

LIBERALIDADES INOFICIOSAS

SIMAO ISAAC BENJO

1 — Liberalidade inoficiosa é o ato gratuito de atribuição de natureza patrimonial, *inter vivos* ou *mortis causa*, que ofende a legítima do herdeiro.

2 — Em obediência ao princípio da liberdade de testar limitada, o testador só poderá dispor da metade da herança, quando tiver herdeiros necessários (Código Civil, artigo 1.576).

3 — Tal limitação, inexistente no direito positivo de certos países, como Inglaterra e Estados Unidos, prevaleceu na última votação do Projeto do Código Civil Brasileiro na Câmara, não obstante tenha sido anteriormente rejeitada quando em trânsito no Senado (emendas n^{os} 1.532 e 1.675).

4 — Se é certo que ela enfrenta o argumento valioso e persuasivo de que a liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, obrigando o indivíduo a desenvolver suas energias, consagrando-se ao trabalho, sem a acomodação ilusória de uma futura herança, tem a limitação de testar a virtude de atender às exigências da socialização do direito e ao reclamo dos sentimentos éticos, impedindo que se ponha nas mãos do indivíduo tal arma perigosa, "com a qual o egoísmo pode praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem-estar doméstico e conturbar a base econômica da sociedade" (CLÓVIS BEVILAQUA, in *Código Civil Comentado*, vol. VI, 7^a ed., p. 187).

5 — Herdeiros necessários são os descendentes e ascendentes sucessíveis (Código Civil, artigo 1.721), isto é, que não sejam excluídos da herança por disposição de lei (indignos) ou por ato do testador (deserdados). Legítima é a porção de bens que a lei assegura a esses herdeiros, que a doutrina também denomina de reservatórios, forçados ou legitimários.

6 — Nem sempre são quantitativamente equivalentes a metade disponível e a legítima dos descendentes. Para saber-se o valor desta, calcula-se primeiro aquela, mediante as seguintes operações: do monte mor (conjunto de bens deixados pelo *de cujus*, já calculada a meação quando o regime de bens for o da comunhão), abatem-se as dívidas e as despesas do funeral, dividindo-se o resto por 2. O quociente será a metade disponível. A esta adicionam-se os bens doados ou dotados pelo *de cujus* aos seus descendentes (Código Civil, artigo 1.722 e parágrafo único), que, assim, estão obrigados à colação, salvo as exceções legais (Código Civil, artigo 1.789).

7 — Vê-se, portanto, que para o cálculo das legítimas dos descendentes não se atende, somente, ao valor dos bens deixados. Predomina aqui a preocupação da absoluta igualdade na distribuição da legítima entre os descendentes, não obstante possa o hereditando conceder mais vantagens a qualquer deles com a parte disponível.

8 — Não havendo testamento, não se faz distinção entre a metade disponível e a destinada à legítima, se o doador no título constitutivo da liberalidade não a tiver dispensado da colação. As liberalidades vêm à colação, aumentando o monte partível, e opera-se a divisão entre os herdeiros, como se todos esses bens se achassem no patrimônio do **de cujus**, quando se abriu a sucessão (CLOVIS, *ob. cit.*, p. 189).

9 — São pressupostos da colação:

1º) A sucessão legítima. Não colação na herança testamentária, pois as legítimas que a lei pretende igular estão fora do poder de disposição do testador.

2º) Co-herdeiros necessários, descendentes. A lei não chama os ascendentes à colação, por ser muito remota a ameaça de violação do princípio da igualdade das legítimas, na ocorrência de liberalidades a eles feitas por seus descendentes.

3º) Liberalidade feita em vida. Não há colação de legados.

10 — Segundo o artigo 1.790, parágrafo único, do Código Civil, é **inoficiosa** a parte da doação, ou do dote, que exceder a legítima e mais a metade disponível. **Legítima**, em sentido restrito, isto é, a porção dos bens atribuível ao descendente já favorecido pela liberalidade.

11 — Severa crítica mereceu a redação do artigo 1.790 do Código Civil, que impõe, não só ao que renunciou a herança como ao que foi dela excluído, o dever de conferir as doações recebidas, para o fim de repor a parte inoficiosa. JOÃO LUIZ ALVES (anotação ao artigo) estabelece esta seqüência lógica de ponderações para chegar à conclusão de ser a solução adotada injusta e em desacordo com a razão e os efeitos da exclusão, estabelecidos pelo Código: "Se a colação é obrigatória, para igualar as legítimas (art. 1.785); se à legítima não tem direito o excluído (art. 1.595), como poderia ele reter bens doados, que valham a legítima, mais a metade disponível? Seria dar-lhe uma posição mais favorável do que a dos herdeiros não excluídos". Tal censura tem o apoio de ASTOLPHO REZENDE (*Manual do Código Civil*, XX, n.ºs 222 e 227).

12 — Em resposta a essa crítica, dentre outros argumentos, sustenta CLÓVIS: "(c) A colação é estabelecida para os **descendentes**, que **concorrem à sucessão do ascendente comum**, declara o ar. 1.786. O indigno não concorre, é estranho à sucessão. Não se lhe aplica a obrigação de colacionar". (*ob. cit.* p. 288).

Reconhecendo a aparente contradição entre a regra do art. 1.786 e a do art. 1.790, diz o grande civilista: "seria para desejar que as expressões **conferir** e **conferência** ficassem reservadas para este último caso, no qual se trata apenas de verificar se houve excesso na liberalidade, a fim de ser repor a parte inoficiosa, e os vocábulos **colacionar** e **colação** indicassem o ato da restituição à massa hereditária, dos bens doados ou dados em dote aos co-herdeiros, para o fim de calcular-se o **quantum** das legítimas". (*ob. cit.* ps. 281/282).

13 — Percebe-se, do que ficou exposto, ter o Código Civil considerado ser **inoficiosa** a parte da doação que excede a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Igual vício sofre a própria disposição testamentária pela qual o testador dispõe da legítima dos outros herdeiros necessários.

14 — A **doação inoficiosa** é nula, segundo o artigo 1.176 do Código Civil.

15 — A ação de nulidade poderá ser proposta pelas pessoas que seriam herdeiras necessárias do doador se este falecesse na data da doação, ou que realmente o forem (CARVALHO SANTOS, in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XVI, 9ª ed., p. 402 e CLÓVIS BEVILAQUA, in *Código Civil Comentado*, observação ao artigo 1.176).

A ação de nulidade poderia, então, ser intentada: a) ainda em vida do doador, voltando os bens do excesso ao patrimônio do doador; b) ou depois da morte do doador, hipótese em que os bens repostos seriam divididos entre os herdeiros necessários.

PONTES DE MIRANDA esclarece: "A ação de doação ofensiva da legítima é da mesma natureza que a ação de redução das disposições testamentárias (arts. 1.726 — 1728), — 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". (*Tratado de Direito Privado*, ed. 1964, Tomo XLVI, p. 251).

16 — São sujeitos passivos da ação o doador e o donatário. No caso de já haver falecido o doador, deve a ação ser intentada contra o donatário (CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, Vol. XVI, p. 403).

17 — Entende AGOSTINHO ALVIM que tendo o pai enriquecido o suficiente para cobrir o excesso de doação:

a) a ação poderá ser proposta em vida do pai, porque assim como ele enriqueceu pode vir a empobrecer de novo;

b) morto, porém, o pai, e apurado que o seu enriquecimento, já agora insuscetível de modificação, dará para cobrir o excesso de doação, sem prejuízo da reserva dos demais filhos, deixa de haver interesse legítimo para a nulidade (*Da Doação*, nº 21, p. 184).

Essa colocação decorre de considerar-se a regra do artigo 1.176 do Código Civil um caso de nulidade absoluta, o que a toda evidência não ocorre. Haja visto que somente os herdeiros necessários poderão propor a ação de nulidade. Sendo esta, portanto, relativa, não basta a legitimidade *ad causam* para a admissibilidade da ação. Levantaria o pai a preliminar de carência do direito de ação, pela ausência da condição relativa ao legítimo interesse econômico, uma vez que não havendo prejuízo para o filho, não poderia este invocar a nulidade.

E ainda haveria a considerar o aspecto moral, que tem permitido algumas decisões que repelem a ação do herdeiro necessário em vida do hereditando, por vislumbrarem em tal lide uma disputa sobre essa herança de pessoa viva, o que não deixa de ser um fundamento respeitável, aceitando-se, por analogia o princípio que proíbe os pactos sucessórios.

JOAO LUIZ ALVES, comentando o artigo 1.176 do Código Civil, fala apenas em redução das doações, que só pode ser pedida pelos herdeiros necessários, após a morte do doador.

"Mas, como antes da morte do doador, não estão eles investidos de direito algum e têm apenas uma expectativa de direito, é claro que a redução da doação só pode ser pedida depois da morte do doador".

Assim também entendem ITABAIANA DE OLIVEIRA (*Tratado de Direito, das Sucessões*, 4ª ed. Vol. II, p. 638) e CARLOS MAXIMILIANO (*Direito das Sucessões*, 4ª ed. ed. Vol. III, p. 39, nº 1.199).

18 — Se o testador estabelece disposições que excedam a metade disponível, cabível é a redução, nos termos dos artigos 1.727 e 1.728 do Código Civil. Idêntica redução se aplicará às doações inoficiosas, embora não expressamente prevista na lei, para que não haja deserdação dos herdeiros necessários fora dos casos previstos no Código Civil, e ainda pela razão de que sendo tal doação nula de pleno direito, embora relativamente, é de economia processual o uso do remédio da redução.

19 — Convém, para efeito de estudo sistemático da matéria atentar para as diferenças entre redução e colação.

A redução se dirige a qualquer doação ou liberalidade que atinja o quintão reservado do herdeiro necessário. Não importa quem seja o donatário: estranho, herdeiro legítimo ou não.

A colação somente se dirige ao descendente e é obrigatória, haja ou não a doação atingido a legítima, sendo porém dispensável na hipótese do artigo 1.788 do Código Civil. Se a dispensa se insere no negócio *inter vivos*, torna-se irrevogável. Se a doação é inoficiosa, o donatário dispensado fica obrigado a repor a parte excedente.

20 — A redução é geralmente feita nos próprios autos do inventário. Se tal não ocorre ou não se efetua adequadamente, os prejudicados terão ação própria de redução, de procedimento ordinário.

21 — Podem propor a ação de redução os herdeiros legítimos, seus credores, cessionários e até mesmo os herdeiros dos legítimos, uma vez estes tenham falecido após a abertura da sucessão, sem ter podido formular a sua reclamação. Não a podem propor os credores da herança: pelas dívidas da herança e nos limites desta respondem todos os herdeiros, haja ou não, ofensa às legítimas. Aliás, os credores da herança não se beneficiam do bem doado nem mesmo após a colação das doações ou a redução em geral, pois tal bem é trazido à massa depois de deduzidas as dívidas. Assim, se o patrimônio do inventariado na data do óbito era de Cr\$ 100.000,00 e suas dívidas de Cr\$ 200.000,00, tendo o de cujus feito doações no valor de Cr\$ 150.000,00, os credores recebem apenas Cr\$ 100.000,00, porque os Cr\$ 150.000,00 das doações tocam aos legítimos. Sem prejuízo, evidentemente, da anulação de doação feita após a constituição da dívida, quando será presumida a fraude a credor, o que nada tem a ver com a alegação de atentado contra a reserva sucessória.

22 — A ação de redução pode ser proposta mesmo havendo declaração contrária do testador. Do mesmo modo que este não pode sacrificar a legítima dos herdeiros, não lhe é permitido impedir o exercício da ação própria para tutelá-la. Não valerá, outrossim, a renúncia ao direito de propor ação de redução, manifestada pelo herdeiro, em vida do testador, por ser considerada pacto sucessório.

23 — Divergem as opiniões sobre a validade da disposição de todos os bens imóveis do testador, restando valores mobiliários de valor equivalente. Acharmos razoável o entendimento de que à redução não interessa a composição qualitativa da legítima, dependendo, apenas, da composição quantitativa, capaz de prejudicá-la.

24 — Havendo pluralidade de herdeiros necessários, pode somente um deles propor a ação de redução, uma vez que todas as ações de herança são divisíveis. A sentença produzirá apenas o efeito de reduzir as disposições excedentes à reserva, até a concorrência da quota da legítima do interessado que promoveu a ação. Os demais são considerados de acordo com a vontade do hereditando (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, Vol. VI, p. 258 e FERREIRA ALVES, in *Manual Lacerda*, Vol. XIX, nº 212).

25 — A redução obedece aos critérios estabelecidos nos parágrafos do artigo 1.727 do Código Civil. A regra do parágrafo primeiro se funda na vontade presumida do testador, que cede à prova contrária, isto é, quando o testador manifestar, expressamente, a sua intenção, no sentido de serem pagos certos herdeiros ou legatários de preferência a outros, hipótese prevista no parágrafo segundo.

26 — Ocorre a hipótese do parágrafo primeiro do artigo 1.727 do Código Civil quando ainda se juntam as seguintes condições: a) a soma do disposto no testamento excede a quota disponível; b) as instituições sejam em quotas ou frações. Se a quota disponível da herança não der para os legados, os herdeiros instituídos nada receberão e diminuir-se-ão os legados. Se for possível o pagamento dos legados, mas as quotas dos herdeiros excederem a metade disponível, essas quotas serão reduzidas proporcionalmente.

27 — Na hipótese do parágrafo segundo do artigo 1.727 do Código Civil, reduzem-se, em primeiro lugar, as quotas dos herdeiros não preferidos, e depois, se necessário ainda, a dos legatários não preferidos; e só em último caso a dos preferidos.

28 — O artigo 1.728 e seus parágrafos cuidam do legado de prédio. Em duas hipóteses conserva o herdeiro necessário o prédio legado indivisível, não obstante ocorra excesso na liberalidade: a) se o valor do prédio for absorvido pela quota

do herdeiro somada à parte subsistente do legado a ele deixado; b) se a importância da redução exceder a um quarto do valor do imóvel legado a terceiro. Se o prédio for divisível, a redução operar-se-á pela divisão proporcional, isto é, tirar-se-á do imóvel a porção necessária para reparar as legítimas, entregando-se ao legatário a parte restante.

29 — Para efeito de redução, imputam-se as liberalidades:

a) na metade disponível, quando as doações não forem feitas aos herdeiros descendentes, ou, quando feitas a estes, o forem com dispensa de colação. O excesso, por inoficioso, será restituído pelos donatários, na proporção do que hajam recebido;

b) na metade legitimária, quando forem feitas aos descendentes, sem dispensa de colação, porque, neste caso, se entende não ter havido, propriamente, uma liberalidade, mas um adiantamento de legítima. Tais doações são colacionadas no inventário para, aumentando a metade legitimária, igualar, na partilha, as legítimas dos herdeiros necessários. Nesta hipótese, só se considera inoficiosa a parte da doação que exceder a legítima do donatário e mais a metade disponível do doador, devendo, então, aquele restituír o excesso verificado (ITABAIANA DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 640).

30 — Se a liberalidade ocorreu em vida do testador, o excesso tem de ser apurado no momento da doação, como se o doador falecesse nesse dia. Levam-se em conta tão somente as doações feitas a pessoas que não sejam os descendentes que as tenham recebido como adiantamento de legítima (estes são obrigados à colação). Se forem feitas sucessivas doações, somam-se seus valores, para verificação do excesso. Verificado este, reduz-se a liberalidade mais recente. Se não bastar, passa-se à imediata e assim sucessivamente. Se feitas as doações na mesma data, a redução faz-se proporcionalmente. Havendo legados bastantes, não é necessário recorrer às doações feitas ao mesmo tempo, porque os legados serão considerados mais recentes (ORLANDO GOMES, *in* *Sucessões*, 1ª ed., p. 104).

31 — A redução somente poderá ser pleiteada após a abertura da sucessão, em virtude da qual nascerá para o herdeiro o direito à legítima:

1º) porque, não havendo herança de pessoa viva, não poderia haver legítima, nem ação de redução visando a integrá-la;

2º) porque, em vida daquele de quem pretendem herdar, não podem os presumidos legitimários impedir qualquer ato que ele queira praticar, alegando que possa implicar, ou que implique, realmente, lesão irreparável; nem intervir em outros atos, para discutir sinceridade, exposição a perigo e prejuízos a seus possíveis direitos, nem, enfim, praticar atos conservatórios, por não serem equiparados aos credores condicionais (CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, Vol. XXIV, p. 129).

Não fixa a lei prazo para o exercício do direito potestativo de promover a redução das liberalidades inoficiosas, que, segundo ORLANDO GOMES, se contaria da aceitação da herança pelo herdeiro legitimário e, segundo CARVALHO SANTOS, da abertura da sucessão. Trata-se de decadência, cujo prazo é de 20 anos. Segundo CLÓVIS, "tratando-se de doações a estranhos, a ação dos herdeiros está sujeita à prescrição de quatro anos, nos termos do artigo 178, § 9º, V". (Ob. cit., p. 201).

É evidente o equívoco. O dispositivo se refere à ação de anulação, enquanto que, na hipótese, se trata de nulidade de pleno direito.

Se a partilha foi amigável e dela participou o prejudicado, a ação de redução não tem mais cabimento, sendo somente viável a ação de anulação da partilha. Se a partilha não foi amigável e o prejudicado ingressou nos autos, resta-lhe o direito de rescindir a sentença que tenha decidido a respeito.

Além da decadência, afasta-se o direito à redução pela renúncia à herança e ao próprio direito de propor a ação, o que só será possível manifestar após a abertura da sucessão.