

# DA VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE: REMINISCÊNCIAS DAS ORDENAÇÕES PORTUGUESAS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

---

*Carlos Eduardo Boucault*

A louvável iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade São Francisco, da Unidade de Bragança Paulista, ao ensejo da efeméride pelo trigésimo ano de sua inserção no conjunto universitário do País, mediante a integração dos países lusófonos, neste momento acadêmico, sobrealça a necessidade de se repensar a questão da formação do direito das ex-colônias de Portugal antes e após sua independência em relação à metrópole, bem como a importância do estudo da História do Direito, enquanto fenômeno resultante de um processo cultural global.

Nos cursos jurídicos do Brasil, por injunções de política educacional fomentadas no período dos Governos Militares adversas ao valor da cultura clássica que tanto lastro propiciou a nossas gerações de juristas de décadas passadas, a disciplina História do Direito e do Direito Nacional, ressaltadas excepcionalíssimas incidências curriculares, apenas em reformas recentes, passou a constituir-se em matéria de fundamentação geral em alguns cursos oficiais da rede pública. Fatos que tais, contribuem, negativamente, para a compreensão do modelo de integração política, econômica e jurídica dos sistemas jurídicos contemporâneos que regem as relações internacionais, tanto em nível regional, como em sede universal, conforme o conteúdo e extensão de princípios enformadores do fenômeno da globalização econômica.

Neste contexto, é mister relembrar-se que não se pode falar em “sistema” jurídico, nem em “sub-sistemas”, a partir dos conceitos desenvolvidos por comparatistas, do escol, de René David, Koshaker, Fraz Wiecker, dentre outros, sem se valer da noção de cultura, a qual, necessariamente, preside e antecede o processo de gestão e de criação de normas jurídicas. Assim, a proposta da alocação neste painel retoma o instituto da venda de ascendente a descendente, estabelecida nos ditames das Ordenações de D. Manuel, em 1521, período histórico correspondente aos albos do descobrimento do Brasil, e da peculiar disciplina jurídica desta modalidade negocial, vedada, com vistas a evitam-se “demandas” e “enganos” entre parentes, a menos que todos os demais descendentes tivessem assentido.

É de se notar que a peculiaridade deste instituto, que, reviveu nos projetos de Consolidação de Leis Civis, anteriores à edição do Código Civil Brasileiro, em 1916, ainda viceja em nossas práticas jurídicas, ensejando díspares decisões e súmulas incompletas e contraditórias acerca da natureza jurídica do instituto. Por outro lado, até o limite de pesquisas e monografias, a existência de tal instituto não se verifica na história de outros ordenamentos jurídicos civis, quer os que integram o sistema anglo-saxão, nem o romano-germânico e dos subsistemas latino-americanos, além de se revelar o fato de que sua previsão não se concretizou no âmbito das Ordenações Afonsinas, nem nas de D. Duarte, antecedentes daquelas, porquanto o Código de D. Duarte precedeu às Ordenações Afonsinas e que corresponde à fase preparatória destas últimas.

Afirma Adahyl Lourenço Dias<sup>1</sup>: “Antes do advento das Ordenações Manuelinas, nenhuma proibição expressa havia que esbarrasse a venda dos bens a descendentes, tampouco constituíam empecilhos à operação os laços de cognação ou agnação entre os ancestrais e epígonos em linha vertical.”

---

<sup>1</sup> DIAS, Adahyl L. “Venda a Descendente. Forense, 3ª ed. Rio, 1985. p. 21.

Como se refere à tradição do Direito Romano, o esforço dos jusromanistas na matéria, com vistas a identificar a origem do instituto da venda de ascendente a descendente sem o assentimento dos demais descendentes nas fontes romanísticas, é expressivo, mormente dentre aquelas que situam o tema no capítulo das incapacidades para alienar bens ou direitos reais, em face da restrição ao poder de alienar que o instituto entranha em seu conteúdo.

Examinando os institutos de Justiniano, Wandick Londres da Nóbrega associa a proibição da venda a ascendente aos rigores da Lex Julia, promulgada ao tempo de Augusto, período do Direito Clássico, da transição da segunda fase da República para o Dominato.

Todavia, parece que a prática do instituto, do ponto de vista da formação histórica do Direito lusitano, melhor se compraz com os institutos de origem céltica, aclimatadas no Código Visigótico, e, que chegaram, através do reino de Fernando III, à península ibérica. Dentre as características do sistema bárbaro, na seara jurídica, manifestam-se, dentre outras, o uso da propriedade familiar e coletiva, contrariamente ao caráter privado de propriedade mais sedimentada na cultura familiar romana, em que pese o caráter grupal e religioso da família romana.

Ademais, convém salientar que tal característica grupal, em que os interesses patrimoniais da família, sob administração coletiva, compatibilizava-se com a interferência canônica dos postulados jurídicos do período medieval, que, no Direito português, encontra sólidos fundamentos, eis que, o Direito Romano, apesar da vitalidade e influência de suas fontes, em Portugal, não mereceu aplicação freqüente, mas, ao contrário, obedeceu a um sistema subsidiário de aplicação. Os juristas portugueses eram adeptos do Direito Comum, além dos usos e costumes do foro, fato que gerou uma mentalidade praxista no Direito e que migrou para as colônias, de forma acentuada, ao menos do que respeita ao Brasil.

Em contrapartida, a evolução do regime jurídico das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, efetivou-se com pas-

tos da elaboração textual, obra de numerosos intervenientes com rico manancial de informações lingüísticas, paleográficas, codicológicas e outras fontes. Nesse processo, o quadro dos Conselhos provinciais se teria convertido nos estamentos em que se moveram as Administrações de D. Afonso, D. Manuel e D. Filipe, apoiados pelo clero, assim como os juristas Paulo Afonso e Pedro Barbosa, considerado, este último, o “Bártolo” português, e, ambos, autores da Concórdia de D. Sebastião, eram afeitos aos eclesiásticos. Assim, sobre os compiladores das Ordenações Filipinas, ilustra Nuno Gomes da Silva<sup>2</sup>, com base num ofício encaminhado pelo Bispo de Leiria aos juristas do Conselho, pela intermediação do Rei: “Renuncie V.M. toda a vontade a qualquer novidade nos costumes e nas leyes deste País, porque toda a novidade nestas couzas abre reparos e juízos que são perigosos, e, tomai posição semelhante ao Direito Civil Eclesiástico.”

Deste modo, os costumes eclesiásticos e a influência do Direito Canônico em Portugal resultaram na formação de uma estrutura familiar, em que, o caráter patrimonial das relações familiares, tanto no casamento, quanto nas sucessões, não apresenta um valor social significativo, vez que a família rege-se antes pelos princípios da convivência familiar harmoniosamente idealizada, norteando as relações entre cônjuges, filhos e parentes, em geral. Razão desta realidade é a prática reduzida e incidental de testamentos e de regimes de bens diversos do regime legal, ou seja, é escassa a ocorrência de pactos antenupciais. Frequentemente, em níveis estatísticos, o regime legal de bens no casamento e a sucessão legítima predominam nos hábitos das relações de família no contexto jurídico brasileiro.

Com base nessas perfunctórias referências, ambienta-se o instituto da venda de ascendente a descendente, assim estabelecida no Título LXXXII do Quarto Livro das Ordenações Manuelinas:

**“Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se**

---

<sup>2</sup> SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes - Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas - Lisboa, EPNC Gráfica, 1977.

causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, Determinamos que pessoa alguma não faça venda alguma, nem troca que desigual seja, a seu filho, ou neto, ou outro descendente, sem consentimento dos outros filhos, ou netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor; e não lhe querendo dar o dito consentimento aquele que ali quizer fazer a dita venda ou troca, no-lo-fará saber, e sendo Nós informado da causa, por que quer fazer a dita venda ou troca ao seu filho, ou descendente, e assi da causa por que os ditos filhos ou descendentes não lhe querem dar o dito consentimento, Nós lhe daremos licença que a possa fazer; e fazendo tal venda ou troca sem consentimento dos ditos filhos ou sem Nossa expressa licença, a tal venda ou troca será nenhuma e de nenhum efeito, e por morte do dito vendedor será a dita cousa, assi foi vendida ou trocada, partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do dito vendedor, e fora sua ao tempo de sua morte, sem por ele pagarem preço algum a aquele que a comprou.”

O excerto das Ordenações abrange um rol de restrições que tende a evitar prejuízos às legítimas dos outros filhos, preteridos pela venda, ainda que pago o preço justo, conforme advogam os doutrinadores contemporâneos contrários à aplicação do instituto. A ordenação proíbe a venda absolutamente; no que respeita à troca ou permuta, só se for constatada a desigualdade, a proibição também incidirá.

Decorre do caráter preventivo exposto no teor da ordenação a possibilidade de suprimento do ato de assentimento dos demais descendentes, a depender da causa da recusa do assentimento, pela interveniência do Rei, que, poderá conceder licença para a venda, caso se trate de recusa injusta ou motivo fútil, embora o texto não acene com essa interpretação, *ipsis litteris*. A transposição da concessão dessa “licença”, para a sede do suprimento judicial

dos sistemas atuais, embora não previsto no Código Civil Brasileiro, não se coaduna com as regras aplicáveis à espécie, nas ordenações, porquanto, conforme ensina Borges Carneiro: “esta licença não está concedida aos Dezembargadores do Paço em seu Regimento; e assim parece que a não podem conceder sem consulta d’El Rey.” Os Dezembargadores poderiam propor a licença para a venda, mas não concedê-la.

Em acréscimo à análise dessas restrições, alinha-se a observação, segundo a qual, geralmente, todos os contratos onerosos de que possa resultar prejuízos às legítimas de outros filhos mereceram limites nos sistemas jurídicos consagradores do princípio da igualdade dos quinhões hereditários.

D. Duarte Nunes de Leão, jurista responsável pela consolidação de leis esparsas publicadas após o Código Manuelino, manteve o instituto que integrou o texto das ordenações Filipinas, em 1603, no título XII, do Quarto Livro.

Outra característica de essencial significado jurídico para o instituto é a natureza da nulidade absoluta de sua incidência, de acordo com as expressões “será nenhuma” e “de nenhum efeito” a venda celebrada em violação a esse preceito. Instituído a proibição, peremptoriamente, a disposição é de ordem privada, objetivando afastar os desentendimentos no âmbito familiar, alcançar, simultaneamente, a venda sob “engano” ou “burla”, má fé, direta e indiretamente, ainda que o ato da celebração do negócio jurídico tenha atendido aos requisitos da boa fé, mas viabilizando questões judiciais, acirrando as animosidades entre parentes.

Aduz-se ainda o fato de que a recusa ao assentimento poderia ser discutido em sede do Conselho de Família, instituto do sistema processual-civil das ordenações, cuja composição de membros familiares atendia ao critério da precedência dos parentes paternos e maternos.

O regime jurídico do instituto vigorou através das reformas e projetos que precederam a vigência do Código Civil Portu-

guês de 1868, 1965 e de 1981, segundo se infere da obra de Melo Freire, Coelho da Rocha<sup>3</sup>, no Brasil, e Franco de Castro<sup>4</sup>. Historicamente, a unificação do Direito Civil Português constituiu-se num árduo processo de técnica legislativa, em razão do caráter multifário de suas fontes expresso por alvarás, cartas régias, decretos, resoluções, provisões, portarias, assentos da extinta casa de suplicação, o direito consultudinário e subsidiário, compreendido o canônico e disposições do direito romano, opiniões de praxistas e, em diminuta escala, as leis estrangeiras.

A alteração a que procedeu o Código contemporâneo situa-se na limitação ao terceiro grau da linha reta descendente, em caso de venda, na medida em que a vida média de um homem comum não alcança a quarta geração, como trinetos e tetranetos.

A controvérsia sobre a desigualdade das legítimas ressurgiu após o descesso dos genitores, recebendo uns ascendentes apenas o remanescentes dos bens da partilha, enquanto outros contemplados com a venda já integraram o bem a seus respectivos patrimônios. A prática de privilégios, como, o direito de primogenitura, ou relações mais próximas com os filhos caçulas e a administração dos bens dos genitores criou um clima de discórdias em face dos destino do patrimônio, por ocasião da partilha, razão pela qual, os litígios proliferaram e acabaram por resultar na medida adotada pela ordenação, cujo preâmbulo já faz alusão à prevenção de “enganos” e “demandas”.

No Direito Civil Brasileiro, em vigor, o instituto recepciona-se na disposição do artigo 1.132, dentre os princípios gerais aplicáveis aos Contratos, assim expresso: “Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expres-

---

<sup>3</sup> COELHO DA ROCHA, M.A. Instituições de direito Civil Português, ed. 1852, vol. 1º.

<sup>4</sup> FRANCO DE CASTRO - Enciclopédia do Povo e das Escolas, ed. 1874, p. 516.

samente o consintam”.

Os antecedentes legislativos das Consolidações imperiais, no Brasil, igualmente registraram a proibição, que residia no afastamento da fraude, ou do traspasse de bens pelos genitores a favor de algum ou alguns dos descendentes sob a forma de venda.

No campo doutrinário, os juristas formaram opinião pelo caráter nulo da venda e pelo caráter anulável, constituindo-se, a segunda categoria, a mais numerosa, aspecto que não significa que seja a mais correta, quer sob a ótica da dogmática esposada pelo Código, quer sob o enfoque da origem do instituto no espírito das ordenações Manuelinas, as quais fulminavam de nulidade a venda, quer se realizasse por via direta ou por via oblíqua, mediante o emprego de recurso fraudulento.

Na verdade, a vertente doutrinária brasileira se dividiu entre as teses da nulidade e da anulabilidade da venda de ascendente a descendente, preferencialmente em observância ao prazo prescricional para se propor a pretensão anulatória, por ausência de dispositivo expresso nos prazos prescricionais da parte geral do Código Civil em vigor, que em atenção à natureza jurídica da proibição oriunda do Direito Português.

Ademais, a jurisprudência nacional fomentou a opinião tendente à interpretação favorável à tese da anulabilidade, cuja predominância, a nosso ver, equivocada, cristalizou-se na edição das Súmulas nº 152 e 494, do Supremo Tribunal Federal, que assim estabelecem: “A ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão” e “A ação para anular a venda de ascendente a descendente sem consentimento dos demais prescreve em vinte anos contados da data do ato, revogada a Súmula 152”.

Em face desse entendimento, a matéria migrou do capítulo relativo aos vícios do consentimento, na modalidade da Simulação, cujo prazo prescricional para o exercício da pretensão anulatória é de quatro anos, para o prazo de ações obrigacionais



gerais, cujo prazo para a pretensão executória é de vinte anos, sem qualquer exame sobre a natureza específica da restrição ao poder de alienar inerente a essa venda.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é o fato de que os tribunais brasileiros se detiveram no caso da Simulação da Doação sob forma de venda, ou da venda por interposta pessoa, como causa única de proibição de venda de ascendente a descendente, sem considerar que o alcance do princípio refoge à prática da Simulação nos negócios jurídicos de compra e venda em geral, diferenciada, portanto, da venda a descendente, a qual, por força de lei, ou melhor, de norma de ordem pública, cria uma restrição, ou, em técnica mais adequada, uma limitação ao poder de alienar, ressalvada a hipótese de consentimento expresso dos demais descendentes.

Pontes de Miranda<sup>5</sup> após o exame dos escólios dos textos das ordenações comenta: “O fundamento é o de pré-excluir enganos e demandas entre ascendentes e descendentes, o que estava explícito nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 12, mais, portanto, do que evitar dissimulação de doações. Não se falou em legítimas. As doações são permitidas; o que se repele, por nulo, é o excesso que fere as legítimas”.

Neste sentido, a ação do Código Civil, art. 1.132, é subsidiária da ação de petição de herança, sendo a primeira, imprescritível, por se tratar de nulidade e não de anulabilidade. Caso, se trate de simulação de venda, aplica-se à hipótese, a “*fraus legem*”, também causa de nulidade, que não é sanável por assen-

---

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA - Tratado de D. Privado. Rio, Borsoy, p. 78 e 55. Col. XXXIX.

timento posterior de descendentes outros que não declararam sua vontade na celebração do negocio.

O termo “venda” no artigo 1.132, abrange a troca ou permuta, com dispositivo específico no Código, quanto à proibição do aludido artigo, além da dação em soluto e também a promessa de compra e venda.

Todavia, no Projeto de Código Civil, tramitando no Senado Federal, no artigo 494, a Comissão classificou a venda de ascendente a descendente, na categoria dos atos anuláveis, oportunizando, provavelmente, no futuro, um cenário de litígios familiares, pois que, como predissera Teixeira de Freitas<sup>6</sup> “nas vendas, por mais que exteriormente pareçam iguais, não cessa a razão de suspeita de fraude”.

---

<sup>6</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto - Consolidação das Leis Civis, ed. 1876 p. 369.