

## II

### Doação universal — Direito do credor que se julga prejudicado

*Alcantara Machado*

Consulta — A. doou aos filhos todos os bens que possuía constantes de um estabelecimento industrial. Um credor de A. deseja saber:

— se a doação é nula, em face do art. 1.175 do código civil;

— se, vencedor na ação de reparação de dano, que está movendo contra A. poderá penhorar o estabelecimento em questão.

Respondo:

1. Para que seja possível a doação universal, exige o art. 1.175 do Cod. Civil que o doador se reserve uma parte ou renda suficiente para a sua subsistência. Assim dispunha também o direito anterior (Ord., L. 70.3; LOBÃO, *Obrigações Recíprocas*, §§ 317 e 389) e entendiam os doutores (C. TELLES, *Digesto Português*, 3.93 e 94; T. DE FREITAS, *Consolid.*, art. 425), sem embargo de opinião singular de M. J. CARVALHO DE MENDONÇA, (*Contratos*, I, p. 63 e s.).

Foi o que fez o doador na hipótese da consulta: ficou, para a sua manutenção, com uma parte das rendas no estabelecimento industrial, que doou aos filhos, em partes iguais. Está, portanto, satisfeita a exigência constante da pre-citada disposição legal.

2. Os atos de transmissão gratuita de bens, quando os pratique o devedor já insolvente, ou seja por eles reduzido á insolvencia, poderão ser anulados pelos credores quirográficos como lesivos de seus direitos (Cod. Civ., art. 106). “Nemo liberalis nisi liberatus”, recorda, a proposito, CLOVIS BEVILAQUA (*Cod. Civ. Coment.*, observ. ao art. 1.175).

Não é menos certo, porém, que só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação. Assim dispunha o direito romano (Digesto, 42.8.10.1) e continúa a ser entre nós (Cod. Civ., art. 106, § un.), como em toda a parte. Nada mais razoavel. De fato, a ação pauliana requer o concurso destes dois elementos: prejuizo e fraude.

“I creditori che la promuovono”, escreve MAZZINI (*Della revoca degli atti fraudolenti*, 1898, p. 287:

“debbono dunque dimostrare di essere stati pregiudicati dall’atto impugnato in seguito ad un concerto fraudolento. Ma questa duplice prova non possono fornirla i creditori posteriori all’atto rivocabile. Perocchè anzitutto non può dirsi che il debitore li abbia pregiudicati col diminuire garanzie delle loro ragioni, avendo essi trattato col debitore, quando la diminuzione del patrimonio era già compiuta. E, quanto alla fraude, non può per regola suppersi nel debitore l’intenzione di pregiudicare a persone, con le quale egli non aveva rapporti giuridici allorquando disponeva dei propri beni” (cfr. JORGE AMERICANO, *Ação Pauliana*, n. 43; Rev. Forense, 46.486; Rev. de Dir., 30.90).

Dai se vê que o credor não terá o direito de pleitear a anulação da liberalidade, se fôr de data anterior ao ato de transmissão gratuita a obrigação, de que é titular. Note-se: a obrigação. Não, a propositura da ação, em que A for condenado.

3. Ha um acórdão do nosso Tribunal de Justiça (Rev. dos Trib. 25.68), que, com fundamento no art. 686 § 5.º

do decr. n. 737, de 1850, admite “a alegação de fraude, por via de defesa, pelo exequente, independente de ação rescisória”

Esse julgado é, porém, anterior á vigencia do codigo paulista de processo civil e comercial; e este resolve negativamente a questão em seu art. 949.

De fato, entre os casos em que pode a execução versar sobre bens de terceiro ou existentes em poder de terceiro, figuram estes dois:

“I. Quando alienados ou sujeitos a onus ou encargos em fraude de execução ou por ato nulo (Cod. Civ., arts. 145 e 146).

II. Quando houver sentença que anule a alienação ou a constituição de onus ou encargos, por ato simplesmente anulavel (Cod. Civ., arts. 147 e 152)

Não se trataria de fraude da execução, uma vez que a doação em apreço não se enquadraria em nenhuma das hipóteses pre-figuradas no art. 950: todas pressupõem, com efeito, que a alienação ou constituição de onus se tenham realizado na pendencia da demanda ou depois do protesto do titulo que dê direito á ação executiva.

Não se trataria de ato *nulo*, e sim de ato *anulavel*, nos termos clarísimos do art. 106 do Cod. Civ.; e, portanto, só depois da sentença proferida em ação pauliana, como dispõe expressamente o art. 960, n. II, do codigo processual paulista, seria licito ao exequente penhorar os bens distraídos do patrimonio do executado.

*Sub censura.*