

INOFICIOSIDADE DAS DOAÇÕES A ESTRANHOS – MODO DE CALCULÁ-LA

HOW TO CALCULATE EXCESSIVE DONATIONS TO INTESTATE SUCCESSORS

JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES

Advogado em São Paulo

ÁREA DO DIREITO: Civil

O nosso direito pátrio é omissivo em relação à querela por inoficiosidade das doações a estranhos, diz o Dr. Teixeira de Freitas em nota ao art. 420 da Consol.¹

Mas, continua ele, “pode-se argumentar com a Ord. L. 4º, tit. 97, § 1º, e tit. 65, §§ 1º e 2º, porque a razão é a mesma”.

Logo, a opinião desse grande jurisconsulto é no sentido de se admitir é no sentido de se admitir - por analogia – a querela das doações a estranhos.

E, de fato, a razão é a mesma, como diz ele.

Se a primeira daquelas Ords. proíbe que as legítimas dos filhos do primeiro leito sejam por qualquer modo defraudadas em virtude da promessa de arras que seu pai viúvo faça à 2ª mulher, pela razão de serem sagradas as legítimas; se

1. Texto originalmente publicado em: AZEVEDO MARQUES, José Manoel de. Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. *O Direito*: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro, v.75, ano 26, p.321-326, jan.-abril, 1898. Digitação e adaptação do texto às regras ortográficas contemporâneas por Carlos Eduardo Elias de Oliveira, doutorando em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. No original, não há notas de rodapé. Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Carlos Eduardo Elias de Oliveira, em anexo a este artigo, publicaram o texto “Notícia histórica, bibliográfica e biográfica ao artigo “Inoficiosidade das doações a estranhos – modo de calculá-la”, de José Manoel de Azevedo Marques, publicado nesta edição da Revista de Direito Civil Contemporâneo. O autor, a partir de 1911, iniciou carreira como docente e, depois, em 1916, foi nomeado catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo (Largo de São Francisco), posteriormente incorporada à Universidade de São Paulo.

MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 385-391. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

a segunda Ord. dá ao herdeiro ação para revogar a doação do marido à mulher ou vice-versa, até haver cumpridamente sua legítima; e se o doador falece com testamento em que distribua a terça sem revogar a doação, serão seus herdeiros primeiro entregues de sua legítima *havendo respeito aos bens que o defunto deu em vida E DOS QUE FICARAM POR SUA MORTE*, ainda pela razão da garantia às legítimas – é bem claro que, pela mesma razão, devem os herdeiros terem ação para revogar doações a estranhos.

A analogia indicada é, conseqüentemente, criteriosa; nem se concebe motivo especial para negar aos legitimários ação contra estranhos quando eles a tem contra seus próprios pais.

Recorrendo, porém, às fontes, vemos o novíssimo direito romano afastando-se do antigo e definindo a inoficiosidade não mais como liberalidades imódicas, mas simplesmente como excesso das legítimas - *Novel. 92, cap. 1º* - da qual se extraiu a *Authent: Unde si parens - Cod. de inoff. test:*

“Se o pai fizer doação indevida a favor de algum filho, OU DE QUEM QUER SEJA, cada um (filho) terá direito a receber da herança em nome da lei Falcidia tanto quanto podia ser-lhe devido antes da doação”².

Desta importante lei conclui-se: 1º) que a inoficiosidade dá-se quer em relação às doações feitas a filhos, quer em relação às feitas a estranhos; 2º) que a inoficiosidade determina-se pelo estado do patrimônio do doador ao *tempo de sua morte* comparativamente com o tempo da doação.

Esta segunda regra – o confronto entre os dois tempos – depreende-se das palavras “*feret tantum quantum*” (“receberá tanto quanto”) e do que dizem os escritores:

- *Corrêa Telles*, dos mais profundos, Doutr. Das Acç., § 141, nota 1ª, pag. 93, edição do Rio, 1865: “Com respeito aos bens que o doador deixou *por sua morte* ...”. E ele funda-se justamente no mesmo texto supratranscrito, em Merlini, em Vallasco, etc.

- *Coelho da Rocha*, Vol. I, § 353 sch: “que os filhos POR MORTE DO PAI doador poucos ou nenhuns bens acham ...” – *Maynz*, Dir. Rom. § 393, vol. 3º da 5ª edição:

-
2. *Se parens in quendam liberorum vel in quosdam donationem immensam fecerit, quisque tantum feret ex hereditate nomine Falcidie quantum poterat ante donationem deberi* (Cons. 6º Cod. 3. XXVIII)”.

MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 385-391. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

“Ainsi, pour juger la question de savoir si la donation a été inofficieuse on prend le patrimoine tel qu’il se trouvait au moment de la donation; mais le légataire n’a pas le droit de se plaindre s’il obtient une valeur égale à la quotité qui aurait formé la légitime au moment de la donation. – Arg. da Nov. 92 c. I”

Ora, quando pode o legitimário obter, isto é, receber aquele valor?

Em que tempo pode esse valor *recebido* ser comparado, como quer Maynz, à quota que teria formado a legítima no momento da doação?

É, incontestavelmente, ao *tempo da morte*.

Logo, se a quota *recebida* for menor do que aquela que, no momento da doação, deveria constituir legítima, há lugar à querela por inoficiosidade.

Logo, é preciso atender ao valor dos bens deixados pelo doador ao tempo de sua morte para determinar a inoficiosidade.

Da comparação resultará a verificação:

- Se os filhos *receberam* ou não, por morte do pai, ao menos, as mesmas legítimas devida ao tempo da doação.

São, pois, os termos:

- A) Patrimônio total do doador, *ao tempo da doação*.
- B) Legítimas dos filhos, *ao tempo da doação*.
- C) Valor da doação, *ao tempo da doação*.
- D) Legítimas recebidas, *ao tempo da morte*.

Poderemos, então, figurar a equação final: Se B (*legítimas ao tempo da doação*) calculado segundo A (*valor do patrimônio ao tempo da doação*) for, pelo menos, igual a D (*legítima recebida ao tempo da morte*), C (*doação*) não será inoficioso.

Ou ainda: - D: B :: C: X.

Seria com efeito ilusório julgar não prejudicados os herdeiros, apesar de nada receberem por ocasião da morte do pai, simplesmente porque, em tempo anterior, existiam suas legítimas em mãos, posse e propriedade do doador.

Equivaleria a ter e não ter legítima; ou ao contrassenso seguinte, que um devedor dissipador e falido pretendesse impor ao credor: - “nada te devo nem direito tens de cobrar-me, porque *ontem* tive menos de pagar-te”.

Desde que não há legítima nem terça senão nos bens existentes ao tempo do falecimento – C. da Rocha § 350 –, é evidente a necessidade de atender ao valor dos bens deixados por morte do doador.

- *Vallasco* na Cons. 189, n. 30, não contraria o exposto:

“Eu restringiria a cit. Ord. ao caso em que fala, a saber se observe o tempo da morte nas doações feitas pelos pais aos filhos ou às filhas; se, porém, doar a um estranho, então se observe a época da doação para que se julgue inoficiosa, atendendo-se às posses do doador, para não desviar do direito comum e das mais recebidas tradições. A razão, porém, que moveu o legislador parece ser essa, porque, para a doação feita a um filho poder chamar-se inoficiosa entre nós, é mister que exceda à terça do pai que doa e à legítima devida ao mesmo filho, como consta da dita Ord. no § 4º. A legítima, porém, não é devida senão depois da morte. Pelo que foi necessário observar-se o tempo da morte do doador para segundo esse tempo se regularem, quer a quantidade, quer o excesso da doação, cuja razão cessa nas doações a estranhos”³.

Nota-se confusão ou vacilação nessa consulta de Vallasco: a razão dada para observar-se o tempo da morte nas doações a filhos, isto é, que exceda à terça e à legítima só existentes depois da morte, não cessa de modo algum nas doações a estranhos, porque também nestas trata-se de verificar se houver aquele excesso.

Mas, devidamente interpretado, o seu pensamento exprime o seguinte:

Nas doações a filhos, o cálculo é feito com os valores do patrimônio do doador e da doação ao tempo da morte, porque só então pode-se saber se o filho dotado recebeu mais do que sua legítima devida nessa ocasião; mas, nas doações a estranhos, *que nada recebem por morte do doador*, a inoficiosidade deve ser calculada segundo as posses ou patrimônio do doador ao tempo da doação, porque nestas não se dá aquela razão, isto é, nestas o donatário estranho nada recebe por morte do doador.

É simplesmente o mesmo princípio que acima estabelecemos: olha-se o patrimônio ao tempo da doação; porém, sem excluir o confronto indispensável com as legítimas recebidas ao tempo da morte; ao passo que, nas doações a filhos, olha-se o patrimônio ao tempo da morte sem reportar ao anterior.

A comparação está subentendida no pensamento de Valasco.

3. *“Precitatum Ord. restringirem ad casum in quo loquitur, ut scilicet tempus mortis inspiciatur in donationibus factis á parte filiis, vel filiabus suis; si autem donaverit extraneo tune inspiciatur, donationis tempus ut inofficiosa judicetur, habito respectu ad facultates donatoris, ne deviet á jure communi et receptissimis traditionibus? Rato autem, quae movit legislatorem, ea videtur esse, quia ut donatio facta filio inofficiosa dici possit apud nos oportet, quod excediat tertiam parentis donantis, et legitimam ipsi filio debitam, ut constate x dicta Ord. in § 4º. Legítima autem non debetur nisi post mortem. Unde necessarium fuit tempus mortis donatoris inspicere, ut juxta id tempus, et quantitas, et excessus donationis regulentur, quae ratio cessat in donationibus collatis in extraneos”.*

MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 19. ano 6. p. 385-391. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2019.

Um argumento que, à primeira vista, impressiona, não refutando, todavia, o princípio por nós sustentado, é este:

“O que o defunto deu a terceiros, alienou ou consumiu em sua vida não mais constitui objeto da herança nem da terça, porque já saiu do seu domínio e não é sujeito à colação” – Caldas – Menezes, Juízos Divis., pag. 185.

É de notar que Menezes assim escreve em nota a uma fórmula de partilha entre herdeiros, tratando de bens que devem ou não formar a terça em inventário.

Expliquemos, porém, a regra de Menezes.

O pai, alienando a título oneroso ou consumindo em vida seus bens, exercita direitos com o presumível intuito de compensação ou satisfação das necessidades e, por isso, os bens não podem, em regra, voltar ao seu patrimônio, salvo exceções, *de que Menezes não tratou*, de reivindicações fundadas em vícios substanciais etc.

Quanto, porém, às liberalidades a estranhos, não compensadas, nem necessárias, quando o pai as faz, exerce também um direito saindo os bens do seu domínio, mas com a condição tácita de não ofender as legítimas dos filhos, ofensa que só se verifica *post mortem*. Tal restrição é logicamente emanada da lei que concede aos legitimários o direito de querelar por inoficiosas as liberalidades a terceiros e da natureza *sui generis* inerente ao instituto jurídico das doações, afastando-se excepcionalmente das normas contratuais.

Não querendo a lei proibir diretamente tais liberalidades para não restringir o exercício do direito de propriedade, procurou, contudo, prevenir seus *maus efeitos* facultando a rescisão por inoficiosidade. É por isso que define-se legítima: “uma porção de sucessão *ab intestato* assegurada pela lei a certos herdeiros *contra as liberalidades* do defunto” – Mourlon, Rep. Escrit., Vol. 2º, n. 593.

Não seria justo que os filhos ficassem despidos de garantias contra *estranhos*, eles que têm os ônus da qualidade de filhos e que devem gozar por isso vantagens e privilégios.

No processo de inventário e partilha – ÚNICO DE QUE MENEZES E CALDAS COGITAM –, os bens doados a terceiros, de fato, não entram para o cômputo da terça nem da herança, porque, até então, subsiste a aparente validade do ato.

Mas, verificada a inoficiosidade por ação especial, de alta indagação, posterior sempre ao inventário que lhe serve de fundamento, as liberalidades são *rescindidas*, reentrando os bens no acervo do doador. A doação é *rescindível*, embora não seja nula em seu princípio.

De outro modo, seria inconcebível um só caso de inoficiosidade, devendo este termo riscar-se da técnica jurídica.

Conseqüentemente o enunciado de Menezes não tem a pretendida significação absoluta, incondicional.

A Ord. L. 4º, Tit. 97, § 4º, que manda “olhar o que os bens do doador valerem *ao tempo de sua morte*” nas doações fora da hipótese de casamento, é inteiramente aplicável às doações feitas a estranhos, como bem opina o jurista Candido Mendes – nota 2 do Cod. Philip., Vol. 2º, pág. 972.

Exemplifiquemos agora um caso de inoficiosidade de doação a estranho para frisar a necessidade de confronto entre os dois tempos:

E.. doou a estranhos certo imóvel valendo 1:000\$000 quando possuía patrimônio orçado em 10:000\$000 líquidos.

Morrendo, tempos depois, deixou a seu único filho 2:000\$000 ao todo.

Há inoficiosidade, porque, *ao tempo da doação*, a legítima do filho, calculada segundo aquele patrimônio, seria de 6:666\$666; mas, tendo ele *recebido* ao tempo da morte do pai apenas 2:000\$000, menos, portanto, do que o devido naquela ocasião, foi, sem dúvida, prejudicado pela *liberalidade a terceiros (não compensada nem necessária)*, que, se não fora feita, não diminuiria em 1:000\$000 a legítima.

Ao passo que, se, por morte do pai, *recebesse* ele, ao menos, os 6:666\$666 devidos ao tempo da doação ... “*foret tantum quantum...*”, em nada seria prejudicado e jamais haveria inoficiosidade.

Eis, pois, como termo forçado do cálculo o *quantum recebido* e, por isso, o valor dos bens deixados ao *tempo da morte*.

O princípio que temos sustentado e que, bem compreendido, não importa “proibir-se a cada qual a mais restrita disposição de seus bens” é uma garantia da família, salutaríssima à sociedade, como facilmente se compreende.

E, além disso, adotado por povos cultos, notadamente o francês, cujo código não estabelece distinção alguma entre as liberalidades feitas a filhos ou a estranhos quanto ao modo de calcular a inoficiosidade – Aubry et Rau, Vol. 7º, pág. 188, letra *b* – e o italiano – Cód. civ., art. 1091 etc.

Só assim poder-se-á coibir escandalosamente abusos e desmandos lamentáveis.

Salvo melhor juízo.

S. Paulo, 1896.

O Advogado,

José Manoel de Azevedo Marques

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas**

- Negócios jurídicos entre pais e filhos, de Fernando Malheiros Filho – *RT* 798/144-162 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 4/251-273 (DTR\2002\237);
- Questões relativas à doação, de Natal Nader – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 5/457-464 (DTR\2012\1221); e
- Questões relativas à doação (II), de Natal Nader – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 5/465-473 (DTR\2012\1224).