

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität de Mainz (Alemanha). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Graduado em Filosofia, Letras e Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo - USP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo - USP. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor aposentado da Universidade de São Paulo - USP. Professor emérito pela Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto, São Paulo (Brasil).

E-mail: tercio@sampaioferraz.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0037990716909329>.

Autor convidado.

I – PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE NULIDADE DE DOAÇÃO INOFICIOSA.

1. Do regime constitucional da propriedade, da família e dos limites à disposição do patrimônio.

O art. 5º, inciso XXX da CF declara que “*é garantido o direito de herança*”. Trata-se de um direito decorrente do direito de propriedade. A constitucionalização do direito de herança exige que a lei civil reconheça a sucessão hereditária de herdeiros necessários, quando existam, nos bens deixados pelo *de cujos*. *Herança* é um dos modos de transmissão da propriedade, embora signifique também a universalidade dos bens. Como a Constituição fala de *direito* de herança, é de aquisição de propriedade mediante morte do *de cujos* que se trata. Não apenas da transmissão a herdeiros necessários, mas também a herdeiros testamentários. Donde a possibilidade constitucional de disposição da metade dos bens e da correspondente proteção à legítima.

Confluem como modo de aquisição de direitos de propriedade os dispositivos referentes ao direito de herança com dispositivos referentes ao direito de propriedade (CF art.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

5º, XXII). Reconhecido constitucionalmente, o direito de propriedade goza de um estatuto constitucional. Relevante, no que se refere ao seu regime fundamental, é sua *função social*. Não se trata, com essa função, de limitações ao direito em termos de poder de polícia, mas de transformação do sentido capitalista e individualista da propriedade, sem socializá-la (cf. José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, São Paulo, 2006, p. 121). Existe, por assim dizer, em seu regime constitucional (função social), o reconhecimento de um *interesse* que não precisa coincidir necessariamente com o do proprietário individual. Isso vale especialmente no que se refere à instituição familiar em que os filhos, havidos dentro ou fora do casamento, e os adotados, gozam dos mesmos direitos (CF art. 227, § 6º) e entre pais e filhos há um dever mútuo de assistência (CF art. 229). Por isso a lei civil e sua interpretação, quando atinentes à propriedade e às relações contratuais, não pode deixar de sobrelevar os aspectos referentes à família e à sucessão.

Isso é importante quando se discute a chamada *doação inoficiosa*, cuja disciplina, no Código Civil/2002, está em seu art. 549: “*Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento*” (grifei) De um lado, está um tema ligado a regras referentes à disposição contratual de patrimônio (doação). De outro, uma referência limitativa localizada no Direito das Sucessões (testamento).

A *doação inoficiosa* é tema de controvérsias desde a antiguidade. Falava-se de uma querela *inofficiosae donationis*, percebida à semelhança da querela *inofficiosi testamenti*. Ou seja, embora o tema da doação tivesse a ver com o *dominium* (propriedade) e as relações contratuais, quanto à causa a doação inoficiosa se aproximava do direito das sucessões. Daí a disputa entre os jurisconsultos quanto à prescrição da *actio* correspondente. Como se tratava de *ação subsidiária*, que dependia do agir do herdeiro necessário, Ulpiano era de opinião que a prescrição do testamento inoficioso começava da adição da herança, contra a opinião de Modestino, que pretendia se contasse da morte do testador (cf. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Campinas, 2006, t. XLVI, p. 32).

A querela tinha - como tem - um fundamento prático. *De jure condendo*, o problema está em conciliar as regras da doação com as do direito das sucessões, pois, afinal, é no momento da morte do *de cujus* que se sabe qual a legítima. De um lado, seria preciso saber se a liberalidade seria ignorada antes ou depois de se chegar à data do falecimento, podendo ser válida antes e inválida depois e vice-versa. De outro, se sua nulidade seria objeto de ação do herdeiro no momento da liberalidade ou, nesse caso, também do herdeiro que tivesse surgido posteriormente. Pode-se entender a razão pela qual apareceram, posteriormente, os argumentos referentes à ação sobre patrimônio de pessoa viva, a proteção da legítima do nascituro etc.

A lei brasileira, desde o Código Civil de 1916 (art. 1.176), estabeleceu como norma, que deveriam ser verificados, *no momento da liberalidade* (e não depois), quais seriam os limites para a disposição testamentária, ainda que, no momento da morte, o patrimônio tivesse sido alterado. Mas, tanto no Código anterior como no atual, a doação inoficiosa, a que *excede*

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

(não a que vier a exceder) o quanto disponível para testamento, é considerada *nula*. Ora, se é *nula* e não *anulável*, surge o problema (o *inconveniente* prático) consistente no reconhecimento de que a ação correspondente é de nulidade e, portanto, *imprescritível*, como é da natureza de tais ações. Afinal, como dizia Pontes de Miranda, “[a] pretensão não prescreve, porque o Código Civil, art. 1.176, é regra jurídica de nulidade” (op. cit. p. 324). O que explica a controvérsia surgida sobre sua “cessação”. Segundo Pontes, se é ação do herdeiro, isso implica que é dele o interesse legítimo para suscitar a decretação da nulidade, cuja ação, de um lado, apenas *nasce* ao ser feita a doação (*no momento da liberalidade*) – donde a possibilidade de ser suscitada *antes* da morte do doador -. Mas, podendo ser suscitada inclusive por quem viesse a ser herdeiro depois (por exemplo, alguém que tenha nascido após a liberalidade), é, na verdade, dos herdeiros necessários ao tempo da abertura da sucessão, mas tendo em vista um excesso constatável no momento da liberalidade. Donde a controvérsia: como a regra jurídica é de nulidade da doação inoficiosa e a pretensão não prescreve, se a ação fosse proposta em vida do doador, a restituição do bem doado deveria ser a ele e não ao que pediu a restituição. O problema está em aproximar, ao teor da lei, a inoficiosidade da doação, isto é, do contrato, à inoficiosidade do testamento: de um lado, a proteção ao negócio jurídico, de outro, a proteção à legítima.

A linha argumentativa adotada, por exemplo, por Sílvio Rodrigues, é uma tentativa de contornar o problema, mas interpretando a prescrição de nulidade como se anulabilidade fosse. O autor admite que “os atos nulos são irratificáveis, portanto, a meu ver, imprescritíveis” (*Direito civil. Parte geral. Vol. 1. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 290*)¹. Dessa maneira, a imprescritibilidade da ação em determinadas circunstâncias deve ocorrer para que valores imprescindíveis como a ordem pública, igualdade, liberdade, justiça,

¹ Há uma vasta parcela da doutrina, de privatistas a teóricos do direito, que identifica a imprescritibilidade como uma característica da nulidade. Nesse sentido, por exemplo, Dimitri Dimoulis afirma que a nulidade: “ocorre se o ato for ilegal, ou sofrer de vício essencial, e provoca a destruição completa do ato (...) a nulidade refere-se a vícios essenciais (...) e não está sujeita a prescrição” (grifei) (DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 235); Gusmão assevera que um ato é: “nulo, se faltar-lhes um de seus elementos essenciais ou se for contrário à expressa disposição legal. Tal nulidade decorre da lei, não dependendo da vontade da parte prejudicada. É imprescritível (...) Não promovida no prazo a anulação (nulidade relativa), o ato torna-se perfeito, intocável. Tal não ocorre no caso de nulidade que pode ser invocada a qualquer tempo” (grifei) (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 328); Hahn e Oltramari: “Apesar das divergências, o posicionamento mais adequado acerca da prescritibilidade da ação declaratória de nulidade é o que defende ser a medida processual imprescritível, podendo ser alegada a qualquer momento, pois o próprio Código Civil, no seu art. 169, prevê que o negócio jurídico nulo não pode ser convalidado pelo tempo” (grifei) (HAHN, Maira Beck; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Prescritibilidade da ação de ineficácia da doação inoficiosa na ótica teoria das invalidades dos negócios jurídicos. *RDCPC*, n. 42, jul-ago, 2006, p. 192). Pontes de Miranda, adotando posicionamento semelhante, afirma que o ato nulo jamais pode ser sanado, convalidado: “A nulidade é inconvalidável: não sobrevém jamais, validação (...) o ato jurídico nulo é nulo para sempre, ainda que cesse a causa da nulidade (...) o nulo é irratificável, como o é o inexistente; ratificação do nulo seria *contradictio in terminis*” (*Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo IV, p. 30; 44-45). Com base nessa interpretação do conceito de nulidade, o autor critica o art. 208 do Código Civil de 1916 por possibilitar que um ato nulo, ou seja, o casamento contraído por autoridade incompetente, possa ser sanado após dois anos da celebração do casamento caso, nesse prazo, ninguém alegue a nulidade.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

dignidade da pessoa humana sejam garantidos. Assim, pretensões jurídicas legítimas podem ser judicialmente protegidas independentemente do decurso do tempo².

A partir dessa premissa seríamos inexoravelmente levados a concluir que a ação de declaração de nulidade de doação inoficiosa é imprescritível. Afinal, se toda nulidade é imprescritível e a doação inoficiosa deve ser sancionada com a nulidade (art. 549 do Código Civil de 2002; art. 1.176 Código Civil de 1916), então a doação inoficiosa é imprescritível. Para contornar o problema, Sílvio Rodrigues segue uma argumentação divergente, ao asseverar:

“a mesma reflexão feita a respeito da anulabilidade das vendas de ascendentes a descendentes sem anuência dos demais descendentes aqui se repete. 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

² Há diversos casos de imprescritibilidade do ordenamento brasileiro. A Constituição estabelece claramente algumas situações em que não há prescrição.

Art. 5º (...)

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

O crime de racismo e as ações de grupos armados contra a ordem constitucional são tão ofensivos a valores consagrados no ordenamento como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana que o poder constituinte originário qualificou esses crimes como imprescritíveis. Para esses casos a segurança jurídica desempenha um papel secundário, pois resta sobrepujada por outros princípios constitucionais como os mencionados anteriormente. No entanto, a lista das ações imprescritíveis exposta pela Constituição Federal não se limita aos incisos do art. 5º e tampouco diz respeito exclusivamente ao direito penal. O art. 231, por exemplo, protege os índios afirmando em seu §4º que os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam são imprescritíveis.

É importante ressaltar que a imprescritibilidade também pode estar relacionada com direitos meramente patrimoniais como as ações de ressarcimento e pensão:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

II – pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção.

O STF ao aplicar o art. 37, §5º não apenas considerou a ação de ressarcimento imprescritível como estendeu o conceito de “agente” para bolsista acadêmica da CAPES ampliando sobremaneira os sujeitos que poderiam ser objeto de ações de ressarcimento (ver STF, MS 26.210, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski). Nesse caso a segurança jurídica, tendo em vista outros valores constitucionais, mais uma vez é mitigada. Ressalte-se que ela é flexibilizada duplamente: pela redação do art. 37, §5º que impõe a imprescritibilidade e pela interpretação ampliativa do conceito de “agente”. Essa interpretação, portanto, possibilita que a imprescritibilidade possa ser invocada não somente para agentes públicos em sentido estrito. Outrossim, o STJ interpretou como imprescritível o pedido de pensão especial previsto no art. 53, II (ver AgRg no Resp 112.969-6, Relator: Ministro Felix Fischer).

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

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 ação anulatória da doação inoficiosa pode ser desde logo proposta, o que vale dizer que o início do momento do prazo prescritivo é o momento da doação” (grifei) (Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, p. 210)

Há, nesse posicionamento, algumas dificuldades, a começar da analogia com a venda de ascendente a descendente. Na verdade, a reprovação jurídica sobre a venda de ascendente para descendente não é semelhante à imposta para a doação inoficiosa, de modo a justificar a analogia. Tanto que o atual Código Civil prescreve expressamente que a venda (art. 496) é anulável enquanto a doação (art. 549) é nula.

Não há como ignorar os termos literais utilizados pelo legislador na construção do texto jurídico. O art. 549 do Código Civil de 2002, como o art. 1.176 do Código Civil de 1916, estabelece como sanção a nulidade da doação caso o valor desta, ao tempo da liberalidade, ultrapasse a parcela legítima da herança que cabe ao herdeiro necessário. A nulidade é uma sanção prevista pelo ordenamento jurídico que age na dimensão da validade, portanto, se um ato ou negócio jurídico for declarado nulo isso significa sua invalidade total, permanente e insanável. Há nulidade quando não se está presente algum elemento essencial que se destina a fazer nascer para o mundo do direito o ato ou negócio jurídico. Dessa forma, quando há nulidade desvirtua-se definitivamente a finalidade de determinado instituto. Por isso, a doação que interfira na legítima é sancionada com a nulidade.

Miguel Reale assevera que os atos nulos “carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais” (grifei) (Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207). Esse vício não pode ser sanado em virtude da intensa reprovabilidade jurídica e moral sobre o modo como o ato ou negócio jurídico foi celebrado. Por isso, grande parte da doutrina entende que o ato nulo não pode ser convalidável e, portanto, conseqüentemente a ação de nulidade é imprescritível. Do mesmo modo assevera Pontes de Miranda que nulidade e anulabilidade são conceitos bem distintos: “a distinção entre nulidade e anulabilidade é criação técnica, que determina tratamentos diferentes, um dos quais é a imprescritibilidade das ações de nulidade(...)”(*Tratado*,t.IV,p.39).

Essa tese tornou-se ainda mais evidente com o disposto no art. 169 do Código Civil atual: “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Destarte, se não é possível considerar juridicamente venda a descendente e doação inoficiosa com o mesmo grau de invalidade, não há como realizar a analogia entre os dois

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

institutos. A doação inoficiosa possui grau máximo de invalidade por ser considerada nula e não apenas anulável.

Assim, não parece coerente considerar a imprescritibilidade como uma das características da nulidade e ao mesmo tempo afirmar que o ordenamento jurídico não poderia aceitar que o prazo prescricional para a doação inoficiosa possuísse como *dies a quo* a abertura da sucessão porque isso traria sérios inconvenientes. O intérprete não pode negar os enunciados normativos como seu ponto de partida. Se o legislador qualificou a doação inoficiosa como nula não cabe ao intérprete dizer que é anulável. O legislador fez sua escolha. Se sua pretensão fosse diversa teria qualificado a doação inoficiosa como anulável, mas não o fez.

Cuidadosa, assim, para contornar esse inconveniente, a posição de Pontes de Miranda quando argumenta que, sendo *ação subsidiária* (depende do agir do herdeiro necessário, existente quer no momento da liberalidade, quer após), “cessa com a prescrição da ação do herdeiro para haver a herança em mãos de outrem” (op. cit. p. 322).

Na verdade, embora o tema da doação inoficiosa tenha uma dimensão patrimonial, isso não significa que o legislador, ao prescrever a nulidade, objetivou defender apenas o patrimônio dos herdeiros necessários, mas também a estabilidade das relações familiares. Nesse sentido, afirma Clóvis Beviláqua, citado por Agostinho Alvim (*Da doação*. São Paulo: RT, 1963, p. 168), ao dizer que em várias passagens do Código Civil há a defesa de uma idéia de *comunhão familiar*, ou seja, integração, convivência harmônica entre os membros da família.

Os limites da liberdade dos pais disporem de seus bens giram em torno do conceito de legítima, isto é, 50% (cinquenta por cento) da herança pertencem aos herdeiros necessários. O atual Código Civil tornou clara a definição de legítima ao mesmo tempo em que estabelece a importância desse direito aos herdeiros ao dizer que a legítima lhes pertence de pleno direito (grifo meu):

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Outrossim, o Código Civil de 1916³ em diversos dispositivos já assegurava a legítima dos herdeiros necessários demonstrando, portanto, a importância desse direito (grifos meus):

Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

³ O Código Civil de 2002 traz disposições que estabelecem a mesma linha de direitos:

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Art. 1.776. É válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

Há de se convir, nessa linha de raciocínio, que o Direito Civil protege a legítima de várias maneiras. E uma delas é por meio do dispositivo sobre a doação inoficiosa, já prevista no art. 1.176 do Código Civil de 1916 (art. 549 do Código Civil de 2002):

Art. 1.176. Nula é também a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Por meio desse instituto mais do que o patrimônio do herdeiro pretende se valorizar o papel social esperado do pai. Por isso, afirma Agostinho Alvim: “O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso a doação é inoficiosa (*in*, prefixo negativo)” (ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: RT, 1963, p. 165).

Isto posto, percebendo-se a importância da família e sua proteção pelo direito, bem como os mecanismos jurídicos que auxiliam no seu desenvolvimento e na manutenção de sua harmonia, é possível agora entender a questão referente a prazos prescricionais.

2. Prazo prescricional e *dies a quo*

Independentemente da discussão acerca da imprescritibilidade da ação de nulidade da doação inoficiosa, a qual conta com adeptos no direito civil brasileiro⁴, a interpretação

⁴ Parte da doutrina constrói o argumento da imprescritibilidade da ação de nulidade de doação inoficiosa com base na previsão do art. 1.176 do Código Civil de 1916 (art. 549 do Código Civil em vigor). Os autores consideram que a nulidade implica imprescritibilidade. Assim, se o Código Civil sempre adotou a nulidade como sanção prevista para a doação inoficiosa, conseqüentemente, o legislador pretendeu qualificá-la como imprescritível. Nesse sentido, Paulo Netto: “a ação deve ser promovida pelos herdeiros necessários contra o doador, a qualquer tempo, após o conhecimento do excesso (...) a pretensão não prescreve, pois a norma é de nulidade” (grifei) (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil: parte especial. Das várias espécies de contratos*. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334). Da mesma maneira, Tartuce: “Como a questão envolve ordem pública, entendemos que a ação declaratória de nulidade da parte inoficiosa (também denominada *ação de redução*) é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo” (grifei) (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007, p. 311). Em 2002, com o *Revista Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 593-608, Set.-Dez. 2017. 599

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

sistematicamente mais consistente com o nosso ordenamento jurídico é a de que o prazo prescricional de 10 (dez) anos (art. 205 do Código Civil/2002) somente pode iniciar sua contagem com a abertura da sucessão. Os principais argumentos a sustentar essa tese são: (a) a doação inoficiosa tem como objetivo preservar a legítima e, portanto, a família; (b) o critério para se estabelecer a inoficiosidade de uma doação é o direito de herança; assim, a doação só será sancionada como inoficiosa se avançar na legítima do herdeiro necessário: o que está em jogo, portanto, é a herança e não se pode discutir herança de pessoa viva; (d) a herança é uma mera expectativa de direito e não um direito atual; assim, se o inoficiosidade da doação depende do direito de herança este só ocorrerá após a abertura da sucessão; (e) a herança é um direito fundamental.

Além das disposições constitucionais que protegem a família, como o art. 226, ou ainda disposições do Código Civil que impõe limites à liberdade dos pais dispoem dos bens, portanto, em defesa da legítima, não se pode perder de vista a herança como um direito fundamental (art. 5º, XXX da Constituição Federal).

Retome-se, para fixar seu entendimento, o art. 549 (art. 1.176 do Código anterior), que estabelece como nula a doação inoficiosa nos seguintes termos (grifos meus):

Nula é também a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

A redação do artigo deixa claro que o critério para se determinar a inoficiosidade ou não da doação está baseado no direito sucessório. A doação será inoficiosa caso o doador disponha de seu patrimônio, no momento da liberalidade, além do que poderia testar, ou seja, ultrapassando o valor da legítima dos herdeiros necessários. Ocorre que, embora a liberalidade ocorra antes da abertura da sucessão, só é possível discutir juridicamente se a doação foi ou não inoficiosa após a abertura da sucessão. Isto porque como a doação inoficiosa foi instituída para defender a legítima e como só há legítima com a morte do *de cuius*, e não há como afastar o direito de sucessores legítimos mesmo nascidos após a liberalidade, só há que se tratar de doação inoficiosa após a abertura da sucessão. Ademais, proíbe-se que se discuta herança de pessoa viva (CC-02, art. 426/CC-16, art. 1.089).

Essa interpretação é esposada por Carlos Maximiliano:

“Quer se trate de doações, quer de algum legado, o legitimário, ou representante seu, pode reclamar e acionar, só depois da abertura da sucessão. O seu direito advém da herança, e esta não existe enquanto vive o disponente: *nulla viventis haereditas* – ‘não há herança de pessoa viva’. Pode-se agir antes do doador, ou donatário, nulidade da escritura, etc; jamais por não caber a dádiva na quota disponível do patrimônio do benfeitor (...) por isso mesmo que o direito à legítima

novo Código Civil, o legislador teve a chance de alterar o enunciado normativo do art. 1.176 deixando de imputar como nula a doação inoficiosa e passando a imputar-lhe a anulabilidade. Entretanto, o legislador manteve a nulidade como sanção para a doação inoficiosa.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

advém com a mora do hereditando e só em tal época surge a prerrogativa de acionar, carecem de valor o pacto e a renúncia, em vida do disponente, no sentido de se não impugnarem doações; importam em contrato ou transação, tendo por objeto sucessão futura, ou no repúdio da mesma” (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 39).

Os Tribunais Superiores adotam o mesmo entendimento:

“A ação para anular a doação inoficiosa pertence aos herdeiros necessários (Código Civil, arts. 1576 e 1721). Não há herdeiro antes da abertura da sucessão (Código Civil, arts. 1572 e 1577), porque não há herança de pessoa viva (Código Civil, 1.089)” (STF, RE 53.483, Relator: Ministro Hannemann Guimarães);

“(…) o mais que pode o herdeiro necessário, que se julgar prejudicado, pretender, é a garantia da intangibilidade da sua quota legitimária, que em linha de princípio só pode ser exercitada quando for aberta a sucessão, postulando pela redução dessa liberalidade até complementar a legítima, se a doação for além da metade disponível” (STJ, Resp n. 124.220, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha).

Também os Tribunais Estaduais compartilham da interpretação de que o *dies a quo* do prazo prescricional ocorre com a abertura da sucessão:

“O Juízo de primeiro grau, entendendo serem os Autores carecedores do direito de ação, por **impossibilidade jurídica do pedido**, julgou extinto o feito, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que não existe herança de pessoa viva, sendo viável a pretensão formulada nos autos somente após a abertura da sucessão. Verifica-se, assim, que a controvérsia está limitada à possibilidade ou não de ajuizamento de ação de anulação de doação supostamente inoficiosa enquanto estiverem vivos os doadores. Em que pesem as alegações expostas nas razões recursais, **a ação que visa anular doação reputada inoficiosa só poderá ser ajuizada após a abertura da sucessão, tendo em vista que somente após a morte do suposto doador nascerá o direito à herança e surgirá a qualidade de herdeiro capaz de discutir a legítima.** Ocorre que o direito que tem o herdeiro necessário de reclamar a sua legítima, em juízo, advém da herança e esta não existe enquanto vive o disponente, conforme o princípio da *nulla viventis haereditas*, ou seja, **não há herança de pessoa viva**. Assim, não tem cabimento a discussão de negócio jurídico envolvendo direitos hereditários, tendo em vista que não existe herança de pessoa viva, **mas mera expectativa de direito**, pois o direito de concorrer à legítima surge

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

apenas com a morte do autor da herança e a abertura da sucessão” (grifei) (TJ-PR, Apelação Cível n. 714.132-0, Relator: Desembargador Clayton Camargo)⁵.

A jurisprudência não apenas afirma que o prazo prescricional começa a contar a partir da abertura da sucessão como também deixa claro que a propositura da ação não seria cabível por falta de interesse de agir. Assim, por estar ausente uma das condições da ação, ela estaria viciada inelutavelmente desde o princípio. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim se manifestou sobre o tema:

“É que incide o princípio da *actio nata*, pelo qual a prescrição somente tem início no momento em que se oferece ao seu titular o direito de ajuizar a ação. Não podia a autora, na condição de sucessora, ajuizar a ação quando ainda vivia seu pai, pela falta de interesse de agir, diante da impossibilidade de demandarem, firmado seu direito sobre herança de pessoa viva” (grifei) (Apelação, Processo: 0054861-4, Relator: Juiz Marques Cury)⁶

A doação somente pode ser qualificada como inoficiosa se considerarmos que os herdeiros gozarão futuramente de uma herança. A herança não é um direito atual, mas sim futuro. Assim, configura-se uma mera expectativa de direito para o descendente. No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência:

“(…) os herdeiros possuem mera expectativa de direito sobre os bens que pertencem ao de cujus até o momento do falecimento. Dessa forma, o prazo prescricional somente pode ser contado da data da doação para o próprio doador, não para os seus herdeiros necessários os quais não possuem legítimo interesse para tal mister antes da morte do doador” (grifei) (TJ-SP, Sétima Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 673.975-4/7-00, Relator: Douglas Iecco Ravacci);

“(…) a ação para anular doação argüida de inoficiosa, somente poderá ser ajuizada após a abertura da sucessão. Nesse sentido, o objeto da ação anulatório refere-se à doação de ascendente à descendente, defluindo, daí estreita relação com o direito sucessório, porque a doação (espécie de contrato) reproduzirá efeitos concretos na sucessão hereditária. Observa-se que não seria cabível ação para discutir negócio jurídico envolvendo direito hereditários, até porque inexistente

⁵ Outras Justiças estaduais também adotam o mesmo posicionamento: RT 32/168; RT 528/228-229; RT 546/66; TJ-SP, Quarta Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 54.835-4, Relator: Desembargador Barbosa Pereira; TJ-SP, Segunda Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 107.037-4, Relator: Desembargador Osvaldo Caron.

⁶ No mesmo sentido TJ-SP, Quarta Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 217.455-4/8-00, Relator: Desembargador Teixeira Leite; TJ-SP, Sétima Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 673.975-4/7-00, Relator: Desembargador Douglas Iecco Ravacci.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

herança de pessoa viva, mas sim, mera expectativa de direito. Em outras palavras, o direito de concorrer à legítima ocorrerá, tão somente, com a abertura da herança, o que significa afirmar que eventual excesso será aferido após a morte do doador” (grifei) (TJ-MG, Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 208.454-9, Relator: Brandão Teixeira).

O herdeiro só goza do direito à legítima após a morte do *de cuius*. Assim, se o herdeiro vier a falecer antes do *de cuius*, logicamente, não terá direito à herança e, ao mesmo tempo, não se qualificará a doação como inoficiosa. Esse também é o entendimento doutrinário e jurisprudencial:

“Se havia herdeiros necessários quando se escrituraram atos benéficos e não mais existem ao abrir-se a sucessão, prevalecem as doações outrora inoficiosas, excedentes da quota disponível na época em que foram feitas. Só se aciona mediante a prova do prejuízo; e o premorto nada perde, porque nem sucessor pode ser” (MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 41);

“se a doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima (CC art. 1.171), certo é que o eventual excesso só poderá ser aferido com a morte do doador (Código arts. 1.176, 1.721, 1.727, 1.788 e 1.790, parágrafo único). Enquanto isto não acontece, será prematura qualquer discussão envolvendo os bens doados aos filhos (...) mesmo porque pode o descendente vir a falar antes do ascendente, sem que o primeiro, portanto, chegue a ter direito de herdeiro” (grifei) (RT 546/66).

Como se vê a interpretação de que a contagem do prazo prescricional da ação de nulidade de doação inoficiosa deva iniciar no ato da liberalidade é inconsistente juridicamente. Além dessa inconsistência, há implicações severas quanto à tal interpretação que pode levar a consequências inconcebíveis no devido respeito à legítima.

Suponhamos, por hipótese, que um pai possua dois filhos. Esse pai beneficia um dos herdeiros com doações que avançam na legítima de seu outro filho. O herdeiro prejudicado não propõe qualquer ação de nulidade seja por temor filial, seja por prezar a harmonia da família, ou ainda por desconhecer os atos de doação realizados por seu pai. Suponhamos também que o pai ao longo da vida empobreça de modo acentuado. Assim, se no momento da abertura da sucessão o herdeiro prejudicado não puder propor uma ação de nulidade ele nada herdará mesmo sabendo que sua legítima encontra-se na esfera patrimonial de seu irmão. Sua parcela da herança fora ilegalmente invadida, porém nada pode fazer em virtude do lapso temporal. Acontece que a legítima não pode ser desrespeitada. Nesse sentido, assevera Agostinho Alvim: “*A legítima em nosso direito, antigamente dois terços, hoje metade, foi e* Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 593-608, Set.-Dez. 2017. 603

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

continua sendo defendida com um direito intangível do herdeiro necessário” (ALVIM, Agostinho. Da doação. São Paulo: RT, 1963, p. 171).

A interpretação a favor do ato da doação como o início da contagem do prazo prescricional leva-nos, pois, a uma conclusão inaceitável do ponto de vista moral e legal. É plenamente inconcebível que o ato ilegal da doação inoficiosa seja convalidado pelo tempo, contrariando não apenas a doutrina como também o próprio legislador (art. 169 Código Civil 2002), em detrimento da parte legítima da herança do herdeiro necessário. Ora, de fato, é uma situação absurda pensar-se que o herdeiro nada receberá após aberta a sucessão pelo fato de que seu irmão obteve vantagens ilegais de seu pai. A torpeza de pai e filho seria validada pelo direito contra expreso mandamento constitucional que proíbe discriminações (CF art. 227, § 6º). O herdeiro prejudicado ficaria sem sua legítima, ressalta-se que a legítima é garantida de pleno direito (art. 1.846 do Código Civil de 2002), enquanto seu irmão por meio de atos inválidos perante o ordenamento jurídico brasileiro estaria em melhor situação patrimonial ainda que tenha agido em contrariedade ao art. 549 (CC/16, art. 1.176).

Do ponto de vista processual tampouco se sustenta a prescrição. Para Chiovenda o processo atua no intuito de concretizar o direito substancial (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 22; 35-36). Essa sua tese culmina com a frase lapidar do processo civil moderno: “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (*idem*, p. 46). Não é consentâneo com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro que uma ação prescreva ferindo o direito fundamental de herança e a possibilidade de declarar nula uma doação inoficiosa ainda antes da abertura a sucessão. O processo deve atuar em prol do direito substancial e jamais dificultando os meios para propiciar a defesa da pretensão de quem eventualmente tenho o direito. A interpretação de que o prazo prescricional deve ser contado a partir da doação, portanto, também desse ângulo, não é coerente com o sistema jurídico brasileiro.

II – A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 494 DO STF PARA OS CASOS DE DOAÇÃO INOFICIOSA.

O art. 496 do Código Civil de 2002⁷ (art. 1.132 do Código Civil de 1916⁸) prevê a necessidade, caso os ascendentes queiram vender bens para seus descendentes, de anuência dos demais descendentes. Sem essa autorização expressa a venda é anulável. No entanto, dúvidas pairavam sobre o prazo prescricional, bem como sobre o respectivo *dies a quo*. Para findar com qualquer obscuridade a respeito desse tema o STF editou a Súmula 152 que,

⁷ Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

⁸ Art. 1.132. Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

posteriormente, foi revogada pela Súmula 494. Esta última adota a interpretação de que 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 152*. O STF ao sumular a matéria objetivou tornar claro o prazo prescricional para ações cujo objeto é a anulação de venda entre ascendente para descendente. Por sua vez, o STF não sumulou a matéria em relação à prescrição de ação de nulidade de doação inoficiosa.

Ora, a aplicação analógica da Súmula 494 para os casos de doação inoficiosa não tem qualquer sustentação jurídica. Adotando essa vertente, como veremos em seguida, o próprio STF sequer cogitou de sua aplicação para tratar do prazo prescricional da ação de nulidade de doação inoficiosa. De modo oposto, o Tribunal Supremo deixou claro que o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos contados a partir da abertura da sucessão (STF, RE n. 94.118, Relator: Djaci Falcão).

Inicialmente é preciso notar que antes mesmo de qualquer ponto jurídico que se possa debater a respeito da Súmula em tela, o problema *in casu* pode ser analisado tomando por base o bom senso. Se há tanta proximidade entre os dois institutos (venda a descendente e doação inoficiosa), por que o STF não disciplinou as duas matérias em conjunto? Não se pode pressupor que o STF foi negligente ao tratar do assunto. Se pretendesse sumular de modo idêntico as matérias, teria incluído a doação inoficiosa, mas não o fez. Assim, a presunção deve ser que o STF não objetivou tal analogia. No que andou muito bem já que os dois institutos são distintos: a venda tem um sentido contratual ostensivo no interesse do vendedor e do comprador, enquanto a doação é contrato unilateral, é *donum* que carrega o sentido de uma liberalidade.

A interpretação do TJ-PR corrobora o entendimento. Este Tribunal afirma que a Súmula 494 diz respeito à venda e não doação e, portanto, não pode ser aplicada para casos em que está em jogo uma doação inoficiosa (TJ-PR, apelação cível 54.861-4, Relator: Juiz Marques Cury).

O cerne da distinção está no fato de que a doação inoficiosa tem por base direitos de herança enquanto a venda de ascendente para descendente não⁹. A venda, conquanto seja de ascendente para descendente, em princípio, não fere de forma alguma a legítima. Há um contrato de compra e venda: o pai entrega a coisa e o filho, como contraprestação, quita o preço. A venda, posto que não está relacionada com o direito de herança, não é objeto de colação. Por sua vez, a doação implica necessariamente a diminuição do patrimônio dos pais (diminuição do patrimônio do doador e aumento do patrimônio do donatário). Assim, o

⁹ Há outros elementos distintivos como as sanções cominadas para os institutos, bem como a necessidade, ou não, de autorização dos demais co-herdeiros: (a) a venda de ascendente para descendente necessita da autorização dos demais descendentes e, caso não haja essa anuência, a venda será anulável; (b) a doação dos pais para os descendentes ou terceiros não necessita de qualquer anuência, contudo se ferir a legítima será considerada nula.

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

descendente que receber a herança, por força de disposição legal, terá sua legítima antecipada. Por isso, a doação será objeto de colação¹⁰.

Não é outra a lição do STJ. Este Tribunal, ao tratar desnecessidade de anuência dos demais descendentes em caso de doação, afirma que não há tal exigência tendo em vista que na doação há obrigatoriedade de colação. Essa obrigatoriedade torna claro que a doação inoficiosa está ligada aos direitos de herança. Assim pronuncia-se o STJ:

“Estou em que a disposição do art. 1.089 do Código Civil, ao não permitir que seja objeto de contrato a herança de pessoa viva está a indicar a razão pela qual não se há de reconhecer possa ser questionada doação de ascendente a descendente, enquanto vivo aquele, por outros descendentes, que não participaram do contrato, até porque lei alguma há de dizer da obrigatoriedade dessa anuência, ato contrário do que ocorre com a venda de bens.

“E a inexigência tem razão óbvia, posto que, na venda não há obrigatoriedade de colação, enquanto que os bens doados são levados à conferência, como adiantamentos de herança, por ocasião de respectivo processo sucessório” (grifei) (STJ, Resp 17.555, Relator: Ministro Dias Trindade).

No entanto, é o **RE 59.417, Relator: Ministro Luiz Gallotti** que afasta de modo irrefragável qualquer possibilidade de aplicação analógica da Súmula 494 para os casos de doação inoficiosa. Esse Recurso Extraordinário é fundamental para a correta solução da controvérsia em torno da aplicação analógica da Súmula 494. Isso porque, foi esse acórdão o responsável, por um lado, pela revogação da Súmula 152 e, por outro, pela edição da Súmula 494.

Nesse acórdão resta nítido que, tal qual vínhamos expondo, a venda de ascendente para descendente não tange questões de herança ao contrário dos casos de doação inoficiosa. Essa afirmação fundamenta o início distinto da contagem de prazo prescricional: enquanto que para a doação inoficiosa o prazo inicia-se com a abertura da sucessão, para a venda de ascendente para descendente, por não envolver questões de herança, o prazo inicia-se a partir do ato da venda.

O posicionamento do Ministro Luiz Gallotti é justamente o de que no caso de venda não há qualquer questão de sucessão. Diz ele que: “não se trata de reclamar a sucessão, coisa que evidentemente não poderia ocorrer, enquanto vivo o pai” (p. 142). Assim, vê-se que enquanto a venda não trata da legítima e, portanto, de qualquer questão relacionada com a sucessão, por sua vez, a doação inoficiosa claramente relaciona-se com a sucessão. Nesse

¹⁰ Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação (CC/2002). Art. 1.785. A colação tem por fim igualar as legítimas dos herdeiros. Os bens conferidos não aumentam a metade disponível (arts. 1.721 e 1.722) (CC/1916).

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

sentido, Luiz Gallotti, ao citar José Beleza dos Santos (p. 155-156), deixa claro que o Código Civil ao estabelecer a necessidade de anuência dos filhos quando há venda de ascendente para descendente não está preocupado com a legítima. Tanto é assim que o artigo, diferentemente da doação inoficiosa, não diz que só deverá haver anuência quando o direito à legítima estiver ameaçado. Em última instância, o importante no caso de venda de ascendente para descendente definitivamente não é a legítima, mas sim o direito que os filhos possuem de serem ouvidos. Nesse mesmo sentido, Djaci Falcão assevera que a necessidade de anuência “tem como última *ratio* afastar dissensões prejudiciais à integridade da família, resguardando, assim, o próprio interesse social. Consubstancia-se o princípio do respeito à ordem pública” (p. 180). Por isso, Djaci Falcão conclui, no caso de venda, que o prazo prescricional deve começar a contar do ato e não da abertura da sucessão: “ação, que não se funda no eventual direito a legítimas futuras, mas em direito atual, isto é, do descendente intervir na venda de bem de ascendente a outro descendente, independe da abertura da sucessão, decorrente da morte do ascendente outorgante vendedor” (p. 184).

Essa impossibilidade de analogia torna-se ainda mais patente quando analisamos o **RE 94.118 relatado pelo Ministro Djaci Falcão**. O STF discutiu exatamente a questão sobre o prazo prescricional da ação de nulidade de doação inoficiosa. Qualquer dúvida que ainda possa pairar sobre a possibilidade de aplicação analógica da Súmula 494 para os casos de doação inoficiosa esvai-se a partir da leitura cuidadosa do aludido Recurso.

O acórdão traz parecer da Procuradoria da República. Esse parecer entende que a Súmula deveria ser aplicada não só para a venda de ascendente para descendente como também para a doação (p. 358). No entanto, o STF categoricamente reiterou que

“tratando-se, como se trata, de ação para anular doação inoficiosa, fundada no art. 1.176 do Código Civil [1916], movida por herdeiro necessário, somente é viável após a abertura da sucessão da pessoa indicada como doadora, sendo de vinte (20) anos o prazo de prescrição” (p. 363)¹¹.

O próprio STF podendo se valer da súmula 494 não o fez. A Súmula foi editada pelo STF, portanto, o mesmo é o órgão mais adequado para determinar a abrangência de sua aplicação. Dessa forma, só se pode concluir pelo afastamento da aplicação analógica.

Em suma:

O prazo prescricional para a ação declaratória de nulidade de doação inoficiosa por força do art. 177 do Código Civil de 1916 é de 20 (vinte) anos; 10 (dez) anos pelo CC/2002,

¹¹ Em outra passagem do acórdão a mesma tese é reiterada: “(...) **a nulidade da doação, com fundamento no art. 1.176 do Código Civil somente pode ser invocada após a morte do doador (...) esse entendimento se assenta no princípio de que o nosso ordenamento jurídico não admite a existência de um direito à herança de pessoa viva, existindo, nessa hipótese, mera expectativa de direito. Com o óbito do doador é que nasce o direito às legítimas e à apuração de possíveis ofensas e se de fato existentes, serão reduzias as liberalidades**” (p. 353).

DA DOAÇÃO INOFICIOSA

art. 205). Por sua vez, o *dies a quo* é a abertura da sucessão, ou seja, só há interesse de agir por parte dos herdeiros após a morte do *de cuius*.

Essa é a tese mais consistente com o nosso ordenamento jurídico. A doação inoficiosa discute direitos de herança e, portanto, propor ação de nulidade enquanto vivo o doador seria discutir herança de pessoa viva o que é proibido tanto pelo Código Civil de 1916 (art. 1.089) quanto pelo Código Civil de 2002 (art. 426).

Ademais, outro ponto importante a ser considerado diz respeito às consequências práticas em desacordo com o moral social e com o ordenamento jurídico. Considerando a contagem do prazo prescricional a partir da liberalidade a ação de nulidade de doação inoficiosa pode prescrever antes da abertura da sucessão. Caso o pai empobreça entre a doação e sua morte o filho prejudicado pode não ter qualquer bem para herdar. Dessa forma, seu direito à legítima estaria maculado. Ocorre que esse é um direito assegurado pelo Código Civil (art. 1.576, art. 1.721, art. 1.776, todos do Código Civil de 1916; art. 1.789, art. 2.018, art. 1.846, todos do Código Civil de 2002). Ademais, a herança é um direito fundamental garantido pela Constituição (art. 5º, XXX).