e o insolvente.

Já o concurso de credores supõe superioridade do passivo sobre o ativo, como está dito, por outras palavras, no artigo 1.554 do Código Civil:

“Procede-se ao concurso de credores, toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor”.

Além das dificuldades de ordem jurídica em torno da insolvência (AZEVEDO MARQUES, *Da Hipoteca*, ns. 29 e segs.), há também embaraços de fato, para apurar-se o estado do devedor. E não parece razoável entender a lei no sentido de que ela impõe tais exigências ao vendedor que teme entregar a coisa.

Nem há razão de direito para obrigar o vendedor a entregar-lá a quem está em risco de não poder pagar, colocando-o em situação inferior à dos demais devedores contemplados no art. 1.092, segunda parte.

O disposto no art. 1.131 é inútil, segundo João Luís ALVES, *Código Civil Anotado*.

Seria melhor que o legislador o tivesse omitido, ou então repetido as mesmas palavras do art. 1.092, segunda parte.

De qualquer modo, a interpretação jurídica nos leva a ver nêle a mesma regra do art. 1.092, segunda parte, e não uma norma especial, para inferiorizar o vendedor, em relação a outros contratantes.

ART. 1.132. *Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.*

#### COMENTÁRIOS

57. O texto não se limita à venda de pais a filhos, mas de ascendentes a descendentes.

O motivo da proibição reside em que os pais, levados, muitas vezes, por desigual afeto, ou por artimanhas de um dos filhos, acabam vendendo bens a um deles, por preço inferior ao que valem, em prejuízo dos demais.

Se o caso fôr de doação não haverá problema, porque os bens doados são trazidos à colação; enquanto que os bens vendidos não o são.

58. O dispositivo que analisamos abrange, também, a hipótese inversa, da venda de descendente a ascendente?

Parece-me que sim, porque, quando a razão é a mesma, também a mesma deve ser a regra a aplicar, sendo este o fundamento da analogia: "*ubi eadem est legis ratio eadem debet esse legis dispositio*".

Ora, se o fundamento da lei é prevenir contra a desigualdade de herdeiros forçados, quando a colação não remedeia, a regra deve ser a mesma na hipótese de venda de descendente a ascendente, em caso excepcional.

Suponha-se que alguém não tem descendentes, mas tem os pais vivos, casados no regime da separação, ou desquitados.

Sendo o direito dos ascendentes à legítima igual ao direito dos descendentes (Código Civil, art. 1.721), com a só diferença da precedência dos descendentes com relação aos ascendentes (Código Civil, art. 1.606), segue-se que, no exemplo figurado, a venda que o filho fizesse ao pai, sem o consentimento da mãe, incorreria na desconfinança da lei, pela possibilidade de prejudicar a mãe.

A hipótese é muito rara, por isso dela não cogitou o legislador, segundo aquilo do Digesto: "Omitem os legisladores (segundo disse Teofrasto) o que sucede sòmente uma ou outra vez."<sup>4</sup>

Mas é para suprir as lacunas do ordenamento que existe a analogia (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4.º).

59. Exige o art. 1.132 que o consentimento seja *expresso*. O consentimento, em certos casos, deve ser dado de modo solene, quando a forma é da substância do ato, como na alienação de imóvel de valor superior a dez mil cruzeiros.

Outras vezes, a lei impõe o consentimento escrito, como o do locador, para que o locatário possa sublocar.

<sup>4</sup> D., 1, 3, 6, e ainda 1, 3, 4.

Em outros casos, bastará o consentimento expresso, que poderá constar de um escrito, ou não, pois, quando manifestado por palavras ou gestos, é também expresso.

E há casos em que a exigência é ainda menor, bastando o consentimento tácito (Código Civil, art. 1.079), o qual não se confunde com o consentimento pelo silêncio, admitido em casos raros.

60. Na hipótese em aprêço o consentimento deve ser expresso.

Bastará isto, se se tratar de bem móvel, de valor até dez mil cruzeiros (Código Civil, art. 141).

Será prudente que o consentimento seja escrito, para afastar as dificuldades da prova, se surgir contestação mais tarde. Mas a lei não o exige.

Se se tratar de bem móvel de valor superior a dez mil cruzeiros, o consentimento deverá ser dado por escrito, ou, pelo menos, deverá haver um começo de prova por escrito (Código Civil, art. 141). Aliás, como a prova da venda, nesse caso, não seria admissível só por testemunhas, a prova do consentimento de outrem também não poderia ser feita por êsse modo (Código Civil, art. 132, transcrito no número seguinte).

61. Se o bem fôr imóvel, de valor até dez mil cruzeiros, bastará o consentimento expresso, ainda que não escrito? Provado que êle foi dado, valerá a venda?

A venda de imóvel, mesmo que de valor inferior a dez mil cruzeiros, exige forma indeclinável, que vem a ser escrita, ainda que particular.

Na hipótese que acabamos de aventar, não se trataria de provar a venda, e sim o consentimento dos descendentes.

Não obstante, tal consentimento deve ser dado por escrito por força do disposto no Código Civil, art. 132:

"A anuência, ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que êste, e constará, sempre que ser possa, do mesmo instrumento".

62. A lei exige o consentimento dos demais descendentes; mas o texto deve ser entendido no sentido de descendentes mais próximos em grau.

É certo que na linha descendente os mais próximos não excluem os mais remotos e os descendentes herdam até o infinito.

Mas isto é porque até o infinito vai o direito de representação.

Se todos os filhos, porém, estiverem vivos, sem que haja nenhum pré-morto, a herança, na hipótese de haver filhos e netos, só se distribui entre os filhos.

De igual modo, no caso do art. 1.132, só é necessário o assentimento dos filhos, embora o texto fale em descendentes. Se um já tiver morrido e deixado filhos, então sim, indispensável se fará o consentimento destes netos.

O interesse do descendente de grau inferior só é levado em conta na hipótese de direito de representação (Código Civil, art. 1.620).

O Código Civil português fala em filhos e netos e também as Ordenações.

Assim deve ser no que toca à incapacidade para comprar, não para a simples anuência.

Diversa é a razão num e noutro caso.

Exigir sempre o consentimento de todos os netos, as mais das vezes menores, seria quase que impossibilitar as vendas de pais a filhos, o que não pode ter sido a intenção do legislador.

63. Os autores, em geral, explicam que o dispositivo em análise tem por finalidade impedir a desigualdade das legítimas (Clóvis, João Luís Alves, CARVALHO SANTOS, etc.).

Mas essa explicação não se compadece com o sentido que na escola se atribui ao termo *legítima*.

Com efeito, quando alguém tem herdeiros necessários, metade de seus bens compõe o seu disponível; a outra metade pertence necessariamente aos herdeiros forçados.

Ora, a venda de pai a filho é nula, segundo uns, ou anulável, segundo outros, ainda mesmo que de modo algum comprometa a legítima dos filhos que não concordaram.

Exemplo: um homem rico vende algo a um filho, apregoando por quinhentos, aquilo que na realidade vale seiscentos.

A legítima dos outros filhos não estará atingida. Porém, alegada a nulidade da venda, esta, escusa seria inoperante.

Prova ainda mais irrecusável encontra-se no art. 1.164, II, do Código Civil, que considera nula a troca entre ascendentes e descendentes, quando os valores forem desiguais.

Como se vê, o que preocupa o legislador não é a desigualdade das *legítimas*, e sim, dos valores.

O desequilíbrio entre o preço e a coisa pode, conforme as proporções, atingir ou não a legítima, ou reserva; mas, ainda que não a prejudique, a venda se anula, bem como a troca.

E por que? Porque está comprometida a igualdade dos *quinhões hereditários*; e é isto que a lei proíbe.

O ascendente não pode desigualar os descendentes, por meio de vendas. Só o poderá fazer mediante doação ou testamento, onde manifeste a vontade de beneficiar a um, mais do que a outro, utilizando-se para isso do disponível.

O que o artigo visa, portanto, é resguardar a igualdade dos herdeiros (dos quinhões); é impedir demandas futuras, alegações de simulação, etc., como constava da Ord., 4.12: "Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, determinamos, que ninguém faça venda alguma a seu filho ou neto, nem a outro descendente. Nem outros faça com os sobreditos troca, que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor".

Só podemos aceitar o ponto-de-vista que combatemos, se atribuirmos à dicção *legítima*, não o sentido que lhes emprestam os escritores, o seu sentido próprio, ou técnico, e sim aquêlê que lhe atribui a corruptela do processo orfanológico, onde *legítima* é sinônimo de *quinhão*.

Quando os partidores do Juízo dizem: "ao herdeiro F. . . ., em pagamento de sua *legítima*", querem com isso significar *quinhão*, e não, *legítima*, em sentido técnico, ou seja, a parte que obrigatoriamente deve tocar ao herdeiro necessário, chamado também reservatório, forçado ou legítimo.

Veja-se, por exemplo, a parte prática do livro de VALE SIQUEIRA (*Inventários e Partilhas*, ed. 1922), onde, à pág. 188, éle emprega, seguindo, aliás, o uso forense, a expressão *legítima*, como sinônima de quinhão. E VIEIRA STARLING, in *Inventários e Partilhas*, a mesma coisa (pág. 557); mais ainda, dá o nome de *legítima* até ao quinhão do cabeça de casal.

64. O dispositivo que estamos comentando fala em descendentes, que em regra são os filhos.

Pode ocorrer, porém, um problema sério: a existência de filhos naturais, e ainda de filhos espúrios.

Será direito do pai contentar-se com o assentimento dos filhos legítimos, com preterição dos ilegítimos e dos adotivos?

Convém nos ocupemos de cada uma das várias espécies de filhos.

Dos legítimos nada há que dizer, porque a imprescindibilidade do seu consentimento resulta do texto.

Na mesma situação se acham os filhos legitimados, porque são em tudo equiparados aos legítimos (Código Civil, arts. 352 e 1.605, § 1.º).

Quanto ao filho adotivo, não tem ele direito à herança, se o adotante tiver filho legítimo, legitimado ou reconhecido, consoante o disposto no art. 377 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n.º 3.133, de 8 de maio de 1957.

Assim sendo, a venda do pai a um dos filhos independe do consentimento do adotivo, exceto se a adoção é anterior à Lei n.º 3.133.

Se, porém, não havendo filho consanguíneo, houver mais de um adotivo, a venda a um deles depende do consentimento do outro, visto como a posição deles, nesse caso, equivale a dos filhos consanguíneos, pois que são herdeiros necessários.

E isto porque, em face do direito atual, se o filho adotivo não estiver excluído (art. 377), a sua posição é idêntica à de filho legítimo.

Vejam-se agora a situação do filho ilegítimo (simplesmente natural), reconhecido.

A sua aquiescência à venda é indispensável, ainda mesmo para os que entendem que éle sòmente herda metade do que couber ao legítimo, segundo o disposto no art. 1.605, § 1.º.

E a razão está em que basta ser éle herdeiro necessário (e ninguém nega que éle herda necessariamente), para que tenha legítimo interêsse de evitar futuras desigualdades.

Todavia, nós pensamos que éle herda em igualdade de condições.

Com efeito, o art. 1.605, § 1.º, foi revogado pela Carta de 1937, art. 126, e independia de ser regulamentado, por ser de auto-aplicação.

Ora, é certo que aquela Carta já não vigora, mas vigoram e subsistem as revogações de leis por ela levadas a efeito, e isso por força do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 3.º:

"Salvo disposições em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

Com referência ao filho ilegítimo não reconhecido, parece-me que a situação é idêntica. A venda que o pai faça a outros filhos, sem o consentimento do ilegítimo, incide na censura da lei.

Contra este ponto-de-vista manifesta-se CUNHA GONÇALVES, ressaltando, porém, a hipótese de simulação (cf. *Traçado de Direito Civil*, vol. VIII, n.º 1.199).

É verdade que o direito do filho, neste caso, não é *atual*, mas nem por isso desprovido de proteção, porque o Código Civil, depois de falar nos direitos atuais, futuros deferidos, e futuros não deferidos (art. 74), prossegue no art. 75 dizendo que a *toda direito* (sem distinção) corresponde uma ação que o assegura.

O direito do filho não é exercitável *atualmente*. Mas quando o fôr, produzirá efeitos *ex tunc*.

O filho naquelas condições, obtido o reconhecimento, pode pleitear a anulação da venda. Mas, conforme desenvolvermos adiante, será possível excepcionar contra a sua pretensão provando que a venda se fez pelo justo valor (ônus da prova a cargo daquele que defende a venda).

Parece-me, ainda, que neste caso está, igualmente, o filho adúlterino, que hoje pode ser reconhecido, nos termos da lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949.

Também êle herda necessariamente, embora em desigualdade de condições com os legítimos.

Permitir a venda que o pai faça aos filhos legítimos, sem o consentimento do filho adúlterino, seria, em muitos casos, fraudar os seus direitos.

Assim como não é lícito agir para que uma condição deixe de se realizar (Código Civil, art. 120), pela mesma razão não se podem admitir como válidos atos que, não impedindo que a condição se realize, impedem, todavia, que, realizada ela, o ato venha a produzir os efeitos esperados.

Resta a situação do filho incestuoso, cujo consentimento é dispensável, porque a lei n.º 883 não beneficiou esta classe de filhos (ESPÍNOLA, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, pág. 433, nota 21).

Comentando o art. 1.565 do Código Civil português, ensinava DIAS FERREIRA que a venda feita a genro ou nora inclui-se na proibição da lei, porque, embora êles não sejam descendentes, e conquanto a lei deva ser interpretada, neste caso, restritamente, o certo é que o negócio deve ser olhado como fraudulento (*Código Civil Português Anotado*, vol. II).

A meu ver, tal hipótese só se configura suposta a separação de bens, entre os cônjuges: só o genro ou só a nora compra.

Tal venda não será a descendente.

Todavia, tendo em vista a finalidade da lei, e considerando, também, que, dadas as relações entre os cônjuges, a

separação de bens não exclui *de fato*, o comércio econômico que entre êles se estabelece, é de se aceitar a opinião do civilista português.

Se o genro fôr viúvo, ou a nora, a proibição cessa, de acôrdo ainda com as conclusões de DIAS FERREIRA.

Também não há que cogitar de enteado, pois que não é descendente, nem herdeiro, embora parente afim, em primeiro grau, na ordem descendente. M. I. CARVALHO DE MENDONÇA *inclui* na proibição os descendentes mesmo afins, sem fazer nenhuma distinção (*Contratos no Direito Civil Brasileiro*, vol. I, n.º 141).

No que toca ao nascituro, à mesma conclusão há de chegar-se. É de ressaltar-se o seu direito de veto.

Com efeito, a lei põe-lhe a salvo os direitos;<sup>5</sup> e é direito dos filhos vetarem a venda que o pai queira fazer a um dêles, não havendo como excluir o nascituro.

<sup>5</sup> O Código fala em *direitos*, e é como realmente decorre do texto de PAULO (Digesto, I, V, frag. 7), onde se considera o nascituro como já nascido, no que concerne às suas *vantagens*. Em face do Código Civil a personalidade, ou capacidade de direito começa do nascimento com vida, mas, suposto êste fato, há uma regressão que vai até a concepção (art. 4.º). Nesta hipótese, contudo, penso eu, o que regrida é a própria personalidade, em sua plenitude, capacidade ativa e passiva, não sendo exato falar somente na proteção de *direitos*. Realmente, verificado o nascimento com vida, a proteção ao nascituro retroage (*direitos, vantagens*); mas temos igualmente que lhe atribuir ônus e obrigações, anteriores ao seu nascimento. Se, por exemplo, o nascituro, sendo herdeiro universal, recebe uma fábrica, não estará êle obrigado às indenizações devidas a operários acidentados antes do seu nascimento? Sobre êste art. 4.º suscitaremos ainda um outro problema: qual o momento presumido da concepção? Para fins de legitimidade do filho a lei estabelece um mínimo e um máximo, mas não estabelece a presunção da gestação média, ou normal. Assim sendo, parece que devemos admitir o prazo máximo (Código Civil, art. 338, II), para não correr o risco de negar direitos, em casos desta natureza, àquele que se apresenta com a possibilidade de já estar gerado, no momento em que ocorreu o fato que exerce influência em sua situação jurídica.

Se um casal sem filho fizer doação de mais de metade de seus bens, não estaria ela sujeita a ser reduzida, uma vez que o nascimento posterior de um filho evidenciase já estar ele concebido por ocasião da doação?

A resposta seria afirmativa; e a razão é a mesma num caso e noutro.

Como se vê, as dificuldades que o art. 1.132, em combinação com outros textos, apresenta, superam, a nosso ver, a utilidade da medida (ver *infra*, n.º 76).

Não ignoramos representar êle a tradição do nosso direito e que o Código Civil português contém igual provisão.

Mas não há outro Código Civil (pelo menos de nenhum sabemos) que contenha essa providência.

No *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS ela aparece, porém, muito mais atenuada.

O Código Civil argentino só proíbe a venda aos filhos-famílias; *idem* o chileno.

Acresce que a proteção que o art. 1.132 dispensa é muito fraca, dentro de um sistema que permite as desigualdades dos filhos (liberdade, quanto ao disponível). Porque tanto rigor a criar tantos problemas, se os pais têm o *direito absoluto* de desigualar os filhos, e se é certo, também, que se essa desigualdade atingir a *legítima*, propriamente, há outros corretivos?

Pensamos que a não se suprimir êsse dispositivo, deveria êle ser desdobrado em parágrafos que explicassem o pensamento do legislador sobre tão variados problemas.

65. O capítulo das nulidades apresenta sérias dificuldades, em nosso direito civil.

Se a lei declara que o ato é anulável, ou é nulo de pleno direito, os problemas se simplificam. Mas, em muitos casos, ela proíbe, sem mencionar, como sanção, a nulidade do ato; outras vezes fala em  *nulidade*, para significar a absoluta (art. 146), como fala, também, em  *nulidade*, para significar a relativa (art. 152), na doutrina designada, com mais frequência, como anulabilidade, desatento o legislador ao aviso de Rui (Parecer, pág. 174).

O artigo que comentamos contém uma proibição, sem nada acrescentar; e daí não serem uniformes as opiniões acerca do problema concernente à nulidade do ato, como observa CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XVI, nota I ao art. 1.132; também SEBASTIÃO DE SOUSA mostra a incerteza das opiniões (*Da Compra e Venda*, n.º 34).

66. Nós pensamos que o ato é anulável e não nulo; e cremos ser esta a corrente que conta com o maior apoio na doutrina. (Clóvis BEVILÁQUA, *Código Civil*, obs. ao art. 1.132; CARVALHO SANTOS, loc. cit.).

Não há, com efeito, um interesse público, que reclame a nulidade absoluta do ato, com as consequências de poder ser invocada pelo Ministério Público e declarada de ofício pelo juiz (Código Civil, art. 146 e parágrafo único).

O interessado em reclamar é o descendente que se julgar prejudicado. Se êle achar que não houve prejuízo, ou quiser respeitar o ato praticado pelo seu ascendente, parece que não há motivo para a lei tutelar-lhe êsse interesse, até mesmo contrariando a sua vontade, porventura nobre e generosa. Ver *infra*, n.º 375.

67. Acresce que o ponto-de-vista do legislador é a simulação.

Desconfia-se que, *v. g.*, o pai, desejando proteger um filho, e não querendo valer-se da liberalidade, porque então o bem viria à colação, faz uma venda.

Para evitar isto, a lei presume que tal venda é simulada.

Ora, se a simulação, que se demonstra existir num ato jurídico, acarreta a sua anulabilidade, e não a nulidade absoluta (Código Civil, art. 147, II), parece que nas mesmas condições deve estar o ato que a lei presume simulado.

O fundamento da proibição é prevenir a desigualdade dos quinhões, que se opera através da simulação: venda, envolvendo liberalidade ao menos em parte.

A simulação, todavia, é difícil de ser provada. Daí a providência do legislador, proibindo a venda.

É preciso observar que a simulação presumida é o motivo que levou o legislador a ditar a norma.

Por isso o interessado não precisa prová-la. A venda será anulada, porque proibida por lei. É uma nulidade "apriorística", como observou, de uma feita, o desembargador RODRIGUES DE ALCKMIN (*Revista dos Tribunais*, vol. 287, página 235).

A simulação só terá que ser provada, no caso de interesse a pessoa.

68. Admitido que o fundamento remoto da anulabilidade do ato, ou seja, o motivo que informou a lei, é a simulação, pergunta-se: é possível, intentada a ação anulatória do ato, defender-se o réu com a alegação, e prova a seu cargo, de que não houve simulação, visto corresponder o preço, realmente pago, ao valor da coisa?

Pela afirmativa responde SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, III, parte primeira, n.º 271.

Já nos pareceu que não; mas hoje respondemos também pela afirmativa, por força de um argumento que julgamos irrecusável, extraído do art. 1.164, II, do Código Civil.

Com efeito, no caso de permuta, entre ascendentes e descendentes, valerá ela, ou deixará de valer, conforme os valores tiverem ou não sido iguais.

Ora, se é a própria lei, que ao disciplinar a troca satisfaz-se com a equivalência de valores, verificada *a posteriori*, a resposta à indagação que formulamos terá que ser afirmativa, pois não é razoável supor que o legislador varie de critério, ao se ocupar de casos idênticos, uma vez que a hipótese da troca, para os efeitos visados, em nada diversifica da venda.

Feita a prova da igualdade de valores, ou seja, de ter sido pago o justo preço, o motivo da nulidade terá desaparecido.

69. Quando a lei faz depender a validade do ato jurídico do consentimento de outrem, ela prevê a hipótese de ser

o mesmo negado sem razão plausível, e remedeia o caso com o suprimento pelo juiz.

É o que ocorre com o suprimento da outorga da mulher, previsto no art. 237 do Código Civil, da autorização marital, de que se ocupa o art. 245, do consentimento para casar, art. 188.

Não tendo o legislador permitido que o juiz supra o consentimento denegado pelo descendente, entendemos que o mesmo é insuprível.

A solução contrária é mais liberal e evita o arbítrio.

Parece-nos, todavia, que a lei, em matéria de suprimento, é taxativa e só abrange os casos que especifica. Se o suprimento pelo juiz fôsse sempre possível, não haveria motivo para que o legislador o autorizasse em certos casos.

70. Frequentemente as vendas de ascendente a descendente, quando impossibilitadas pela negação do consentimento do descendente, são feitas por interposta pessoa.

O caso não oferece maior dificuldade no terreno jurídico, porque aquilo que a lei veda fazer pelos meios diretos, veda, igualmente, que se faça pelos meios indiretos, pois, do contrário, seria o mesmo que não proibir.

Esta figura é a da fraude à lei, que muitos civilistas julgam ser diversa da simulação (BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, I, n.º 18), mas que não foi considerada com autonomia pelo nosso Código. A hipótese é tratada como simulação, no art. 102, I.

As dificuldades que os casos concretos ordinariamente oferecem, prendem-se aos fatos, ou circunstâncias que os envolvem.

Nada impede que uma pessoa venda um bem a terceiro, e que, posteriormente, este último venda a mesma coisa a um filho de quem lha vendera.

Os dois atos, considerados cada um de per si, são inatacáveis.

As circunstâncias, todavia, podem indicar que a primeira das vendas não foi senão uma ponte, a fim de atingir o objetivo condenado pela lei.

Assim, por exemplo, a proximidade entre as duas vendas, as dificuldades de ordem econômica do primeiro comprador, que o impediriam de realizar a compra, o fato de já terem querido o ascendente e o descendente realizar o negócio, sem que o pudessem ter feito, dada a oposição havida, estas e outras circunstâncias podem convencer o juiz de que houve negócio simulado.

71. Qual o momento oportuno para intentar a ação: ainda durante a vida do ascendente? Ou somente após a sua morte?

As opiniões divergem, bem como a jurisprudência. A maioria, porém, entende que a ação não pode ser proposta senão depois da morte do ascendente (SEBASTIÃO DE SOUSA, ob. cit., n.º 35; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Direito das Obrigações*, II, pág. 104, com citação de jurisprudência, num e noutro sentido).

Tais divergências mostram não haver um argumento decisivo. SEBASTIÃO DE SOUSA usa da expressão "parece a orientação mais certa" (ob. e loc. cit.).

72. Sem embargo de reconhecermos que a opinião dominante é a que só admite a ação após a morte do ascendente, nós pensamos que o interesse de agir nasce, para os descendentes, no momento da infração da lei, e desde esse instante lhes nasce, também, a ação para anular o ato.

É a opinião de CLÓVIS em matéria de doação (obs. n.º 3 ao art. 1.176).

O prazo da prescrição, segundo julgamos, é o de quatro anos, a contar do ato; e se entendermos que a ação só pode ser proposta após a morte do ascendente, ficaria o descendente, conforme o caso, obrigado a interromper a prescrição várias vezes.

É verdade que se tem procurado sustentar que o início do prazo prescricional é a partir da morte do ascendente. Mas a lei não diz isto.

Seria essa, portanto, uma situação inteiramente anômala, de prescrição que corre contra quem não pode agir,

contrariando um dos cânones fundamentais nesta matéria: "*contra non valentem agere non currit praescriptio*".

O fato de a prescrição correr mostra que a ação pode ser intentada, desde logo.

A interrupção da prescrição remedeia, normalmente, os casos em que o credor, por motivos íntimos, ou de ordem econômica, não quer agir; mas o caso de que nos ocupamos con figuraria uma hipótese de impossibilidade legal de propor a ação.

E se o bem fôsse parar nas mãos da Fazenda Pública, ou de uma autarquia, o próprio direito de interrupção da prescrição já estaria cerceadíssimo, em virtude das leis que beneficiam aquelas entidades, em matéria de prescrição, a qual somente pode ser interrompida uma vez, e pela metade do prazo.

Além do mais, abrangendo a proibição os bens móveis, e podendo estes ser de grande valor, como jóias, ações de companhias, etc., que utilidade apresentaria para o descendente uma ação remota, quando é certo que tais bens podem passar com facilidade, de mão para mão?

A ação é um remédio; e o remédio deve ser ministrado quando ainda há possibilidade de curar.

É por essa razão que, determinando a lei que a prescrição não corre entre cônjuges ou entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder, não vai a ponto de proibir a ação.

Se o titular do direito quiser esperar, a fluência de tempo não o tolherá de agir posteriormente, visto haver uma causa impeditiva do curso da prescrição (Código Civil, art. 168, I e II).

Mas se quiser agir desde logo, poderá fazê-lo, porque o impedimento do curso da prescrição é favor da lei, que o favorecido recusará, se quiser. Ver *infra*, n.º 74.

Na ação deve o ascendente pedir que o bem volva ao patrimônio do ascendente que o alienou.

73. Pode ocorrer que, desejando o pai vender um bem a um filho, haja, entre os outros filhos, algum menor, cujo consentimento seja necessário.

É este um caso de colisão entre o interesse do pai e o do filho, que se resolve pela nomeação de curador especial ao menor (Código Civil, art. 387).

74. É discutida a questão do prazo da prescrição, para anular o ato.

Entendem uns, com razão, que é o de quatro anos, e outros que é o de 20 anos (SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, III, parte primeira, pág. 271. Na sua opinião o ponto-de-vista dominante é o de quatro anos).

No mesmo sentido de ser o prazo de quatro anos: WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit., pág. 104; FRANZEN DE LIMA, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, tomo II, pág. 451.

Também se discute acêrca do início do curso prescricional.

Para os que entendem que a ação só pode ser intentada após a morte do ascendente, tal prazo começa a correr da morte.

Para os que, como nós, julgam que a ação pode ser proposta em vida do ascendente, a contagem será a partir do ato. Ver, *supra*, n.º 72, matéria ligada a esta; e *infra*, n.º 76, indicação de decisões.

75. A proibição deste artigo estende-se a outras situações jurídicas, que se equiparam à compra e venda.

A hipótese da troca está prevista em lei (Código Civil, art. 1.164, II).

Quanto à cessão onerosa, é ela equiparada pelos civilistas à venda (LACERDA DE ALMEIDA, *Efeitos das Obrigações*, págs. 381-382; GIORGI, *Teoria delle Obligationi*, VI, n.º 53; Código Civil francês: "*La vente ou cession d'une créance...*", art. 1.692; *idem*, Código Civil italiano de 1865 e Código Civil espanhol).

Também o nosso Código Civil usa da expressão *compra de direitos* (art. 1.133, IV); e no art. 1.134 equipara a cessão à venda.

Quanto à dação em pagamento, entendemos que está compreendida na proibição (DIAS FERREIRA, *Código Civil Portugêz Anotado*, notas ao art. 1.565).

Como acentua esse civilista, a dação é verdadeira venda, e já o dizia a lei romana: "*is qui rem in solutum accepit, emptori similis est*".

76. O assunto que se prende ao art. 1.132 do Código Civil tem dado muita matéria aos tribunais, pois são inúmeros os julgados a respeito, e em variados sentidos, o que denota a infirmeza da doutrina e da jurisprudência (ver, *supra*, n.º 64 a nossa crítica à orientação do legislador).

Assim, tem-se entendido que a venda, sem o consentimento dos descendentes, é nula, seja quando feita diretamente, seja quando por interposta pessoa.

Outros distinguem: nula é a venda feita diretamente; anulável, a por interposta pessoa.

Do mesmo modo quanto à prescrição.

Igualmente com referência ao momento oportuno para a propositura da ação.

Também não há uniformidade no que toca a poder ou não ser elidida a simulação presumida, por meio de prova em contrário.

E ainda sobre a possibilidade de suprimento do consentimento.

Vejam-se acêrca destes e de outros pontos as seguintes decisões: *Arquivo Judiciário*, 102-267; 101-130; 101-129; 93-138; 93-221; 90-28; 119-90; 108-541; 106-261; *Revista dos Tribunais*, 276-430; 270-273; 270-302.

ART. 1.133. Não podem ser comprados, ainda em hasta pública:

I — Pelos tutores, curadores, testamentários e administradores os bens confiados à sua guarda ou administração.

II — Pelos mandatários, os bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados.