

A BUSCA PELA IGUALDADE NO DIREITO FUNDAMENTAL DE HERANÇA: HERDEIROS RESERVATÁRIOS E A COLAÇÃO

THE SEARCH FOR EQUALITY IN THE FUNDAMENTAL RIGHT OF INHERITANCE: NECESSARY-HEIRS AND COLLATION

DÉBORA GOZZO^{1 2}

RESUMO: O objetivo deste artigo é estudar um ponto muito específico da questão da igualdade patrimonial que há de existir entre os chamados herdeiros reservatários. Isto porque eles têm garantido um direito à legítima, isto é, metade do patrimônio do autor da herança. Ao longo da vida este poderá celebrar com aqueles negócios que impliquem mera liberalidade, como a doação, parecendo estar beneficiando determinado herdeiro. Contudo, se ele não liberou o herdeiro de trazer o bem à colação, o hereditando demonstra que não quer tratar nenhum de seus herdeiros necessários desigualmente. Para o êxito da pesquisa, aplicar-se-á o método dedutivo, partindo-se das normas previstas no ordenamento e de sua interpretação pela doutrina, a fim de se chegar à conclusão de uma igualdade *de facto e de iure* entre todos os herdeiros necessários.

PALAVRAS-CHAVE: Herança; Igualdade; Herdeiros Reservatários; Doação; Colação.

Artigo recebido em 28.07.2015. Pareceres emitidos em 12.12.2015 e 14.01.2016.

Artigo aceito para publicação em 16.01.2016.

¹ Pós-Doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da *Alexander von Humboldt-Stiftung*. Professora Titular do Mestrado em Direito e da Graduação do UNIFIEO. Professora da Universidade São Judas Tadeu – USJT. Professora Convidada da EPM e do IICS. *Fellow* do Käte Hamburger-Kolleg ("Recht-als-Kultur), da Universidade de Bonn/Alemanha; *Visiting professor* do *Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften*-Universidade de Bonn/Alemanha, e da *Bucerius Law School*, Hamburgo/Alemanha. Advogada. deboragozzo@terra.com.br

² A autora agradece à Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti, não só pela inestimável disposição para ler os originais do presente texto, bem como pelas precisas observações e indicações de autores para a elaboração do item 4, no que diz respeito ao princípio da igualdade. Ela é Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP. Master em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense de Roma. Professora do Curso de Graduação e Mestrado do UNIFIEO e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. É Membro do Tribunal de Ética da OAB/SP e Advogada.

ABSTRACT: This article aims at analyzing a very specific aspect of the patrimonial equality that has to exist among the so-called necessary heirs. They are entitled to enjoy the statutory share, which is granted to them by the law, i.e. one half of the deceased's assets. Prior to his death, however, the deceased may offer donations to his necessary heirs and he may also not give a preferential treatment to all of his heirs while being alive. Nevertheless, if the deceased person requests from the beneficiary or the beneficiaries to return the goods he received in advance of his share by his death, he demonstrates that he does not want to benefit any of his necessary heirs by the creation of an unequal inheritance. This research will be based on the application of a deductive method through the analysis of those norms that are foreseen in the legal system for that purpose, and their doctrinal interpretation – in order to come to the conclusion that equality exists, *de facto* and *de iure* among all necessary heirs.

KEY-WORDS: Inheritance; Equality; Necessary-heirs; Donation; Collation.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito de Herança como Direito Fundamental; 2. Herdeiros Reservatários e o Direito à Legítima; 3. Igualdade dos Filhos no art. 227, § 6º da Constituição; 4. Contrato de Doação e Antecipação da Legítima; 5. A Busca da Igualdade por Meio da Colação; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Right to Inheritance as Fundamental Right; 2. Necessary Heirs and the Right to Statutory Share; 3. Children's Equality According to art. 227, § 6º of the Constitution; 4. Contract of Donation and the Anticipated Inheritance; 5. The Search of Equality by Means of Collation; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

A importância do direito sucessório na vida das pessoas é singular, uma vez que muitos são os que falecem todos os dias, deixando seus parentes como herdeiros potenciais. Vários são os conflitos que podem surgir, em especial no âmbito da igualdade na partilha do patrimônio deixado pelo morto, em especial depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que previu modificações substanciais no campo da sucessão legítima. O principal aspecto tem a ver com o rol dos herdeiros reservatários, isto é, aqueles que têm direito à metade dos bens deixados pelo autor da herança. Com a nova lei civil, além dos descendentes e dos ascendentes, passa a integrar esta lista o cônjuge sobrevivente. Mas a inovação legal foi além e passou a tratar o cônjuge supérstite como herdeiro concorrente de descendentes e de ascendentes, a fim de protegê-lo financeiramente, por ocasião de sua viuvez. Ocorre que para que possa haver concorrência no primeiro caso, tem-se de levar em consideração o regime de bens que teve vigência durante o casamento, posto ser possível que o cônjuge sobrevivente já esteja amparado em termos patrimoniais. Se a concorrência ocorrer com ascendentes, ele concorrerá sempre. Basta que preencha os requisitos previstos em lei, para suceder o defunto, como se verá ao longo deste estudo.

Em razão do cônjuge sobrevivente ter sido considerado como herdeiro reservatário, outra luz precisa ser jogada sobre ele, porquanto antes dessa inovação, se ele recebesse doação de seu cônjuge, ela não seria considerada

como adiantamento de legítima. Agora, como ele tem direito à metade do patrimônio do cônjuge falecido, que corresponde à legítima, a celebração de negócios entre cônjuges, que impliquem mera liberalidade, passam a merecer a atenção do mundo jurídico, a fim de que a *ratio legis* possa ser realizada.

A questão da igualdade na partilha dos bens, pois, no que concerne à legítima dos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente –, é aspecto que merece a atenção dos estudiosos do direito, e que será o ponto central da investigação a ser levada adiante nos próximos itens. Para uma análise mais profícua do tema, imprescindível lembrar que o direito de herança é um direito fundamental, que não pode ser infringido nem pelo Estado, nem pelos particulares, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A partir daí, passa-se para o exame de quem são os herdeiros necessários e do seu direito à legítima, para a seguir ingressar no tema da igualdade dos filhos prevista na Constituição de 1988, bem como da igualdade de todos os herdeiros necessários por meio da colação, instituto presente no direito brasileiro desde 1917, ano em que começou a vigor o Código Civil ora revogado.

1. DIREITO DE HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com a entrada em vigor da Constituição da República em 5 de outubro de 1988, os direitos fundamentais passaram a ter lugar de destaque no ordenamento jurídico pátrio. Uma de suas finalidades precípuas é a de concretizar um princípio mais do que básico, introduzido também a partir daquela data, isto é, o da dignidade humana (Const., art. 1º, III).

Ao ter estabelecido o direito de herança como um direito fundamental, essencial para a pessoa, o legislador constituinte passa a proteger o cidadão de qualquer ato que o Estado ou particulares possam praticar, e que tenha por fim a violação desse direito. Em outras palavras, trata-se aqui de uma garantia do cidadão contra o Estado (eficácia vertical) e contra os demais particulares (eficácia horizontal). Só uma nova Constituição poderia alterar esta previsão constitucional, de acordo com o art. 60, § 4º, IV, posto ser o inciso XXX do art. 5º do Constituição, direito fundamental e portanto, cláusula pétrea.

O fato de o legislador constituinte ter entendido ser fundamental o direito de herança, parece impedir inclusive uma eventual discussão, como tem ocorrido em alguns países europeus, sobre a manutenção ou não do direito à legítima, ou seja, os cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança, que são destinados aos chamados herdeiros reservatários ou necessários.

A discussão sobre revogar-se ou não o direito à legítima de alguns herdeiros, leva a outro direito fundamental, desta feita, previsto no inciso XXII do art. 5º da Constituição: o *direito de propriedade*.³ Inequívoco que o direito

³ Sobre o tema v.: GOZZO, Débora. Direito Fundamental de Herança e Liberdade de Testar. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.). *Direito e Dignidade da Família*. São Paulo/Lisboa: Almedina, 2012, p. 513-515.

sucessório tem tudo a ver com este direito, posto ser ele um dos modos de transmissão e, portanto, de aquisição derivada da propriedade.⁴ Pelo termo *sucessão*, neste sentido, uma pessoa, ao falecer, transmite a outrem, seu herdeiro, parte ou a totalidade de seu patrimônio, no que diz respeito aos direitos disponíveis, portanto, de cunho patrimonial.

O direito de propriedade, contudo, encontra-se limitado não só pelo direito fundamental de herança, mas ainda pelo fato de esse direito ter de ser exercido com base na sua *função social*. Tal comando legal, restritivo quanto ao uso da propriedade está previsto no inciso XXIII do art. 5º do texto constitucional. Afinal, atualmente não se pode mais aceitar que a propriedade fique improdutiva ou que não cumpra com sua função social de atender ao estabelecido, por exemplo, no plano diretor determinado pelo município, conforme o artigo 182, § 2º da Constituição Federal.⁵

Parece, no entanto, ser pertinente chamar a atenção para o fato de que Clovis Bevilacqua já previa uma função social do direito hereditário. Para justificar sua tomada de posição nesta direção, quando outros autores afirmavam que o direito hereditário seria uma “criação obnoxia da lei”, que deveria, o “quanto antes ser eliminada”, argumentava ele baseado em Cimbali⁶:

Sem querer aprofundar esta discussão, lembrarei, com CIMBALI, que ‘a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ella se compõe, implica, necessariamente, a continuidade no gozo dos bens necessários á conservação e ao desenvolvimento da propria vida.’ É indubitavel que não é sómente por egoismo que o individuo se afadiga na conquista dos bens, augmentando a riqueza social, maior estímulo é por certo o cuidado com a prole e o conjuge; e ainda mais que o grupo social de onde fosse banido o direito successorio veria faltar-lhe a base economica da existencia, porque, se voltarmos ao comunismo primitivo restabeleceremos as mesmas dolorosas contingencias de que conseguiu emergir a humanidade, após luctas aspérrimas. E restabelecel-as-emos sem as compensações da primitiva ingenuidade e da confiança que reinava entre os homens do mesmo grupo social.⁷

⁴ Contrapõe-se aqui o modo de aquisição originário do direito, como ocorre no caso da usucapião (CC, arts. 1.238 e s.).

⁵ Muitos são os exemplos possíveis para demonstrar a afirmação feita, como é o caso da usucapião coletiva urbana, prevista no art. 1.228 do CC, ou do recentemente introduzido no ordenamento civil, a usucapião familiar do art. 1.240-A da lei civil.

⁶ Segue o texto original de Enrico Cimbali: “La continuità della vita nell’umanità, traverso la catena non interrotta delle generazioni che si succedono mediante il rinnovarsi costante degli elementi ond’essa si compone, implica necessariamente la continuità nel godimento dei beni, necessari ala conservazione e allo sviluppo progressivo della vita stessa.” *La Nuova Fase del Diritto Civile nei Rapporti Economici e Sociali*. 3. ed., Milão: Unione Tipografico, 1895, p. 205.

⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 13-14.

Feitas estas considerações, pode-se asseverar que tanto o direito fundamental de herança, quanto o direito de propriedade e sua consequente função social se complementam de alguma forma. Sendo assim, observa-se, desde já, que a herança exerce uma função fundamental no seio da família, qual seja, a de transmitir a propriedade daquele que falece aos seus integrantes, fazendo com que a propriedade cumpra basicamente a função social de ampará-los economicamente. Daí a preservação na maior parte dos ordenamentos, do chamado direito à legítima e da igualdade que ele proporciona aos herdeiros necessários, como será analisado nos itens a seguir.

É importante destacar que a Constituição da República é um sistema normativo aberto de regras e princípios, como ensina J.J. Canotilho⁸, o que evidencia que todas as normas são relacionadas com as normas constitucionais, funcionando como um sistema. Assim os direitos fundamentais previstos no texto constitucional devem servir como diretrizes normativas para as normas infraconstitucionais. O direito de herança, o direito de propriedade e sua função social, o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade, todos estão relacionados e devem produzir efeitos em todo o ordenamento jurídico. O Direito de Família e Sucessões está dentro deste sistema sendo suas regras determinadas sem ferir os princípios da Constituição.

2. HERDEIROS RESERVATÁRIOS E O DIREITO À LEGÍTIMA

De acordo com o art. 1.845 do Código Civil são herdeiros reservatários, necessários ou legitimários os descendentes e os ascendentes, *ad infinitum*, bem como, desde 2002, o cônjuge sobrevivente. Isto significa que, existindo qualquer uma dessas pessoas, e nesta ordem, o autor da herança não poderá dispor livremente de seu patrimônio, devendo resguardar cinquenta (50%) por cento deste para esses herdeiros. Como analisado no item 2, acima, a eles é garantido um direito sobre o patrimônio do *de cuius*, que não pode ser alienado por ato de mera liberalidade pelo titular do direito, antes que a sucessão seja aberta. A verdade é que o ordenamento proíbe, inclusive, negócios jurídicos que tenham a ver com a herança de pessoa viva. Proíbe-se, pois, no direito brasileiro, a chamada *pacta corvina* dos romanos. Se celebrados tais negócios, eles serão considerados nulos, conforme previsto no art. 426 do Código Civil.

A qualidade de herdeiro necessário é tão especial, por ser ele supostamente⁹ tão próximo do autor da herança, que só em certas situações previstas em lei ele poderá ser excluído da sucessão. Isto poderá ocorrer no caso da chamada indignidade (CC, arts. 1.814 e s.) ou da deserdação (CC, arts. 1.961 e s.). A indignidade tem o condão de afastar todo e qualquer herdeiro, seja ele legítimo, reservatário ou não, ou até mesmo testamentário. A deserdação só abarca herdeiros necessários. Entre estes, como mencionado no item 2, supra, inclui-se o cônjuge sobrevivente. Todavia, o legislador deixou de prever

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 49.

⁹ Supostamente, porque em alguns casos eles não são próximos, posto muitas vezes não se entenderem e não gostarem um do outro.

as hipóteses legais específicas de sua exclusão por deserdação, só as prevendo em relação às hipóteses de deserdação dos descendentes pelos ascendentes e vice-versa. Em assim sendo, o cônjuge supérstite somente poderá ser excluído da herança de seu cônjuge falecido, nas hipóteses legais dos três incisos do art. 1.814, do Código Civil, que cuidam da indignidade. Como as hipóteses previstas na lei são taxativas, não podem ser criadas novas.¹⁰ Por isso, como não há previsão específica de deserdação de um cônjuge pelo outro, só resta a deserdação pelo art. 1.814, da lei civil, fundamentada esta interpretação no art. 1.961: “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”.

A exclusão do herdeiro tanto nas hipóteses de indignidade quanto de deserdação, vem contida na lei, sendo as normas que as disciplinam taxativas. Não há como abranger outras situações, além daquelas já previstas no Código. No entanto, imprescindível lembrar que, para que o afastamento do herdeiro legítimo possa ser levado a contento, deverá ser movida *ação de exclusão de herdeiro*, quer por indignidade, quer por deserdação. Tem legitimidade para sua propositura todo aquele que tiver interesse moral ou econômico, o que acaba por abarcar a legitimação do presentante do Ministério Público, que agirá no interesse do Estado. Afinal, não havendo herdeiros a herança é recolhida por este (CC, art. 1.844).

Feita esta breve explanação há de se perquirir: Mas quem são os descendentes aos quais o art. 1.845 do Código Civil se refere? Não são só os filhos, por suposto. Aqui estão abrangidos todos aqueles que descendem de uma mesma pessoa, como, além daqueles, os netos, os bisnetos, os trinotos e assim por diante. Além disso, não se pode deixar de mencionar que aos descendentes e, só a eles, foi garantido o direito de representação (CC, art. 1.851 e s.), como será analisado no item 4, infra.

Não havendo descendentes passa-se para a classe dos herdeiros-ascendentes. Quanto a eles não incidem as normas de representação. Em relação aos ascendentes a herança é dividida por linhas, ou seja, a linha materna e a linha paterna. Os ascendentes, como os descendentes, também herdam *ad infinitum*. Portanto, enquanto houver ascendente não se pode passar para a classe do cônjuge sobrevivente ou supérstite. Afinal, depois de querer proteger seus descendentes, supõe o legislador que o autor da herança queira garantir seus ascendentes. A divisão por linhas se dá de maneira bastante simples. Chamam-se os pais, em primeiro lugar, para recolher a herança de seu filho. Havendo pai e mãe, os bens deixados pelo autor da herança serão divididos em duas partes iguais e cada um deles receberá cinquenta (50%) por cento do patrimônio deixado pelo autor da herança.

¹⁰ Tão taxativas são as hipóteses de exclusão de herdeiro – indignidade e deserdação –, que nelas não estão incluídos companheiros, uma vez que eles não são nem herdeiros necessários, nem foram colocados no rol de possíveis excluídos pelo legislador.

Na falta da mãe ou do pai, aquele que estiver vivo receberá todo o montante de bens deixado pelo defunto. Se não houver nenhum deles, parentes na linha reta de primeiro grau, chamar-se-ão os parentes na linha reta, de segundo grau, isto é, os avôs, maternos e paternos. Como na classe dos ascendentes a partilha da herança se dá por linhas, os bens deixados serão divididos em duas metades. Uma irá para a linha paterna e a outra para a materna. Se houver os quatro avôs, cada um deles receberá vinte e cinco (25%) por cento da herança. Se houver os avôs maternos e um paterno, a herança será dividida como segue: cinquenta por cento para a linha paterna, que será recolhida pelo avô ainda vivo no momento da morte de seu descendente; os outros cinquenta (50%) por cento serão partilhados entre o avô materno e avó materna. Se houver um avô materno e um avô paterno, cinquenta (50%) por cento para cada um, visto dividir-se o espólio em duas metades iguais. Na existência de um só avô, seja ele da linha materna ou paterna, ele recolherá o todo da herança. Só a partir deste momento é que se poderá passar para os parentes na linha reta de terceiro grau (trisavós), fazendo-se a divisão da herança como visto.

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em 10 de janeiro de 2003, o cônjuge sobrevivente passa a ser considerado pelo legislador como herdeiro reservatário. Em outras palavras, só em casos especiais, como é o da exclusão do herdeiro, é que ele poderá ser afastado dessa qualidade. Desde a Lei Feliciano Pena, de 1907, o cônjuge supérstite passou a ser o terceiro na ordem de vocação hereditária.¹¹ Interessante ressaltar que durante a vigência das Ordenações Filipinas, ele era o quarto na ordem do chamamento hereditário, perdendo para os colaterais até o décimo grau. Foi só em 1907, como mencionado, que o cônjuge passou a herdar depois de descendentes e ascendentes, alcançando a qualidade de herdeiro necessário, somente em 2002.¹² O objetivo do legislador foi o de amparar o cônjuge patrimonialmente.

¹¹ Segundo Clovis Bevilacqua a "família é um organismo social, que se forma com o casamento, e desenvolve com a procriação da prole. Os cônjuges constituem os elementos primordiais da família e a comunhão de vida e de interesses, em que devem viver, exige que, dissolvida a sociedade conjugal, por morte de um deles, não se considere o sobrevivente um estranho pois nele se concentram, ainda, afetos e tradições, que apertam os laços da família. Em rigor, o cônjuge superstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime do casamento, lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da sucessão legítima, depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que a todos se impõe, de cuidar da prole, e de facilitar-lhes os meios de vida e depois dos ascendentes, em relação aos quais há, também, razões poderosas, fundadas no afeto, na veneration e no reconhecimento, que reclamam a sua colocação na ordem dos sucessíveis, logo em seguida aos descendentes." Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 9. ed., atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, vol. V, p. 46-47. O Projeto de Código Civil de Orlando Gomes trazia o cônjuge superstite já na qualidade de herdeiro necessário ao lado dos descendentes e dos ascendentes (art. 785). GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto* Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 225.

¹² O fato de ele ser herdeiro necessário não o impede de ser de herdeiro concorrente de descendente ou ascendente, dependendo da classe que está sendo chamada a recolher a herança.

Este intuito, aliás, pode ser percebido por meio da introdução do cônjuge sobrevivente como herdeiro concorrente tanto de descendentes quanto de ascendentes, conforme já referido acima.¹³

Como examinado no item 2, supra, a legítima atualmente corresponde a cinquenta (50%) por cento do patrimônio do hereditando, mas isto pode variar de ordenamento para ordenamento. Todo ato de liberalidade que implique por parte do autor da herança, em disposição que atinja esse direito do herdeiro necessário, será invalidado até o limite do excesso.

3. IGUALDADE DOS FILHOS NO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988, que entra em vigor depois de vinte e um (21) anos de regime ditatorial no país, estabeleceu o princípio da dignidade humana, como mencionado no item 1, supra, um dos – para não dizer “o” – fundamentos da República Brasileira. A dignidade humana possui *status* de princípio constitucional, é seu núcleo axiológico, e confere também conteúdo à proteção da família como instituição e para cada um dos seus membros, garantindo seu pleno desenvolvimento em igualdade.

Esta dignidade se concretiza através da igualdade no âmbito do campo do direito da família, prevista no § 6º do art. 227 da Constituição, em que os filhos, sejam eles advindos ou não de relação matrimonial ou de adoção, têm os mesmos direitos. E isto serve para o direito sucessório, como será examinado no item 6.

Antes do texto constitucional vigente não havia esta igualdade, em especial no campo do direito das sucessões. Assim é que o filho matrimonial, por muitas décadas denominado de legítimo, sempre teve mais direitos do que os não matrimoniais, ou ilegítimos e do que os adotivos. A supremacia do princípio da igualdade está também nos vínculos de filiação, proibindo discriminação entre os filhos havidos ou não de relação de casamento ou por adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, reafirma a diretriz de igualdade constitucional em seus artigos 20, 26 e 27 ao determinar também a igualdade entre filhos.

Com a Constituição todas as formas de desigualdade entre os filhos foram eliminadas, até porque o art. 3º de seu texto, no inciso IV, proíbe qualquer forma de discriminação. Assim sendo, em princípio não há como negar que todos os filhos são iguais. Mas serão mesmo? Esta pergunta se impõe em especial depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que

¹³ A introdução desta novidade já havia sido prevista no Projeto de Código Civil de Orlando Gomes, que dispunha em seu art. 783: “Concorrência do cônjuge com Descendentes ou Ascendentes – Se o falecido não for casado pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança: I- Se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente; II- Se forem chamados à sucessão os ascendentes. Parágrafo único. Havendo o concurso, a parte disponível será reduzida a um quarto da herança.” GOMES, Orlando. *Código Civil*: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 225.

trouxe para dentro de suas normas, as técnicas de reprodução assistida, inclusive a que permite a chamada inseminação *post mortem*. Em outras palavras, pelo emprego desta técnica da medicina, a mulher poderá ter um filho de seu marido, mesmo depois da morte dele.

O grande problema aqui se encontra em saber se este filho tem ou não direito sucessório. Esta é a questão que tem sido objeto de muita discussão, posto não haver dúvida quanto à paternidade do marido, porquanto o art. 1.597, incisos III e IV do Código Civil, prevê o nascimento do filho depois da morte de seu pai, a qualquer tempo, inclusive depois dos trezentos (300) dias do término do casamento, como consta do inciso II do mesmo dispositivo legal. Isto significa que a viúva poderá registrar o filho nascido de seu marido falecido, não só como seu filho, mas também como filho dele. Afinal, as clínicas de reprodução assistida têm como comprovar que aquele filho é fruto do sêmen congelado de seu pai, com o óvulo fresco ou não de sua mãe.¹⁴

Observe-se que a lei nada dispõe sobre o uso da técnica da reprodução humana assistida no caso de pessoas que convivam numa união estável, independente do sexo. O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 2.121/15¹⁵, contudo, autoriza esse procedimento, e o considera ético, tanto em pessoas que não sejam casadas entre si como em pessoa solteira, divorciada, viúva, ou separada – judicialmente ou não. Na prática a reprodução humana artificial tem sido realizada, devendo o companheiro, no caso de união estável entre pessoas de sexo diverso, reconhecer o filho assim nascido (CC, art. 1.609). Se não o fizer, nada impede que este recorra ao Judiciário, representado ou assistido por sua mãe, se for menor e tiver sido reconhecido por ela, propondo a correspondente ação de investigação de paternidade, que deverá correr pelo rito ordinário. E nada impede que a companheira venha a ter filho de seu companheiro depois do falecimento dele, uma vez que a lei é silente e o Conselho Federal de Medicina não faz distinção neste caso.

Como filho é filho, posto ele ser resultado da junção dos gametas feminino e masculino de sua mãe e de seu pai, independentemente de eles serem casados entre si, seu direito fundamental de herança terá de ser resguardado.

4. CONTRATO DE DOAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DA LEGÍTIMA

Preleciona o art. 544 da lei civil, que o contrato de doação celebrado entre ascendente e descendente, bem como entre cônjuges, será entendido como antecipação de legítima.¹⁶ Diferentemente, pois, do contrato de compra e venda entre ascendente e descendente, previsto no art. 496 da lei civil

¹⁴ Este tema também será examinado no item 6 infra.

¹⁵ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 16 dez. 2015.

¹⁶ Dispõe o texto legal: “A doação de ascendente a descendente, ou de um cônjuge ao outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

pátria, que exige a anuência dos demais descendentes, bem como do cônjuge, para poder ser celebrado validamente¹⁷.

Estabelece o legislador no art. 2.005 do Código Civil, que o herdeiro está dispensado de levar à colação, os bens “que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação”. Deste modo, encontra-se na esfera da autonomia da vontade do doador, fazer uma verdadeira liberalidade ao seu sucessor, beneficiando-o, a despeito de ter outros herdeiros necessários. Note-se ser importante frisar que o doador nem sempre estará praticando uma liberalidade em detrimento de outros herdeiros. Daí ter-se usado o termo “a despeito”. Afinal, ele pode muito bem querer “beneficiar” um de seus sucessores, por ser ele o que mais atenção e cuidados lhe dispensa. O motivo, no fundo, não interessa e não pode ser usado pelos demais herdeiros para eventual tentativa de invalidação da doação levada a efeito. Ninguém pode impedir uma pessoa de dispor de seu patrimônio, como bem entender, desde que ela não infrinja norma de ordem cogente. Portanto, se o doador dispuser mais do que da metade de seu patrimônio, de forma gratuita, em favor de quem quer que seja, este negócio jurídico de doação poderá ser invalidado até o limite do permitido pela lei civil (CC, arts. 2.007 e s.).

Além da doação o autor da herança pode indicar em testamento os bens que integrarão a quota de cada um de seus herdeiros necessários, desde que respeite a parte da legítima de cada um deles. Neste sentido o art. 2.014 do Código Civil: “Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”. Lembrando que não havia norma similar no Código Civil de 1916, Eduardo de Oliveira Leite escreve sobre este dispositivo legal: “O que o artigo prevê, e de forma inédita, é a hipótese de o próprio testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando sobre a partilha, facilitando enormemente a fase de liquidação do inventário, quando a proposta do testador corresponder à justa eqüitativa divisão dos quinhões. Por isso, a ressalva do *in fine* do artigo sob análise, “... salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas”¹⁸ (Grifos do original). Enfim, como ele mesmo aduz, trata o texto legal de resgatar o princípio da autonomia da vontade.¹⁹

¹⁷ A validade do negócio jurídico de compra e venda, neste caso específico, dá-se por meio da legitimação dos contratantes, no momento em que houver o assentimento de todos aqueles que a lei exige. Dispõe o art. 496 do CC: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes, o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único: Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 792.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 792.

Outra possibilidade está na chamada partilha em vida, conforme previsto nos arts. 2.018 do CC: “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.²⁰

Cuida-se aqui de caso em que o ascendente resolve, em vida, partilhar seus bens. Muito já se discutiu se este negócio seria uma doação ou um testamento²¹. Para Carlos Maximiliano, a partilha em vida é negócio *sui generis*²², não podendo ser equiparada ao contrato de doação. Interessante frisar que, por meio dela, o futuro autor da herança não deve infringir o direito dos herdeiros reservatários ao dispor de seu patrimônio, determinando qual bem integrará a quota de qual herdeiro. O que não se pode deixar de levar em conta nesses casos, é se o ascendente que assim for partilhar seu patrimônio, é ou não casado. Se não for, ou se for separado judicialmente ou

²⁰ Clovis Bevilacqua escreveu sobre a partilha em vida: “Consultando a historia do direito, encontra-se a partilha efetuada em vida, pelo progenitor, no antigo Egypto, na India, entre os hebreus. Essa tradição não foi repudiada pelo direito romano dos ultimos tempos, como se pode verificar do Código 3, 36, 1, 26, e da Nov., 18, c. 7, *in medio*.” *Direito das Successões*. 3. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 381. Clovis Bevilacqua não se mostrava favorável à possibilidade da partilha em vida, tendo se manifestado da seguinte maneira sobre o tema: “(...) essas razões de ordem histórica e autoritaria não convencem das vantagens, que se possam colher da execução da partilha em vida do ascendente ou de outra pessoa de cuja sucessão se trate. É illusoria a razão *ut fraterno certamine eos preservert*, a que alude a lei romana, como é illusoria a razão econômica invocada pelos tratadistas. Já não quero colher argumentos em factos dolorosos, como esse que nos pinta EMILIO ZOLA, e que são mais frequentes do que pensariam talvez os optimistas da psychologia humana; mas, não posso desconhecer a inutilidade da partilha, quando a vida se pôde prolongar, e, com esse prolongamento, abrir-se a possibilidade de novas aquisições. *Direito das Successões*. 3. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 381.

²¹ A *partilha em vida* é introduzida no Direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 1.776, praticamente com idêntica redação ao do atual art. 2.018. Só foi trocado o termo “pai” por “ascendente”. Em seus comentários ao texto da lei civil revogada, Clovis Bevilacqua atentava para o fato de esta forma de partilha poder ser feita por meio de contrato de doação ou por testamento. E afirmava: “Seja a partilha uma doação, ou uma disposição de última vontade, terá de respeitar a legítima dos herdeiros necessários. Como doação estará, também, sujeita à regra do art. 1.175 [É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.]; será nula se abranger todos os bens do doador, sem reserva de parte ou renda suficiente para a sua subsistência.” E complementava: “Além disso, quando os herdeiros forem menores ou interditos, intervirá, necessariamente, a autoridade, a que a lei confia a função de velar pelos interesses dos incapazes.” Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 9. ed., atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, vol. VI, p. 210, obs. Nº 3 ao art. 1.776. Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira também entendia que a partilha sobre herança de pessoa viva poderia ser tanto uma doação quanto um testamento. *Elementos de Direito das Successões*. 2. ed., refundida, augmentada e melhorada. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929, p. 587 e s.. Para Agostinho Alvim a partilha em vida deve ser entendida como “uma verdadeira doação”. *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 107. Por sua vez, Eduardo de Oliveira Leite, em relação ao direito vigente, entende que a partilha em vida não é nem doação, nem testamento, “ainda que o autor da herança possa lançar mão dessas formas para exteriorizar a sua vontade”. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 803.

²² *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 803.

extrajudicialmente, bem como divorciado ou viúvo, não haverá problema algum quanto ao ato de disposição, como já lembrava Agostinho Alvim, em relação ao Código de 1916.²³ No entanto, o mesmo autor afirmava que, se “casado sob o regime da comunhão não pode legar coisa certa.”²⁴ E continuava: “Se o pudesse, os legados que viesse a fazer dariam como resultado impor a partilha ao cônjuge viúvo, que, como meeiro, não pode ficar sujeito a isso, pois é direito seu discuti-la.”²⁵ Em razão de as normas do direito revogado e do direito vigente serem praticamente iguais, a interpretação de Agostinho Alvim no que concerne a necessidade de autorização do cônjuge-meeiro, merece ser preservada.

O fato de o titular do patrimônio poder partilhá-lo já em vida, entre seus herdeiros, não significa que ele poderá dispor de todos os seus bens, sem reserva do suficiente para que possa sobreviver, o que poderá ser feito por meio de usufruto. Assim encontra-se disposto no art. 548 do Código Civil: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.” A pessoa, portanto, não pode dispor de todo seu patrimônio, posto necessitar de bens para poder manter sua subsistência. Embora a partilha em vida possa ser considerada, como um negócio *sui generis*, não implicando sua natureza jurídica ser ela doação ou testamento, algo é certo: trata-se de uma forma de *liberalidade*. Se assim é, o art. 548 da lei civil deve ser a ela aplicado. Por ter o legislador entendido ser este ato nulo, o juiz poderá decretar a nulidade *ex officio*, como consta do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, cabendo aos interessados²⁶ e ao representante do Ministério Público requerer sua decretação, quando lhe couber intervir.

Observe-se, ainda, que seja ou não a natureza jurídica da partilha em vida uma doação ou um testamento, se o ascendente, por ocasião da celebração da divisão de seu patrimônio, infringir a legítima de algum herdeiro necessário, a parte que exceder ao que ele poderia dispor naquele momento, deverá ser invalidada. Isto o que consta do art. 549 do Código Civil: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.”

Enfim, como visto nos parágrafos acima, a pessoa pode dispor de seu patrimônio, como bem entender, havendo o legislador previsto várias formas

²³ ALVIM, Agostinho. *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 106.

²⁴ ALVIM, Agostinho. *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 107.

²⁵ ALVIM, Agostinho. *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 107.

²⁶ Quanto aos interessados no pedido desta nulidade interessante a lição de Agostinho Alvim, que tão bem explorou este tema. Afirmava ele que em primeiro lugar o “doador” teria interesse já presumido. (Do mesmo modo, deve-se entender aquele que faz partilha em vida). Além dele, ensina o autor, teriam interesse tanto os herdeiros quanto eventuais credores que tiverem sido lesados. E por fim, questionava ele, se a invalidade poderia ser requerida “por aquele que, reduzido o doador à pobreza”, fosse obrigado a prestar-lhe alimentos, sendo sua resposta positiva. Mas acrescentava ele ser possível sustentar o contrário, “sob o fundamento de que, em nosso sistema, o direito a alimentos existe, ainda que o empobrecimento se tenha dado por culpa de quem os pleiteia.” *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167.

para a implementação desse direito. No entanto, se ela tiver herdeiros necessários, sua liberdade para o exercício desse direito sofrerá restrições, a fim de que eles tenham garantido o direito sobre parte dos seus bens, que corresponde à legítima deles.

5. A BUSCA DA IGUALDADE POR MEIO DA COLAÇÃO

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a igualdade como um dos seus princípios estruturantes ao determinar no *caput* do artigo 5º, que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo o direito à igualdade*. A Constituição apresenta a igualdade como princípio, como dever e como direito. De acordo com a clássica definição de Ulpiano, igualdade é a “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” – *Justitia est constant et perpetua voluntas jus suum cuique tribuenti* (D 1, 1, 10).

A igualdade, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro se apresenta tanto no sentido da igualdade perante a lei, como na igualdade na lei. O primeiro aspecto é direcionado à concretização de direitos, já o segundo é direcionado ao legislador, o que significa que a igualdade deve estar presente tanto nas prescrições legais quanto nas decisões judiciais. Além disso, a igualdade material possui uma dimensão positiva e uma negativa, que se apresenta tanto no dever de não discriminar como no dever de igualar.

Todos esses aspectos da igualdade são importantes para analisar os institutos do direito civil, como no caso específico da sucessão e da colação. O legislador, por meio do Código Civil de 2002 buscou estabelecer a igualdade entre os herdeiros reservatários (igualdade na lei), no entanto, é possível notar algumas lacunas (igualdade perante a lei), especialmente no âmbito da colação, como veremos a seguir.

O instituto da colação ingressa no Código Civil brasileiro de 1916²⁷, não se encontrando norma semelhante nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no país até a entrada em vigor da lei mencionada. Nas palavras de Carlos Maximiliano, “COLAÇÃO (*rapport*, dos franceses; *collazione*, dos italianos; *colación* dos hespanhoes; *Ausgleichung*, dos alemães) é o ato de reunir ao monte-partível quaesquer liberalidades, diretas ou indiretas, claras ou dissimuladas, recebidas do inventariado, por herdeiro descendente, antes da abertura da sucessão.”²⁸ (Grifos do original). Seu fim é única e simplesmente

²⁷ Afirmava Clovis Bevilacqua sobre a colação: “O principio da egualdade é fundamental no systema successorio moderno, particularmente se os co-herdeiros são descendentes. Presume-se, por isso, que as doações e vantagens, feitas pelos paes ou outros ascendentes áquellas pessoas destinadas naturalmente á succeder-lhes, são apenas antecipações das respectivas quotas hereditárias, adiantamentos das legitimas, que hão de reverter ao acervo, submetendo-se então, a uma medida de igualdade. O acto pelo qual os herdeiros, avantajados em vida, restituem à massa da herança, os bens que recebem de seus paes, para obter-se a egualdade das partilhas denomina-se *colação*.” *Direito das Sucessões*. 3. ed., rev. e accrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 399.

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, vol. III, p. 422. Complementa o autor: “O vocábulo teve origem romana; provem do termo latino –

igualar a legítima dos herdeiros, caso algum deles tenha sido beneficiado²⁹ em vida, pelo agora autor da herança.³⁰ O benefício só poderá vir por meio de um negócio jurídico gratuito, conforme já analisado no item 5, acima. Se se tratar de contrato oneroso, as normas correspondentes ao instituto da colação não serão aplicadas, uma vez que algo saiu do patrimônio do autor da herança, mas algo correspondente entrou em seu lugar. Por isso a compra e venda entre ascendentes e descendentes, bem como entre cônjuges (CC, art. 496), não está proibida. Os requisitos legais do art. 544, porém, terão de ser cumpridos, a fim de que algum interessado possa se dirigir ao Juízo, pleiteando a invalidade do contrato.

Importante também chamar a atenção para o fato de que colação só pode ocorrer depois de aberta a sucessão³¹, além de ser “instituto peculiar à sucessão legítima.”³² Não vale para a sucessão testamentária, posto o testador ter liberdade de testar e deixar seu patrimônio para quem quiser, na quota que desejar, desde que respeite a legítima dos herdeiros necessários.

Quem são os descendentes mencionados pelo texto legal do art. 1.829, I, do Código Civil? Em primeiro lugar são os filhos, parentes de primeiro grau na linha reta ascendente-descendente; em segundo, os netos, que são parentes de segundo grau, na mesma linha; em terceiro, os trinotos, parentes de terceiro grau e assim por diante.³³ Pode acontecer, contudo, que um dos filhos tenha falecido antes do ascendente, agora autor da herança. Para o ordenamento

collatio, oriundo, por sua vez, do supino – *collatum*, do verbo *conferre*, o qual significa, em português, conferir, juntar, reunir, trazer juntamente. Eis porque se usam como equipolentes as duas expressões *conferir e trazer à colação*.” (Grifos do original). MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, vol. III, p. 422. Importante ainda trazer à baila que a colação não se confunde com a imputação. “Esta consiste em trazer ao cálculo da reserva as liberalidades feitas por meio de ato entre vivos *ou de última vontade*; o seu objetivo único é *reduzi-las* quanto ultrapassem os limites da quota disponível; aplica-se a qualquer sucessor, legítimo ou instituído, em havendo herdeiros necessários, quer *ascendentes*, quer *descendentes*.” (Grifos do original). MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, vol. III, p. 426.

²⁹ Aqui o termo correto é realmente beneficiado, pois o doador não o eximiu da necessidade de levar o bem à colação. Isto demonstra que ele não quis prejudicar nenhum outro herdeiro necessário.

³⁰ Quanto à questão da igualdade que se pretende pelo instituto da colação, interessante a lição de João Baptista Villela, no sentido de que nem sempre ela será alcançada. Afirma o autor: “Note-se que mesmo no direito romano, matriz do instituto colatício, e onde as suas finalidades equilibradoras são evidentes na origem, e depois até confessadas, a igualdade não se processava numa linha absoluta, fôsse porque o testador conservasse ampla liberdade de dispensar a obrigação de conferir, fôsse porque desta bens houve que ficaram excluídos ope legis por tempo mais ou menos longo. Em Roma tal era a flexibilidade da *collation* que, reversamente, se facultava ao disponente sujeitar a ela bens não previstos pela lei. *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária*. Belo Horizonte, 1964, p. 12. (Tese de habilitação à docência-livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Monografia inédita).

³¹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKY, Carlos Eduardo. Uma Contribuição Crítica que se traz à Colação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005, vol. 3, p. 454.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 456.

³³ Quanto à questão do parentesco na linha reta, v. CC, art. 1.594, primeira parte.

ele é considerado pré-morto e por isto seus descendentes, netos do autor da herança, terão direito, excepcionalmente, a representá-lo na sucessão³⁴. Quem representa, age “em nome de”. Assim, o neto que representa filho, havendo outros filhos, não é o herdeiro da classe que está sendo chamada a suceder. Desse modo, aquele que representa descendente pré-morto, como está representando outrem, terá a obrigação, sob pena de sonogados³⁵, de levar à colação o bem ou os bens que seu ascendente, descendente do *de cujus*, tiver recebido em adiantamento de legítima, portanto, por meio de contrato de doação. Mas e se ele, neto, agindo na qualidade de representante de seu ascendente, tiver recebido algum bem em doação do morto, seu avô, posto estar tendo de ir à juízo por ocasião da morte deste? Será que o bem doado ao neto será considerado como adiantamento de legítima, uma vez que ele também é descendente, e o art. 544 dispõe em relação aos “descendentes”?

A resposta é negativa tanto num caso quanto no outro. Por quê? No que diz respeito à primeira indagação, mister lembrar que o neto, no caso de representar seu pai na herança do avô, não é o herdeiro/descendente, que está sendo chamado a receber a herança. Assim, ele só está obrigado a colacionar os bens recebidos pelo seu pai, e desde que não tenha havido dispensa da colação pelo doador. Neste sentido dispõe o art. 2.009 da lei civil em vigor, expressamente: “Quando os netos, representando seus pais, sucederem aos avós, serão obrigados a trazer à colação, ainda que não hajam herdado, o que os pais teriam de conferir.” Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite, ao analisar o mencionado artigo de lei, afirma que “(...) os netos representando seus pais, na sucessão do avô, estão obrigados a trazer à colação os bens herdados por direito de representação. Porque, na qualidade de descendentes (...) vindos à sucessão, como representantes do pai, terão

³⁴ Segundo ensina Eduardo de Oliveira Leite, no “direito romano, a representação na linha colateral favorecia somente os filhos de irmãos, que herdavam *in stirpes*, segundo a opinião mais geralmente seguida (Nov. 119, cap. 3). Segundo Gaio, a herança se distribuiria *in capita*, quando concorresse somente sobrinhos.” *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 292.

³⁵ Quanto à pena de sonogados, que será aplicada a todo e qualquer herdeiro que, não tendo sido desobrigado de levar os bens à colação, assim não faça, v. arts. 1.992 e s. do CC. A doutrina atual defende majoritariamente o entendimento de que a pena de sonogados só pode ser aplicada se tiver havido dolo daquele que, devendo levar o bem à colação, deixa de fazê-lo. Neste sentido, entre outros: VELOSO, Zeno. *Comentários ao art. 1.992 do Código Civil*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord. desde a 6. ed.). 8. ed., 2ª tiragem. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2.194. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 720-721. Clovis Bevilacqua em seus comentários ao art. 1.780, que correspondia ao atual 1.997 da lei civil explicava que no direito anterior ao de 1916, o dolo deveria ser provado. São suas palavras: “Não exige o Código que a ocultação seja dolosa, porque a sonegação, segundo o conceito deste artigo, pressupõe o dolo. A intenção maliciosa é elemento constitutivo dessa modalidade de subtração do alheio. Difere, assim, o conceito atual do que do mesmo ato nos dava o direito anterior, que exigia a prova da má fé”. Neste sentido, ainda: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 718-719.

de trazer à colação a liberalidade que recebeu o representado.³⁶ Esta norma traz algo mais de interesse neste tema. Ainda que o neto não tenha herdado o bem, ele deverá levá-lo à colação. Como houve a liberalidade ao seu ascendente pré-morto, eventualmente no momento em que houve a partilha dos bens deste, outro descendente pode ter ficado com o bem que o ascendente/filho recebeu do agora ascendente morto/avô. E pode ter acontecido de o filho que o recebeu, ter morrido, ou ter resolvido renunciar ao direito de representar seu pai na herança do avô. Pode até ser que ele assim aja, por temer perder o bem que lhe foi conferido por ocasião da morte de seu pai. Todavia, a lei não prevê a perda do bem, nestes casos. Ela só prevê, como está sendo examinado, que o sucessor leve o bem à colação, a fim de que a legítima dos herdeiros reservatários seja equiparada. Se não o fizer³⁷, aí sim ele perderá o direito ao bem, por tê-lo sonegado. Por sua vez, se o descendente tiver recebido algum bem em doação, ele não precisará levá-lo à colação, ainda que no momento da abertura da sucessão o patrimônio do *de cujus* já não pudesse mais suportar aquela liberalidade em relação aos demais descendentes, sem causar uma desigualdade nos quinhões hereditários. Isto simplesmente porque ele não é da classe de herdeiros que está sendo chamada a recolher a herança. Por isso, ele não é obrigado a conferir o bem recebido anteriormente a título de doação, posto ser mero representante de seu ascendente pré-morto. Desse modo, se o neto, que é parente de segundo grau na linha reta, de seu avô, de cuja sucessão ora se cuida na linha reta, tiver recebido alguma doação dele, ele só precisará levar o bem à colação se for chamado a receber a herança por direito próprio e por cabeça³⁸, não por estirpe, que é o que acontece no direito de representação.³⁹

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI, p. 781. Acrescente-se a lição de Carlos Maximiliano: “O neto que concorre à sucessão do avô, como *representante* do pai, confere a dádiva recebida por este e os dons havidos por ele próprio. Estes últimos vêm à colação, quando o neto substitua o pai *renunciante*.” (Grifos do original). *Direito das Sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, vol. III, p. 436.

³⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 404-405.

³⁸ “(...) Os herdeiros adquirem os bens por direito próprio – *iure proprio*. É a modalidade mais comum e normal da sucessão legítima. A herança é deferida a cada um individualmente ou por cabeça – *in capita*. Cada descendente recebe o que lhe cabe; na falta de descendentes, devolve-se o acervo aos ascendentes, também individualmente; não havendo ascendentes, ao cônjuge, na falta deste, aos colaterais; e em os não havendo, ao Estado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. VI, p. 77.

³⁹ Em alguns casos a morte do herdeiro ocorre “anteriormente à abertura da sucessão. Em dadas circunstâncias, a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos em que ele sucederia, se visse (Código Civil, art. 1.620; novo Código Civil, art. 1.851). Diz-se, então, que os parentes do herdeiro pré-morto não herdam por direito próprio, mas na qualidade de *representantes*, e a sucessão se denomina neste caso por direito de representação – *iure representationis*. Se vivo fosse, o herdeiro teria adquirido os bens. Pré-morrendo ao *de cuius*, transmite-se à sua estirpe, razão por que se denomina sucessão *in stirpes*. (...)” (Grifos do original). PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. VI, p. 79.

Passa-se agora a outra hipótese: Pode acontecer de o descendente, que está sendo chamado a receber a herança de seu ascendente, resolva renunciar a este seu direito. Ora, a renúncia não tem o condão de apagar da esfera jurídica do descendente, a doação feita pelo agora autor da herança. Por conseguinte, ele é obrigado a levar o bem à colação, conforme disposto no art. 2.008 do Código Civil: “Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível”.

Uma última hipótese precisa ser examinada no que concerne à classe dos descendentes. Trata-se aqui de saber se o filho que vier a ser concebido e nascer com vida depois da morte de seu genitor, como previsto no art. 1.597, III e IV do Código Civil, por meio de técnicas de reprodução humana, estará abarcado pelas normas sucessórias que ora se interpretam, como referido no item 3, supra. Apesar da discussão doutrinária acerca do tema, sobre ele ter ou não direito sucessório, posto o art. 1.798 da lei civil dispor estarem legitimados a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, num primeiro momento tudo indica que no caso de colação não há como se questionar sobre esta possibilidade. Isto porque, para que o bem seja levado à colação, imprescindível que tenha havido alguma liberalidade em vida: doação ou partilha em vida, em princípio. Tanto num caso quanto no outro há de se pressupor que o donatário ou o herdeiro-testamentário – partilha em vida, por testamento, que produzirá efeitos após a morte do testador –, pressupõe a existência física da pessoa. A única exceção se daria em relação ao nascituro, que, apesar de ainda não ser pessoa para o ordenamento, tem todos os seus direitos resguardados desde a concepção (CC, art. 2º). Em sendo assim, como previsto expressamente pelo legislador no art. 542 do Código Civil, o nascituro poderá receber doação válida, desde que ela seja “aceita por seu representante legal.” Embora se defenda que o filho concebido por inseminação *post mortem* é titular de direitos sucessórios⁴⁰, parece que a efetivação de doação (CC, art. 544) ou de partilha em vida (CC, art. 2.018), que o beneficie, seja difícil de ocorrer. Se, no entanto, chegar-se na prática a esta situação, ele também deverá estar sujeito às regras da colação. Neste caso, seu representante legal terá de levar o bem ou os bens recebidos perante o Juízo, para conferência, a fim de equiparar seu quinhão hereditário ao dos demais descendentes. Não há como abrir exceções à regra geral de igualdade entre os descendentes.

Pelo visto até aqui, de acordo com o art. 2.002 da lei civil em vigor, só os descendentes estão obrigados a colacionar os bens recebidos por meio de doação, por parte do autor da herança, seu ascendente. Nada foi dito acerca

⁴⁰ Para um panorama da sucessão na inseminação *post mortem* v.: GOZZO, Débora. Direito Fundamental de Herança e Inseminação *post mortem*. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; GOZZO, Débora; BITTAR, Eduardo; LEISTER, Margareth. (Org.). *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 271 e s.

da necessidade de o cônjuge sobrevivente levar os bens assim recebidos à colação. O legislador só menciona sua figura no art. 2.003 do Código Civil, ao dispor que por meio da colação procura-se igualar o quinhão dos “descendentes e do cônjuge sobrevivente (...)”. E isto, ainda que os donatários não estejam mais na posse e propriedade dos bens doados, por ocasião do falecimento do doador. Como resolver este conflito de normas? Carlos Roberto Gonçalves ensina que há “uma nítida contradição entre os dois dispositivos citados, como sucede igualmente no direito português que, a despeito de haver colocado o cônjuge entre os herdeiros necessários, deixou de impor-lhe, explicitamente, a obrigação de colacionar.”⁴¹ E continua o citado autor: “Tal omissão não inibiu, no entanto, a doutrina lusitana de reputá-lo também sujeito à conferência como os descendentes, como noticia OLIVEIRA ASCENSÃO: ‘Nada nos permite detectar uma intenção de excluir o cônjuge da colação. A lacuna preenche-se nos termos gerais do direito. Neste caso, por analogia, uma vez que se verifica, perante o cônjuge, que há as mesmas razões de decidir’.”⁴² (Grifos do original). E acrescenta em relação ao direito brasileiro atual, mais especificamente, que, por conta do art. 544 da lei civil, “deve o cônjuge contemplado com a liberalidade trazer à colação o valor do bem doado. Para dar sentido ao dispositivo deste artigo, sendo a doação de um cônjuge a outro considerada adiantamento de legítima, não há como fugir da conclusão, numa interpretação sistemática, compreensiva, que o cônjuge deve trazer à colação o valor da doação que, em vida, recebeu do outro cônjuge.”⁴³ Assim, também, a lição de Maria Helena Diniz, para quem, num primeiro momento, aparentemente, somente “descendente e donatário deveriam colacionar, e o cônjuge sobrevivente teria o direito de exigir a colação para resguardar a sua quota legitimária, mas não teria, como o ascendente, a obrigação de conferir o valor de doação recebida em vida do *de cuius*. Ora, como só é obrigado a conferir quem recebeu adiantamento de legítima, no caso o cônjuge sobrevivente e os filhos, por força dos arts. 544, 2.003, parágrafo único, do Código Civil, há aqui, um defeito de técnica legislativa e uma contradição normativa entre os arts. 2.002, 2.003 e 544. Com isso, concluímos que haverá colação quando houver adiantamento de legítima; logo descendente e cônjuge sobrevivente, por força da liberalidade *inter vivos*, recebida, deverão conferir o valor da doação sob pena de sonegação e de perder o direito que sobre os bens herdados lhes caiba (CC, art. 1.992).”⁴⁴ Para que assim não seja, pode o autor da herança determinar que a doação feita ao cônjuge saia de sua parte disponível, como ocorre com os herdeiros da classe dos descendentes.⁴⁵

⁴¹ *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 542.

⁴² *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 542.

⁴³ *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 542. V. Ainda: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 38. ed., 2ª Tiragem, atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6, p. 344.

⁴⁴ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 453.

⁴⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 453.

A conferência de bens por parte do cônjuge sobrevivente, todavia, esta limitada a eventual concorrência dele com descendentes, conforme previsto no inciso I do art. 1.829 do Código Civil.⁴⁶ Desse modo, sem que se entre em detalhes, por não ser este o tema do presente estudo, se o falecido tiver sido casado com o cônjuge sobrevivente pelo regime da separação legal (CC, art. 1.641) ou pelo da comunhão universal de bens (CC, arts. 1.667 e s.), não haverá concorrência. Nos outros regimes (comunhão parcial, participação final dos aquestos e separação voluntária), haverá. Ele terá direito a uma reserva, se concorrer só com filhos comuns, isto é, dele e do *de cujus*.

Pelo inciso I do art. 1.829 do Código Civil, como examinado no item 3, supra, os descendentes incluem a primeira classe de herdeiros reservatários. Se houver cônjuge sobrevivente, no entanto, dependendo do regime de bens adotado durante a constância do casamento, ele terá direito de concorrer com aqueles, sendo ou não genitor da prole. A diferença aqui estará na quota a que ele terá direito, num ou noutro caso.⁴⁷

Outra restrição para a concorrência com o cônjuge sobrevivente, encontra-se na previsão legal do art. 1.830 da lei civil. Por este texto legal, só o cônjuge que estiver casado por ocasião da morte do autor da herança/doador, terá direito a concorrer e a herdar, se for ele a ser chamado para recolher os bens, posto não haver descendentes nem ascendentes, ou terem eles renunciado a herança ou terem sido dela excluídos. Na hipótese de ele estar separado de fato, desde que esta separação não tenha superado o prazo de dois anos, seu direito de herança estará garantido. Caso contrário, ele terá de demonstrar que não foi o responsável pela separação. Logrando êxito nesta prova, ele também poderá receber a herança ou concorrer com o descendentes comuns ou só do autor da herança, como já mencionado acima.

A última pergunta que deve ser feita em relação à necessidade de conferência ou não de bens por parte de determinados herdeiros é: Por que o ascendente não integra o rol de herdeiros que devem trazer os bens que lhe tiverem sido doados à colação? A resposta mais simples para a questão proposta seria: Porque de acordo com o art. 2.002 da lei civil, só os descendentes foram ali mencionados. No entanto, tal afirmação não chega a convencer. Por isso, deve-se continuar e indagar: Teria o legislador disposto desse modo, por entender ser desnecessária a colação neste caso? Tudo indica que sim. Em primeiro lugar, imagina-se ser difícil, na prática, hipótese em que descendente faz doação a ascendente. Isto porque ele normalmente tem descendentes e são eles que, inicialmente, merecem sua atenção. Em segundo lugar, supõe-se que, por uma questão de idade, o ascendente

⁴⁶ Neste sentido se manifestam: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. VI, p. 374.

⁴⁷ Dispõe o art. 1.832 do Código Civil: "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer."

falecerá antes de seu descendente e, em assim sendo, o bem ou os bens a ele doados acabariam por reverter em favor do próprio descendente que fez a liberalidade. Se houver outros descendentes, ao doador caberá parte do que doou, vez que o patrimônio deixado pelo defunto deverá ser partilhado em partes iguais entre seus descendentes. Nada o impede, todavia, de inserir no corpo do contrato de doação, cláusula de reversão, para o caso de morte do donatário antes dele.⁴⁸ Com isto ele evita que demais descendentes venham a ser privilegiados com bem por ele doado ao ascendente. Enfim, parece não fazer sentido algum exigir do ascendente que leve bens à colação no caso da morte do doador/descendente, pelo que se percebe.

Examinados os herdeiros que devem conferir os bens recebidos a título de antecipação de legítima, compete agora mencionar, ainda que em poucas linhas, que o novo Código Civil não repetiu a norma do direito anterior, estabelecendo que o valor do bem doado no momento da abertura da sucessão é que deverá ser levado em conta por ocasião da busca da igualdade das legítimas.⁴⁹ Mudou, pois, o paradigma até então estabelecido, porquanto atualmente determina a lei civil que o valor do bem doado será o do momento da liberalidade. Neste sentido o *caput* do art. 2.004 da lei civil em vigor: “O valor de colação os bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.” Complementando este dispositivo, tem-se os §§ 1º e 2º, do artigo citado, que dispõem: “Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calculará valessem ao tempo da liberalidade”. E o § 2º: “Só o valor dos bens doados entrará em colação, não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem”.

Parece ter sido acertada a decisão do legislador do novo Código Civil de ter determinado que o valor do bem disposto em ato de liberalidade seja avaliado por ocasião da celebração do ato que lhe deu origem, a fim de que iniquidades não surjam. Afinal, ao longo da vida, o patrimônio de uma pessoa pode tanto sofrer acréscimos quanto decréscimos, o que não pode ser de modo algum imputado na esfera jurídica do herdeiro que recebeu a liberalidade, se ela foi feita validamente.⁵⁰

⁴⁸ Esta, alias, a solução prevista no art. 547 do CC: “O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.”

⁴⁹ Sobre o direito anterior v.: VILLELA, João Baptista. *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária*. Belo Horizonte, 1964, em especial, p. 47 e s. (Tese de habilitação à docência-livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Monografia inédita).

⁵⁰ O Código de Processo Civil de 2015 prevê a volta ao sistema da lei processual de 1973, estabelecendo que o valor do bem colacionado deverá ser aquele do momento da abertura da sucessão, conforme consta do parágrafo único do art. 639: “Os bens a serem conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão”.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 estabeleceu uma série de princípios que integram e direcionam todo o ordenamento jurídico brasileiro, como o Direito de Família e Sucessões. O direito fundamental de herança estabelecido no artigo 5º, inciso XXX, o direito à propriedade e sua função social (artigo 5º, XXII e XXIII), o direito à igualdade dos filhos (art. 227, § 6º), dentre outros. Além dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III) e da igualdade (art. 5º, *caput*), que servem de diretriz para a interpretação das normas do Código Civil de 2002.

A igualdade dos herdeiros reservatários, em especial daqueles que integram a classe dos descendentes, pelo que se percebe de todo exposto acima, tem sido buscada pelo legislador com afinco. Isto, contudo, não tem impedido que a lei civil de 2002, como analisado, tenha lacunas que precisem ser urgentemente preenchidas, a fim de que não surjam dúvidas quanto a quem deve colacionar os bens.

O respeito ao direito à legítima de determinados herdeiros especificados no art. 1.845 do Código Civil, ao que tudo indica, inclusive por ser o direito de herança considerado como sendo fundamental, tende a continuar intocado. Com isto preserva-se pelo menos a metade do patrimônio do falecido, nas mãos de seus parentes mais próximos, caso de descendentes e ascendentes e, em havendo, nas do cônjuge sobrevivente.

A despeito das relativas certezas exaradas ao longo do texto, principalmente nos dois parágrafos anteriores, deve-se ressaltar que o direito das sucessões, como mencionado logo do início do texto, oferece um amplo leque de questões a serem investigadas com mais rigor, não só no que diz respeito à partilha e sua equidade, mas no que concerne propriamente aos herdeiros necessários. Com isto, muitas discussões familiares e de demais herdeiros poderão ser evitadas. Afinal, a transmissão do direito de propriedade por meio da sucessão *causa mortis*, é ato que surge naturalmente. Basta a ocorrência da morte.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Doação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil*. 38. ed., vol. 6, 2. tiragem por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 9. ed., vol. VI, atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed., vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Uma Contribuição Crítica que se Traz à Colação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil: Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. Vol. 3, São Paulo: Método, 2005.

GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8. ed., vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2014.

GOZZO, Débora. Direito Fundamental de Herança e Inseminação *post mortem*. In: BITTAR, Eduardo; CUNHA FERRAZ, Anna Candida; GOZZO, Débora; LEISTER, Margareth (Coord). *Direitos Humanos Fundamentais: Doutrina, Prática e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2013.

GOZZO, Débora. Direito Fundamental de Herança e Liberdade de Testar. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Org.). *Direito e Dignidade da Família*. São Paulo/Lisboa: Almedina, 2012.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*. 2. ed., refundida, aumentada e melhorada. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2. ed., vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed., vol. 6, rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed., São Paulo: RT, 2014.

VELOSO, Zeno. Comentários aos arts. 1.784 e s. do Código Civil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord. Desde a 6. ed.). *Código Civil Comentado*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VILLELA, João Baptista. *Contribuição à Teoria do Valor dos Bens na Colação Hereditária*. Belo Horizonte. 1964. (Tese de habilitação à docência-livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Minas. Monografia inédita).