

O PAGAMENTO DE FIANÇA COMO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA*

Boris Ceolin de Souza**

RESUMO

O adiantamento de legítima, ou seja, a doação realizada pelo ascendente em favor de um descendente (herdeiro necessário) é muito comum no dia a dia. O pagamento de fiança, para quitação de dívida, é um tipo de adiantamento de legítima. O que muitos dos envolvidos não atentam, é para a necessidade do donatário informar tal fato no momento da abertura da sucessão. Referida informação, chama-se colação. Quando não realizado, poderá prejudicar os demais herdeiros, que receberão menos do que têm direito. Esses, por sua vez, têm o direito de requererem que o herdeiro necessário (donatário) informe o valor referente aos bens que recebeu do ascendente comum. Ocorre que, com a morte do doador, haverá um prazo para que os herdeiros que sentirem-se prejudicados, busquem o judiciário para uma solução de igualar o valor da herança/legítima pertencente a todos os herdeiros. Não o fazendo em determinado prazo, ocorrerá a prescrição, não mais podendo haver litígio sobre a matéria. O marco inicial para contagem desse prazo prescricional dar-se-á no momento da morte do titular do patrimônio doado.

Palavras-chave: Legítima. Colação. Fiança. Prescrição

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir, no âmbito do direito sucessório, o direito e a forma de herdeiros buscarem o judiciário, afim de reclamar suposto prejuízo, em face de doação (adiantamento de legítima) que, para o caso em estudo, será caracterizada por um pagamento de fiança, realizado por ascendente em favor de um de seus descendentes (herdeiro necessário).

Visa esclarecer, sobretudo e especificamente, em que momento, após perfectibilizado o ato de doação, realizado pelo ascendente em favor do descendente (herdeiro necessário), iniciará a contagem de prazo prescricional para que os demais herdeiros

*Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso de Pós-graduação da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo. Orientadora: Prof. Luciana Faísca Nahas, Dra., Braço do Norte, 2018.

**Acadêmico do curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil Contemporâneo da Universidade do Sul de Santa Catarina. E-mail: borisceolin1@gmail.com

necessários possam acionar o judiciário, alegando adiantamento de legítima e buscando a colação da referida legítima adiantada, no caso de o herdeiro donatário não fazer por vontade própria citada colação.

Para tanto, conceituar-se-á a legítima, a fiança, o adiantamento da legítima, a colação, assim como o a prescrição. Também será utilizada a legislação e expostos os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, sobre o tema proposto.

Buscará o presente artigo, apontar que o marco inicial correto a se observar, evitando a ocorrência da prescrição, para a propositura de uma ação judicial ou determinação judicial, para colação de bens de adiantamento de legítima, é contado a partir da abertura da sucessão, ou seja, da morte do titular de um determinado patrimônio, que será objeto de inventário e partilha.

Não se propõe, ao final do artigo, buscar entendimento finalizado sobre o tema proposto, haja vista a vasta discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, mas partindo das explanações trazidas, proceder-se-á uma análise teórica para que seja considerado correto o marco inicial, para contagem prescricional, o momento da abertura da sucessão.

2 O PAGAMENTO DE FIANÇA COMO ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

Mesmo sendo desconhecido da maioria das pessoas, o adiantamento de legítima ocorre, no dia a dia, com mais frequência do que se imagina.

Muitas vezes, as partes agem sem intenção de causar prejuízo, em outras, porém, no intuito de auferir vantagem sobre outras pessoas.

Assim, muitas vezes, o doador e o donatário, não sabem que está ocorrendo o adiantamento de legítima. Para tanto, basta que o donatário seja herdeiro necessário do doador, que o objeto da doação tenha valor expressivo e que o doador não mencione que citada doação sairá da sua parte disponível do patrimônio.

Peguemos como exemplo um empréstimo, contraído por determinado filho, e garantido, por meio de fiança, prestada pelo seu pai. Vencido o prazo para pagamento do empréstimo e restando o mesmo sem pagamento, será acionado o fiador para que efetue o pagamento. Vindo este fiador (pai) a realizar o pagamento da fiança prestada, estará configurado o adiantamento de legítima.

Com esse pagamento, o fiador sub-roga-se no direito do credor.

Assim, tem a faculdade de demandar contra o devedor. É o que disciplina o artigo 831 do Código Civil:

“Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.”

Essa faculdade é um patrimônio que, não sendo exercida pelo fiador, poderá ser por seus herdeiros.

Por certo, deve-se ponderar em qualquer tipo de doação, que sejam excetuadas do mencionado adiantamento de legítima, as despesas efetuadas com casamento, alimentação, estabelecimento ou colocação dos descendentes, ou mesmo o pagamento de alguma dívida de valor inexpressivo, na medida em que tais despesas sejam compatíveis com a condição social e econômica do doador.

2.1 LEGÍTIMA

A legislação civil traz o conceito de legítima inserido no seu artigo 1.846, que assim dispõe:

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

A legítima, portanto, corresponde à metade do patrimônio que o inventariado possuía ao falecer.

2.2 ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

Adiantamento de legítima é a transferência realizada em vida, por uma pessoa, a um ou mais de seus herdeiros necessários, de parte do seu patrimônio, que pudesse ser transmitido, ao conjunto de herdeiros, após sua morte.

Mesmo não trazendo um conceito expresso sobre adiantamento de legítima, nossa legislação civil corrobora com tal propósito, vejamos:

Artigo 544: “A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

O “adiantamento do que lhes cabe por herança” inserido no artigo supracitado, pode ser interpretado como adiantamento de legítima.

Repisa-se o conceito anterior de legítima (metade do patrimônio que o inventariado possuía ao falecer) pois, a outra metade, poderá o seu possuidor dispô-la como bem entender, desde de que o faça informando tratar-se da parte disponível.

2.3 FIANÇA

O artigo 818 do Código Civil conceitua expressamente a fiança, ao dispor que: "Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra."

Portanto, o conceito legal para fiança é o expresso no artigo supracitado.

Tratando-se, a fiança, de um contrato, que gera direitos, deveres e por isso, responsabilidades, é, portanto, parte de um patrimônio e, por consequência, parte da herança.

Ou seja, o credor em um contrato de fiança, tem em seu patrimônio, assim como transfere aos seus herdeiros, o direito sobre esse contrato de garantia (fiança). Dessa forma, o credor ou seus herdeiros, poderão acionar o fiador.

Da mesma forma, o fiador, no mesmo contrato, tem em seu patrimônio, e transfere aos seus herdeiros, a obrigação (ônus) de pagar, caso o devedor principal não pague.

3 COLAÇÃO DE ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA

O termo jurídico “colação” de bens, significa o ato/dever que o herdeiro necessário tem, e somente ele tem, de relacionar, no momento do inventário, o valor dos bens por ele recebido do inventariado.

Portanto, estaria sendo realizada a colação de adiantamento de legítima.

Uma vez ocorrendo a doação de ascendente para descendente (herdeiro necessário), estará formalizado o adiantamento de legítima, e o valor do objeto da doação deverá ser levado à colação.

O cônjuge é enquadrado nessa obrigação, quando concorrer com os descendentes do *de cuius* (CC, art. 1.829, I), eis que herdeiro necessário.

É certo que existem exceções para configuração de uma doação que importe em adiantamento de legítima. Referidos casos foram tratados no item 2.

3.1 MOMENTO PARA REALIZAÇÃO DO ATO DE COLAÇÃO

Com a morte do titular de um patrimônio, abre-se a sucessão, com a transferência do patrimônio aos herdeiros.

Nesse momento, mais precisamente quando for realizado o inventário, para partilha do patrimônio deixado pelo inventariado, deverá ser realizado o ato de colação.

Como regra, quem deverá informar a doação recebida, trazendo o valor dos bens à colação, ou seja, informando no inventário o que recebeu em doação, é o donatário, desde que seja herdeiro necessário, pois um terceiro que receber a doação, não é obrigado a realizar o ato de colação.

Reitera-se para o fato de que o cônjuge supérstite é enquadrado nessa obrigação, quando concorrer com os descendentes do *de cuius* (CC, art. 1.829, I), eis que herdeiro necessário.

Caso não seja realizado voluntariamente, o ato por aquele (herdeiro necessário) que recebeu bens em doação, caberá, de forma facultativa, aos demais herdeiros necessários (incluído o cônjuge – CC, art. 1.829, I), acionarem o judiciário, afim de obrigarem o donatário (herdeiro necessário) a realizar o ato de colação, referente aos bens recebidos em doação do ascendente comum.

Outros supostos credores da herança não têm tal legitimação ativa. Eles têm pretensão e ação contra a herança, ação pauliana ou de fraude contra os credores, para o fim de anulação da doação, mas não para fins de colação,

Porém, o credor do herdeiro necessário, que aceitou a herança no lugar dele, tem o dever de levar à colação o que o herdeiro recebeu, evitando-se, assim, algum tipo de fraude.

4 PRESCRIÇÃO

Nossa legislação civil traz a definição para prescrição: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

A doutrina conceitua a prescrição como sendo “Causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei”. (Nery Junior, Nelson, Código civil comentado, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20 maio de 2006. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Com a definição e conceitos supracitados, poderíamos, em termos práticos, discorrer sobre a prescrição como sendo um prazo, definido por lei, para que, quando o direito

de uma pessoa for violado, essa disporá de determinado prazo para buscar o ressarcimento do suposto prejuízo sofrido.

Ou seja, a prescrição serve para demarcar o tempo, o prazo, para que se procure o seu suposto direito. Dessa forma, impede-se a existência de obrigações eternas.

Portanto, deixando transcorrer o prazo, definido em lei, sem acionar judicialmente o infrator, visando o ressarcimento, ocorrerá a prescrição e dessa forma, a pretensão do titular do direito violado não será mais socorrida pelo ordenamento jurídico. Ou seja, o direito permanece, porém, a faculdade de buscá-lo estará eivado pela prescrição.

Como dissemos, o direito permanece, tanto que se alguém quiser pagar uma dívida prescrita, poderá fazê-lo perfeitamente, porém, se o devedor alegar a prescrição, não restará ao “credor”, se não suportar o prejuízo.

Podemos dizer que, a situação supramencionada, é o clássico caso em que o direito não socorre aqueles que dormem “*dormientibus non succurrit jus*”.

4.1 MARCO INICIAL PARA CONTAGEM DE PRAZO

Para o presente estudo, verificar-se-á a data inicial para contagem do prazo prescricional, para que os demais herdeiros necessários, que por ventura sintam-se prejudicados com o valor recebido em herança, possam ingressar com ação judicial, durante o inventário, buscando igualar a legítima. Melhor exemplificado, requerer a colação do adiantamento de legítima.

Doutrina e jurisprudência não são unânimes com relação ao assunto.

Todavia, acreditamos que o momento da abertura da sucessão, seja o critério mais adequado e correto a adotar-se, para efeito de possível aplicação da prescrição.

Assim sendo, no exato momento da morte do titular de um patrimônio, que futuramente será objeto de inventário e partilha, inicia-se a contagem de prazo para que herdeiros necessários comuns do inventariado, sentindo-se prejudicados com doações realizadas pelo ascendente falecido, em favor de outro herdeiro necessário, exijam desse, a colação da referida doação no inventário, caso não tenha sido realizada de forma voluntária pelo donatário.

Conforme parte da doutrina e jurisprudência, ao entender de outra forma, ou seja, considerar como marco inicial o momento da liberalidade ou qualquer outra data anterior à abertura da sucessão, estaríamos indo de encontro ao próprio direito. Vejamos.

O ato de colação de adiantamento de legítima, está intrinsicamente ligado à sucessão, quer dizer, a colação se faz ou se perfectibiliza no inventário, após a abertura da sucessão.

Outrossim, o inventário pressupõe a morte de alguém, e assim não poderíamos falar em herança antes da morte, e sim patrimônio, havendo no máximo, uma “expectativa de herança”.

Dispõe o artigo 426 do Código Civil: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”

O artigo supracitado positiva a afirmação anterior. Portanto, entendemos ser contrário à lei, a tentativa de buscar o judiciário para obrigar alguém a realizar algo que é contrário ao direito.

Deixamos claro que referido entendimento/afirmação (colação de adiantamento de legítima será realizado após a abertura da sucessão), aplica-se nos casos em que se procure o judiciário para que esse reconheça o adiantamento de legítima antes da abertura da sucessão.

Dessa forma, eventual ação para anular suposta doação, sob o fundamento de doação inoficiosa, por exemplo, é plenamente correto. Não se enquadrando, assim, no que entendemos como contrário ao direito.

5 LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O ASSUNTO

Iniciamos com a legislação específica, que positiva o direito dos herdeiros necessários, com relação à cobrança de valores doados pelo ascendente comum, no caso, o pagamento de fiança em realizado pelo pai em favor de um de seus filhos, sem mencionar que referida doação (pagamento), sairia da parte disponível de seu patrimônio.

Referido direito está expresso no artigo 831 do Código Civil: “Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.”

Conforme citado no item anterior, especificamente sobre a prescrição, não há consenso na área do direito, sobre o marco inicial para contagem do prazo prescricional, após realizada a doação de ascendente para descendente (herdeiro necessário), que importe em adiantamento de legítima e que deva ser levado à colação.

Não obstante haver discordância quanto ao *dies a quo*, entende-se razoável e mais correto, considerar ou iniciar a contagem na abertura da sucessão, ou seja, com a morte do (ex) titular do patrimônio doado.

Leciona Zeno Veloso, ao citar Carlos Maximiliano, que o direito do herdeiro necessário em defender sua cota-parte, ou a “legítima”, por via judicial, advém da herança, e a herança inexistente enquanto vivo o ascendente, no caso, o disponente, não há herança de pessoa viva (*nulla viventis hereditas*). (MAXIMILIANO, apud, VELOSO; AZEVEDO, Comentários ao código civil, 2003, p. 415.)

Nesse sentido, Silvio Rodrigues afirma que possíveis herdeiros prejudicados, não ficariam a vontade, com seus ascendentes ainda vivos, ao ingressar com ação judicial requerendo anulação de um ato praticado por eles, seja por reverência, ou mesmo por dúvida se tal rebeldia dos herdeiros possa vir a prejudicá-los ainda mais por outras atitudes dos ascendentes. Nesse sentido, o autor defende que a propositura de uma possível ação visando resguardar direito dos herdeiros, possa ser ajuizada após a morte do doador. (RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 29. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 209.)

Seguindo a doutrina supracitada, é majoritária a jurisprudência no sentido de que o marco inicial, para contagem de prazo prescricional, referente a eventual prejuízo sofrido concernente à doação (adiantamento de legítima), deve iniciar-se na abertura da sucessão.

Excerto extraído da ação rescisória nº 2009.070462-4, demonstra o entendimento do Tribunal Catarinense, no sentido de não reconhecer, para efeito de prescrição, o marco inicial a contar do ato de liberalidade.

“Basta refletir: se um determinado herdeiro recebe um bem em adiantamento de legítima e seu pai (donatário) demora a falecer, estar-se-ia diante da ocorrência de prescrição aquisitiva, frustrando definitivamente o dispositivo que regula a prerrogativa do ascendente antecipar o que caberia ao descendente pela sua morte (o que, por definição, compreende a obrigação de colacionar e igualar as legítimas entre todos os coerdeiros), sem, contudo, preterir os demais filhos (independente do tempo transcorrido entre a doação em adiantamento e a abertura da sucessão).” (TJSC, Ação Rescisória n. 2009.070462-4, de São Joaquim, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 12-03-2014.)

EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI. MATÉRIA NÃO OBJETO DA DIVERGÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DOAÇÃO REALIZADA EM ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA. QUINHÃO PERSEGUIDO EM SOBREPARTILHA. NECESSIDADE DE COLAÇÃO. USUCAPIÃO COMO TESE DEFENSIVA. CÔMPUTO DO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO EXTINTIVA. IMPROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA E ANIMUS DOMINI. DEVER DO HERDEIRO DONATÁRIO DE APRESENTAR O BEM AO INVENTÁRIO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. A admissão da prescrição aquisitiva em favor do herdeiro donatário, beneficiado em adiantamento de legítima, se contada desde a liberalidade, tornaria inócua essa hipótese legal de doação, bem como o instituto da colação, frustrando o intento do legislador de alcançar a igualdade dos quinhões e evitar o tratamento diferenciado entre os descendentes. (TJSC, Embargos Infringentes n. 2015.020826-2, de São Joaquim, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Órgão Especial, j. 17-06-2015).

Entendemos, portanto, ser adequado o entendimento, segundo o qual, correta é a contagem de prazo prescricional, para propositura de ação de colação de adiantamento de legítima, com marco inicial com o evento morte do titular do patrimônio que foi transferido em adiantamento de legítima.

Há, porém, discordância dos entendimentos supracitados.

Com argumento contrário sobre o mesmo tema, Paulo Luiz Netto Lobo, escreve que “a ação deve ser promovida pelos herdeiros necessários contra o doador, a qualquer tempo, após o conhecimento do excesso. Não se aguarda a abertura da sucessão porque a ação tem por objeto contratos entre vivos e é referente ao momento da liberalidade” (LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6. p. 334.)

Ousamos discordar, *data maxima venia*, do entendimento acima.

No presente estudo, consideramos o adiantamento de legítima, isto é, doação do ascendente para herdeiro necessário, sem fazer referência que a doação sairia da parte disponível, pois, nesse caso (constando a citada referência), não estaríamos falando em adiantamento de legítima.

Dessa forma, consideramos que o objeto da ação, em que pese ter sido realizado entre vivos, porém, por não haver no momento da liberalidade a informação de que a doação sairia da parte disponível do doador, transforma-se em adiantamento de legítima, discutível somente após a morte do doador.

6 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente estudo, houve possibilidade de se fazer uma análise sobre a legítima, o adiantamento de legítima, a colação do adiantamento de legítima e mais especificadamente, sobre a prescrição, para caso onde houve o adiantamento de legítima.

Sobre o ponto relacionado à prescrição, procurou-se definir ou delimitar qual seria a data inicial correta para contagem do prazo prescricional, se algum dos herdeiros necessários, que tivessem direito à herança, sentirem-se prejudicados com doação anterior, realizada por ascendente comum.

Considerou-se, no estudo, ter havido adiantamento de legítima e, assim, obrigando para o donatário (herdeiro necessário), levar o valor da doação a colação no inventário.

Para tanto, procurou-se, de forma objetiva, conceituar cada um dos elementos utilizados no estudo, a legítima, o adiantamento de legítima, a colação do adiantamento de legítima e a prescrição.

Demonstrou-se, ao final, que o prazo prescricional para reclamar eventual prejuízo por falta de colação do adiantamento de legítima, deverá ter seu marco inicial contado a partir da abertura da sucessão, tendo em vista tratar-se de matéria relacionada à herança e, portanto, à sucessão, assunto que pode ser tratado somente após a abertura da sucessão.

THE PAYMENT OF BOND AS ADVANCE OF LEGITIMATE

Abstract: The advance of legitimate, which means, the donation made by the ascendant in favor of a descendant (necessary heir) is very common nowadays. The bail payment, for debt settlement, is a kind of legitimate down payment. What many of those involved do not consider, it is for the need of the grantee to inform such fact at the time of the opening of the succession. This information is called collation. When unrealized, it may harm other heirs, who will receive less than they are entitled to. These, will, have the right to request that the necessary heir (donate) inform the value of the goods received from the common ascendant. It happens that with the death of the donor, there will be a deadline for heirs who feel prejudiced, seek the judiciary for a solution to match the value of inheritance / legitimate belonging to all heirs. Failure to do so within a certain period, will occur the prescription, and there may be litigation on the matter. The initial milestone for counting this prescriptive period shall be given at the time of death of the holder of the donated patrimony.

Keywords: Legitimate. Collation. Bail. Prescription

REFERÊNCIAS

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6. p. 334.)

MAXIMILIANO, apud, VELOSO; AZEVEDO, Comentários ao código civil, 2003, p. 415.)

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto F.; com a colaboração de Luiz Guilherme Aida Bondioli. Código Civil e Legislação civil em vigor. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson, Código civil comentado, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20 maio de 2006. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 300/301.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 29. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 209.

WALD, Arnold, Direito Civil: introdução e parte geral, Arnold Wald, com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini, 10. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 226/227.