

CABIMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA PARA APURAR QUANTUM DE DOAÇÕES FEITAS SOB A FORMA DE VENDA A FIM DE RESGUARDAR OS DIREITOS DOS FILHOS DO DOADOR

PARECER

1. A presente ação declaratória não pretende anular doações já realizadas, mas apenas apurar o *quantum* do benefício obtido pela ré em virtude das pseudoventas que lhe fez o pai dos autores. A avaliação de tal benefício ou vantagem patrimonial, decorrente de liberalidades se impõe pelo fato de pretender a ré na presente ação obter, na ordinária em apenso, a metade de patrimônio do seu concubino. Ora, evidencia-se que se já recebeu doações anteriores e agora exige a metade do patrimônio do doador, a metade pretendida somada com as doações anteriores ultrapassa a parte disponível do patrimônio do doador, justificando, assim, a intervenção dos autores, herdeiros necessários do mesmo, para evitar qualquer violação do artigo 1.176 do Código Civil.

2. Não se trata, pois, de ação anulatória, mas sim de simples declaratória, como se verifica pela petição inicial, com a finalidade de apurar o que já foi doado à ré sobre qualquer forma, para futuro resguardo de direito. Na realidade, a doutrina entende que devem ser computadas para os fins do artigo 1.176 todas as liberalidades independentemente da forma que tenham revestido. Assim, ensina PONTES DE MIRANDA que:

“Leva-se em conta o que se pagou, demais, em prêmios de seguro, não a soma segurada (K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, 386); NOS OUTROS CONTRATOS A FAVOR DE TERCEIRO, O QUE GRATUITAMENTE SE DISPÕS...” (*Pontes de Miranda*, “Tratado de Direito Privado”, vol. 46, pág. 251).

3. Na hipótese das compras e vendas referidas na inicial, o que se pretende apurar no presente processo é qual o valor que foi recebido pela ré sem qualquer compensação, qual a vantagem que teve, qual o *quantum* da liberalidade. Não se trata de declarar a nulidade, anular ou revogar doações ou vendas realizadas, mas, tão-somente, de calcular o valor da liberalidade para que, somando as doações sucessivas e tendo em conta o patrimônio do pai dos autores, não se permita que seja ultrapassado o limite fixado em lei.

4. Não ocorreu prescrição no presente caso, pois o cálculo do valor das liberalidades pode ser feito em qualquer tempo até após a morte do doador. Aliás, a própria ré se contradiz quando invoca a prescrição da ação (fls. 61) para, em seguida, considerar que só com a morte do pai dos autores é que poderiam intentar a ação (fls. 62 dos autos).

5. Acresce que não se fundamentam os autores nos artigos 102, II e 178, § 9, n.º V, letra b, pois a presente ação não visa anular ou rescindir contratos, mas apenas verificar a vantagem obtida pela beneficiária da liberalidade, para eventuais e posteriores fins de compensação. Ora, as normas referentes à prescrição não admitem interpretações ampliativas ou analógicas, por serem restritivas de direito. Não se discutindo a anulação ou rescisão do ato jurídico, evidentemente não se aplica a prescrição de quatro anos.

6. Ao contrário, tanto a jurisprudência como a doutrina reconhecem que, nos casos do artigo 1.176, a prescrição é a comum de vinte anos, aplicando-se em todas as hipóteses quer tenha havido doação direta, quer a mesma tenha sido indireta ou feita sob forma diversa, o que em nada afeta o direito das partes.

7. Efetivamente, têm decidido reiteradamente os tribunais que:

“A prescrição das doações inoficiosas, consoante jurisprudência assente nos tribunais do país, é a ordinária, comum, prevista para todas as ações pessoais e não a de quatro anos” (Revista dos Tribunais, vol. 395, pág. 180).

8. Acresce que a doutrina reconhece que não corre prazo prescricional na hipótese, podendo e devendo ser somadas todas as doações feitas pelo doador em vida, sem qualquer limite de prazo ou de tempo. É o que ensina *PONTES DE MIRANDA* quando afirma:

“A pretensão não prescreve PORQUE O CÓDIGO CIVIL, art. 1.176, É REGRA JURÍDICA DE NULIDADE” (Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, vol. 46, pág. 252).

Por sua vez, comenta *ORLANDO GOMES* que:

“REPORTA-SE O CÁLCULO DA PARTE DISPONÍVEL AO MOMENTO DA LIBERALIDADE, SEJA QUAL FOR ESTE, INEXISTINDO, EM NOSSO DIREITO, LIMITE TEMPORAL” (Oriando Gomes, “Sucessões”, pág. 101).

9. Verificamos, pois, que a dúvida suscitada é no sentido de não ocorrer prescrição ou de ser a mesma a comum — de vinte anos — de modo que, no caso *sub judice*, evidentemente não decorreu tal prazo, pois reconhece a própria contestação (fls. 62) a realização de doações sob a forma de venda que foram realizadas desde 1958 até 1967, ou seja, o prazo prescricional só iria ocorrer em 1978.

10. A doutrina também aplica o mesmo princípio a todas as doações, qualquer que seja a forma que tenha revestido, conforme bem esclarece J. M. DE CARVALHO SANTOS quando salienta que:

“Se o doador já tiver feito uma outra doação anterior, devem os bens, objeto dela, ser reunidos também à massa dos bens existentes, para o efeito do cálculo da quota disponível, porque, evidentemente, esses bens influem para se apurar a parte que o doador poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento.

É indiferente, para os efeitos visados, a forma da doação. Tanto as doações verbais ou manuais, como as indiretas ou simuladas, desde que devidamente provadas, devem ser compreendidas na reunião fictícia para os efeitos da apuração da quota disponível” (J. M. de Carvalho Santos, “Código Civil Interpretado”, 3a. edição, Freitas Bastos, 1945, vol. XVI, pág. 406) (os grifos são nossos).

11. Tanto a doutrina como a jurisprudência já admitem atualmente que a ação anulatória baseada no artigo 1.176 seja intentada em vida do doador, por não envolver qualquer situação sucessória. *A fortiori* é, pois, cabível a ação declaratória com a finalidade de preconstituir prova de liberalidade para os devidos fins.

12. Não procede, pois, a tese da contestação de que só após a morte do doador poderiam os autores intentar a presente ação declaratória.

13. Efetivamente, ensina a respeito PONTES DE MIRANDA que:

“A ação de doação ofensiva da legítima é da mesma natureza que a ação de redução das disposições testamentárias (arts. 1.726 — 1.728), — apenas nasce ao ser feita a doação, de modo que, de regra, nasce antes da abertura da sucessão. A nulidade pode ser decretada antes da morte do doador. Qualquer pessoa que interesse tenha pode suscitar a decretação da nulidade, mas esse interesse, de regra, só o tem o que seria herdeiro necessário ao tempo da doação, ou — se, antes de existir esse herdeiro, a doação já fora nulamente feita — o herdeiro necessário que surgir depois. Se já faleceu o doador, legítimos ativos à ação são apenas os herdeiros necessários ao tempo da abertura da sucessão. A ação dirige-se contra o donatário” (Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, vol. 46, pág. 251) (os grifos são nossos).

14. Na sua excelente monografia “Da doação”, o Professor AGOSTINHO ALVIM, invocando a melhor doutrina, defende, com ar-

gumentos válidos e impressionantes, o mesmo ponto de vista nos seguintes termos:

“O sujeito passivo da ação de querela inoficiosa é o donatário: descendente, ou estranho.

Quanto a este, não há dúvida estar ele sujeito à ação de nulidade, que pode ser intentada apenas se consume a doação.

Com relação ao herdeiro, porém, apresenta-se uma objeção.

Contra a ação em vida do pai se poderá objetar com fundamento no instituto da colação, que se destina justamente a igualar as legítimas.

Mas a dúvida não procederá. Um remédio não exclui outro, mesmo porque a colação só ocorrerá após a morte do ascendente; e o tempo mais ou menos longo que decorra permitirá ao beneficiado dissipar os bens recebidos, tornando a colação sem efeito, do prisma econômico, que é o único que interessa.

No sentido da possibilidade da ação em vida do ascendente sem distinção entre doação a descendente, ou a estranho, ver CLOVIS BEVILAQUA, obs. n.º 3 ao art. 1.176; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. e loc. cit. e SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, III, n. 275.

Situação semelhante, é a do filho, na hipótese prevista no art. 1.132 do Código Civil; venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais.

E também neste caso nós entendemos, com CLOVIS BEVILAQUA e outros, que a ação em vida do doador é possível.

Aliás, se a nulidade da doação é absoluta, mal se compreenderia a imposição de uma espera (Agostinho Alvim, “Da doação”, Revista dos Tribunais, 1963, pág. 181) (os grifos são nossos).

15. Em sentido idêntico já era o ensinamento de CLOVIS BEVILAQUA nos seus comentários ao Código Civil, como se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

“A nulidade pode ser pedida pelas pessoas, que seriam herdeiras do doador, se este falecesse na data da doação ou que, realmente, o forem. Se a ação for proposta em vida do doador pelas pessoas indicadas, os bens do excesso volverão ao patrimônio do doador. Se for pro-

posta depois de aberta a sucessão, os bens repostos serão divididos entre os herdeiros necessários, sem que possam alegar direito sobre eles os credores, porque: 1.º) Quando a doação foi feita, não tinham os credores, direito de a revogar, por isso que não tornou o devedor insolvente. 2.º) O privilégio da revogação é concedido aos herdeiros legítimos. 3.º) Se os credores se pudessem cobrar por esses bens a revogação seria inútil para os herdeiros.

Esperar pela abertura da sucessão para saber quem é o herdeiro, parece ocioso; porque, se considera o vício da inoficiosidade, como capaz de anular a doação na parte excedente às legítimas dos herdeiros necessários, a legítima não está, insolúvelmente, ligada à sucessão; considera-se existente, desde que haja algum herdeiro necessário, embora a sua quantidade seja indefinidamente variável, enquanto não se abrir a sucessão.

Pelo sistema do Código Civil, há uma espécie de comunhão familiar, que transparece em vários institutos e dispositivos. Um destes últimos é o que o art. 1.176 consigna, em defesa das legítimas, em vida" (*Clovis Bevilacqua*, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado", 8a. edição, vol. IV, pág. 342).

16. Mais recentemente, o mesmo pensamento é desenvolvido por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO nos seguintes termos:

"O reconhecimento da inoficiosidade pode ser pedido em vida do doador; como há pouco fizemos sentir, o legislador pátrio imprimiu ao direito do herdeiro lesado a nota de atualidade e não de mera expectativa; consumada a doação inoficiosa, pode ele ingressar em juízo imediatamente com a competente ação de redução" (*Washington de Barros Monteiro*, "Curso de Direito Civil", Direito das Obrigações, 2.º Volume, 2a. edição, São Paulo, Saraiva, 1959, pág. 143).

17. Comentando a redução das doações, SERPA LOPES reconhece, por sua vez, que a medida

"Pode igualmente ser demandada em vida do doador, pelas pessoas que poderiam ser suas herdeiras no momento da doação, como se o doador já houvesse falecido" (*Serpa Lopes*, "Curso de Direito Civil", 3a. edição, vol. III, Freitas Bastos, 1961, pág. 426).

18. Não discrepa de tal entendimento SILVIO RODRIGUES que, a respeito da matéria, tece as seguintes considerações:

“A outra opinião — no sentido da ação poder ser desde logo ajuizada, parece decorrer da lei que ordena o cálculo da inoficiosidade no momento da doação. Ela se apoia na opinião de autores antigos e modernos e a meu ver melhor atende ao interesse da sociedade, que não pode tolerar que a ameaça de revogação dos negócios jurídicos, se prolongue por longos anos. A mesma reflexão feita a respeito da anulabilidade das vendas de ascendentes a descendentes sem anuência dos demais descendentes aqui se repete (Cf. supra, n.º 70). De fato, se a doação excessiva tiver por autor homem moço, que só venha a falecer trinta ou quarenta anos mais tarde, seus herdeiros poderão ajuizar a anulatória do negócio quase meio século mais tarde, de modo que a propriedade adquirida pelo donatário estará ameaçada de resolução por todo esse período. Ora, isso constitui um inconveniente, com o qual o ordenamento jurídico não se pode compadecer.

Dessa maneira, no conflito entre os dois interesses, isto é, o dos herdeiros do doador e o da sociedade, deve a lei preferir o desta última. E por isso, deve se entender que a ação anulatória da doação inoficiosa pode ser desde logo proposta, . . .” (Silvio Rodrigues — “Direito Civil”, vol. III, 2a. edição, São Paulo, pág. 227).

19. Finalmente é também este o pensamento de HERMENEGILDO DE BARROS (in “Manuel Lacerda”, vol. XVIII, n.º 35, pág. 63-64) e de ARNOLDO WALD (“Curso de Direito Civil” Direito das Sucessões, 3.ª edição, 1972, pág. 200).

20. Quanto à jurisprudência, é preciso salientar que a mesma evoluiu desde 1964, data do acórdão citado na contestação e fls. 63. Efetivamente, naquela época, entendiam os tribunais que não podiam ser discutidos, em vida do doador ou vendedor, os atos por ele praticados que repercutissem na sua herança. Vigora, então, a Súmula n.º 152 do Supremo Tribunal Federal de acordo com a qual:

“A AÇÃO PARA ANULAR VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, SEM CONSENTIMENTO DOS DEMAIS, PRESCREVE EM QUATRO ANOS, A CONTAR DA ABERTURA DA SUCESSÃO.”

Preponderava, então, na jurisprudência do nosso mais alto tribunal, o princípio de acordo com o qual:

“Ação anulatória de venda de ascendentes a descendente. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO COMEÇA a CORRER DA ABERTURA DA SUCESSÃO EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 42, pág. 223).

21. Posteriormente, todavia, a Súmula n.º 152 foi revogada pela Súmula n.º 494 que dominou a jurisprudência a partir de 1969 e que determina o seguinte:

“A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais prescreve em vinte anos, contados da data do ato, REVOGADA A SÚMULA n.º 152”.

22. Após a Súmula n.º 494, reconheceu-se que podia ser intentada em vida do doador ou vendedor a ação anulatória. Acresce que a jurisprudência também passou a aplicar a Súmula n.º 494 tanto nas vendas diretas como nas realizadas mediante simulação, com interposição de terceiro, como se verifica pela decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 36.690, julgado em 12-6-1969, cuja ementa é a seguinte:

“Venda de bens entre ascendente e descendente por interposta pessoa.

O prazo da prescrição é o do art. 177 do Código Civil e é contado da data do ato. Motivação. Revisão da Súmula n.º 153” (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 53, pág. 147).

23. No referido julgamento, salientou-se que, ocorrendo simulação, o tratamento dado ao ato simulado deveria ser o mesmo aplicável à operação realizada diretamente, pois o ardil e a fraude nunca poderiam beneficiar as partes, garantindo-lhes um tratamento legal mais benigno.

Esclarece a respeito, o acórdão, que:

“Outrossim, vale ressaltar que a venda por interposta pessoa não vem descaracterizar a ilegitimidade absoluta. Aí, o negócio, simuladamente feito por interposta pessoa, está vinculado ao negócio real, não podendo ser apreciado em separado, se é inquinado de ofensivo à norma do art. 1.132.

Não há de se processar uma ação anulatória fundada em simulação, contra a interposta pessoa para, em seguida, ser pleiteada a declaração de nulidade do negócio jurídico proibido.

Como admitir — se o ato é feito diretamente de ascendente a descendente, tem-se uma nulidade, sujeita ao prazo prescricional máximo (art. 177, do Código Civil); se efetuada com a artimanha de interposta pessoa, passa à categoria de anulável, situando-se no prazo quatrienal (art. 178, § 9.º, inciso V, b, do Código Civil).

Por que essa duplicidade de tratamento, quando em substância, há uma só *quaestio juris*? É evidente que a venda a terceiro constitui meio para atingir a proibição inserida no artigo 1.132. A *fraus legis* manifesta-se através da interposição de terceiro.

Por que premiar o mais ardiloso, transformando um caso de nulidade em anulabilidade? Seria um estímulo, inclusive, às doações inoficiosas (artigo 1.176).

Tal raciocínio foge à seriedade imprescindível ao ordenamento jurídico.

O notável PONTES DE MIRANDA, tratando da matéria escreveu, com muita acuidade:

“Se a venda a descendente foi indireta, isto é, por intermédio de terceira pessoa, que retransferiu o bem, como fiduciário, ou vendeu outro, há de ser provada a *fraus legis*. Discute-se se aí, a *fraus legis* invalida, por si, o negócio jurídico, ou se é preciso propor-se a ação de simulação que prescreve em quatro anos, contados da data do ato de disposição. Aí, não é de simulação que se trata: a *ratio legis* é proibir que o ascendente prejudique, com o ato de disposição, os outros descendentes, ou o outro descendente; o ascendente lança mão do negócio jurídico com o intermediário para obter o que a lei proíbe (*agit in fraudem legis*). Não é só o meio de realização do negócio jurídico que se proíbe, é o resultado prático” (*Tratado de Direito Privado*, vol. VI, página 379).

E no vol. XXXIX, pp. 82-83, da mesma obra, escreve:

“A violação da regra jurídica pode ser direta ou indireta. Se alguém vende ao filho sem o assentimento dos outros filhos, viola a regra jurídica do art. 1.132, do Código Civil, para cuja violação a sanção é a nulidade do contrato de compra e venda. Pode ser que A não venda ao filho, mas venda a estranho, que doa ao filho ou venda

ao filho. É a violação indireta. É a *fraus legis*. Não se trata de simulação, mas de fraude à lei. Não há por onde se procurar o *intuitus*; basta a infração mesma. Não é possível que o intuito de violar haja existido; a infração da lei verifica-se objetivamente (S. Buětow Die Sicherungsubereignungen, 30; W. Wette, Mental reservation; Simulation und agere in fraudem legis, 33; H. Hoffman, Der Begriff der Gesetzumgehung, 19 s.; R. Magen, Agere in fraudem legis, 20 s.; C. H. von Eckartsberg, Das Verhältnis des agere in fraudem legis zum simulierten und fiduziarischen Rechtsgeschäft, 24; J. Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, 217). Desde que, por algum meio, se obtém o que a lei veda, ou se afasta o que a lei impõe, há *fraus legis*. Havendo a fraude à lei, a sanção, que a lei estabeleceu, apanha qualquer infração direta ou indireta" (Revista acima citada, pág. 148).

24. No presente caso, a doação simulada em venda não pode permitir a impune violação do artigo 1.176, aplicando-se a lição do acórdão acima transcrito. Acresce que o princípio da *actio nata* é aplicável de modo análogo às duas hipóteses referidas respectivamente no artigo 1.132 e 1.176, como, aliás, já verificamos pelas lições acima invocadas de AGOSTINHO ALVIM e SILVIO RODRIGUES. Sendo idênticos os princípios aplicáveis, impõe-se o mesmo tratamento em ambas as hipóteses, ou seja, o reconhecimento de que a ação pode ser intentada em vida do vendedor e do doador, correndo, a partir do ato, o prazo de vinte anos para a prescrição.

25. Ficou assim comprovado que os autores não são carecedores de ação e que não ocorreu a prescrição, não sendo, outrossim, com a devida vênia, inepta a petição inicial.

26. O legítimo interesse dos autores decorre da existência de pedido da ré, no sentido de se lhe atribuir a metade do patrimônio do pai dos requerentes, o que implicaria em que a soma da metade atual do patrimônio com as doações e liberalidades anteriormente feitas, ultrapassassem a parte disponível do patrimônio do pai dos autores, infringindo-se, pois, o artigo 1.176 do Código Civil.

27. Assim sendo, mesmo se as doações anteriores não ultrapassaram tais valores, é preciso computar o valor das mesmas para que somadas possam delimitar, em relação ao patrimônio atual do pai dos autores, o valor do qual o mesmo ainda pode dispor, de acordo com os precisos termos da lei.

28. É evidente e reconhecido pela doutrina que a determinação legal impõe que se faça a soma das doações já realizadas para se saber quanto já foi doado e quanto ainda pode ser objeto de doação.

Neste sentido, é mansa e pacífica a opinião tanto da doutrina, como da jurisprudência, conforme esclarece ORLANDO GOMES quando ensina:

“Conquanto se refira a lei a esse momento, no presuposto de doação única, não se pode aplicar a regra isoladamente no caso de *sucessivas doações*, sob pena de se tornar irrisória a proteção da legítima. Para os efeitos da *redução* devem levar-se em conta todas as liberalidades, somando-se seus valores para verificação do excesso em relação ao conjunto dos bens deixados, conforme opinião digna de apoio. Desse modo, se o doador já tiver feito outra doação, devem esses bens doados se reunirem também à massa dos existentes para o efeito de calcular-se a *metade disponível*, porque, evidentemente, influem na apuração da parte que o doador poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento” (Orlando Gomes, obra citada, pág. 101).

29. No mérito, confessa a ré que realmente recebeu do autor o dinheiro para comprar os referidos imóveis, embora pretenda que tal dinheiro já devesse ser objeto da pseudo sociedade de fato. Assim, no item 28 da contestação, a fls. 65, esclarece a ré que:

“as compras foram pagas com dinheiro da sociedade QUE PERTENCIA NÃO SÓ AO PSEUDO DOADOR MAS TAMBÉM À SUA LEAL E DEVOTADA COMPANHEIRA — A RÉ...”

30. Ora, reconhecendo a ré que, ao menos parcialmente, contribuiu o pai dos autores para a compra dos bens, evidencia-se que se justifica a presente ação declaratória para comprovar o *quantum* atualizado e corrigido monetariamente da contribuição ou liberalidade do pai dos autores. Ao contrário do que alega a ré, tal fato, por ela confessado, justifica a ação para que nela se faça a prova do valor das liberalidades anteriormente realizadas pelo pai dos autores e que a própria ré não nega e, ao contrário, reconhece.

31. Pelo exposto, verifica-se que a ação não é imprópria, não está prescrita, nem é inoportuna, não sendo, outrossim, inepta a petição inicial.

ARNOLDO WALD

Procurador do Estado