Penso exprimir o pensamento dos meus pares na Congregação desta Faculdade, antecipando, nesta noite inesquecível, o convite para que o nobre professor venha partilhar das comemorações com que haveremos de assinalar a obra daqueles insignes magistrados que, no comêço do século, erigiram as paredes desta casa que foi para êles e continua a ser para nós, os seus sucessores, um templo e um sacrário.

Peço que sejais, sr. professor, o portador da nossa cordial mensagem aos vossos ilustres colegas da congregação da Faculdade de Montevideu, na qual depositamos a confiança de que o Brasil e o Uruguai continuem a ser como duas pátrias irmãs, com destinos comuns no campo da civilização e da cultura, de que o Direito é a viga fundamental.

A nossa gratidão e a nossa admiração, sr. professor Aparício Méndez."

CONTROVÉRSIA ANTIGA

João Amorim de Albuquerque

Notas sobre o momento inicial da ação de nulidade da venda feita pelo ascendente ao descendente, ou da troca desigual entre ambos celebrada, sem que os outros descendentes consentissem.

N. da R. — Vulto sem igual no panorama jurídico do Rio Grande do Sul, o Professor e Desembargador João Amorim de Albuquerque não deixou infelizmente obra sistemática, que lhe refletisse todos os aspectos do talento e da cultura irrealizáveis.

Publicado, além de seus pareceres como jurisconsulto, de seus votos como juiz e de seus arrazoados como advogado, todos admiráveis, apenas se lhe conhece o ensaio que abaixo reproduzimos. Pela nitidez e segurança do pensamento, pela vastidão e elegância da erudição, "Controvérsia antiga" dá-nos, porém, uma idéia, ainda que incompleta, do seu vigor intelectual, da sua probidade científica, da extensão e profundidade da sua cultura, somente comensuráveis, como todos quantos o conheceram poderão atestar, somente incomensuráveis à perfeição moral de sua vida.

1 — "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" — prescrevia el-rei dom Felipe, nas ordenações de 1603 (livro 4.º, título 12), corroborando as manoe-linas de 1513 (livro 4.º, título 82) — "determinamos que ninguém faça venda alguma a seu filho, ou neto, nem a outro descendente, nem, outrossim, faça, com os sobreditos, troca que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor".

Essa disposição, singularidade do velho direito lusitano ⁽¹⁾ que ilustres críticos argüem de inconveniente e odiosa ⁽²⁾, subsiste, quase inalterada e em perfeito vigor, nos atuais códigos civis de Portugal (arts. 1565 e 1594) e do Brasil (arts. 1132 e 1164; II). Apesar, entretanto, de seus quatro séculos de existência e de suas freqüentes aplicações judiciais, numerosas, ainda hoje, são as dúvidas com que desafia a sagacidade dos intérpretes.

Das questões que, a seu respeito, se têm suscitado, uma das mais debatidas e não das menos interessantes é a relativa ao momento inicial da ação que compete ao descendente, para demandar a nulidade da venda, ou troca desigual, em que não consentiu, celebrada entre o ascendente e outro descendente.

2 — GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, o épico da Ulisséa e jurisconsulto de largo renome, nas "Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae" ⁽³⁾, publicadas em 1621, sustentou não poder o filho que não consentiu na venda feita pelo pai a outro filho, impugná-la, antes do falecimento do vendedor, porque seria pedir legítima quando esta ainda não era devida ⁽⁴⁾, acrescentando, de acôrdo com a prática então corrente no fôro português, que a única providência facultada ao filho é a de requerer que, por ofício do juiz, se declare, em vida do pai, que êle, filho, não será prejudicado por essas alienações, nem contra êle poderá ser invocada a prescrição dos bens alienados ⁽⁵⁾.

Essa opinião do célebre reinícola, vulgarizada pelos Comentários

(1) MANOEL BORGES CARNEIRO, Direito Civil de Portugal, § 182, n.º 5, tomo 2.º, pág. 215, ed. Lisboa, 1867; ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, alegações forenses, em "O Direito", vol. 77, e no Repertório Geral de Jurisprudência, Doutrina e Legislação dirigido por Spencer Vampre, Dos Contratos no Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, págs. 463-465; J. M. DE AZEVEDO MARQUES, estudo, na Revista dos Tribunais, de São Paulo, vol. 71, pág. 6.

Os arts. 1796 do código civil chileno e 1359 do argentino, a que aludem JOÃO LUIZ ALVES e CLÓVIS BEVILÁQUA em seus comentários ao art. 1132 do nosso, tratam de hipótese completamente diversa (compra e venda entre pai e filho sob o pátrio poder).

Comp. o que, já no 16.º século, dizia o insigne ALVARO VALASCO, a propósito da extensão da legítima no antigo direito português: — "... in hoc Regno, parentes sunt in majori summa filiis obnoxii quam in aliqua parte orbis Christiani, ut merito dictum sit ab antiquis quod Hispani, praesertim Lusitani, sunt servi filiorum suorum, quia fere omnem substantiam filii parant et acquirunt et de modico tantum possunt dispendere". — Praxis Partitionum et Collationum, cap. XVII, 2, em Opera Omnia, ed. 1740, Coloniae Allobrogum, tomo 3.º, pág. 91.

(2) ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO e J. M. DE AZEVEDO MARQUES, lugares citados em a nota anterior; FELÍCIO DOS SANTOS, Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário, vol. 4.º, pág. 177, ed. 1886.

O esboço de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 1886) e os projetos de FELÍCIO DOS SANTOS (arts. 2047-2052) e COELHO RODRIGUES (arts. 597-601) não consagravam a proibição que veio a prevalecer nos arts. 1132 e 1164, II, do código civil brasileiro, correspondentes aos arts. 1271 e 1303, II, do projeto primitivo de Clóvis Beviláqua e aos arts. 1273 e 1324, 2.º, do revisto pela comissão nomeada pelo governo.

(3) Decis. 44 — "An filius in vita patris sit audiendus pro annullanda confessione patris in favorem alterius filii? Ad Ordin. lib. 4, tit., 12".

(4) Decis. 44, n.º 5 — "... quia videtur agere pro legitima in vita parentis cum eo tempore non debeatur".

(5) Decis. 44, n.º 6 — "Quare filius solum admitti potest ut, per officium iudicis, in vita patris, declaretur ne sibi praejudicent tales alienationes nec nocere possit agenti longaeva possessio, prout in simili casu fieri posse testatur SOARES, Alleg. a n. 6 & huic sententiae accessit D. Emmanuel COUTINHO CASTELBRANCO, qui sub forma & declaratione praedicta sententiam scripsit, est processus apud scribam Vianna".

de SILVA ⁽⁶⁾, influuiu poderosamente nos juristas posteriores, a maioria dos quais, no entanto, não a soube reproduzir com a exatidão desejável.

Assim, MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO) reduz a um mero protesto o procedimento judicial que PEREIRA e SILVA concediam, em vida do pai vendedor, ao filho discordante ⁽⁷⁾.

Mais conciso, BORGES CARNEIRO não se referiu sequer a tal protesto, limitando-se a notar que a nulidade da venda feita a um filho sem o consentimento dos outros, não podem êstes "alegá-la em vida do pai, porque isso seria demandar em vida a sua legítima" ⁽⁸⁾.

Como o último, também o nosso TEIXEIRA DE FREITAS: — "os próprios filhos não podem argüir tal nulidade durante a vida dos ascendentes doadores, pois que fôra demandar sua legítima antes de tempo" ⁽⁹⁾.

Sob o prestígio desses grandes nomes, formou-se e desenvolveu-se, na doutrina e na jurisprudência pátrias, forte corrente, preponderante nos tribunais do Rio, de São Paulo e de Minas Gerais, no sentido de que é absolutamente vedado ao descendente que não consentiu na venda, ou permuta desigual, feita pelo ascendente a outro descendente, demandar a nulidade de qualquer desses contratos, antes da morte do ascendente que os efetuou ⁽¹⁰⁾.

(6) MANOEL GONÇALVES DA SILVA, Comentariorum ad Ordinationes Regni Portugalliae, liv. 4., tit. 12, n. 57, Lisboa, 1740.

(7) Notas de Uso Prático e Críticas (a Melo Freire), ed. Lisboa, 1863, vol. 2.º, págs. 112-113: — "Por mais que seja nula a tal venda feita sem o consentimento dos filhos, ela subsiste enquanto vive o pai; e nem êle mesmo a pode impugnar, como contra Barbosa diz retamente Silva, a n. 49, e conduz Stryk., vol. 6, disp. 2, e vol. 11, disp. 17, nem os filhos, que só têm direito para a impugnar depois da morte do pai e apenas, enquanto êle vive, podem fazer um protesto. PEREIRA, Decis. 44, nem qualquer terceiro, Altamar., tomo 6, pág. 261". — Comp. Tratado das Obrigações Recíprocas, § 252, págs. 141-142 da ed. Lisboa, 1852.

(8) Direito Civil de Portugal, § 182, n. 15, tomo 2.º, pág. 216, onde cita a SILVA, n. 57, e PEREIRA, Decis. 44, n. 5.

(9) Consolidação das Leis Civis, nota 89 ao art. 584, com apoio em SILVA, n. 57.

(10) Sob o regime das ordenações: — CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, Código Filipino, Rio, 1870, pág. 793, nota 1; JOÃO ANTÔNIO DE SOUSA RIBEIRO, parecer de 13-3-1895, no Repertório Geral de Spencer Vampre, vol. cit., pág. 412; CLÓVIS BEVILÁQUA, parecer de 10-10-1900, em O Direito, vol. 83, pág. 403; ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, alegações forenses, no Repertório de S. Vampre, vol. cit., pág. 469; sentença de 3-11-1894, do juiz de direito de Cantagalo, MANOEL ANTÔNIO BRAUNE, e acórdãos de 15-9-1895, 10-7-1896 e 1-7-1898, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no Repertório e vol. cit., págs. 416, 417, 418 e 472; acórdão de 12-2-1908, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE S. PAULO, que invoca a seu favor a "jurisprudência uniforme" do mesmo tribunal, no São Paulo Judiciário, vol. 16, págs. 309-310, e na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 8.º, págs. 376-377; sentença de 27-3-1909, do juiz de direito de Limeira, GASTÃO DE SOUSA MESQUITA, confirmada por acórdão de 13-10-1909, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no São Paulo Judiciário, vol. 21, págs. 170-171; sentença de 16-12-1915, do juiz de Carangola (Minas Gerais), FERNANDO DE MELO VIANA, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 25, págs. 410.

Na vigência do código civil: — CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, Prática Civil, vol. 3.º, pág. 233; JAIR TOVAR, estudo, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 98, pág. 479; FRANCISCO MORATO, alegações forenses, no Repertório Geral de S. Vampre, vol. cit., pág. 381; DANIEL DE CARVALHO, alegações forenses, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 49, págs. 377-383; acórdão de 20-12-1928, da 3.ª câmara da CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL, confirmativo de sentença de 23-7-1928, do juiz de direito da 3.ª vara civil do mesmo Distrito... AUGUSTO SABÓIA DA SILVA LIMA, na Revista de Direito cit., vol. 94, págs. 326-327; acórdãos de 28-4-1922 e 18-6-1926,

3 — O fim da lei — argumentam os partidários dessa corrente — o fim da lei, ao proibir que o ascendente venda ao descendente, ou com êle efetue troca desigual, sem que os outros descendentes o consintam, é garantir a igualdade das legítimas, impedindo que, dissimuladas sob a aparência de contratos onerosos, se subtraíam doações à colação imposta pela mesma lei aos descendentes favorecidos pela liberalidade do ascendente comum (ord. filip., liv. 4.º, tit. 97; cód. civ. port., art. 2098; cód. civ. brasileiro, arts. 1785 e 1786). A nulidade da venda, ou troca, feita contra essa proibição legal é, portanto, remédio protetor da legítima; e é demandar legítima o demandar aquela nulidade.

Ora — continuam — o direito à legítima é direito hereditário: somente se adquire quando, falecido o autor da herança, se lhe abre a sucessão. Antes desse momento, o herdeiro futuro, mesmo o necessário, não tem senão mera expectativa; e a expectativa, a simples esperança de aquisição de um direito, não autoriza ação judicial em defesa do direito esperado.

Além disso — afirmam os defensores da opinião exposta — a

do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, o primeiro no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 493, e o segundo nas Pandectas Brasileiras, de Eduardo Espinola, vol. 1.º, parte III, pág. 84; sentença de 27-1-1930, do juiz de direito na capital de São Paulo; MANOEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ, na Revista dos Tribunais, desse Estado, vol. 74, pág. 170; acórdãos de 27-9-1922, 3-2-1923, 15-10-1924, 6-12-1924, 24-9-1927, 19-10-1927 e 5-9-1928, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vols. 40, págs. 281-282 e 430, 44, págs. 210-212 e 488-489, 45, págs. 285-287, 50, págs. 57 e 80-81, e 51, pág. 575; acórdão de 23-9-1927, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, no Paraná Judiciário, vol. 10, pág. 178.

O acórdão de 6-9-1926, da 2.ª Câmara do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL, nas respectivas Decisões, pág. 802, adotou, num de seus considerandos, a opinião a que se refere esta nota; mas, como esclareceu o acórdão de 25-9-1930 (inédito), das Câmaras Reunidas do mesmo Tribunal, nos embargos civis n. 3953, entre partes Nocieto José da Silva e outros, embargantes, e Severo José da Silva e outros, embargados, aquele considerando, simples alegação incidente, sem influência no dispositivo do acórdão, exprime, apenas, o voto do relator (desembargador LUCAS ALVARES), pois os demais signatários do mesmo acórdão têm opinião bem conhecida em contrário. Quanto ao desembargador CAIO CAVALCANTI, que, em voto vencido no citado acórdão de 25-9-1930, das Câmaras Reunidas, aderira à lição de Teixeira de Freitas, parece tê-la abandonado posteriormente, pois no acórdão de 10-10-1931 (inédito), das Câmaras Reunidas no mesmo Tribunal, de que foi relator, nos embargos civis n. 3995, entre partes Basília Leonardelli Brandt e outros, embargantes, e Zelinda Scotti Leonardelli e outros, embargados, decidiu que a questionada ação, em se tratando de imóveis, surge no momento em que é transcrita, no registro público, a escritura de compra e venda.

Divergem as decisões e pareceres citados nesta nota, no caso da venda de bens comuns pelo casal, entendendo alguns que a ação do descendente prejudicado somente nasce depois de falecidos ambos os cônjuges vendedores (sent. do juiz de Cantagalo, MANOEL ANTÔNIO BRAUNE, em 3-11-1894; acórdão de 13-9-1895, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; voto vencido do desembargador SANTOS CAMPOS, no acórdão de 10-7-1896, do mesmo Tribunal; voto vencido do ministro POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, no acórdão de 28-4-1922, do Tribunal de Justiça de São Paulo; acórdão de 15-10-1924, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS; alegações forenses de ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 430), admitindo outros, em maioria, que tal ação pode ser proposta desde que ocorra o falecimento de um dos vendedores, marido ou mulher (acórdãos de 10-7-1896 e 1-7-1898, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; acórdão de 28-4-1922, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO; sentença de 15-7-1901, de SORIANO DE SOUSA JÚNIOR, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 483; alegações forenses, de FRANCISCO MORATO, no Repertório e vol. cit., pág. 381). Não nos consta haja, tido seguidores o aludido parecer de J. A. DE SOUSA RIBEIRO, subordinando a proposição da ação do filho, exclusivamente, à morte do pai vendedor, sob o fundamento de que a mãe "intervém, não para vender mas para conceder ao marido a outorga necessária à validade da venda".

expectativa de que aqui se trata, concerne a herança de pessoa viva; e de pessoa — o ascendente — a quem os titulares dessa expectativa devem respeito, elemento imprescindível à constituição da família, base de nossa organização social. Seria, pois, não só contrário à lei (cód. civ., art. 1089), mas "incompatível com a moral vigente", permitir a filhos e netos pleitear a nulidade de atos do ascendente ainda vivo, acusando-o de burlas que desdouram, "sobretudo com a faculdade de esmerilhar o patrimônio do doador, a fim de verificar a suspeita de que esteja fraudando as cobiçadas legítimas" (11).

Nesse sentido — acrescentam — era expressa a ordenação filipina do livro 4.º, título 12, concisamente reproduzida, "conforme o estilo moderno", nos arts. 1132 e 1164, II, do nosso código civil, não só quando exigia o consentimento dos "outros filhos, netos, ou descendentes, que *houverem de ser herdeiros* do dito vendedor" — condição inverificável antes do falecimento deste —, como, ainda, quando, depois de declarar "nenhuma e de nenhum efeito" a venda, ou troca, realizada sem aquele consentimento, ou licença régia que o suprisse, estatuiu, em termos peremptórios, que, *por morte do vendedor*, a coisa que assim fôr vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do vendedor e fôra sua ao tempo de sua morte, sem, por isso, pagarem preço algum ao que a comprou" (12).

E concluem, dogmáticamente: — antes da morte do ascendente-vendedor, ou permutante, "o descendente prejudicado não tem inte-

(11) DANIEL DE CARVALHO, alegações forenses, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 49, pág. 382.

(12) Os que, na ordenação no liv. 4.º, tit. 12, viam mera presunção legal de fraude à legítima, idêntica mediante prova em contrário (neste sentido, ainda depois do código civil, J. M. DE AZEVEDO MARQUES, estudo citado, na Revista dos Tribunais, de São Paulo, vol. 71, pág. 4, e TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 7-11-1928, na Revista Forense cit., vol. 52, págs. 157-159), alegavam, também, que só depois de falecido o ascendente se poderia apurar a existência ou inexistência de fraude, à vista da ord. do liv. 4.º, tit. 97, § 4.º in fine, segundo a qual, na verificação da inoficiosidade das doações feitas aos filhos e que não tivessem por motivo o casamento destes, "se olhará o que os bens do doador valerem ao tempo de sua morte". (Comp. MORAIS MELO JÚNIOR, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 372-373).

A alegação não teria valor, em face do código civil brasileiro (arts. 1176 e 1788), que, diversamente das ordenações filipinas, manda atender, para o fim mencionado, ao "tempo da doação", ao "momento da liberalidade" argüida de inoficiosa. Mesmo, porém, no regime anterior, repeliem-na os mais autorizados juristas, atento o caráter absoluto, "juris et de jure", geralmente atribuído à presunção de fraude insita ao preceito da ord. do liv. 4.º, tit. 12 (M. DE ALMEIDA E SOUSA, de LOBÃO, Notas de Uso Prático e Críticas (a Melo Freire), ed. cit., parte 2.ª, pág. 113, e Tratado das Obrigações Recíprocas, § 253, pág. 142 da ed. cit., LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, parecer de 11-10-1900, em O Direito, vol. 83, pág. 396; CARLOS DE CARVALHO, parecer de 10-10-1900, em O Dir., vol. cit., pág. 399; CLÓVIS BEVILÁQUA, parecer de 10-10-1900, em O Direito, vol. cit., pág. 402; Câmara Civil da CÔRTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL, acórdão de 21-7-1898, confirmado, em embargos, pelas Câmaras Reunidas, em acórdão de 21-9-1899, na Revista Jurisprudência, de Raja Gabaglia, vol. 8.º, págs. 198-199; SORIANO DE SOUSA FILHO, sentença de 15-7-1901, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 477; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 25-7-1918, na Revista Forense, vol. 31, pág. 46; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, acórdão de 28-4-1922, no Repertório e vol. cit., pág. 495).

resse econômico ou moral que possa legitimar o pedido de nulidade da venda", ou permuta (cód. civ. bras., art. 76) ⁽¹³⁾.

4 — Toda a argumentação que acabamos de resumir, por mais brilho e seduções que lhe emprestem alguns de seus paladinos, padece, a nosso ver, insanavelmente, de um vício fundamental: — confundir a ação de nulidade da venda, ou permuta, efetuada entre ascendente e descendente, sem a concordância dos demais descendentes, com a que o douto CORREIA TELES denominou "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima" ⁽¹⁴⁾.

São ações perfeitamente distintas.

Por aquela, o descendente demanda, apenas, o reconhecimento judicial da ineficácia da venda, ou permuta, infringente da proibição da lei. Pela última, pede que, reconhecida essa ineficácia e, pois, a permanência dos bens vendidos, ou permutados, no patrimônio do ascendente infrator, seja o descendente que os adquiriu, condenado a comparti-los com os co-herdeiros necessários ⁽¹⁵⁾.

Remata a primeira com uma sentença meramente declarativa. A segunda, se procedente e processada em forma regular, termina com uma sentença de condenação, dotada de força executória ⁽¹⁶⁾.

Como é diverso o escopo e a natureza, diverso é, também, o fundamento, diversas as condições de exercitabilidade dessas duas ações.

A ação de partilha dos bens nulamente vendidos, ou permutados, baseia-se, por sem dúvida, no direito inauferível do descendente à herança do ascendente vendedor, ou permutante (cód. civ. bras., art. 1721); não pode, conseqüentemente, ser proposta, antes da morte do

(13) DANIEL DE CARVALHO, l. cit., pág. 377. Vejam-se, também, especialmente, o acórdão de 27-9-1922, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, na Revista Forense, vol. 40, págs. 281-282; voto do desembargador SANTOS CAMPOS, no acórdão de 10-7-1896, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 422-424; voto do ministro POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, no acórdão de 18-6-1926, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, nas Pandectas Brasileiras, vol. 1.º, parte III, pág. 84.

(14) Doutrina das Ações, § 138, pág. 91 da 6.ª ed. (Silva Ramos), 1865, Rio: — "Compete ao filho herdeiro, contra o irmão, ao qual o pai vendeu alguns bens, sem consentimento do autor; pede que os dê à partilha, como se o pai os possuísse ao tempo de sua morte".

(15) Na "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima", qual a figura CORREIA TELES, há, realmente, duas ações cumuladas — a declaratória da nulidade da permuta, ou venda, e a de partilha dos bens permutados, ou vendidos —, apresentando-se a primeira como simples questão prejudicial em relação à segunda.

(16) Sobre a distinção entre ações e sentenças meramente declaratórias, ou recognitivas (azioni di accertamento, Feststellungsklagen, acciones praejudiciales), e ações e sentenças de condenação, ou executórias, e sobre a inclusão da ação de nulidade na primeira classe, vejam-se, entre outros: — WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, trad. de Fadda e Bensa, § 45, págs. 129-130 do 1.º vol., ed. 1925; ALFREDO ROCCO, La Sentenza Civile, ns. 53, 62 e 63, págs. 139-141 e 157-163; G. CHIOVENDA, Principii di Diritto Processuale Civile, 3.ª ed., 1923, §§ 6.º e 7.º, págs. 157-179; N. COVIELLO, Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale, 2.ª ed., 1915, págs. 504-507; F. FERRARA, Della Simulazione, 5.ª ed., 1922, n. 83, págs. 343-344; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, A Simulação em Direito Civil (Português), vol. 2.º, pág. 9 e segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, Manual do Código Civil Brasileiro dirigido por Paulo de Lacerda, vol. 3.º, parte I, págs. 516-517; COSTA MANSO, sobre o projeto do código do processo civil do Estado de São Paulo, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 48, pág. 17 e segs.; CARLOS CAMPOS, relator do parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, para 3.ª discussão do projeto que se converteu na lei mineira n. 1.111 de 19-10-1929, na Revista Forense, vol. 52, pág. 397 e segs. V., também, a lei mineira citada e o código do processo civil e comercial do Distrito Federal, arts. 576-580.

ascendente, porque só então terá o descendente direito à legítima (cód. cit., arts. 1572 e 1577). Era o que esclareciam as velhas ordenações do reino (liv. 4.º, tít. 12), ao determinarem que só "por morte do vendedor, a coisa que assim fôr vendida, ou trocada, será partida, entre os seus descendentes que seus herdeiros forem".

A ação, porém, simplesmente declaratória da nulidade da venda, ou permuta, baseia-se, não no direito à legítima, e, sim, no direito do descendente a que, sem o seu consentimento, não faça o ascendente, a outro descendente, venda ou permuta desigual (cód. civ. bras., arts. 1132 e 1164, II); e, como esse direito se manifesta íntegro, desde que o ascendente pretenda efetuar o ato proibido, a ação de nulidade que o assegura (cód. civ. bras., arts. 75 e 145, V), poderá ser proposta, ainda em vida do ascendente, desde o momento em que o mesmo direito tenha sido violado ⁽¹⁷⁾. E' o que reconhece o nosso código civil (art. 178, § 9.º, V, b), ao mandar que, no caso de violação dissimulada, se conte o prazo da prescrição da ação anulatória, "do dia em que se realizar o ato ou o contrato", pois, como do mesmo código se infere (arts. 170, I, e 177), a prescrição das ações não corre senão "da data em que poderiam ter sido propostas" ⁽¹⁸⁾.

5 — Objetam, porém, os propugnadores da doutrina criticada que, embora tenha por si o texto da lei, não pode ser admitida, nos termos e com as conseqüências que apontámos, a distinção entre o direito do descendente à legítima e o direito do mesmo descendente a intervir, dando ou negando seu consentimento, na venda, ou permuta desigual, que o ascendente faça a outro descendente: — seria — dizem — adotar "o processo mecânico de aplicação literal do código, sem levar em conta o seu espírito, nem procurar um nexo lógico entre as diversas partes do mesmo" ⁽¹⁹⁾. Distinguir-se não é ser independente: distinta da principal é a coisa acessória, mas segue-lhe o destino (cód. civ. bras., art. 59). Ora — asseveram — "o art. 112 contém uma vantagem concedida ao descendente como acessório à sua expectativa de tornar-se herdeiro por morte do ascen-

(17) JOÃO MONTEIRO, Curso de Processo Civil, 1899, vol. 1.º, § 13, pág. 87: — "O fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada".

(18) "Actioni nondum natae non praescribitur". Comp. ord. filip., liv. 4.º, tít. 79, pr.: COELHO DA ROCHA, Direito Civil Português, § 457, vol. 2.º, pág. 317, ed. 1917; ALMEIDA OLIVEIRA, A Prescrição, págs. 78 e 276, ed. 1914; EDUARDO ESPÍNOLA, Sistema do Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, pág. 607, 2.ª ed.; CLÓVIS BEVILÁQUA, Teoria Geral do Direito Civil, § 80, pág. 379, 2.ª ed., e Código Civil Comentado, observação I ao art. 170, vol. 1.º, pág. 441, 4.ª ed.; SPENCER VAMPRÉ, Código Civil Anotado, 1917, pág. 146; L. F. S. CARPENTER, Manual do Código Civil Brasileiro dirigido por Paulo de Lacerda, vol. IV, n. 107, pág. 269 e segs.; A. FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. XI, n. 202, pág. 91. Quanto ao direito romano: — cód. justinianeus, liv. VII, tít. XXXIX, fr. 7, § 4.º; SAVIGNY, Diritto Romano Attuale, trad. V. Scialoja, vol. V, § 239, pág. 324 e segs. Quanto ao direito estrangeiro contemporâneo: — cód. civ. alemão, § 198; Ruling Case Law, vol. 17, "Limitation of Actions", n. 116, pág. 748, e n. 129, pág. 765; FELIPE SANCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, 2.ª ed., tomo IV, pág. 405; BIAGIO BRUGI, Istituzioni di Diritto Civile Italiano, 3.ª ed., § 34, pág. 273; M. PLANIOL, Traité Élémentaire de Droit Civil, 7.ª ed., vol. 2.º, n. 650, pág. 208.

(19) DANIEL DE CARVALHO, alegações cits., na Revista Forense, vol. 49, pág. 379.

dente". Portanto, "para êle poder fazer valer essa faculdade outorgada pela lei, mister se faz que adquira a qualidade de herdeiro, o que (sòmente) se dá com a morte do "de cujus" (20). E insistem, citando o art. 1577: — "em vida do ascendente, ninguém tem qualidade para propor ação, porque ninguém tem direito à herança, nem mesmo direito eventual, mas, simples expectativas que a lei lhe pode tirar" (21).

A objeção não colhe.

Inútil perquirir se, antes de aberta a sucessão, o futuro herdeiro necessário tem, quanto à legítima, mera expectativa, como de ordinário se apregoa, ou verdadeiro direito eventual, como parece resultar do sistema do nosso código civil (22); inútil, porque não existe, para qualquer dessas duas situações jurídicas, "regra geral alguma de proteção", tornando-se preciso "ver, em cada caso, se a lei quis proteger antecipadamente a expectativa de direito, ou o direito eventual, e como o quis proteger" (23); inútil, sobretudo, por que a lei não subordina o direito do descendente a intervir na venda, ou permuta desigual, feita a outro descendente pelo ascendente comum, ao direito do mesmo descendente à legítima futura, não faz daquele mero acessório dêste, antes, em face dêste, o caracteriza como direito perfeitamente autônomo.

A proibição da ord. do liv. 4.º, tít. 12, como dos arts. 1132 e 1164, II, do nosso código civil e 1565 e 1594 do português, tem, evidentemente, por fim garantir a igualdade das legítimas e funda-se na observação de que as vendas e trocas desiguais feitas pelos pais,

(20) DANIEL DE CARVALHO, *lug. cit.*, pág. 381.

(21) DANIEL DE CARVALHO, *lug. cit.*, pág. 380.

(22) Se, como ensina EDUARDO SPÍNOLA (*Manual cit.*, vol. 3.º, parte I, pág. 96), "é a circunstância de se encontrar certa proteção na lei que indica a existência de alguma coisa mais do que uma simples expectativa de direito", quer dizer, a existência de um direito eventual, — como negar, em face do nosso código civil, a existência de um verdadeiro direito eventual à legítima, antes de aberta a sucessão, quando é certo que o mesmo código protege, ainda nesse período, os herdeiros necessários, facultando-lhes promover a interdição do autor da herança futura, no caso de prodigalidade (art. 460), decretando a nulidade das doações, quanto à parte excedente à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (art. 1176), e, para maior segurança das legítimas dos descendentes, proibindo que o ascendente venda a algum descendente, ou com êle efetue troca desigual, sem que os outros descendentes expressamente consintam (arts. 1132 e 1164, II)? E SPÍNOLA, *vol. cit.*, pág. 88, influenciado pela doutrina estrangeira, diz que "a ordem jurídica nenhuma proteção especial confere a essa expectativa, no sentido de garantir a futura formação do direito" dos legítimários; mas, ressalva êle próprio "o caso especial de prodigalidade (art. 460)" do autor da esperada herança e esqueceram-lhes os arts 1132, 1164, n. II, e, principalmente, 1176, que singularizam o direito pátrio na legislação universal (vejam-se as observações de CLÓVIS BEVILÁQUA, ao art. 1176, no Código Civil Comentado, vol. 4.º, págs. 352-354, 3.ª ed.). E' de notar, pelo que tange ao direito estrangeiro, que, em Portugal, cujo código é o que mais se aproxima do nosso, nesta matéria, a opinião dominante nos tribunais é a favor da existência de genuíno direito eventual, e não mera expectativa, dos futuros herdeiros necessários, antes de aberta a sucessão (vejam-se as decisões citadas em a nota 1 da pág. 41 do 2.º vol. da citada obra de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS), apesar da lei portuguesa não consagrar nenhuma disposição equivalente ao art. 1176 do nosso código civil; e no mesmo sentido se pronuncia, em relação ao código francês, R. DEMOGUE, o eminente jurista a quem tanto deve a teoria do direito eventual (*De la Nature et des Effets du Droit Éventuel*, na *Revue Tri-mestrielle de Droit Civil*, tomo 5.º, 1906, págs. 293-294).

ou avós, a alguns de seus filhos, ou netos, geralmente encobriam doações, em prejuízo daquela igualdade.

Com êsse propósito e fundamento, a ordenação filipina presumia, na venda, ou permuta, proibida, a dissimulação de uma liberalidade ao descendente comprador, ou permutante, e liberalidade ofensiva das legítimas dos outros descendentes, mandando partilhar, por morte do ascendente, entre todos os "seus descendentes que seus herdeiros forem", a coisa vendida, ou permutada, "sem por isso, *pagarem preço algum ao que a comprou*"; mas, presumia-a sempre, de modo absoluto, ainda que plenamente se provasse a inexistência de fraude, a realidade da venda, ou permuta, e nenhum prejuízo ao direito dos legítimários que nela não intervieram (24). Não se tratava, assim, de verdadeira presunção, limitada à defesa da legítima; mas, de norma imperativa especial (25), sancionadora de um direito que, se bem criado em contemplação de uma simples expectativa hereditária, ou do direito eventual a uma herança futura, não dependia, entretanto, na sua formação, titularidade e exercício, da conversão daquela expectativa, ou direito eventual, em direito sucessório completamente adquirido (26).

Essa autonomia do questionado direito dos descendentes, em face do direito dêstes à legítima, realça, mais nítida e vigorosa, nos modernos códigos civis brasileiro e portugueses.

Com relação ao último, ensina excelentemente, a êste propósito, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS: — "Os filhos, ou netos, que não consentirem nas vendas a que se refere o art. 1565, se o seu consentimento não foi suprido, podem, é certo, atacá-las em vida do vendedor. Mas, neste caso, não acionam o alienante em nome de um *direito eventual* à legítima, e tanto que não precisam de demonstrar que as vendas a podem ofender. A ação que intentam, fundamenta-se no seu *direito atual* de consentirem ou se oporem às vendas que seus pais, ou avós, fizeram aos outros filhos, ou netos, direito que foi vio-

(23) JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 43. Com. E. SPÍNOLA, *ob. e vol. cit.*, pág. 97 e segs.

(24) Vejam-se os autores e decisões *cit.* em a nota 12.

(25) Com. ALESSANDRO LEVI, *La société et l'Ordre Juridique*, 1911, pág. 221, onde resume o resultado das investigações de RAMPONI, *La Teoria Generale delle Presunzioni nel Diritto Civile Italiano*, 1890, pág. 130 e segs.: — "la règle juridique n'est, souvent, que le dernier stade d'évolution d'une présomption, c'est-à-dire une hypothèse qui, s'étant démontrée maintes fois conforme à la réalité des choses, perd à la fin son caractère — même verbal — d'hypothèse, et devient une règle juridique impérative vraie et propre. Et, inversement, les présomptions légales ne représentent qu'un stade, qu'un moment précédent de cette évolution d'un concept juridique".

(26) Com. E. ROGUIN, *Traité de Droit Civil Comparé — Les Successions*, vol. V, n. 2555, pág. 6: — "Avant un certain moment que nous pouvons désigner comme 'étant de l'ouverture de la succession, ou de la dévolution, délation, Anfall, Erbang', comme dit le code civil suisse, le successeur n'a aucun droit acquis sur aucun des biens du défunt, et ne possède qu'une *expectative héréditaire*. La possession de cet avantage, quoique éminemment incertain, peut, au gré du législateur, être accompagné de l'attribution de certaines *facultés juridiques*. L'héritier *présomptif* pourrait recevoir de *droit* de prendre en cas d'interdiction du decujus, par exemple, ou dans l'hypothèse d'un pacte successoire, des mesures conservatoires de la fortune".

lado por aqueles que não solicitaram êsse consentimento, ou praticaram o ato da venda, apesar da recusa e sem a suprir. O problema da legitimidade apresenta-se, neste caso, límpido e sem embaraços. Os filhos, ou netos, que tinham o direito de ser ouvidos sobre a venda e de dar para ela seu consentimento, ou de o recusar, são partes legítimas. Não precisam de demonstrar o *prejuízo* de sua quota legítima, prejuízo que não sabem, nem podem saber se, na realidade, existirá" (27).

Quanto ao nosso código, mais recente, pode-se dizer que completou, de modo definitivo, a independência do direito de que se trata: — excluindo a possibilidade de suprimento judicial da concordância dos demais descendentes, necessária à perfeição da venda, ou permuta, feita a um dos descendentes pelo ascendente comum (28), eliminou dos tribunais, na aplicação dos arts. 1132 e 1164, II, toda e qualquer controvérsia sobre a inocuidade ou fraudulentia das vendas e permutas proibidas, no tocante às legítimas dos descendentes incon-sultos ou recusantes.

Evidencia-se, assim, do mesmo passo, a improcedência do argumento de ordem moral oposto pelos nossos contendores. Demandando a nulidade das vendas e permutas feitas pelo ascendente contra a proibição da lei, o descendente não reclama herança de pessoa viva, nem tem que "esmerilhar o patrimônio" do vendedor, ou permutante, "a fim de verificar a suspeita de que esteja fraudando as cobichadas legítimas" (29). Tais vendas e permutas — sentenciava o desembargador SANTOS CAMPOS (30), no regime das ordenações, e, com mais razão ainda, se justifica o asserto perante o nosso código (31) — tais vendas e permutas "independem do exame de lesão, porque são proibidas, embora sem lesão qualquer (*venditio simpliciter prohibetur, quamvis aequaliter sit*); os vícios de simulação e fraude dos contratos não devem ser, por forma alguma, esmerilhados ou provados, porque sempre há a simulação presumida pela

(27) Ob. e vol. cit., pág. 56.

(28) CLÓVIS BEVILÁQUA, observação 3 ao art. 1132, Código Civil Comentado, vol. 4.º, pág. 308, 3.ª ed.

(29) DANIEL DE CARVALHO, *lug. cit.* em a nota 11.

(30) Voto no acórdão de 10-7-1896 do Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro, no Repertório Geral de S. Vampre, vol. cit., pág. 425.

(31) A ordenação filipina (liv. 4., tit. 12) não falava em presunção, mas, era manifesto seu caráter presuntivo, ao mandar que, por morte do ascendente, se partilhasse, entre todos os descendentes que seus herdeiros fossem, a coisa nulamente vendida, "*sem, por isso, pagarem preço algum ao que a comprou*". O código civil pátrio, deixando de reproduzir êsse preceito, revogou-o (art. 1807); e, revogando-o, submeteu as partes contratantes da venda nula ao princípio geral do art. 158, de modo que, se o ascendente, de veras, recebeu algum preço e o incorporou no seu patrimônio, deve êsse preço ser restituído ao descendente comprador. Nem haverá, com isso, nenhuma burla à proibição do art. 1132, como pretende FRANCISCO MORATO, no Repertório Geral de S. Vampre, vol. cit., pág. 382, pois, para lhe ser restituído o preço que reclama, tem o descendente comprador de provar que, realmente, o pagou. No sistema do nosso código civil, a venda feita pelo ascendente contra a proibição do art. 1132 é nula, simplesmente, por ser proibida, e não, como no sistema das ordenações, por ser uma doação dissimulada: — a norma imperativa desprende-se, inteiramente, da presunção que lhe dera origem.

lei, razão da proibição (*et ratio diversitatis est quia hic non agitur de vera simulatione, sed de praesumpta*). Ademais, seria estranhamente contraditória a moral que vedasse ao descendente acionar o ascendente, com fundamento numa fraude meramente presumida a um direito futuro, e, ao mesmo tempo, permitisse, como ninguém contesta que o permite, litigar o filho com o pai, em casos de muito maior melindre, acusando-o de alienar bens que lhe não pertenciam (cód. civ. bras., art. 178, § 6.º, n. III), ou investigando-lhe, escandalosamente, as mais secretas relações sexuais (art. 363)...

6 — Surge, porém, neste lance, outra objeção.

A todo direito corresponde uma ação que o assegura (cód. civ. bras., art. 75); mas, para a propor, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral (cód. cit., art. 76). Ora — sustentam os campeões da doutrina diversa — enquanto o ascendente viver, não tem o descendente nenhum interesse em propor a ação de nulidade das vendas e trocas realizadas contra a proibição dos arts. 1132 e 1164, II: — "a ação que propusesse, poderia resultar inócua e vã, em virtude de posterior disposição legal" (32), ou de qualquer outro fato (pré-morte, deserção, etc.) que frustrasse a expectativa hereditária do autor; mais, ainda, que o autor viesse a adquirir, completamente, direito à legítima, — "exercitada a ação anulatória em vida do ascendente, podendo êste dispor livremente de seu patrimônio, teria meios de burlar a eficácia ou os resultados práticos da dita ação, alienando legalmente os seus bens, após a sentença anulatória da venda feita ao descendente" (33). Depois, se a ação meramente declaratória da nulidade da venda, ou permuta, não dispensa, aberta a sucessão do ascendente vendedor, ou permutante, a ação de partilha dos bens nulamente vendidos, ou permutados, por que sobrecarregar inutilmente o réu com as custas e incômodos de dois processos, quando com um só, o da "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima", poderia o autor obter o mesmo resultado?

Tôda essa coartada assenta numa concepção visivelmente errônea da natureza e do fim da ação que se discute.

A nulidade da venda feita com infração do art. 1132 não é uma pena imposta ao ascendente vendedor e em virtude da qual os bens vendidos devam necessariamente passar, depois de sua morte, para o patrimônio dos descendentes que na venda não consentiram; mas, uma medida tendente a evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas" (34). Assim, reconhecida judicialmente a ineficácia da venda, satisfeito está o fim prático da lei: — não o contraria, não o ofende, não o defrauda o ascen-

(32) DANIEL DE CARVALHO, alegações cit., na Revista Forense, vol. 48, pág. 380.

(33) POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, voto no acórdão de 18-6-1926, do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Pandectas Brasileiras, vol. 1.º, parte III, pág. 86.

(34) CLÓVIS BEVILÁQUA, obs. 1 ao art. 1132, no Código Civil Comentado, vol. 4.º, pág. 308.

dente que, como proprietário que continua a ser, dos bens nulamente vendidos, de novo os aliena, nos termos em que a mesma lei o faculta.

Por outro lado, ao demandar a nulidade de tais vendas e trocas, o descendente não defende o *direito à legítima*, mas, quando muito, a *formação normal desse direito*, pouco importando, assim, que sua aquisição não se complete ⁽³⁵⁾. Se a possibilidade de se não vir a completar a aquisição do direito fôsse obstáculo à sua tutela judicial, privados desta ficariam, contra o preceito expresso do art. 75 do nosso código civil ⁽³⁶⁾, todos os direitos futuros, especialmente os que o mesmo código denomina “não deferidos”, isto é, os cuja aquisição “se subordina a fatos ou condições falíveis” (art. 74, III, § único). Aliás, já mostrámos que a referida ação declaratória não se baseia no eventual direito a legítimas futuras, mas, no direito atual dos descendentes a intervir em tais vendas e trocas. Este direito exercita-se no ato da permuta, ou venda; nesse ato, conforme a lei então vigente, é que se terá de apurar quais os titulares do direito e de que modo poderão exercê-lo ⁽³⁷⁾ nesse mesmo ato, no momento em que ele se realiza, é que, portanto, se realiza e manifesta o interesse protegido pelos arts. 1132 e 1164, I, cuja violação justifica a imediata propositura da correspondente ação de nulidade (arts. 75 e 145, V). Desde esse momento, *atual é o interesse*, a necessidade de agir o descendente por via declaratória, ainda que se considerem, apenas, as consequências futuras da venda ou troca ilegal, relativamente à legítima esperada ⁽³⁸⁾: — interesse reconhecido e proclamado pelos próprios GABRIEL PEREIRA DE CASTRO e MANOEL GONÇALVES DA SILVA, a cuja autoridade costumam recorrer os nossos adversários, ao reconhecerem e proclamarem que o

(35) Comp. E. ESPINOLA, Manual cit., vol. 3.º, parte I, pág. 39: — “esse período de formação, em que existe a *expectativa* dum direito em via de se adquirir, em que se descortina, por assim dizer, um *direito futuro*, não é indiferente à ordem jurídica. Não há dúvida que o estado de *pendência* não antecipa os efeitos do direito futuro, não é este que se exerce. O que a lei protege, em casos tais, é, em regra, a própria formação do direito, porque se conclua sem sofrer as influências maléficas duma oposição contrária ao *ius* e à *aequitas*”.

(36) Com. E. ESPINOLA, ob. e vol. cit., págs. 108-109; e COSTA MANSO, estudo cit. na Revista Forense, vol. 48, pág. 18: — “Assegurar é garantir. Garantir não é, apenas, restaurar. Também se garante pela prevenção do dano. Se um edifício ameaça cair, assegura a sua existência quem lhe evita a queda. Assegura-se a saúde pelos processos preventivos da higiene. E não somente para terapêutica, depois de irrompida a moléstia. Quando esta é incurável, só mesmo a profilaxia é capaz de proteger o indivíduo e a sociedade”.

(37) Quando a ordenação filipina falava em “descendentes que houverem de ser herdeiros do dito vendedor” (liv. 4.º, tit. 12), referia-se, evidentemente, aos descendentes que seriam herdeiros, se o vendedor falecesse no ato da venda. Comp., a propósito do preceito análogo do art. 1176 do nosso código civil, a observação 3 de CLÓVIS BEVILÁQUA, à pág. 353, do 4.º vol. do Código Civil Comentado, 3.ª ed. Cerceando dúvidas, or arts. 1132 e 1164, II, falam, apenas, em “descendentes”.

(38) Comp. N. COVIELLO, ob. cit., pág. 506: — “Ancorché si voglia evitare e prevenire un danno futuro, ancorché si vogliano assicurare le conseguenze future l'un diritto, ci può essere l'interesse attuale ad agire in via dichiarativa, e s'è ogni volta che attuale è la condizione di fatto da cui può derivare un danno in avvenire al nostro diritto, o impedimento alla nascita futura di quelle conseguenze che altrimenti verrebbero. L'azione dichiarativa insomma richiede come ogni altra azione l'interesse attuale ad agire che vi sarà sempre, qualora, attualmente sussista quella condizione di fatto che renda incerto il diritto che si vuol accertare, sia pure in via preventiva e negativa”.

descendente pode pedir ao juiz, mesmo em vida do ascendente, a declaração da nulidade da venda, ou permuta, a fim de evitar o prejuízo que resultaria à igualdade das legítimas, se, antes de falecer o ascendente, se consumasse a usucapião da coisa vendida, ou permutada, a favor do descendente comprador, ou permutante, ou de sucessores dêste ⁽³⁹⁾. Negar, em tal caso, ao descendente, a ação simplesmente declarativa da nulidade (já que a petição da legítima depende da abertura da sucessão) “seria negar a proteção necessária ao direito, seria não conceder os meios indispensáveis para o seu reconhecimento e, portanto, para o seu exercício, seria contrariar os preceitos legais que lhe asseguram uma proteção ampla e eficaz” ⁽⁴⁰⁾. O réu, que deu causa à demanda, é que não poderá excluí-la, a pretexto de maiores incômodos e despesas, ocasionados pelo seu próprio ato.

7 — Como já entremostrámos e ao contrário do que geralmente se cuida, o que PEREIRA E SILVA negam ao filho, ou neto, antes da morte do ascendente, é a ação de partilha dos bens por este nulamente vendidos, ou permutados: não recusam, antes expressamente admitem o ingresso em juízo do descendente, mesmo em vida do ascendente vendedor, ou permutante, para o fim de ser oficialmente declarada a nulidade da venda, ou permuta ⁽⁴¹⁾. Este ingresso em juízo, antes da abertura da sucessão do ascendente, não se reduz, no conceito daqueles sábios reinícolas, a um simples protesto, como pareceu a ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO) e, ainda agora, pretende JOSÉ BELEZA DOS SANTOS ⁽⁴²⁾: o protesto não passa de uma solene declaração da própria parte protestante, que o juiz se limita a mandar tomar por termo e notificar aos interessados sem decidir nem conhecer do respectivo mérito ⁽⁴³⁾; ao passo que o procedimento autorizado por GABRIEL PEREIRA DE CASTRO e MANOEL GONÇALVES DA SILVA, como por SOARES e CASTELO BRANCO a que ambos se reportam, visa ao reconhecimento e declaração, pelo juiz mesmo, da ineficácia da venda, ou permuta, impugnada, mediante uma “*imploratio officii judicis*”, larva medieval da moderna ação declaratória ⁽⁴⁴⁾.

Também no sentido da admissibilidade, em vida do ascendente, da demanda de nulidade das referidas vendas e trocas, se manifestou, em relação ao código civil português de 1867, JOSÉ DIAS FERREI-

(39) Ls. cit. em as notas 5 e 6.

(40) JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cit., pág. 19.

(41) Vejam-se os trechos cit. em as notas 4, 5 e 6; e compare-se o que diz JAIR LINS, alegações forenses, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 406-408.

(42) LOBÃO, l. cit. em a nota 7; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cit., pág. 58, nota (“espécie de protesto para interromper a prescrição”...)

(43) Decreto n. 737, de 26-11-1850, arts. 390-393, reproduzidos pela maioria dos códigos processuais dos Estados, como se pode verificar em CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, Curso de Prática do Processo, 2.º vol., pág. 336, e em A. L. DA CÂMARA LEAL, Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, Comentado, págs. 597-607. Código do processo civil e comercial do Rio Grande do Sul, arts. 792-794.

(44) Veja-se G. CHIOVENDA, ob. cit., pág. 171.

RA, com o aplauso da subsequente doutrina e jurisprudência de seu país ⁽⁴⁵⁾.

Entre nós, ainda no regime das ordenações filipinas, assim haviam, igualmente, opinado o visconde de OURO PRETO e JOSÉ DA SILVA COSTA ⁽⁴⁶⁾. Publicado o código civil, o mesmo parecer alcançou, logo, a adesão de vários intérpretes. ⁽⁴⁷⁾, consagrando-o, afinal, em jurisprudência uniforme, o SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL ⁽⁴⁸⁾.

Alguns desses juristas nem sempre conseguiram demonstrar suficientemente a sua tese ⁽⁴⁹⁾. Não chegaram outros até onde a lógica

(45) JOSÉ DIAS FERREIRA, Código Civil Português Anotado, 2.^a ed., vol. 3.^o, pág. 168: — "Para impugnar a venda feita aos outros descendentes, não carecem os prejudicados de esperar pela morte do pai, apesar de só à morte se tornar efetivo o direito às legítimas, porque está reconhecida no artigo (1565) a legitimidade do descendente para a causa, logo que o ato seja praticado"; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cit., págs. 40 e 41 e 56; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PÔRTO, acórdão de 15-4-1913, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 29, págs. 89-100.

(46) VISCONDE DE OURO PRETO, parecer de 5-3-1881 ("O filho, neto, etc., que promove tal nulidade, não demanda legítima; acautela-se apenas contra futuro prejuízo, garante o seu direito de não ser mais tarde lesado, em benefício de outro co-herdeiro, — coisa diversa"), e JOSÉ DA SILVA COSTA, parecer de 11-3-1881, ambos no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 401-412.

(47) MORAIS MELO JÚNIOR, estudo, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 372-375; JAIR LINS, alegações forenses, no Repertório e vol. cit., págs. 395-410, e na Revista Forense, vol. 40, pág. 572 e segs.; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 7-3-1923, na Revista Forense, vol. 40, págs. 572-581; OLIVEIRA ANDRADE, voto vencido no acórdão de 6-12-1924, do Tribunal da Relação de Minas Gerais, na Revista Forense, vol. 44, pág. 211, e vol. 45, pág. 286; TITO FULGÊNCIO, voto vencido no acórdão de 5-9-1928, do Tribunal da Relação de Minas Gerais, na Revista Forense, vol. 51, pág. 575; ANTÔNIO LEOPOLDO DOS SANTOS, juiz de direito de Curitiba, sentença de 26-4-1927, no Paraná Judiciário, vol. 10, págs. 179-180; JOÃO TÚLIO MARCONDES DE FRANÇA, procurador geral da justiça do Estado do Paraná, parecer de 23-6-1927, no Paraná Judiciário, vol. citado, pág. 181. No acórdão publicado na Revista Forense, vol. 46, pág. 318, o Tribunal da Relação de Minas Gerais assinata a divergência de seus membros, na presente questão.

(48) Acórdão de 18-5-1923, nas Decisões desse ano, vol. 2.^o, pág. 613; acórdão de 5-12-1929 (SEGUNDA CÂMARA), no correspondente vol. de Decisões, pág. 684; de 29-4-1929 (SEGUNDA CÂMARA), na apelação cível n. 4116, de Pinheiro Machado, entre partes Francisco Tomás de Ornelas e sua mulher, apelantes, e João Antônio Luiz e outros, apelados (inédito); de 25-9-1930 (CÂMARAS REUNIDAS), nos embargos cíveis n. 3953, entre partes Nocieto José da Silva e outros, embargantes, e Severo José da Silva e outros, embargados (inédito); de 6-1-1931 (SEGUNDA CÂMARA), na apelação cível n. 3995, de Caxias, entre partes Zelinda Scotti Leonardelli e filhos, apelantes, e Basílica Leonardelli Brandt e outros, apelados, confirmado, neste ponto, em embargos, pelas CÂMARAS REUNIDAS, acórdão de 10-10-1931 (inédito). Sobre o acórdão de 6-9-1926, da SEGUNDA CÂMARA, e o voto do desembargador CAIO CAVALCANTI, no acórdão de 25-9-1930, das Câmaras Reunidas, veja-se o que dissemos em a nota 10.

(49) Assim no citado acórdão de 18-5-1923, do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL (Decisões, II, pág. 613), procura-se justificar a admissibilidade da ação de nulidade da venda, em vida do ascendente vendedor, invocando o "interêsse moral" do descendente discordante em ver judicialmente reconhecido seu direito violado pela mesma venda. Invocação que se nos afigura desacertada (veja-se E. ESPÍNOLA, Manual e vol. cit., pág. 125 e segs.): o que justifica a propositura da ação declaratória, antes da morte do ascendente, é o interêsse econômico do descendente autor na segurança daquele direito patrimonial (vejam-se os autores cit. em a nota 16). Aprecie-se, porém, no acórdão criticado, a exatidão dos seguintes conceitos: — "Na espécie, os apelantes (autores) não prestaram o seu consentimento, quando lhes assistia o direito de manifestá-lo expressamente, sob pena de nulidade das vendas realizadas (cód. civ., art. 1132)". "Tinham, assim um interêsse que lhes era próprio, legítimo, conforme a razão jurídica, e atual, subsistente desde a data em que se efetuasse a primeira transação, contrariando a norma prevista no artigo acima mencionado" (relator, o desembargador JOSÉ BERNARDO).

os deveria levar ⁽⁵⁰⁾. Mas, bem se vê que não falta o patrocínio de boas autoridades à opinião que seguimos: — *A ação de nulidade da venda feita pelo ascendente ao descendente, ou da troca desigual entre ambos realizada, sem que os outros descendentes consentissem, pode ser proposta, ainda em vida do ascendente vendedor, ou permutante, desde o momento da conclusão do questionado contrato de venda ou permuta* ⁽⁵¹⁾.

(50) Assim, no citado acórdão de 10-10-1931, das CÂMARAS REUNIDAS do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL (embargos cíveis n. 3995, relator o desembargador CAIO CAVALCANTI) — data-se o nascimento da ação de nulidade do dia em que foi transcrito, no registro de imóveis, o instrumento contratual da venda de bens de raiz. Ora, se a ação de nulidade se baseia no direito consagrado pelo art. 1132 do código civil e se esse direito é violado, desde que o ascendente venda ao descendente, sem que os outros descendentes expressamente consintam, — desde o momento em que se conclui a venda, sem êsses consentimento, surge a ação, independentemente da efetiva transferência do domínio da coisa vendida.

(51) Quando a venda, ou permuta desigual, se realiza por interposta pessoa, entendem uns que a ação de nulidade pode ser proposta, desde que se efetue a venda ao intermediário (TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PÔRTO, acórdão de 15-4-1913, especialmente a segunda tenção a que se reposta, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 29, pág. 97), decidem outros que não o poderá, antes de celebrada a revenda pelo intermediário ao descendente comprador (SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL, Câmaras Reunidas, acórdão de 10-10-1931, nos embargos cíveis n. 3995). Em tais casos, que são, aliás, os mais frequentes, ocorre, porém, a interferência de elementos estranhos ao assunto destas notas, dependendo a solução do problema dos princípios e regras peculiares à fraude, à lei e à simulação dos atos jurídicos.