

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

NARIMAN AHMAD ALLAN

**DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE E O INSTITUTO
DA COLAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011.

NARIMAN AHMAD ALLAN

**DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE E O INSTITUTO
DA COLAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia submetida à Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rosângela Del Moro.

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011.

NARIMAN AHMAD ALLAN

**DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE E O INSTITUTO
DA COLAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 13 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Esp. Rosangela Del Moro - (UNESC) - Orientadora

Prof. Esp. Marcus Vinicius Almada Fernandes - (UNESC)

Prof(a). Esp. Mônica Abdel AI - (UNESC)

Dedico o presente trabalho a minha querida família, a memória do meu pai, as minhas amigas e ao meu amor, que suportaram os momentos de tensão e nervosismo, sempre me dando apoio, sem mencionar minha ausência constante.

A minha orientadora, Professora Rosangela Del Moro, pela orientação, sugestão e incentivo durante a elaboração deste estudo.

RESUMO

O método de pesquisa utilizado na presente monografia foi o dedutivo, em um tipo de pesquisa qualitativa, teórica com uso de material bibliográfico e documental-legal, tendo como objetivo da análise da doação de ascendente e descendente e o instituto da colação na vigência do Código Civil de 2002. Destaca-se a importância do estudo do tema escolhido, uma vez que o instituto da colação ainda precisa ser muito aperfeiçoado. A elaboração desta monografia está composta de três capítulos: no primeiro capítulo trata-se da sucessão em geral, onde se analisa o histórico da sucessão, o conceito, os tipos de sucessão, sucessão testamentária e sucessão legítima. No segundo capítulo aborda-se o histórico e conceito dos contratos em geral, o histórico, conceito e a classificação dos contratos de doação, as restrições da liberdade de doar, doação inoficiosa, doação de todos os bens, doação que resulta prejuízo aos credores, doação ao cônjuge adúltero a seu cúmplice, as espécies de doação, e extinção dos contratos de doação. O terceiro capítulo destina-se ao instituto da colação, onde é abordado o momento da colação, os dispensados da colação, os herdeiros sucessíveis a colação, a redução das liberalidades, por último a obrigação de colacionar do neto. Com isso, busca-se com a presente pesquisa analisar atentamente os posicionamentos adotados sobre colação de ascendente para descendente, especificamente no que se refere ao momento da colação do neto donatário.

Palavras-chaves: sucessão. doação. ascendente. descendente. colação.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	DIREITO DAS SUCESSÕES	10
2.1.	Origem histórica.....	10
2.2.	Conceito.....	14
2.3.	Espécies de sucessões	16
2.3.1.	Sucessão legítima	18
2.3.2.	Sucessão Testamentária	23
3.	CONTRATO DE DOAÇÃO.....	31
3.1.	Histórico e conceito dos contratos	31
3.2.	Conceito e classificação dos contratos de doação	38
3.2.1.	Classificação do contrato de doação	39
3.3.	Restrições da possibilidade de doar	42
3.3.1.	Doação inoficiosa	42
3.3.2.	Doação de todos os bens ou universal	43
3.3.3.	Doação que resulta em prejuízo aos credores	44
3.3.4.	Doação ao cônjuge adúltero ao seu cúmplice	45
3.4.	Espécies de doação	45
3.4.1.	Doação pura e simples	46
3.4.2.	Doação modal, onerosa ou com encargos	46
3.4.3.	Doação remuneratória	47
3.4.4.	Doação conjuntiva	48
3.4.5.	Doação condicional	49
3.4.5.1.	Doação a nascituro.....	50
3.4.5.2.	Doação em contemplação de casamento futuro	51
3.4.6.	Doação a descendente	52
3.4.7.	Doação com reversão.....	52
3.4.8.	Promessa de doação.....	53
3.5.	Espécies de extinção da doação	55
3.5.1.	Por motivos comuns aos contratos gerais	55
3.5.2.	Por descumprimento do encargo.....	55
3.5.3.	Por ingratidão do donatário.....	56
4.	INSTITUTO DA COLAÇÃO.....	58

4.1.	Considerações gerais	58
4.2.	Momento da colação.....	61
4.3.	Dispensados da colação.....	62
4.4.	Herdeiros sucessíveis a colação	63
4.5.	Bens sujeitos a colação	66
4.6.	Redução das liberalidades.....	68
4.7.	A obrigação de colacionar do neto	71
5.	CONCLUSÃO	74
6.	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	75

1. INTRODUÇÃO

O direito sucessório sempre fará parte da vida civil de cada indivíduo, visto que surge com o falecimento e regula a transmissão dos bens do autor da herança para os seus herdeiros.

A sucessão vem sendo tratada como um instituto do direito civil desde o período romano. No Brasil, está regulamentada na Constituição Pátria e no Código Civil.

A colação de bens é um requisito da sucessão, visto que se torna necessário a conferência dos bens adquiridos pelos herdeiros no momento da partilha de bem. Ressalta-se que esta transferência ao herdeiro, é feita mediante doação, não saindo da parte disponível, ou seja, é um adiantamento da legítima.

O primeiro capítulo desta monografia far-se-á uma análise *latu sensu* da sucessão: seu histórico, o conceito, os tipos de sucessão – sucessão testamentária e sucessão legítima.

No segundo capítulo abordar-se-á o histórico e conceito dos contratos em geral, o histórico, conceito e a classificação dos contratos de doação, as restrições da liberdade de doar, doação inoficiosa, doação de todos os bens, doação que resulta prejuízo aos credores, doação ao cônjuge adúltero a seu cúmplice, as espécies de doação, doação pura e simples, doação modal, onerosa ou com encargos, doação remuneratória, doação conjuntiva, extinção dos contratos de doação, por motivos comuns aos contratos, por morte do donatário, por descumprimento do encargo, por ingratidão do donatário.

Já no terceiro capítulo, far-se-á considerações gerais a respeito do instituto da colação, do momento da colação, dos dispensados da colação, dos herdeiros sucessíveis a colação, redução das liberalidades e por último a obrigação de colacionar do neto.

O método de pesquisa utilizado na presente monografia foi o dedutivo, em um tipo de pesquisa qualitativa, teórica com uso de material bibliográfico e documental-legal, tendo como objetivo a doação de ascendente e descendente e o instituto da colação na vigência do Código Civil de 2002.

Destaca-se a importância do estudo do tema escolhido, uma vez que o instituto da colação ainda precisa ser muito aperfeiçoado. Com isso, buscar-se-á

com a presente pesquisa analisar atentamente os posicionamentos adotados em relação a doação de ascendente para descendente, especificamente no que se refere ao momento da colação do neto donatário.

2. DIREITO DAS SUCESSÕES

Para a realização do presente trabalho a doação de ascendente para descendente, e o instituto da colação de bens, torna-se necessário definir, inicialmente, os conceitos, origem, e formas de sucessão existentes no Brasil.

2.1. Origem histórica

O direito sucessório iniciou-se no momento em que o homem deixou de ser nômade, passando a se apropriar dos bens que antes eram comuns. Diante disso a sociedade passa a se estruturar em famílias, onde cada uma tinha sua religião e seu patrimônio. (DIAS, 2008, p. 25)

Em Roma, primeiramente, tinha-se a noção que o herdeiro dava continuidade a personalidade do *de cuius*, sendo que havia necessidade de perpetuar o culto, o nome, as tradições da família, na pessoa do herdeiro. (RIZZARDO, 2008, p. 03)

Neste contexto, o *pater*, era o titular do patrimônio, através de testamento ele escolhia o herdeiro mais apropriado para dar continuidade a sua religião familiar, como salienta Rizzardo:

Numa estrutura rígida da família, o *pater* era o soberano. Por testamento, escolhia ele o herdeiro mais habilitado para exercer o comando na família, e realizar as práticas religiosas domésticas, em favor do defunto, além de administrar o patrimônio existente. (2008, p. 03)

Segundo Dias (2008, p. 25) a morte de alguém que não deixara herdeiros, ensejava a extinção do culto familiar, trazendo assim a infelicidade ao falecido. Quando se figurava essa situação a adoção era a saída para que pudesse se perpetuar o culto familiar.

A sucessão operava-se na linha masculina, uma vez que a herdeira mulher não daria continuidade ao culto familiar, já que ao casar-se iria adotar a religião do marido, Coulanges (1996, p. 59) aduz que:

A regra estatuída para o culto é a de que o mesmo se transmitia de varão para varão; a regra para a herança é que esteja em conformidade com o

culto. A filha não se considera apta para dar sequência à religião paterna, pois casa, e casando-se, renuncia ao culto de seu pai para adotar o do esposo: não tem, pois, nenhum direito a herança. Se por acaso um pai deixasse os bens à filha, a propriedade ficaria divorciada do culto, o que não é admissível. A filha não poderia nem mesmo cumprir o dever do herdeiro, ou seja, o de continuar a série dos banquetes fúnebres, pois só aos ancestrais de seu marido poderá oferecer os sacrifícios. A religião proíbe-lhe, pois, receber a herança de seu pai.

Havia dentre os herdeiros homens diferenciação, geralmente o filho mais velho herdava a totalidade dos bens, para que pudesse garantir a integralidade do patrimônio, e a continuidade do culto familiar, esses dois institutos não eram desvinculados. O primogênito seria o continuador do culto do pai, e também o herdeiro da propriedade. Ensina Coulanges (1996, p. 58-59) que:

Deste princípio originaram-se todas as regras do direito de sucessão entre os antigos. A primeira, consiste em que sendo, como já vimos, a religião doméstica hereditária, de varão para varão, a propriedade igualmente o era. Assim como o filho é o natural e obrigatório continuador do culto, da mesma forma herda também os bens. Assim é que surgiu da hereditariedade [...].

O início do direito sucessório perde-se no tempo, na mais profunda antiguidade, e afirma Monteiro (1999, p. 02) que até os dias atuais, sofreu profunda modificação na aplicação:

O direito sucessório remonta à mais alta antiguidade. Perde-se sua origem na noite dos tempos, parecendo que se prende à comunidade da família, de que constituiria prolongamento natural. Sua fisionomia atual, todavia, em nada se parece à primitiva. Sem receio de errar, pode se afirmar que, de todos os ramos do direito civil, o direito das sucessões foi aquele que mais se transformou. Com efeito, originalmente, existia direito sucessório preferencial em benefício dos varões. Se o finado deixava simultaneamente filhos e filhas, estas não herdavam. Sua exclusão era ditada ou porque a lei assim determinava, ou em virtude de renúncia, que lhes impunha, forçadas a aceitação de um simples dote. A Lei Sálica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo dessa injustiça social. Assim a Lei Vocônia, inspirada no Catão no intento de colocar um freio a dissipação e à independência das mulheres e que vigorou em certo período romano, as privava de capacidade testamentária passiva; mas essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada.

A Lei das XII Tábuas faz com que a liberdade de testar, passe a ser o princípio fundamental, com fundamento, nas leis número 3 e 4 da Tábua V. Conforme dispõe Telles, “A Lei nº 3 ordena que se cumpra aquilo que cada um estatuir, para depois da sua morte – *super pecúnia*. A Lei nº 4 manda que se devolva

aos agnados o patrimônio daquele que morrer sem testamento e do qual não houver *heredes sui*.” (TELLES apud RIZZARDO, 2008, p.04)

Ainda, a época da Lei das XII Tábuas, estabelece a classe dos herdeiros preferenciais, quando não existir o testamento:

- a) Os *sui*, ou *heredes sui et necessarii*, isto é, os filhos sob pátrio poder (atualmente ‘poder familiar’), a mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao *de cuius*. O Código Civil adotou expressão ‘herdeiros necessários’. Nessa classe se incluíam os *heredes necessarii*, que eram os escravos libertados no testamento e concomitantemente herdeiros.
- b) Os *agnati*, ou as pessoas sob o então chamado pátrio poder (no Código Civil vigente ‘poder familiar’), ou que se subordinavam ao *pater familias*, sendo contemplado o agnado mais próximo.
- c) Os *gentiles* – ou pessoas que pertenciam aos membros da mesma *gens*, ou da estirpe. (TELLES, apud RIZZARDO, 2008, p. 04)

Conforme, disciplina Gomes (2004, p. 03-04), este sistema foi substituído pelo Direito Pretoriano, que acolheu quatro ordens sucessórias:

O sistema foi substituído pelo *direito pretoriano*, que admitiu quatro ordens de sucessíveis: *liberi*, *legitimi*, *cognati*, e cônjuge sobrevivente (*vir et uxor*). A primeira classe compreendia os *isui heredes* e os *emancipati*. A segunda, os *consanguini* e os *agnati*. A terceira, todos os parentes até o sexto grau. A quarta, o marido, ou a mulher.

No direito justiniano a sucessão legítima passa a se fundar no parentesco natural, como destaca Gomes (2004, p. 0304):

[...]

A ordem da vocação hereditária era:

- 1 – *descendentes*;
- 2 – *ascendentes, juntamente com irmãos bilaterais*;
- 3 – *irmãos consangüíneos ou uterinos*;
- 4 – *outros parentes colaterais*.

Os parentes mais próximos excluíam os mais remotos. A viúva pobre por sucessão irregular introduzida pela Novela 117, recolhida a herança se faltassem todos os herdeiros. A *lex Julia et Papia Poppea* prescrevera o direito do Estado ‘a sucessão, quando ocorresse a *vacantia*.

No direito germânico primitivo, a sucessão baseava-se na *compropriedade familiar*, vindo, em primeiro lugar, os filhos varões, em seguida, os irmãos do defunto, tios paternos e maternos. (grifo do autor)

O direito brasileiro, inicialmente, recepcionou as ordenações portuguesas, até a criação da Lei 1.839 de 1.907.

Conforme, ensina Gomes (2004, p. 04), com a edição da Lei supracitada, a vocação hereditária modificou-se:

[...] No direito pátrio, a ordem de vocação hereditária foi, até 1.907, a seguinte: 1 – descendentes; 2 – ascendentes; 3 – colaterais até o décimo grau; 4 – cônjuge sobrevivente; 5 – Fisco. A Lei nº 1.839 desse ano alterou-a, trazendo para terceiro grau o cônjuge supérstite e limitando o parentesco transversal ao sexto grau. (grifo original)

A sucessão tratada no Código Civil de 1916 reconhecia como entidade familiar apenas como àquela abrangida pelo casamento, que naquela época era indissolúvel. E era assegurado somente aos filhos legítimos, aqueles tidos no casamento, o patrimônio familiar. Os filhos ilegítimos não tinham direitos sucessórios (DIAS, 2008, p. 27).

A respeito da adoção, se o adotado fosse maior de idade, só haveria para ele direitos sucessórios se o adotante não tivesse filhos biológicos. Havendo filhos biológicos, posterior a adoção, o adotado iria receber apenas a metade do que o filho biológico receberia. (DIAS, 2008, p.26)

Porém a Constituição Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) banuiu todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação, de acordo com o artigo 227, § 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2011 - A)

Ainda, no Código Civil de 1916, código que protegia a família matrimonial, vedava-se qualquer direito às relações extraconjugais. O artigo 1719, inciso III do supracitado código, informava que a concubina do testador casado não iria receber os bens destinados a ela através do testamento.

Ainda que a união pudesse ser constituída por pessoas solteiras ou separada, e tivessem filhos, o concubinato não era reconhecido como família.

Apenas após a CRFB/88 foi reconhecido à união estável como entidade familiar, conforme artigo 226, § 3º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 2011 - A)

Todavia, conforme ensina Dias (2008, p. 27), apenas seis anos depois da promulgação da CRFB/88 foi assegurado o direito sucessório ao parceiro sobrevivente, com o advento da Lei 8.971/94.

O Código Civil atual, Lei 10.406/2002, disciplina o direito das sucessões no Livro V, nos artigos 1784 a 2027.

2.2. Conceito

O direito sucessório tem como marco inicial a morte do autor da herança. Conforme lecionam Cahali e Hironaka (2007, p.34): “Nos termos do art. 6º do Código Civil, a existência da pessoa natural termina com a sua morte, ainda que presumida nos termos da lei (CC, arts. 6º e 7º). Este é o momento exato da abertura da sucessão [...]”

Com a abertura do direito sucessório, a herança do *de cujus* se transmite aos herdeiros, tanto os legítimos quanto os testamentários, conforme dispõe o artigo 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Nesse sentido ensina Venosa (2005, p.12): “A morte do titular de um patrimônio determina a sucessão. O fato da morte, fato jurídico, indica o momento em que ‘a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários’ (art. 1.784)”. (grifo do autor)

Explicam Tartuce e Simão (2008, p.26) que em referência ao artigo 1.784 do Código Civil, quando aberta à sucessão a herança transmitir-se-á aos herdeiros, sendo este o princípio da *saisine* que é um dos mais importantes do Direito Civil.

Importante saber quando ocorreu a morte para que se saiba qual lei regulará a sucessão. Ocorrendo a morte antes de 11.01.2003 a sucessão irá ser regida pelo Código Civil de 1916.

Com base no artigo 1.804 CCB/02, ao aceitar a herança, a transmissão ao herdeiro irá se tornar definitiva, já que como vimos acima, de acordo com o princípio da *saisine*, a herança transmite-se desde logo com o evento morte do proprietário dos bens.

A aceitação é um ato jurídico unilateral e necessário, como explicam Cahali e Hironaka (2007, p. 70):

A aceitação da herança representa, assim, o ato jurídico unilateral e necessário pelo qual o herdeiro, que ao tempo da abertura da sucessão houvera adquirido, *ipso iure*, a posse e a propriedade dos bens da herança, confirma sua intenção de receber este acervo que lhe é transmitido.

A legislação brasileira regula que a aceitação poderá ser expressa, ou tácita, alguns doutrinadores como Flávio Augusto Monteiro de Barros ainda acrescenta uma terceira possibilidade de aceitação, a presumida. (TARTUCE e SIMÃO, 2008, p. 58)

A aceitação expressa, regulada no artigo 1.805, primeira parte, do CCB/02, deverá ser feita através de declaração escrita, por termo nos autos, por escritura pública ou escrito particular.

Diniz (2005, p. 68) critica este tipo de aceitação, e afirma que: “É ociosa a exigência da aceitação expressa por ser ela ato meramente confirmatório da nova relação jurídica estabelecida com a abertura da sucessão, pois somente a renúncia elide a presunção de aceitação”

A aceitação tácita ou também chamada de indireta está disciplinada do artigo 1.805, segunda parte, do CCB/02, resulta quando o herdeiro praticar atos próprios da qualidade de herdeiro.

Cahali e Hironaka (2007, p. 72), lecionam quais atos são considerados próprios dos herdeiros, e ainda que a legislação restringiu a interpretação dos atos feitos pelos herdeiros, quando feitos pelo dever moral e familiar, como segue:

São, por exemplo, atos privativos do herdeiro que assume esta qualidade, incompatíveis com a postura de quem recusa ou repudia a herança: a) a nomeação do advogado, para intervir no inventário na defesa de seus direitos; b) a concordância manifestada com as primeiras declarações, avaliações e outros atos do processo; c) a promessa de alienação de imóveis do espólio, ou cessão, onerosa ou gratuita, de direitos hereditários a terceiros; d) a posse efetiva de bens do acervo transmitido, com a respectiva administração continuada.

E a própria lei restringe dos atos promovidos pelo herdeiro (CC, art. 1.805, § 1º), evitando sejam considerados como representativos de aceitação, quando revelam, na verdade, simplesmente o dever moral e familiar de quem os pratica, sendo inspirados por sentimentos altruísticos e humanitários, de solidariedade e colaboração.

E a última forma de aceitação é a presumida, quando provocada por algum interessado, conforme leciona Rizzardo (2008, p. 70):

O terceiro tipo, que na verdade não passa de uma tênue diferenciação da tácita, denomina-se presumida, dela cuidando-se quando, intimado o herdeiro, não traz resposta sobre sua disposição. Em face do silêncio, diz-se que há aceitação.

A renúncia da herança, nos termos do artigo 1.784 CCB/02 é quando o herdeiro informa não querer o bem inventariado. É um ato jurídico unilateral, com efeitos *ex tunc*, ou seja retroagem até a abertura da sucessão.

Sobre esse assunto explicam Tartuce e Simão (2008, p. 60):

A renúncia da herança constitui um ato jurídico unilateral e não receptício, pelo qual o herdeiro legatário recusa a herança ou o legado, não criando, conseqüentemente, qualquer direito o renunciante, pois considera que ele nunca tivesse sido herdeiro. [...]
Os efeitos da renúncia são retroativos à data da abertura da sucessão, ou seja, são *ex tunc* (art. 1804, *caput*, do CC). Em razão da retroatividade, os filhos do renunciante não herdam por representação, pois a renúncia significa que o renunciante nunca foi herdeiro.

Além disso, conforme Tartuce e Simão (2008, p. 62), a renúncia necessita da vênua conjugal para a sua validade. “[...] entendemos que a renúncia da herança necessita, para a sua validade, da concordância do cônjuge do renunciante, salvo se casado pelo regime da separação absoluta de bens [...]”

A renúncia só pode ser feita através de termo judicial ou através da escritura pública, conforme o artigo 1.806 do CCB/02. Será nula a renúncia feita por instrumento particular.

2.3. Espécies de sucessões

Abordar-se-á, neste item, as espécies de sucessões, que de acordo com o CCB/02, podem se dar através da lei, ou por meio de declaração última vontade. (art. 1.726 CCB/02)

Tartuce e Simão (2008, p. 127) fazem a diferenciação das duas espécies:

A sucessão legítima, [...], recebe esta designação por decorrer da lei, mas especificamente das disposições contidas entre os arts. 1829 a 1856 do Código Civil em vigor. Esta forma de sucessão opõe-se à *sucessão testamentária*, pois esta toma por base um ato de última vontade do falecido, que pode se consubstanciar por meio de um testamento ou de um codicilo (arts. 1.857 a 1.990 do CC). (grifo no original)

Na ausência de testamento, segue-se à vocação hereditária conforme estabelecido em lei, essa forma é chamada de sucessão *ab intestato*.

O direito brasileiro admite a possibilidade da simultaneidade da sucessão legítima e testamentária.

A herança se dá por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786, antigo 1.573). O testamento traduz esta última vontade, como veremos. Quando houver testamento, atende-se no que couber, segundo as regras hereditárias, a vontade do testador. Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei. Entre nós, portanto podem conviver com as duas modalidades de sucessão, o que não ocorria no velho Direito Romano. A vocação legítima prevalece quando não houve ou não puder ser cumprido o testamento. (VENOSA, 2005, p. 24)

A sucessão pode ser legítima e testamentária, como dispõe Rodrigues (2003, p. 17):

A sucessão é simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento do defunto não abrange todos os seus bens [...]. Em ocorrendo o caso, os bens referidos no testamento se transmitem aos hereditários testamentários e aos legatários. Os bens restantes são deferidos aos herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária.

Entende Rodrigues (2003, p. 17):

A sucessão legítima se dá quando a pessoa morre sem deixar testamento, ou quando o testamento caducar ou for julgado nulo, pois nesses casos deixa de haver disposição de última vontade e é a lei que determina o destino dos bens do finado.

Já Diniz (2005, p. 18 e 20), ensina que:

A sucessão legítima ou *ab intestato*, resulta de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (CC, arts. 1.786 e 1.788). Deveras, se o *de cuius* não fizer o testamento, a sucessão será obedecendo-se à ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.8290. [...])

O direito brasileiro admite, ainda, a possibilidade de existência simultânea dessas duas espécies de sucessão, pois, pelo Código Civil, art. 1.788, 2ª parte, se o testamento não abranger a totalidade dos bens do falecido, a parte de seu patrimônio não mencionada no ato de última vontade é deferida aos herdeiros legítimos, na ordem da vocação hereditária. Os bens mencionados no testamento são transmitidos aos herdeiros testamentários e aos legatários. Igualmente prescreve o Código Civil, no art. 1.966, que, quando o testador só dispõe de parte de sua metade disponível, entende-se que institui os herdeiros legítimos no remanescente. Se não houver herdeiro legítimo, arrecadar-se-á como herança jacente a fração da quota disponível não atribuída no testamento (CC, art. 1.819)

Passar-se-á a analisar individualmente cada espécie de sucessão.

2.3.1. Sucessão legítima

Sucessão legítima, ou também chamada de *ab intestato*, é decorrente da lei, conforme disciplina Lisboa (2004, p. 407): “*Sucessão legítima ou ab intestato* é aquela que decorre de lei cogente que estabelece quais pessoas têm direito de suceder, em conformidade com a ordem de vocação hereditária disposta pelo legislador.” (grifo do autor)

Rizzardo (2008, p. 149) adere à sucessão legítima características como hereditariedade, legalidade, universalidade, e subsidiariedade, como seguem:

Na sucessão legítima, ressaltam algumas características, assim consideradas:

- a) A ‘hereditariedade’, visto que não se admite como herdeiro aquele que não é parente, ou o liame conjugal ou da união de fato. Constitui o fator decisivo para o enquadramento do herdeiro o elemento parentesco.
- b) A ‘legalidade’, eis que a lei especifica quem é herdeiro, não sendo possível sair de tal relação e incluir outra pessoa, a menos que sejam cedidos os bens.
- c) A ‘universalidade’, porquanto todos os bens sujeitam-se ao inventário, e não apenas parte deles – exceto se alguns tenham sido dados em testamento.
- d) A ‘subsidiariedade’, no sentido de que são partilhados os bens que sobraem do testamento. Sabe-se que apenas a metade da parte disponível sujeita-se ao testamento, [...], em havendo herdeiros necessários – art. 1.789 (art. 1.576 do Código anterior), considerados estes os descendentes e os ascendentes [e o cônjuge sobrevivente.]

Disciplinam Oliveira e Amorim (2008, p. 68), “a capacidade de suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor’, mantida esta norma no artigo 1.787 do novo Código Civil.”

A sucessão legítima decorre da presunção legal de afetividade, ou seja, uma vez que o *de cuius* não fez um testamento, a lei presume a sua vontade.

Conforme entendem Tartuce e Simão (2008, p. 133):

Toda sucessão legítima toma por base o seguinte fundamento: como o falecido não fez testamento, presume a lei sua vontade, determinado o destino de seus bens. Em outras palavras, presumem-se a afetividade do falecido para com seus parentes, cônjuges ou companheiros. A ordem de chamamento dos parentes, cônjuges e companheiros do falecido decorre, em princípio, dessa *presunção legal de afetividade*. (grifo autor)

Existem na sucessão, três espécies que regulam a transmissão aos herdeiros. Conforme ensina Rizzardo (2008, p. 172-173), essas espécies podem ser: a sucessão por cabeça, a sucessão por estirpe, e a sucessão por linha.

- a) A 'sucessão por cabeça' (*in capita*), quando a herança é dividida, em partes iguais, pelo número dos herdeiros (incluindo o cônjuge ou o companheiro), eis que sucedem aqueles do mesmo grau. [...] É a modalidade mais comum e normal de sucessão legítima. A herança é deferida a cada um individualmente ou por cabeça – *in capita*.
- b) A 'sucessão por estirpe' (*in stirpes*), se a divisão da herança opera-se pelo número de herdeiros, em partes iguais, do mesmo grau. Em vista do falecimento de alguns, dividem-se os respectivos quinhões pelo número de herdeiros deixados que os representam, como se dá com a morte do filho do autor da herança, indo a respectiva cota aos filhos daquele.
- c) A 'sucessão por linha' (*in lienas*), verificada no caso de haver ascendentes de linha paterna e da linha materna, concorrendo à sucessão na herança conjuntamente, e em igualdade de condições.

Leciona Rizzardo (2008, p. 172-173) que a lei disciplinou a ordem da vocação hereditária, estabelecendo a ordem de preferência na contemplação da herança. Essa sucessão legal encontra-se no artigo 1.829 CCB/02.

Há uma ordem que deve ser obedecida na distribuição da herança que segue os estritos termos da lei. Trata-se de uma sucessão legal, assim denominada por derivar da lei, ou em virtude de se encontrar prevista na lei. É preferencial a relação pois chamados os herdeiros em obediência legal, chamando-se a que consta em segundo lugar unicamente se faltar a anterior, exceto quando ao cônjuge sobrevivente, que acompanha as duas primeiras classes.

Esta classe é a seguinte, prevista no art. 1.829 (art. 1.603 do Código revogado), ou atribuindo-se a herança:

'I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não deixar bens particulares;

II – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.'

O rol estabelecido no artigo 1.829 do CCB/02 é um rol taxativo, não podendo, portanto, incluir-se qualquer outra classe de pessoas nesse tipo de sucessão, conforme disciplina Diniz (2005, p. 108):

A vocação hereditária restringe-se ao rol apresentado pelo Código Civil, no art. 1.829, não se estendendo em benefício de outras pessoas, tais como: afins, concubino, pessoas incapacitadas para o trabalho ou indigentes que estivessem sob a total manutenção do falecido, pessoas jurídicas, salvo as de direito público interno etc.

Quando uma classe de herdeiros recebe o quinhão hereditário, a seguinte não irá receber, pois os primeiros excluem os próximos. Ainda Rizzardo (2008, p. 172-173):

Nesse encadeamento, as pessoas são chamadas a receber os bens deixados por um parente, mas sempre uma na falta das outras. A sequência de convocação ou chamamento, dentro do elenco previsto, importa que os primeiros excluam os subseqüentes, jamais se admitindo a concomitância de categorias diferentes, resultando exclusivamente da lei[...]

Na mesma linha destacam Tartuce e Simão (2008, p. 136):

[...] *dentro de uma classe de herdeiros, os herdeiros de grau mais próximo excluem da sucessão os de grau mais remoto*. A regra em questão é basilar para a compreensão da sucessão legítima, sendo certo que já existia quando da vigência do Código Civil de 1916 (arts. 1.604 e 1.613 do CC/1.916) e é repetida e reafirmada no Código Civil de 2002 (arts. 1.833, 1.835 e 1.840).

Na realidade, a regra é muita mais antiga e já na Lei das XII Tábuas de 450 a.C., dentro da segunda classe de herdeiros, os *agnados* (que não se encontravam sob o pátrio poder – *pátria potestas* do *de cuius*), de grau mais próximo, excluía os de grau mais remoto. (grifo dos autores)

Ao falecer, o *de cuius*, deixa seu legado que será partilhado entre os herdeiros. O legislador estipulou uma ordem de vocação para a partilha entre os herdeiros. Porém é imprescindível falar a respeito dos herdeiros necessários, pois existindo qualquer herdeiro necessário o falecido só poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) de seus bens, deixando garantido a outra metade para essa classe de herdeiros, conforme disposto no artigo 1.846 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/02).

Assim disciplinam Tartuce e Simão (2008, p. 271):

Em razão da existência de herdeiros necessários, o patrimônio do falecido se divide em duas partes: a *legítima* e a *quota disponível*. Enquanto a primeira pertencerá aos herdeiros necessários, a segunda pode ser objeto de testamento pelo falecido. (grifo dos autores)

O artigo 1.846 do CCB/02, disciplina que pertencem aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança, sendo essa parte chamada de legítima. “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.” (BRASIL, 2011-B)

Mas o que são herdeiros necessários? Os herdeiros necessários são aqueles que o legislador disciplinou que não poderiam ser excluídos da sucessão, salvo quando forem excluídos por causa de indignidade, e deserdação. Sobre esse tema dispõe Rizzardo (2008, p. 207):

As pessoas mais chegadas ao titular do patrimônio, sempre por parentesco, possuem reservada uma qualidade específica de tudo quanto ficou no monte-mor, faz parte das finalidades da sucessão prestar auxílio, ou proteger economicamente os membros da família do falecido. Tem-se em alta conta a segurança da família, que repousa no fator econômico, com o que se objetiva preservar pelo menos parte do patrimônio aos membros mais próximos daquele que faleceu. Assume importância a unidade familiar, ou a preservação da relação de parentesco, o que se procura manter com um suporte econômico.

Tartuce e Simão (2008, p. 207), ensinam quem são esses herdeiros:

Mas quem são os herdeiros necessários? No sistema do Código Civil de 1916 os herdeiros necessários eram os descendentes e os ascendentes (art. 1.721 do CC/1916). O Código Civil de 2002 estendeu a qualidade de herdeiro necessário também ao cônjuge.

O CCB/02, em seu artigo 1.845, dispõe que os herdeiros necessários são: descendentes, ascendente, e o cônjuge.

O herdeiro ao receber seu quinhão hereditário pode receber por representação, também chamado “por estirpe”. Nesse caso, quando um herdeiro já for falecido, pré-morto, receberá aquele quinhão os seus descendentes. Preservam-se os quinhões dos outros co-herdeiros. A representação apenas se opera na sucessão legítima e na linha dos descendentes, conforme previsão do artigo 1.851 do CCB/02.

Dessa forma lecionam Cahali e Hironaka (2007, p. 132):

[...] cria o legislador a figura do herdeiro *por representação*, pela qual os descendentes de um herdeiro pré-morto (com óbito anterior ao do autor da herança), se outros existirem na classe e grau do falecido, recebem o que aquele teria recebido se vivo fosse.

A finalidade desta previsão é corrigir a injustiça que poderia se verificar com o falecimento precoce de um descendente, privando seus filhos e netos da sucessão a que teria direito o falecido se vivesse, certamente contrariando a expectativa e mesmo a vontade do autor da herança.

E, pela forma com que se dá a aquisição por representação, preserva-se integralmente o direito dos co-herdeiros, pois os respectivos quinhões são mantidos na proporção original, como se vivo fosse o falecido, independentemente do número de representantes que ingressem na sucessão.

Rizzardo (2008, p. 216), enfatiza que quem irá receber por representação serão os descendentes do pré-morto ou do indigno.

Sempre chama-se o descendente do pré-morto ou julgado indigno para ficar no lugar do sucessor, não se estendendo o direito aos outros parentes, ou ao cônjuge, ou ao convivente sobrevivente na união estável, não se obedecendo, assim, o rol que se encontra contemplado na ordem do art. 1.829 (art. 1603 do Código de 1916).

Existem quatro requisitos para se configurar a representação. O primeiro requisito seria a morte do representado ou sua declaração de indignidade, já que ninguém herda de pessoa viva.

O primeiro requisito está na morte do representado, isto é, morte do pai do representante, tanto na representação de descendentes como na de colaterais.

Realmente, é admissível unicamente a espécie se falecido o filho do autor da herança, o qual deixou filhos, ou o irmão do mesmo, também tendo ficado filhos. (RIZZARDO, 2008, p. 219)

Já o segundo requisito, seria a necessidade do parentesco. “O segundo elemento está no parentesco em linha descendente e na linha colateral. Apenas nestes dois parentescos ocorre a representação, devendo o representante ser descendente ou filho do irmão do autor da herança.” (RIZZARDO, 2008, p. 219)

O terceiro requisito, conforme Rizzardo (2008, p. 219), seria a continuidade da representação, deve se seguir disciplinadamente essa ordem, não podendo pular uma geração quando a antecessora ainda viva for.

O terceiro requisito refere-se a existência de encadeamento, ou de continuidade no encadeamento de graus entre os representantes e representado. Inadmite-se, pois, que o bisneto represente o filho do autor da herança, se vivo o seu pai, que é neto do *de cuius*. Em decorrência, o pai do bisneto representará o filho do *de cuius*.

E o quarto requisito seria em relação a capacidade em ser representante.

O quarto e último requisito envolve a capacidade em ser representante. Quem não é herdeiro não poderá revestir-se de tal função. O indigno e o deserddado ficam aliados, pois, do direito, porquanto não podem receber a herança. Seus filhos, todavia, ficam habilitados a substituir aquelas pessoas, não podendo elas suportar as conseqüências de atos pessoais dos ascendentes. (RIZZARDO, 2008, p. 219)

Passar-se-á a analisar a seguir a outra espécie de sucessão, a sucessão testamentária.

2.3.2. Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária, diferente da legítima, decorre da vontade do falecido, que pode dispor de metade de seu patrimônio, ou seja, apenas a sua parte disponível. Ou ainda, poderá dispor na totalidade dos bens quando não existirem os herdeiros necessários.

Diniz disciplina a respeito das normas regulamentadoras da sucessão testamentária (2005, p. 172-173):

A sucessão testamentária rege-se:

1º) Lei vigente no momento da facção do testamento, que regula a capacidade testamentária ativa (CC, arts. 1.861, 1.864, I, 1.868, III, 1.876, 1.888, 1.893, §§ 1º a 3º, 1.894, parágrafo único, e 1.896) e a forma extrínseca do ato de última vontade.

2º) Lei que vigorar ao tempo da abertura da sucessão, que rege a capacidade testamentária passiva (CC, art. 1.787) e a eficácia do conteúdo das testamentárias (CC, arts. 1.848, 1.897 a 1.911).

Ainda nesse contexto, ensina Dias (2008, p. 319) a respeito da capacidade ativa de testar, que é apurada no momento em que o *de cuius* fez o testamento:

A capacidade do autor da herança é apurada ao tempo em que fez o testamento. O momento da morte não tem nenhuma importância. A lei vigente na **data do testamento** regula: (a) a capacidade do testador e (b) a

forma extrínseca do testamento. É o princípio *tempus regit actum*. (grifo da autora)

A respeito da capacidade ativa o legislador disciplinou aqueles que não podem fazer o testamento, sendo eles expressamente proibidos por lei. O artigo 1.860 CCB/02, informa que além dos incapazes, os que não tem pleno discernimento também não pode fazê-lo. Contudo no parágrafo primeiro do artigo 1.860, há uma ressalva disciplinando que os maiores de 16 (dezesseis) anos podem testar.

Nesse sentido lecionam Oliveira e Amorim (2008, p. 251):

[...] embora sem especificação de rol, o novo Código Civil, no artigo 1.860, afirma que não podem testar, além dos incapazes, os que, no ato de fazê-lo tiverem pleno discernimento.

O parágrafo único desse artigo deixa expressa a capacidade testamentária ativa dos maiores de 16 anos.

Cumprir observar que, embora relativamente incapazes para outros atos da vida civil, os menores entre 16 a 18 anos de idade podem fazer testamento sem necessidade de assistência de seu responsável legal.

A respeito do testador que não tem pleno discernimento, Venosa (2005, p. 200) ensina que:

Não tem capacidade de testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, como por exemplo sob efeito de alucinógeno, capaz de tolher o discernimento, ou em estado etílico leve e tal. Não se examina o estado psíquico do testador nem antes nem depois do testamento, mas *no momento do testamento* (art. 1.861; antigo, art. 1.628). (grifo do autor)

Ainda a respeito da capacidade ativa de testar, Tartuce e Simão (2008, p. 285), disciplinam que as pessoas jurídicas não tem possibilidade de testar, sendo uma prerrogativa das pessoas naturais, e ainda citam Itabaiana de Oliveira para justificar tal assertiva, como segue:

Não podem testar, também, as pessoas jurídicas, pois a prerrogativa de elaborar atos de última vontade é exclusiva das pessoas naturais. Nesse sentido, explica Itabaiana de Oliveira que “a capacidade de testamentária ativa é um direito das pessoas naturais, que se não estende às pessoas jurídicas, porque, se elas são perpétuas, não estão sujeitas ao acidente da morte, e, se são temporárias, a sua extinção, que é um fenômeno essencialmente diverso da morte, é um acontecimento previsto, que, de modo algum, justificaria a disposição de bens por testamento”

Os testamentos podem ser elaborados através de formas ordinárias ou comuns e também as formas extraordinárias ou especiais que são admitidas pelo legislador. Analisar-se-á cada forma e quais testamentos estão englobados.

Segundo o artigo 1.862 do CCB/02, os testamentos ordinários são o testamento público, o testamento cerrado, e o testamento particular. Sendo eles disciplinados nos artigos 1.864 a 1.880 do CCB/02.

O testamento público é aquele elaborado no Tabelionato de Notas, onde o tabelião ou seu substituto legal lavram o ato em livro de notas. Portanto a competência para a elaboração do testamento público é do Tabelionato de Notas e no caso do estado de Santa Catarina, também as Escrivanias de Paz. Os brasileiros domiciliados fora do país poderão também realizar este testamento nos consulares, conforme dispõe Venosa (2005, p. 222):

O ato deve ser elaborado pelo titular do cartório, o oficial público. Outro escrevente só pode fazê-lo quando exerce as funções de chefia da serventia.

[...]

As atividades consulares brasileiras também podem lavrar testamento público, autorizadas que estão pelo art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil, com redação dada pela Lei nº 3.238/67.

Existem requisitos essenciais para que o testamento público não seja considerado nulo. O artigo 1.864 do CCB/02 enumera esses requisitos:

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma. (BRASIL, 2011-B)

Os cegos e também os surdos-mudos só podem testar através do testamento público, ainda que a sua condição deixe de preencher um dos requisitos. O legislador previu essa possibilidade nos artigos 1.886 e 1.887 do CCB/02.

Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.

Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento. (BRASIL, 2011-B)

Em relação a este assunto, lecionam Tartuce e Simão (2008, p. 291):

Com relação aos surdos, problema surge da elaboração de testamento sob a forma pública: o deficiente auditivo não tem como conferir a leitura oral, exigência esta decorrente da lei quando adotada essa forma. Entretanto o Código Civil resolve a questão da seguinte maneira: se o surdo souber ler, poderá ele, pessoalmente, efetuar a leitura e depois assinar o testamento. Se não souber, deve designar quem o leia (art. 1.886 do CC), ou seja, alguém que não seja o tabelião ou as testemunhas, devendo todas essas circunstâncias constar no testamento. No último caso, nada impede que um terceiro presente assine a rogo, a pedido do testador, mas isto não se faz necessário.

Com relação aos cegos, determina a lei que estes só poderão testar por instrumento público, que lhe será lido duas vezes em voz alta: uma pelo tabelião ou substituto e outra por uma das testemunhas designadas pelo testador (art. 1.887 do CC), constando tudo isso no testamento, e a não realização da segunda leitura implica nulidade do testamento.

Um dos efeitos desse tipo de testamento é que não haverá sigilo nenhum referente as declarações de última vontade. O testamento não terá exigência de ser mantido oculto, ou protegido do interesse de terceiros.

O testamento cerrado, diferente do público tem a exigência de manter o sigilo perante os terceiros. Só se tornará público após a morte do testador, quando aberto pelo juiz.

Os requisitos estão disciplinados no artigo 1.868 CCB/02:

Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as paginas. (BRASIL, 2011-B)

Diniz (2005, p. 211-213), leciona acerca dos requisitos do testamento cerrado:

O Código Civil, no art. 1.868, enumera os *requisitos essenciais* dessa espécie de testamento, que são:

1º) Cédula testamentária escrita pelo testador ou por alguém a seu rogo, que pode ser o tabelião (CC, art. 1.870; RSTJ, 7:287), parente ou estranho, desde que não seja herdeiro ou legatário, ascendente, descendente, irmão e cônjuge do beneficiado com a disposição de última vontade, em língua nacional ou estrangeira. [...] Pelo art. 1.872, só pode fazer esse tipo de testamento quem puder ou souber ler, motivo pelo qual nem o cego nem o analfabeto podem fazê-lo, porque não poderão certificar-se, pela leitura, se o terceiro, que o fez a seu rogo, seguiu suas instruções.

2º) Assinatura do próprio testador quando o testamento foi por ele escrito, ou por outra pessoa a seu rogo (CC, art. 1.868; RT, 780:204).

3º) Entrega da carta testamentária pelo testador ao tabelião na presença de duas testemunhas, declarando que aquele é o seu testamento e que deseja a sua aprovação. Se o testador não fizer essa declaração, o tabelião perante as testemunhas, perguntar-lhe-á se aquele é o seu testamento que quer que seja aprovado. [...]

4º) Auto de aprovação lavrado pelo tabelião, em presença das testemunhas, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou, para ser aprovado, o testamento e que tinha por seu (CC, art. 1.868, III, 1ª parte).

[...]

5º) Leitura do auto de aprovação pelo tabelião ao testador e às testemunhas, assinando-o juntamente com as testemunhas e o testador (CC, art. 1.868, III, 2ª parte, e IV).

[...]

6º) Encerramento pelo tabelião que, uma vez formalizado o auto de aprovação, o dobrará, juntamente com a cédula testamentária, num só invólucro, que será por ele cerrado e cosido com cinco pontos de retrós, segundo praxe cartorária, lacrando-se o testamento nos pontos de costura (CC, art. 1.869, *in fine*).

[...]

7º) Abertura do testamento pelo juiz do domicílio do testador após o óbito deste, na presença do apresentante e do escrivão. Verificada a integridade da carta testamentária mandará que o escrivão o leia em presença de quem o entregou, lavrando-se em seguida o ato de abertura [...]

8º) Estado de conservação da cédula para que tenha autenticidade, pois só depois de apurada a inexistência de vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o magistrado, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento[...] (grifo da autora)

O testamento particular, também chamado de aberto ou hológrafo. Tem esse nome, pois, poderá ser escrito pelo próprio testador sem ter a necessidade de participação de um Tabelião.

Apesar desta forma de testamento ser um pouco menos burocrática do que as outras existem certos requisitos para não o mesmo seja considerado nulo.

Os requisitos estão estabelecidos no artigo 1.876 § 1º do CCB/02.

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§1º. Se escrito a próprio punho são requisitos essenciais a sua validade seja lido ou assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas que o deve subscrever. (BRASIL, 2011-B)

Conforme leciona Dias (2008, p. 352), o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, quando também as testemunhas também conhecerem o idioma. Ainda, o Código Processual Civil, nos artigos 1.130 a 1.133, exigem que o testamento seja confirmado e publicado em juízo, sendo que as testemunhas que assinaram serão ouvidas.

Em seguida analisar-se-á as formas especiais de testamento. São o marítimo, o aeronáutico e o militar. São admitidos quando o testador passa emergência determinada. Conforme ensina Dias (2008, p. 356), “Acontecimento emergenciais, quando pessoas estão sujeitas a situações de perigo, autorizam o uso de formas especiais de testamento. Só podem ser utilizadas quando não há possibilidade de serem usadas as formas ordinárias.”

Testamento marítimo é feito através da declaração de última vontade feito a bordo de um navio nacional, comerciais ou de guerra, isso de acordo com o artigo 1.888 do CCB/02. Qualquer pessoa que estiver dentro do navio pode testar perante o comandante.

Dias (2008, p. 357), disciplina a respeito da forma do testamento marítimo:

O testamento pode ser elaborado de duas maneiras: uma semelhante ao testamento público, e outra correspondente ao testamento cerrado. Em qualquer das modalidades, o testamento ou é elaborado pelo comandante ou a ele é entregue na presença de duas testemunhas. [...] O **registro** do testamento é feito no diário de bordo. (grifo da autora)

Ainda, quanto a caducidade do testamento marítimo, ele perderá a eficácia caso o testador não morrer a bordo nem nos próximos 90 dias subsequentes. Contudo, Dias (2008, p. 357), ressalta que: “Porem, se ao desembarcar não conseguir o testador fazer outro testamento na forma ordinária, por ter se agravado seu estado de saúde, por exemplo, e decorrido mais de 90 dias até a sua morte, o testamento se mantém hígido.”

O testamento aeronáutico tem as mesmas regras de que o testamento marítimo, conforme dispõe Rizzardo (2008, p. 350):

De qualquer modo, as regras são as do testamento marítimo, havendo alguns dispositivos que o referem, como o artigo 1.890, estabelecendo que o comandante ficará com a guarda do documento; e o art. 1.891, prevendo a caducidade se o testador não morrer na viagem, nem no período de noventa dias subsequente ao desembarque em terra, viabilizando-se, então, que se faça um testamento na forma ordinária.

Da mesma forma entende Dias (2008, p. 357):

Submetido às mesmas regras do testamento marítimo, é conferida a quem estiver a bordo de aeronave militar ou comercial a possibilidade de testar perante pessoa designada pelo comandante. Podem fazer uso desta prerrogativa tanto os tripulantes como passageiros, bem como o próprio comandante.

O último testamento especial é o testamento militar, previsto no artigo 1.893 do CCB/02. Podem ser feito por militares e pelos não militares a serviço das Forças Armadas em campanha, em praça sitiada, ou com as comunicações interrompidas.

Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do país ou fora dele, assim como em praças sitiadas, ou que esteja de comunicação interrompida, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas ou três testemunhas, se o testador não puder ou não souber assinar caso em que assinará por ele duas delas. (BRASIL, 2011-B)

As pessoas consideradas não militares a que alude o artigo 1.893 CCB/02, conforme dispõem Calahi e Hironaka (2007, p. 261) são:

O rol das pessoas que assim podem testar, contudo, é vasto, não compreendendo exclusivamente aquelas que sejam militares, mas todas as demais que estejam, naquele momento emergencial, a serviço ou sob as ordens das Forças Armadas, aí incluídas, pois, os capelães, os médicos, os enfermeiros, os cozinheiros, os faxineiros, os telegrafistas e mesmo os prisioneiros.

O testamento militar admite três formas: a assemelhada ao testamento público, a assemelhada ao testamento cerrado, e a forma nuncupativo. Assim disciplinam Tartuce e Simão (2008, p. 306):

Quanto às formas do testamento militar, três são as previstas em lei:

a) *Forma que se assemelha à pública.* [...] Enumera a lei possíveis autoridades presentes para que façam as vezes de tabelião: se o testador

pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior; se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento e, por fim, se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir (art. 1.893, §§ 1º a 3º, do CC).

b) *Forma que se assemelha ao testamento cerrado.* Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de próprio punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes nesse mister (art. 1.894 do CC). Deve ser hológrafo e também autógrafo, pois deve ser datado e assinado por extenso pelo próprio testador.

c) *Testamento militar nuncupativo.* Aqueles que podem se valer do testamento militar e que estejam empenhados em combate ou feridas podem fazer oralmente, confiando sua última vontade a duas testemunhas (art. 1.896 do CC). (grifo do autor)

A respeito do testamento nuncupativo, a única forma que o admite é o testamento militar. Lecionam Calahi e Hironaka (2007, p. 263):

Trata-se da única modalidade testamentária, entre nós, que dispensa a formalidade de ser escrito, para ser oral. É o chamado testamento de viva voz. No Brasil, como se vê, o testamento nuncupativo é dado exclusivamente aos militares, *in articulo mortis*, e em especialíssima situação de estarem em batalha, feridos. O iminente risco de vida – *imminens periculum* – é requisito essencial dessa modalidade testamentária como um “romantismo perigoso”.

Essas são as formas de testamentos admitidas pela legislação brasileira.

A respeito dos testamentos em geral, eles são considerados, conforme Tartuce e Simão (2008, p. 282), negócios jurídicos unilaterais, pois decorrem de vontade única do testador; gratuito, já que, não existe qualquer remuneração ou contraprestação para aquisição de bens; *mortis causa*, pois só passará a ter efeitos após a morte do testador; ato personalíssimo, pois ninguém pode testar conjuntamente; revogável, o testador pode revogar ou modificar a qualquer momento; e formal, pois existem formalidades a serem cumpridas ou o testamento tornar-se-á nulo.

Em seguida para dar continuidade no trabalho tratar-se-á acerca das doações.

3. CONTRATO DE DOAÇÃO

Para que se possa visualizar a doação explicar-se-á a respeito dos contratos em geral e posteriormente em específico o contrato de doação em todas as suas formas.

3.1. Histórico e conceito dos contratos

Conforme Venosa (2005, p. 394), *contractus* significa contrair, unir. No Direito Romano, o contrato, a convenção e o pacto seriam sinônimos, logo, um acordo de vontades de duas ou mais pessoas com base num determinado objeto.

O Direito Romano, tinha como objetivo a observância da forma com caráter sacramental e rigorosa. Às vezes a vontade das partes era superada pela forma, ou seja, “as formas deviam ser obedecidas, ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes” (VENOSA, 2005, 394).

A esse respeito leciona Venosa:

[...] para que se criasse uma obrigação, havia necessidade de certas formas que se exteriorizassem à vista dos interessados. A solenidade dava força às convenções. Cada uma dessas convenções sob certas formalidades, constituía um *contractus*. Não conhecia, portanto, o Direito Romano, uma categoria geral de contrato, mas tão somente alguns contratos em particular. (VENOSA, 2005, p. 394)

No período pós-clássico do Direito Romano começaram a ser criadas formas de contratos inominados, conforme Lisboa (2005, p. 62): “No período pós-clássico do direito romano advieram as categorias inominadas de contrato (ou seja, dos contratos que não eram expressamente contemplados pela lei) [...]”

Já no direito justinianeu, a formalidade exigida no direito romano foi diminuindo, aumentando ao valor atribuído ao acordo de vontades. “A evolução histórica do instituto acarretou a diminuição do formalismo excessivo e fortaleceu o valor juridicamente atribuído ao acordo entre as pessoas contratantes” (LISBOA, 2005, p. 62)

No mesmo sentido leciona Venosa (2005, p. 395) que na época de Justiano, unifica-se o conceito de contrato com o de convenção, portanto, a vontade acaba dominando o formalismo. “Na fase final da codificação, já o que importa para

a validade do contrato é a *conventio*, o acordo de vontades, ficando acima das formalidades” (VENOSA, 2005, 395) (grifo do autor)

Continuando a linha do tempo, Venosa (2005, 395), esclarece que quando houve a queda do domínio romano, o direito germânico é quem acaba dominando, todavia, esse direito era menos evoluído do que o direito romano. Sendo aquele dominado por símbolos, existindo a necessidade de um ritualismo. Essa forma de direito, com o procedimento simbólico prevalece até a alta Idade Média.

Ainda na Idade Média, a influência da Igreja com a volta aos estudos romanos, enfatiza o sentido obrigatório do contrato, já que a forma escrita passa a ter predominância, conforme Venosa (2005, 395), que complementa “as práticas medievais evoluem para transformar a *stipulatio* romana na *traditio cartae*, o que indica a entrega de um documento”.

Ensina Lisboa (2005, p. 48) que foram os estudos do jusnaturalismo e também do direito canônico que iniciaram o processo evolutivo de delimitação do contrato moderno, embasado no princípio da fé jurada. O princípio da fé jurada ensina que as partes celebram o contrato pela simples palavra.

Coube ao jusnaturalismo e aos estudos do direito canônico [...], a introdução ao contrato moderno. Elaborou-se nessa época medieval o *princípio da fé jurada*, que informalizava o contrato, ao retirar-lhe as solenidades existentes, salvo quando houvesse alguma previsão legal neste sentido. Por esse princípio, a simples palavra dada de forma convergente entre as partes constitui o acordo de vontades e, portanto, o contrato. (LISBOA, 2005, p. 62) (grifo do autor)

A partir de então não mais se exigiu formalidades para a realização de um negócio, salvo se assim a lei dispusesse, via de regra predominava o acordo de vontades.

O *consensualismo*, ou seja, o acordo de vontades, passou a ser o fato característico determinante da celebração ou não de um contrato, não sendo mais de se exigir a partir de então via de regra, alguma forma para a realização do negócio, senão aquela porventura expressa na lei como sendo a única admissível para se conferir efeitos ao ajuste. (LISBOA, 2005, p. 62) (grifo do autor)

De acordo com Lisboa (2005, p. 63), atualmente o contrato não se restringe ao acordo de vontades, todavia é indispensável ao negócio jurídico. “Hoje, o contrato não se restringe aos acordos de vontade previstos na lei, porém constitui

uma categoria geral indispensável e insubstituível do negócio jurídico, de relevância inegável para as relações sociais”

O contrato é um acordo de duas ou mais vontades na conformidade da ordem jurídica.

Conforme Diniz (2005, p. 23), “o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados.”

De acordo com o artigo 104 CCB/02 para ter validade o negócio jurídico deve obedecer aos seguintes requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Diniz (2005, p. 27-28) classifica os incisos do art. 104 CCB/02 como requisitos objetivos e subjetivos dos contratos, além de acrescentar outros. Entende-se como requisitos subjetivos a existência de vontades e a capacidade dos contratantes.

Diniz (2005, p. 27) ensina que como o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, é necessário que exista mais de uma pessoa para realizar o negócio. Também, as partes devem ser capazes de acordo com o CCB/02, não podendo se enquadrar no artigo 3º e 4º do referido código.

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I) os menores de dezesseis anos;
- II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos;
- III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I) os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos;
- II) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido;
- III) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV) os pródigos. (BRASIL, 2011-B)

Caso uma das partes incidirem em qualquer dos incisos acima mencionados o contrato será nulo ou anulável.

Corroborando com o tema, Lisboa (2005, p. 164) ensina que:

O grau de discernimento do sujeito para a celebração do contrato é pressuposto de sua validade, já que se refere a elementos estranhos ao ajuste isoladamente considerado, concernentes à identificação das partes, ao bem da vida contratado e ao conteúdo do negócio jurídico.

Todavia, caso o contrato seja firmado por um relativamente incapaz poderá ser validado com a autorização do representante legal. “O contrato firmado com relativamente incapaz, no entanto, pode vir a ser convalidado, com a posterior autorização do assistente legal respectivo (o detentor do pátrio poder, o tutor, ou o curador)” (LISBOA, 2005, p. 164)

No tocante a legitimação, este requisito versa sobre as partes do contrato, já que, apesar de ter plena capacidade civil devem ser legitimados para contratar, obedecendo às restrições impostas em lei.

A este respeito leciona Diniz (2005, p. 27):

Aptidão específica para contratar, pois a ordem jurídica impõe certas limitações à liberalidade de celebrar determinados contratos; p. ex.: o art. 496 do Código Civil proíbe, sob pena de anulabilidade, contrato de compra e venda entre ascendente e descendente, sem que haja consentimento expresso dos demais descendentes e do cônjuge do alienante.

Portanto, além da capacidade civil dos contratantes, deve-se observar as limitações impostas em lei para poder contratar.

Já o consentimento das partes contratantes é indispensável, pois o contrato como visto, é um acordo de vontades, para que se concretize esse negócio jurídico faz-se necessário o consentimento de todas as partes contratantes. De acordo com Diniz (2005, p. 27), “o consentimento das partes contratantes, visto que o contrato é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios [...] sobre a existência e natureza do contrato, o seu objeto e as cláusulas que o compõem.”

Na mesma linha, Lisboa (2005, p. 168) leciona que “o contrato possui como tônica o acordo de vontades para a satisfação dos interesses das partes. A essa convergência de vontades dá-se o nome de *consensualismo*, que é o consentimento recíproco, imprescindível para a celebração do contrato.” (grifo do autor)

Os requisitos objetivos dos contratos são entendidos como sendo a licitude do objeto, a possibilidade física e jurídica do objeto, bem como a sua determinação.

Os contratos que versam sobre os objetos ilícitos serão inválidos, pois o objeto não pode ser contrário a lei, aos princípios da ordem pública, aos bons costumes e à moral, conforme disciplina Diniz (2005, p. 28)

Da mesma forma leciona Lisboa (2005, p. 167) “para que possa ser celebrado, é imprescindível que o contrato adotado se caracterize como operação negocial lícita, que é seu objeto direto e imediato”.

Caso o contrato venha a ter um objeto “impossível” se tornará inválido. De acordo com Diniz (2005, p. 28):

Se o negócio tiver objeto física ou materialmente impossível, de modo que o agente possa vencer o obstáculo à sua realização, por contrariar as leis físico-naturais [...], ir além das forças humanas [...], ou por inexistir [...], configuram-se hipóteses em que se têm a exoneração do devedor e a invalidade do contrato, pois aquele que se obriga a executar coisa insuscetível de realização a nada de obrigou.

Destarte, é necessário que o objeto¹ do contrato, seja possível tanto na forma jurídica, quanto na física.

De acordo com Diniz (2005, p. 29) o objeto deve ser certo, ou determinável. Devendo conter elementos necessários para a sua especificação para poder determiná-lo. Caso não venha a ter especificação do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais, ele irá se tornar indeterminável, sendo o contrato inválido e ineficaz. Venosa (2005, p. 470), explica que:

O objeto sobre o qual repousa a vontade dos contratantes deve ser determinado. Não é possível obrigar o devedor a pagar alguma coisa, ou a exercer alguma atividade, de forma indeterminada. Por vezes, o objeto não é determinado no nascimento do contrato, mas deve ser determinável em seu curso.

Os contratos podem ser classificados quanto à natureza da obrigação, quanto à forma, quanto à designação, e ao tempo da execução.

¹ Conforme Venosa (2005, p.469) “a obrigação constitui-se no objeto imediato do contrato. As obrigações são de dar, fazer, e não fazer. A prestação contida nessas obrigações é que se constituirá o conteúdo propriamente dito do contrato, em seu objeto, ou objeto mediato do contrato.”

Quanto à natureza da obrigação, os contratos podem ser unilaterais, bilaterais, onerosos, gratuitos, cumulativos ou aleatórios.

O contrato poderá ser unilateral, quanto ao seu efeito, quando gerar obrigações apenas a uma das partes, como exemplo a doação. Conforme Rodrigues (2004, p. 28) “ao classificarmos os atos jurídicos [...] distinguimos os negócios unilaterais dos bilaterais. Os primeiros se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, como ocorre com o testamento [...]”.

Ao encontro desta idéia, Diniz (2005, p. 85) leciona que os contratos são unilaterais “se um só dos contratantes assumir obrigações em face do outro, de tal sorte que os efeitos são ativos de um lado e passivos do outro, pois uma das partes não se obrigará, não havendo, portanto, qualquer contraprestação.”

Todavia, os contratos podem ser bilaterais, ou seja, existem obrigações recíprocas entre os contratantes. Acerca desse requisito, Diniz (2005, p. 85) ensina que os contratos são bilaterais à medida que “cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois produz direitos e obrigações para ambos”

Ainda, os contratos poderão ser gratuitos ou onerosos. Serão gratuitos aqueles que oneram apenas a uma das partes, ficando a outra com vantagens, sem que precise realizar a contraprestação. De acordo com Venosa (2005, p. 433), “nos *contratos gratuitos*, toda a carga de responsabilidade contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de *contratos benéficos*” (grifo do autor).

Já os contratos a título oneroso trazem vantagens a ambas as partes. Venosa (2005, p. 434) ensina que “nos contratos onerosos [...] ambos os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações; a carga de responsabilidade contratual está repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível”.

Os contratos podem também ser comutativos ou aleatórios, em relação ao risco que envolve a prestação. Porém tal classificação é específica dos contratos onerosos. Serão comutativos ou também chamados de pré-estimado quando as partes já sabem quais são os riscos, ou seja, sabem quais são as prestações no ato do negócio. Em contra partida, o contrato aleatório não é sabido com precisão no momento do negócio jurídico. Conforme Tartuce (2007, p. 42) o CCB/02, nos artigos 458 e 459, prevêm duas formas de contratos aleatórios: sendo a primeira o contrato

aleatório *emptio spei*, os contratantes assumem o risco relativo à própria existência da coisa, sendo ajustado um determinado preço. Esta forma está disciplinada no artigo 458 CCB/02, que disciplina:

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumira, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. (BRASIL, 2011-B)

Já a outra forma é chamada de contrato aleatório *emptio rei speratae*, nesta forma de contrato, de acordo com Tartuce (2007, p. 42) o risco versa tão somente sobre a quantidade da coisa comprada, já que é fixado entre as partes um mínimo como objeto do contrato.

Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. (BRASIL, 2011-B)

Quanto à natureza referente à forma os contratos podem ser consensuais, solenes, ou reais.

Serão consensuais, ou também chamados de não-solenes, os contratos que apenas com o consentimento das partes se aperfeiçoam. Salienta Diniz (2005, p. 99) “os contratos consensuais ou não-solenes são os que se perfazem pela simples anuência das partes, sem necessidade de outro ato. A ordem jurídica não exige, para que se aperfeiçoem, senão o acordo das partes.” Em contrapartida, serão solenes ou formais os contratos que necessitem para a sua celebração uma forma de determinada em lei, para que tenha validade. “Serão *formais* os contratos cuja validade depender da observância de uma forma preestabelecida pela lei” (VENOSA, 2005, p. 446) (grifo do autor)

Os contratos reais são aqueles que só se aperfeiçoam com a tradição da coisa. Na lição de Venosa (2005, p. 445) “no contrato dito real, o mero consentimento das partes, o acordo de vontades, é insuficiente para ter-se o contrato como cumprido”. Da mesma forma dispõe Rodrigues (2004, p. 35) “reais são aqueles ajustes que dependem, para o seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa, feita por um contraente ao outro”.

A natureza dos contratos quanto à sua designação podem ser nominados ou inominados. Serão nominados ou típicos, aqueles contratos que são previstos expressamente em lei, tendo a sua própria regulamentação. De forma contrária, os inominados ou atípicos são aqueles que não possuem previsão legal, todavia, não ferem a legislação. Rodrigues disciplina que os “contratos nominados ou *típicos* são aqueles a que a lei dá denominação própria e submete a regras que pormenoriza”, já os contratos “*inominados* ou *atípicos* são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada” (2004, p.36- 37) (grifo do autor).

Os contratos quanto a sua natureza em relação à execução, podendo ser imediata ou continuada. Os contratos de execução imediata são aqueles que se extinguem de uma vez só, conforme Diniz (2005, p. 103) “os contratos de execução imediata são os que se esgotam num só instante, mediante uma única prestação”. Já os contratos que tem sua execução continuada, conforme Diniz (2005, p. 103) apresentam uma série de obrigações a serem cumpridas tendo em vista a persistência da obrigação.

A seguir analisar-se-á uma das formas de contrato, o contrato de doação, e suas especificações.

3.2. Conceito e classificação dos contratos de doação

O conceito de doação foi introduzido pelo Código Civil de 1.916, que em seu artigo 1.165, definiu a doação: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.” (BRASIL, 2011-C)

Segundo Venosa (2005, p. 123) o vigente código civil manteve tal denominação, todavia, retirou a parte final “que os aceita”.

Venosa continua e conceitua doação como: “*doação é a transmissão voluntária de uma coisa ou de um conjunto delas que faz uma pessoa, doador, em favor de outra, donatário, sem receber nada como contraprestação.*” (LASARTE apud VENOSA, 2005, p. 123) (grifo do autor)

O contrato de doação é um compromisso que uma pessoa faz a outra, por liberalidade, de transferir bens ou vantagens (RODRIGUES, 2004. p. 199) Da mesma forma disciplina o artigo 538 do CCB/02: “Considera-se doação o contrato

em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.” (BRASIL, 2011-B)

Na mesma forma, Lisboa (2005, p. 370), define doação como um “contrato por meio do qual uma parte assume a obrigação de entregar à outra, a título gratuito, determinado bem, que é por esta aceito.”

Na doação, o transmitente é denominado doador, já o beneficiado é denominado como donatário.

O contrato de doação é assim classificado: solene, unilateral, gratuitos, consensual, que analisar-se-á a seguir.

3.2.1. Classificação do contrato de doação

Os contratos serão solenes quando obedecidas as formas previstas em lei. Venosa leciona que os contratos são formais, ou seja, torna-se necessário observar a forma sob pena de invalidade do negócio, devendo ser realizado através de escritura pública ou instrumento particular, permite-se a doação verbal nos casos de bens de pequenos valores.

O contrato deve ser considerado no mais das vezes *formal*, por força do art. 541 (antigo, art. 1.168), que lhe prescreve escritura pública ou instrumento particular. O parágrafo único do dispositivo permite a doação verbal sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição, o que, sendo exceção à regra geral, de aplicação restritiva, não a transforma em consensual. (VENOSA, 2005, p. 131) (grifo do autor)

Assim reza o artigo 541 CCB/02: “A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.” (BRASIL, 2011-B)

No mesmo sentido, Diniz leciona que para a doação ter validade é necessário observar o requisito formal,

[...] visto ser a doação um contrato solene, pois o Código Civil, no art. 541, lhe impõe uma forma que deverá ser observada, sob pena de não valer o contrato. Realmente, esse dispositivo legal estabelece obrigatoriamente a forma escrita, ao exigir que a doação se faça por instrumento público ou particular [...], e, apenas excepcionalmente, admite, em seu parágrafo único, sua celebração via verbal, em certos casos especiais. (2005, p. 245)

Divergente dos demais contratos que são bilaterais, a doação é unilateral, já que, conforme Rodrigues (2004, p. 200) a prestação envolve apenas uma das partes, e complementa Venosa (2005, p. 124) criando obrigações apenas para o doador, mesmo que a doação seja sujeita a encargos.

A doação é considerada gratuita, pois traz vantagens apenas para uma das partes, um ato de liberalidade do doador ao donatário.

[...] *gratuito*, porque o donatário terá enriquecimento em seu patrimônio sem qualquer contraprestação, embora possa parecer oneroso se o doador impuser um encargo ao donatário no ato de efetuar a generosidade, ficando claro que o mesmo assim a liberalidade sobreviverá. (DINIZ, 2005, p. 233) (grifo do autor)

No mesmo sentido, para Rodrigues (2004, p. 200), é gratuito “[...] porque se inspira no propósito de fazer uma liberalidade, afastando-se, desse modo, dos negócios especulativos.”

Os contratos de doação são consensuais, tendo em vista que ele decorre da vontade do doador. Rodrigues classifica o contrato de doação como consensual, pois diferente dos outros tipos de contratos que se resolvem com a tradição do bem, a doação se aperfeiçoa com a vontade tanto do doador como do donatário, conforme segue: “*Consensual*, porque se aperfeiçoa pela conjunção das vontades do doador e do donatário, em oposição aos contratos reais que implicam a entrega da coisa por uma das partes à outra.” (RODRIGUES, 2004, p. 200) (grifo do autor)

Diniz (2005, p.233) traz como elementos da doação, a intenção do doador, ou seja, o *animus donandi*, e a aceitação da liberalidade:

A doação deve estar investida com o *animus donandi*, ou seja, o doador deve fazer por livre e espontânea vontade. Neste sentido esclarece Gonçalves (2006, p.255) que: “A liberalidade ou *animus donandi* é elemento essencial para a configuração da doação, tendo o significado de ação desinteressada de dar a outrem, sem estar obrigado, parte do próprio patrimônio”

Complementando, Lisboa (2005, p. 372), leciona que o “[...] doador deve agir espontaneamente, de forma séria e livre no sentido de beneficiar o donatário com o bem, sem exigir, em princípio, alguma contraprestação”

Para que o contrato surta seus efeitos é indispensável à aceitação do donatário, conforme explica Diniz:

[...] Sendo a doação um contrato, requer para a sua formação o consentimento das partes; assim de um lado, ter-se-á o *animus donandi*, isto é, a vontade do doador de beneficiar o donatário, e, de outro, a aceitação do donatário, que é a sua manifestação de vontade consentimento na liberalidade do doador. (2005, p. 235)

A nossa legislação aceita como formas de aceitação, a tácita, a expressa e em determinados casos a presumida. A aceitação tácita é aquela que o donatário se faz silente, contudo seu comportamento condiz com a aceitação. De acordo com Rodrigues (2004, p. 201), a aceitação é “*tácita* quando resulta de um comportamento do donatário, incompatível com sua recusa à liberalidade” (grifo do autor)

Já a aceitação de forma expressa, é aquela que o donatário através da escrita, verbal ou gestual aceita a doação.

A última forma de aceitação, presumida, é prevista em lei para determinadas ocasiões. Rodrigues (2004, p. 201) exemplifica com três hipóteses, nos casos previstos do artigo 539 do CCB/02, quando o autor da liberalidade fixa prazo para o donatário ao donatário para declarar se aceita ou não, se o donatário ficar em silêncio presume-se a aceitação. Outro caso é previsto no artigo 543 CCB/02, quando a doação se tratar de doação pura a pessoa incapaz de manifestar seu consentimento.

[...] se se trata de doação pura, dela só benefício pode surgir para o incapaz, não havendo, assim, razão para ampará-lo pelo mecanismo da incapacidade. Por isso a lei, com intuito de proteger seu interesse, presume que houve consentimento válido, de sua parte. (RODRIGUES, 2004, p. 21) (grifo nosso)

Conforme Venosa (2005, p.127), a doação feita à incapaz só não será válida se ocasionar gravame ao incapaz.

Nesta mesma linha, enquadram-se as doações feitas a nascituro, onde a lei permite que os pais, representantes legais aceitam a doação, de acordo o artigo 542 CCB/02, que prevê: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo sue representante legal” (BRASIL, 2011-B)

Outra forma de presunção, ainda conforme Rodrigues (2004, p.201), quando a doação é feita em contemplação a casamento futuro, porque a única forma de revogação deste tipo de doação seria se o casamento não se realizasse, “[...] neste caso a lei veda que o negócio seja impugnado por falta de aceitação (que

presume ter existido), pois só admite sua revogação não se realizando o matrimônio.”

Analisar-se-á a seguir as nulidades quanto à doação.

3.3. Restrições da possibilidade de doar

O CCB/02 em seus artigos 548 a 550 criou nulidades a respeito das liberalidades da doação, para preservar os interesses das partes, de terceiros, ou interessados. Tratar-se-á a seguir das nulidades das doações.

3.3.1. Doação inoficiosa

Conforme o artigo 549 CCB/02, a doação inoficiosa, ou seja, aquela que o doador dispõe mais do que poderia doar, é nula. De acordo com Venosa este dispositivo protege os herdeiros necessários, ou seja, os descendentes, ascendentes e cônjuge.

O art. 549 (antigo 1.176) comina com nulidade a doação cuja parte exceder a que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor por testamento. Trata-se da chamada *doação inoficiosa*. O dispositivo visa proteger os herdeiros necessários. (2005, p. 130) (grifo do autor)

Descreve assim o artigo 549 CCB/02: “Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.” (BRASIL, 2011-B)

Ainda segundo Venosa (2005, p. 130) se o doador não tiver herdeiros necessários não precisará ele preocupar-se, já que é livre o poder de disposição. “Não tendo ascendentes ou descendentes [e cônjuge], é livre o poder de disposição do doador e do testador. Questão importante é calcular a metade disponível, ou seja, o montante que pode ser doado em cada oportunidade”.

No mesmo sentido, ensina Diniz (2005, p.242)

[...] a doação inoficiosa está vedada por lei; portanto, nula será a doação da parte excedente do que poderia dispor o doador em testamento, no momento em que doa (CC, art. 549), pois, se houver herdeiros necessários (descendente, ascendente e cônjuge – CC, art. 1.845), o testador só poderá

dispor de metade da herança (CC, arts. 1.789 3 1.846), preservando-se, assim, a legítima

Prevê o artigo 1.789 CCB/02 que existindo herdeiros necessários não pode o testador dispor de seu patrimônio assim como desejar. Dispõe o referido artigo que: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.” (BRASIL, 2011-B)

Portanto, não pode o doador dispor mais da metade que é de sua parte disponível, sob pena de nulidade. O legislador, nos dispositivos acima mencionados, tenta proteger os herdeiros necessários e o cônjuge.

3.3.2. Doação de todos os bens ou universal

A doação universal ou de todos os bens é aquela em que o doador dispõe através de sua liberalidade de todo o seu patrimônio, não deixando reservado para si qualquer tipo de subsistência. O legislador, no artigo 548 CCB/02 declarou nula esta doação. “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.” (BRASIL, 2011-B)

Diniz (2005, p.242) leciona que:

[...] não valerá a doação de todos os bens (doação universal), sem reserva de parte do patrimônio, que possa ser transformada em renda pecuniária ou de outra renda advinda de pensão, salário, direito autoral, aplicação financeira suficiente para a subsistência do doador (CC, art. 548), a fim de se evitar excessiva liberalidade, que coloque o doador na penúria [...]. Nula será tal doação.

De acordo com Venosa (2005, p. 129) “A doação universal exige que se comprove que o doador deixou de reservar renda ou bens suficientes para a sua subsistência”

Poderá o doador doar todos os bens caso venha a reservar o usufruto dos bens ou de parte deles. Neste sentido leciona Rodrigues (2004, p. 207): “[...] a proibição da doação de todos os bens, de resto tradicional em nosso direito, pode ser ilidida quando o doador se reserva o usufruto dos mesmo ou de parte deles, de modo que, podendo sobreviver com seus próprios rendimentos”

Acrescenta Monteiro (2003, p.143), em relação à imprevisão dos dias futuros que:

O legislador não permite, pois, a doação universal (*omnium bonorum*), compreensiva de todos os bens do doador; este há de reservar parte deles, ou, ao menos, de suas rendas, para garantir a respectiva manutenção. Procura assim o Código Civil de 2002 pô-lo a salvo de qualquer imprevidência, fraqueza de ânimo ou excesso de generosidade; o art. 548 contém prudente medida de proteção aos doadores, com o fito de evitar liberalidades excessivas, realizadas sem pleno conhecimento do ato e previsão dos dias futuros.

A legislação previu tal regra para proteger o doador que por leviandade ou descuido não venha a cair na penúria, tornando-se um encargo para o Estado e seus familiares.

3.3.3. Doação que resulta em prejuízo aos credores

Na visão de Venosa (2005, p.131) os atos gratuitos de transmissão de bens, com intenção de dissipar os bens envolvidos para fraudar os credores, levando-o a insolvência ou sendo praticado por ele já insolvente poderão ser anulados pelos credores prejudicados. Conforme dispõe: “[...] a lei presume fraudulentos os atos gratuitos de transmissão de bens, quando o devedor os pratica já insolvente, ou por eles levado à insolvência.”

Neste sentido reza o artigo 158 CCB/02, que:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. (BRASIL, 2011-B)

Acerca deste assunto, Rodrigues (2004, p.210) leciona que a regra é proteger os credores da insolvência do doador, pois se o patrimônio deste responde por suas dívidas, e estas superam o ativo, torna-se óbvio que a doação feita foi realizada com dinheiro alheio.

O doador ao doar os bens, sabendo que seu patrimônio responderia por suas dívidas tenta burlar o pagamento delas, já que, torna-se insolvente. Por isso que os credores podem pedir a anulação da doação por terem sido prejudicados.

3.3.4. Doação ao cônjuge adúltero ao seu cúmplice

O artigo 550 CCB/02, disciplina que esse tipo de doação poderá ser anulada pelo cônjuge enganado ou pelos herdeiros necessários, até dois anos após dissolvida a sociedade conjugal. Assim disciplina o artigo 550: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos após dissolvida a sociedade conjugal.” (BRASIL, 2011-B)

Neste sentido ensina Diniz (2005, p.244): “[...] a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice poderá ser anulada pelo outro consorte, que foi enganado, na constância do matrimônio, ou por seus herdeiros necessários até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.”

Rodrigues informa que a prerrogativa é do cônjuge inocente, salvo posterior ao seu falecimento, em que os herdeiros viram legitimados para promover a ação de anulação.

A lei defere não só ao cônjuge inocente, como também aos seus herdeiros necessários, o direito de promover a anulação das doações feitas pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice. Esse direito é privativo do cônjuge inocente enquanto ele viver. Só após sua morte é que seus herdeiros necessários ganham legitimação para a propositura da reivindicação. (2004, p. 212)

Conforme Rodrigues (2004, p.211) a lei proíbe tal liberalidade com o propósito de proteger a família, no repúdio ao adultério, que afronta a moral e os bons costumes.

Ao anular este tipo de doação, a lei tem o intuito de proteger a família, e os bons costumes, já que aceitar essa liberalidade seria uma afronta a moral, assim o legislador desampara o adultério.

3.4. Espécies de doação

O direito brasileiro admite várias espécies de doação. Analisar-se-á as diversas modalidades de doações, quais sejam: pura ou simples, modal, onerosa ou com encargos, remuneratória, conjuntiva, condicional, a descendente, com reversão, e promessa de doação.

3.4.1. Doação pura e simples

A doação pura e simples é aquela que é feita com liberalidade sem que o donatário deva cumprir encargos ou condições. Nesse sentido disciplina Venosa (2005, p.132) que “A forma pura de doação, referida pela doutrina como *pura e simples*, é aquela na qual a liberalidade resplende em sua plenitude, sem condição ou encargo” (grifo do autor)

Conforme artigo 543 CCB/02, nos casos de donatário absolutamente incapaz é dispensada a aceitação, como segue: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.” (BRASIL, 2011-B)

Esclarece Diniz acerca do tema que:

Doação pura e simples, feita por mera liberalidade, sem condição presente ou futura, sem encargo, sem termo, enfim, sem quaisquer restrições ou modificações para a sua constituição ou execução. Trata-se da doação em seu estado de perfeita e plena liberalidade, sem que haja imposição de limitações ao donatário. (DINIZ, 2005, p. 246) (grifo do autor)

No entendimento de Rodrigues (2004, p.203), a doação pura é apenas um benefício onde o doador é levado pelo espírito da liberalidade.

A doação pura trata-se da forma mais simples de liberalidade, apenas é levado em conta a vontade de doar do doador, uma vez que não existe nenhum encargo ou condição para que se possa satisfazer a doação. Tanto que no caso de donatários absolutamente incapazes não é preciso nenhuma forma de aceitação dos representantes, já que não há nenhuma imposição.

3.4.2. Doação modal, onerosa ou com encargos

Esse tipo de doação é caracterizado por uma condição que o doador impõe ao donatário. Na lição de Lisboa (2005, p. 373), a obrigação de fazer que foi imposta é a favor do doador, ou da coletividade ou a terceiro. E ainda que:

A *doação modal* possui eficácia desde o momento em que o contrato é celebrado, pouco importando que o encargo ainda venha a ser cumprido. Caso o encargo não seja efetivado pelo donatário, o doador poderá desfazer o contrato. (LISBOA, 2005, p. 373) (grifo do autor)

É disciplinada no artigo 553 CCB/02, que reza: “O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral.” (BRASIL, 2011-B)

De acordo com Rodrigues (2004, p.204), encargo é a contraprestação que o donatário deve cumprir que resulte vantagens ao doador ou a um terceiro.

Conforme o parágrafo único do supracitado artigo, o legislador legitimou o Ministério Público para demandar a execução após a morte do doador quando este não tiver o feito. Diz o parágrafo único do artigo 553: “[...] Parágrafo único. Se desta última espécie for o encargo, o Ministério Público poderá exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não tiver feito.” (BRASIL, 2011-B)

Neste sentido esclarece Venosa (2005, p.133) que:

O doador, o terceiro ou o Ministério Público terá legitimidade para exigir a sua execução, após a morte do doador, se este não o tiver feito (553, parágrafo único, [...]). Os sucessores do doador também possuem ação para exigir o cumprimento do modo. (grifo nosso)

Rodrigues (2004, p. 204) exemplifica a doação com encargo “quando o autor da liberalidade sujeita o donatário a pensionar um parente do doador, ou quando, oferecendo alta cifra a uma universidade, determina que ela terá de conceder anualmente um número de bolsas de estudos”. E ainda define que “se a doação for com encargo, será negócio oneroso até o valor do encargo, e liberalidade no que exceder” (RODRIGUES, 2004, p. 204)

Entende Diniz (2005, p.248) que quando o encargo for submetido a vários donatários de forma indivisível, e houver nulidade a respeito de um deles, tornará a doação de forma integral ineficaz.

A doação com encargos é aquela que exige uma contraprestação em troca da liberalidade, o beneficiário não precisa ser necessariamente o doador, poderá no momento da liberalidade o doador solicitar que o encargo seja prestado a terceiro, cabendo a possibilidade de entidades.

3.4.3. Doação remuneratória

A doação remuneratória é aquela que o doador doa ao donatário um bem em face ao pagamento de um serviço prestado por esse. Conforme Diniz (2005, p.

248), “São feitas pelo doador não tanto pelo espírito de liberalidade, mas pela necessidade moral de compensar serviços que, gratuitamente, lhe foram prestados”

No mesmo sentido Venosa (2005, p. 133) leciona que:

Doação *remuneratória* consiste naquela que faz em recompensa a serviços prestados ao doador pelo donatário. Ainda que esses serviços possam ser estimados pecuniariamente, não se consideram prestação exigível, isto é, o donatário não se torna credor. Como essa doação é conferida em retribuição, esses serviços devem se anteriores ao ato. (grifo do autor)

O valor da doação que exceder os serviços prestados é mera liberalidade, sendo considerado o excedente uma doação pura.

Conforme leciona Gonçalves (2006, p. 263-264), não há como o donatário exigir do doador, juridicamente a doação remuneratória, já que ela constitui apenas um sentimento moral de remunerar o serviço prestado pelo donatário.

Trata-se de uma doação que o doador se sente em dívida com o donatário, e em forma de liberalidade dá um bem por serviços que lhe foram prestados. Não poderá em hipótese alguma o donatário exigir do doador esta doação. Caso os valores atribuídos ao bem sejam superiores ao valor do serviço que fora prestado, entender-se-á que o excedente se trata da doação pura.

3.4.4. Doação conjuntiva

Contemplada no artigo 551 CCB/02, a doação conjuntiva é aquela que é feita para mais de uma pessoa. Determina o citado artigo: “Salvo declaração em contrário a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.”

Neste sentido afirma Venosa (2005, p. 134): “Doação *conjuntiva* é aquela feita a mais de uma pessoa, distribuindo-se porção entre os beneficiários, que será igual para todos, se o contrário não se estipulou.” (grifo do autor)

Conforme Tartuce (2007, p. 310), em regra, na doação conjuntiva, não há o direito de acrescer, ou seja, caso o donatário venha a falecer sua quota será transmitida diretamente aos sucessores e não ao outro donatário, entretanto, pode-se estipular o direito a acrescer no contrato (direito de acrescer convencional) ou pode estar previsto em lei (direito de acrescer legal). Este último caso está previsto no parágrafo único do artigo 551 CCB/02.

O parágrafo único do artigo acima mencionado informa que quando a doação for para marido e mulher, subsistirá a totalidade da doação para o cônjuge sobrevivente. Dispõe o parágrafo único do artigo 551 CCB/02: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá a totalidade da doação para o cônjuge sobrevivente.”

Assim dispõe Diniz (2005, p. 249), “E, se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente (CC, art. 551, parágrafo único), não passando, portanto, aos herdeiros”

Ainda acerca do tema, Tartuce (2007, p. 310) posicionam-se que essa possibilidade de direito a acrescer legal, disciplinada no parágrafo único do artigo 551 CCB/02, não é favorável a união estável, pela difícil caracterização da convivência.

Portanto, a doação conjuntiva caracteriza-se como a liberalidade feita a mais de uma pessoa, devendo ser atribuído as mesmas frações ideais aos donatários, salvo se houver sido disposto em contrário no instrumento.

3.4.5. Doação condicional

Este tipo de doação fica condicionada a um acontecimento futuro e incerto para que gere os efeitos da liberalidade.

A doação condicional poderá ser suspensiva ou inicial, e resolutiva ou final. “Na *doação condicional suspensiva ou inicial*, os efeitos do contrato somente terão início a partir do evento.” (LISBOA, 2005, p. 373) (grifo do autor)

Já no caso da condição resolutiva, conforme Diniz, ao contrário da suspensiva, desde o momento da aceitação da liberalidade terá efeitos, porém no momento em que ocorrer o evento condicionado no contrato extinguirá os efeitos da doação.

Se a condição for resolutiva, a doação estará perfeita desde o momento em que as partes dêem seu assentimento à condição de que, se ocorrer determinado evento, futuro e incerto, o contrato será desfeito, retornando as partes a situação em que estavam antes de contratar. (DINIZ, 2005, p. 248)

E ainda complementa Lisboa (2005, p. 373) que: “[...] os efeitos do contrato de transferência gratuita do bem extinguirão com a ocorrência do evento, retornando a coisa ao patrimônio do doador.”

No caso de morte do donatário antes do doador, o bem voltará ao patrimônio do doador, resolvendo-se a doação, porém se o doador morrer antes do donatário, o bem será incorporado ao patrimônio deste, conforme dispõe Diniz (2005, p. 249)

A cláusula de reversibilidade dos bens, somente poderá antever o retorno ao próprio doador. E o donatário só irá adquirir ou perder o direito a coisa doada quando se verificar a condição, nos termos de Diniz (2005, p. 249).

A doação condicional é aquela que o doador impõe ao donatário uma condição para que a liberalidade tenha efeitos. Exemplificam-se como doações condicionais a doação a nascituro e a doação em contemplação a casamento futuro.

3.4.5.1. Doação a nascituro

Essa doação de acordo com Lisboa (2005, p. 375) é um subtipo da doação condicional, pois tem como natureza condicional suspensiva, gerando efeitos mediante o nascimento com vida do nascituro.

Ainda segundo Lisboa (2005, p. 375), esse tipo de doação se trata de um contrato unilateral, contudo os pais do nascituro devem aceitar a doação.

Seguindo na mesma linha Gagliano e Pamplona (2008, p. 133), lecionam acerca do tema:

[...] *nascituro* é termo técnico que traduz o *ente concebido, com vida intra-uterina, mas ainda não nascido*. Nada impede, pois, que alguém pretenda fazer uma doação de bens ou valores a *nascituro*, não obstante esta estipulação negocial esteja subordinada a uma condição suspensiva (nascimento com vida do donatário). (grifo do autor)

A aceitação do representante legal da doação feita a nascituro está disciplinada no artigo 542 Código Civil Brasileiro, conforme reza o artigo: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.”

Ensina Tartuce (2007, p. 304) que o artigo acima citado reforça a tese de que o nascituro não tem personalidade jurídica material, que só será admitida com o

nascimento com vida, portanto, no momento da doação só existe mera expectativas de direito.

Para que se possa efetivar a doação feita a nascituro, é imprescindível que a criança nasça com vida. É neste sentido que trata a condição da doação, pois se o nascituro nascer morto, não terá a doação, já que o requisito essencial não foi cumprido. Se a criança nascer, respirar, e vier a óbito, ele deverá receber a doação e posteriormente far-se-á o inventário do *de cujus*.

3.4.5.2. Doação em contemplação de casamento futuro

A doação em contemplação de casamento futuro é mais uma subespécie da doação condicional, pois é necessário que o casamento se realize para que a liberalidade tenha eficácia. Assim determina o artigo 546 CCB/02:

Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer nubentes entre si, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houveram um do outro, não podendo ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não for realizado.

Leciona Venosa (2005, p.135): “A doação feita *em contemplação de casamento futuro*, modalidade sob condição suspensiva, independe de aceitação expressa, segundo o art. 546 [...], ficando sem efeito se o casamento não se realizar” (grifo do autor).

Nesse diapasão leciona Diniz (2005, p. 238):

As doações feitas em contemplação de casamento futuro com certeza e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos ou aos filhos que, de futuro, tiverem um do outro, não poderão ser impugnadas por falta de aceitação e somente ficarão sem efeito se o casamento não se efetivar. [...] Só nesse caso será dispensável a aceitação, que decorrerá, simplesmente, da celebração do casamento.

Contudo, não basta que o donatário se case, torna-se necessário que ele case com determinada pessoa para que a doação seja consumada. Não precisa de aceitação do donatário, apenas que se realize o casamento previsto na doação.

3.4.6. Doação a descendente

Ensina Lisboa (2005, p. 374) que a doação feita à descendente é considerada um adiantamento da legítima, devendo o donatário no momento da partilha colacionar os bens recebidos.

Reza o artigo 544 CCB/02: A doação de ascendente a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa em adiantamento do que lhes cabe por herança. (grifo nosso)

No mesmo sentido, Rodrigues (2004, p.206) leciona que o legislador teve o propósito de garantir a igualdade entre os herdeiros devendo colacionar as liberalidades recebidas na sucessão. Todavia, pode o doador querer beneficiar um dos filhos doando de sua quota disponível, isentando o herdeiro de futura colação. “Para que a liberalidade beneficie um filho em detrimento dos outros, é mister que o doador a inclua em sua quota disponível, com expressa menção de que o donatário fica dispensado da colação” (RODRIGUES, 2004, p. 206)

Ainda, Diniz (2005, p. 249), corrobora o mencionado acima, disciplinando que a

doação de pais a filhos ou de um cônjuge a outro, [...] que é aquela que importa em adiantamento da legítima, ou seja, daquilo que por morte do doador o donatário receberia. Essa doação deverá ser conferida, [...] no inventário do doador, por meio de doação. (grifo do autor)

Portanto, a doação feita da parte disponível do doador, e dispensando expressamente a colação, não será necessário o donatário conferir os bens; já se não houve menção da isenção da colação, no momento da abertura torna-se necessário o herdeiro que recebeu a liberalidade colacionar os bens percebidos.

Tratar-se-á acerca deste assunto no próximo capítulo.

3.4.7. Doação com reversão

A doação com reversão, conforme o artigo 547 CCB/02 é aquela que com a morte do donatário o bem doado voltará ao patrimônio do doador, não podendo beneficiar terceiro. Dispõe o artigo: “O doador pode estipular que os bens doados voltem a seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo Único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.” (BRASIL, 2011-B)

De acordo com Lisboa (2005, p. 374) “É possível a *doação com cláusula reversiva*, no caso de o donatário falecer antes do doador, o que proporcionará a este último o retorno de seu patrimônio. A cláusula reversiva não pode beneficiar terceiro e a ele não se estende.” (grifo do autor)

Venosa (2005, p. 137), ensina que esta cláusula é considerada resolutiva do negócio, ou seja, caso seja invocada, o doador receberá o bem livre de quaisquer ônus, sendo anuladas as alienações feitas pelo donatário.

Lisboa continua, (2005, p. 374) a respeito da comoriência que: “Se o doador e o donatário forem *comorientes*, não se verifica a reversão, sendo o bem doado transmitido, por herança, aos herdeiros do donatário.” (grifo do autor)

A comoriência é quando duas ou mais pessoas da mesma família falecem decorrente da mesma causa sem que possa precisar o momento das mortes, então irá se presumir que todos faleceram no mesmo momento. Leciona Rizzardo (2008, p. 62) acerca do tema:

É que a falta de precisão, no que diz com o dia, a hora, minutos até segundos, embora não se observem estes dados, pode trazer sérias complicações; ou se duas ou mais pessoas morrerem simultânea e concomitantemente, sendo eles parentes, o que dificultará a transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

A comoriência está disciplinada no artigo 8º CCB/02, que informa: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”

Portanto, caso o doador institua a cláusula de reversão, deverá o bem doado voltar ao patrimônio deste se o donatário vier a morrer antes. Não pode haver a possibilidade de instituir a terceiro.

No caso da comoriência entre o doador e o donatário, como acima disposto, o bem entrará no inventário dos bens do donatário.

3.4.8. Promessa de doação

A promessa de contrato (também chamada de pré-contrato ou contrato preliminar), de acordo com Gagliano e Pamplona (2008, p. 112), “é aquele negócio

jurídico que tem por objeto a *obrigação de fazer* um contrato definitivo.” (grifo do autor)

Neste caso o doador se compromete em doar, ou seja, praticar a sua liberalidade, em favor de outra (do compromissário donatário ou a um terceiro).

Lisboa (2005, p. 375) conceitua a promessa de doação como:

[...] negócio jurídico por meio do qual uma pessoa se compromete a doar um bem em prol de outra. Por meio desse negócio, assume o promitente doador uma *obrigação de fazer*, que deverá ser cumprida em conformidade com o que dispõe o contrato de promessa, que deve conter, pois, todos os pressupostos de validade e de eficácia do negócio jurídico que se afigurarem compatíveis com a sua natureza jurídica. (grifo do autor)

A promessa de doação é matéria controversa entre os doutrinadores e jurisprudência. A doutrina e jurisprudência se dividem a respeito deste tema. Desse modo, analisar-se-á as duas vertentes.

Venosa, ensina que como a doação é uma forma de contrato, embasa-se nos princípios gerais dos contratos, tendo sua validade e eficácia admitida. “[...] a promessa de contratar a doação, [...], deve ser admitida quando emanar de vontade límpida e sem vícios e seu desfecho não ofender qualquer princípio jurídico.” (2005, p. 143)

Ainda complementa Venosa (2005, p. 143) que caso venha a ser feita a promessa de doação, todavia, no momento da entrega da coisa não for possível por culpa do promitente doador, poderá o compromissário donatário ajuizar a ação de inadimplemento em face do promissário doador.

Nesse diapasão, lecionam Gagliano e Pamplona (2008, p. 115), “[...] para existir a obrigação de indenizar, deverão estar presentes os pressupostos gerais da responsabilidade civil.”

No entender de Rodrigues, a promessa de doação não seria possível, pois o *animus donandi* deve ser atual para o aperfeiçoamento da doação.

[...] todo o contrato pode ser precedido de um contrato preliminar, que vincula os contratantes a, tempestividade, firmarem um contrato definitivo. Ora, embora a doação, entre nós, seja capitulada como um contrato, tal assertiva não é verdadeira em relação a ela, pois a promessa de doação, quando pura, não é vinculativa, uma vez que até a formalização é lícito o arrependimento do promitente doador. (2004, p. 212).

Nesta linha doutrinária, cobrar a promessa de doação seria como coagir o doador, e na impossibilidade da execução, ou seja, da doação da liberalidade a doação seria substituída por perdas e danos, o que não se enquadra com o caráter gratuito da doação.

3.5. Espécies de extinção da doação

Prevê o CCB/02 em seu artigo 555 as modalidades de revogação dos contratos de doação que são por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo, além das modalidades de extinção por motivos dos contratos em geral.

3.5.1. Por motivos comuns aos contratos gerais

A doação por ter natureza contratual, se extinguirá por motivos comuns aos contratos, podendo também ser contaminadas por vícios do negócio jurídico, previstos no artigo 171 CCB/02, tais como o dolo, a coação, o erro, simulação e fraude, de acordo com Rodrigues (2004, p.214).

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I) Por incapacidade relativa do agente;
- II) Por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL, 2011-B)

Nos mesmos termos Venosa (2005, p. 137) afirma que “A doação pode resolver-se por fatos comuns a todos os negócios jurídicos. Todos os defeitos que infirmam os contratos podem atingi-la.”

Como a doação é uma espécie de contrato, no momento de sua resolução, também observar-se-á as formas de extinção comuns aos contratos em geral, além das previstas para a doação em específico que abordar-se-á a seguir.

3.5.2. Por descumprimento do encargo

Esta espécie de revogação de doação está prevista no artigo 562 CCB/02. Cabe apenas nas doações onerosas, quando o donatário incorrer em mora.

Reza o artigo 562 CCB/02:

Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assistindo-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida. (BRASIL, 2011-B)

Neste sentido escreve Diniz (2005, p. 251, 255) que:

A doação é um ato de liberalidade por parte do doador, que não poderá revogá-lo unilateralmente, no todo ou em parte, se já houve sua aceitação pelo donatário, salvo: [...] por descumprimento do encargo, pois o Código Civil, art. 562, prescreve que a doação onerosa poderá ser revogada por inexecução do encargo, desde que o donatário incorra em mora; não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação se efetive, o donatário incidirá em mora, dando ensejo ao doador para revogar a liberalidade. [...] Se o donatário estiver em mora, não cumprindo o encargo que lhe foi imposto, o doador poderá reclamar a restituição da coisa doada, porém o donatário não será responsabilizado por perdas e danos.

Aplica-se a revogação por meio do descumprimento dos encargos quando tratar-se apenas da doação onerosas (abordada no item 3.4.2 acima), já que esta modalidade pressupõe que o donatário apresente uma contraprestação ao donatário ou a terceiro. Caso não efetue, e incorra em mora, poderá o doador solicitar a extinção da doação.

3.5.3. Por ingratidão do donatário

A ingratidão do donatário é causa de revogação conforme disciplina o artigo 557 CCB/02.

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

- I) se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;
- II) se cometeu contra ele ofensa física;
- III) se o injuriou gravemente ou o caluniou;
- IV) se podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. (BRASIL, 2011-B)

Conforme Venosa (2005, p.138), a ingratidão do donatário poderá ser cobrada apenas nas doações puras, já que conforme o legislador seria

desnecessário introduzir esta incerteza no negócio jurídico. Da mesma forma dispõe o artigo 564 CCB/02 que enumera as doações que não se revogam por ingratidão.

Art. 564. Não se revogam por ingratidão:

- I) as doações puramente remuneratórias;
- II) as oneradas com encargo já cumprido;
- III) as que se fizeram em cumprimento de obrigação natural;
- IV) as feitas para determinado casamento. (BRASIL, 2011-B)

Ainda conforme Venosa:

O desiderato da lei, na hipótese de ingratidão, é não somente punir o donatário ingrato, como também reparar moralmente o doador. Presume-se que o donatário ao aceitar a doação, assume dever de abster-se de praticar atos desairosos contra quem o beneficiou. (2005, p. 138)

A legitimidade da ação será dos herdeiros, salvo se o doador perdoou seu carrasco, e também não se faz necessário a condenação penal do donatário para que se possa revogar seu direito, de acordo com Diniz (2005, p. 250).

Ao encontro do afirmado acima Venosa, Rodrigues (2004, p.217) leciona que se faz necessário a prova da causa revocatória em juízo, onde o ingrato terá a oportunidade de defesa; a revogação será declarada através de sentença constitutiva, proclamando a ineficácia do negócio jurídico.

A ação revogatória da doação deverá ser pleiteada no prazo decadencial de um ano, começados a contar da data que o doador ou seus herdeiros tomaram conhecimento do fato. (LISBOA, 2005. p. 378)

Caso o donatário vier a fazer algo que prejudique o doador, ou seja, caso ele venha a incidir em quaisquer dos incisos do artigo art. 557 CCB/02 deverá o doador, ou na falta deste os seus herdeiros pleitear a ação revogatória, pois só com a sentença que será declarada a ineficácia da doação.

Ressalta-se é possível declarar a ingratidão dos donatários apenas nas doações puras, para não gerar insegurança jurídica nas outras formas de doações.

4. INSTITUTO DA COLAÇÃO

O instituto da colação é o instrumento pelo qual os herdeiros e o meeiro que concorrem à sucessão, devem informar no inventário às doações que receberam em vida do autor da herança, conforme explanar-se-á ao longo deste capítulo.

4.1. Considerações gerais

Rege no direito sucessório o princípio da igualdade dos quinhões, de acordo com o CCB/02, cada herdeiro necessário irá receber a mesma fração, salvo disposição testamentária. A doação de ascendente para descendente altera a proporção determinada legalmente, trazendo prejuízo aos demais descendentes. Deste modo, o legislador ao tentar proteger a sucessão, faz os herdeiros que receberam doações do *de cuius* em vida colacionarem os bens já recebidos.

Nesse sentido, ensina Diniz:

Como o princípio que rege o direito sucessório é o da igualdade dos quinhões, o monte partível será dividido em tantos quinhões iguais quantos forem os herdeiros do *de cuius*. ante o fato de, por exemplo, o ascendente ter contemplado um descendente com uma doação (CC, art. 2.002), desfalcando o espólio em prejuízo dos demais descendentes, mesmo que não tenha ido além da metade disponível dos herdeiros, criou-se a figura jurídica da colação, com o escopo de restabelecer a igualdade rompida, presumindo-se que a liberalidade seria uma antecipação da quota do beneficiado, salvo expressa declaração em contrário do ascendente. (2005, p. 400-401)

Do artigo 2.002 CCB/02, retira-se o conceito de colação ou conferência de bens, disciplina o artigo mencionado: “Os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação” (BRASIL, 2011-B)

Os bens poderão ser trazidos em substância ou em valor. Na lição de Cahali e Hironaka, a colação será em substância quando o bem volta ao patrimônio do doador, para ele ser partilhado, já a colação em valor é o bem permanecerá com o donatário, ele informará o valor na partilha.

Dá-se a colação em substância ou em espécie, segundo a lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, quando a lei obriga que o bem doado volte ao acervo do doador, no momento de sua morte, resolvendo-se, assim, a doação outrora efetivada. Em sendo assim, o bem deixa de pertencer ao donatário, para ser partilhado entre todos os herdeiros [...]

A colação por estimativa ou por valor, no entanto, seria aquela segundo a qual o bem permaneceria sob poder do donatário, fazendo este a indicação de seu valor em inventário, valor este que (i) seria descontado de sua quota parte, se mais houvesse a receber, ou valor este que (ii) seria imputado como legítima do herdeiro, se de igual apreciação econômica a parte que lhe caberia, ou, por fim, (iii) indicaria tal valor o *quantum* que estaria obrigado a devolver ao monte, na hipótese de sua parte legítima ser inferior ao valor da doação recebida em adiantamento da legítima. (CAHALI; HIRONAKA. 2003, p.483)

Nesse diapasão, o CCB/02, adota a colação por valor como regra geral, contudo aceita a possibilidade da colação feita por espécie.

O Código Civil atual adota, claramente, a colação por valor como a regra para os casos da colação (CC, art. 2.002), aceitando, subsidiariamente, a possibilidade de a colação se verificar em espécie sempre que não haja hipótese de se chegar ao equilíbrio entre as partes disponível e indisponível ou mesmo entre as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente pelo mero valor nominal dos bens (CC, arts. 2.003, parágrafo único, e 2.007, §2º) (CAHALI, HIRONAKA, 2003, p. 483-484)

Entende Gomes, que a teoria da igualdade entre descendentes foi a que inspirou o legislador na regulamentação do instituto da colação.

A teoria da *igualdade entre descendentes* inspirou o legislador pátrio na regulamentação do instituto. Os descendentes são *herdeiros* obrigatórios. Pertence-lhes, de pleno direito, a metade dos bens do ascendente. Esta parte da herança tem de ser dividida em frações iguais. Quando o ascendente contempla, em vida, um deles, revogaria o princípio da igualdade das *legítimas* se o bem doado não tivesse de ser conferido para a constituição da metade indispensável. Os demais herdeiros prejudicados, porque, além do que receberá gratuitamente antes da abertura da sucessão, o favorecido herdaria igual cota. (2004 p. 287) (grifo do autor)

De acordo com Lisboa (2006, p. 590), a colação “[...] é instituto destinado a manter a *igualdade das legítimas* trazendo-se ao inventário o que foi antecipadamente recebido e que constitui *adiantamento da legítima*” (grifo do autor)

Para Rizzardo (2008, p. 669), o instituto da colação

[...] significa trazer a inventário os bens recebidos em vida, a título gratuito. Vem a propósito, ainda, a colocação de Washington de Barros Monteiro: “O que os sucessores receberam em vida de seus ascendentes, direta ou

indiretamente, se devolve ao acervo, que assim se recompõe, para depois partilhar-se novamente entre os herdeiros”

O artigo 2.003 CCB/02 dispõe que a colação de bens tem como finalidade de corrigir as desigualdades produzidas através das doações dos ascendentes feitas em vida aos descendentes.

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados (BRASIL, 2011-B)

A natureza da colação, segundo Rizzardo (2008, p. 671) está na obrigação dos herdeiros de partilharem aquilo que receberam para que todos recebam o mesmo quinhão hereditário, ou seja, o direito de todos a igualdade.

Na impossibilidade de trazer os bens em espécie a conferência, dispõe o parágrafo único do artigo 2.003 CCB/02, diz que poderá o herdeiro apresentar o valor ao tempo da liberalidade.

[...]

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento da legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles não mais disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. (BRASIL, 2011-B)

Leciona Leite (2004, p.345) acerca dos pressupostos das colações, sendo eles a sucessão legítima, a existência de co-herdeiros e a liberalidade:

1. A sucessão legítima (é nesta espécie de sucessão que se colaciona a liberalidade do ascendente). 2.A existência de co-herdeiros necessários descendentes (se só há um descendente, não há que se falar em colação). 3.A ocorrência de uma liberalidade em vida (doação, dote, pagamento de dívidas do filho etc.).

A justificação da colação pelos herdeiros está disciplinada no artigo 544 CCB/02, quando informa que as doações de ascendentes a descendentes importam em adiantamento do que lhes cabe por herança.

Nesse diapasão, Leciona Gomes (2004, p. 287) que:

A justificativa deste instituto emana da presunção de que, doar bem a um dos seus descendentes ou ao cônjuge, tem o ascendente ou consorte a intenção de lhe antecipar parte da herança. Diz, com efeito, o artigo 544 que tal doação constitui *adiantamento da legítima*. O direito do donatário de *renunciar* à herança não contradiz a tese, pois, ainda assim, o herdeiro favorecido está obrigado a conferir a doação para fim de repor a parte excedente da legítima e mais a metade disponível. (grifo do autor)

Ensina Dias (2008, p. 263) que os bens dados em doação como adiantamento da legítima, não respondem pelas dívidas nem do doador, nem do espólio por não fazer parte do acervo hereditário.

Conforme parágrafo único do artigo 2.002 CCB/02, os bens trazidos a colação não aumentam a metade disponível.

4.2. Momento da colação

De acordo com Rizzardo (2008, p. 689) o momento dos herdeiros apresentarem a colação, seria desde a abertura do inventário. “Na verdade, desde o momento da abertura do inventário deveriam os donatários comunicar tudo quanto receberam. Mas normalmente isto não ocorre. Geralmente tenta-se ocultar os favores e bens recebidos gratuitamente.” Todavia, o artigo 1.014 CPC, informa o prazo processual para a conferência.

O artigo 1.014 enuncia que: “o prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termos nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhe-á o valor” (BRASIL, 2011-D)

O prazo estipulado no artigo 1.000 do CPC é de 10 (dez dias). De acordo com Rizzardo (2008, p. 689) a contagem inicia-se a contar da citação:

O art. 1.014 do CPC enuncia que o prazo para colacionar é aquele do art. 1.000, devendo o favorecido conferir por termo nos autos os bens recebidos [...] deve-se lembrar que o prazo do art. 1.000 é de 10 (dez) dias, a contar da citação procedida após a apresentação das primeiras declarações, cuja contagem inicia no dia seguinte à juntada do mandado nos autos. Extrai-se da regra que o prazo para falar sobre as primeiras declarações também constitui o prazo para a execução do dever de colacionar.

Posterior a lavratura do termo de colação, e realizada a partilha dos bens, poderá qualquer herdeiro propor a colação, desde que ainda esteja no prazo da petição de herança.

Quando colacionado o bem, é lavrado um termo no inventário. Podem as partes interessadas concordar com o valor apresentado, dispensando-se a avaliação, se todos forem capazes. Pode ocorrer que só após a partilha se descubra que existia bem colacionável. A qualquer momento, enquanto não prescrever a ação de petição de herança, pode ser proposta a ação para o herdeiro colacionar, acertando-se, então, a partilha. (VENOSA, 2007, p. 356)

O prazo para propor a petição de herança é de 10 (dez) anos contados da abertura da sucessão, conforme aduz o artigo 205 CCB/02.

Caso o herdeiro não venha a conferir os bens recebidos no prazo estipulado incorrerá a pena de sonegados.

A pena de sonegados está estipulada no artigo 1.922 CCB/02, que disciplina:

O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, estejam no poder de outrem; ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou ainda que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia. (grifo nosso) (BRASIL, 2011-B)

Portanto, sonegados, são, dessa forma, a ocultação dos bens que deveriam ser inventariados ou trazidos a colação. É uma penalidade civil ou uma sanção, gerando a perda do direito sobre os bens ocultados.

4.3. Dispensados da colação

Não são todos os donatários que obrigam-se a fazer a conferência dos bens no momento do inventário, de acordo com o artigo 2.002 CCB/02, apenas são obrigados de colacionar os descendentes que concorrerem a sucessão do doador, e o cônjuge supérstite, os demais não são obrigados.

Portanto, os herdeiros testamentários, os legatários, os ascendentes, os colaterais, os que renunciaram à herança ou foram excluídos, e aqueles descendentes dispensados pelo doador podem receber integralmente sua quota no inventário, sem nada compensar com aquilo que receberam antes. (RIZZARDO, 2008, p. 674)

Trata o artigo 2.005 CCB/02 a respeito da dispensa a colação quando o doador expressar que esta sai de sua parte disponível. Reza o mencionado artigo:

“são dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação” (BRASIL, 2011-B)

De acordo com o parágrafo único do artigo 2.005 CCB/02 presume-se a imputação da parte disponível feita a descendente, em que no momento da liberalidade o donatário não fazia parte da classe dos herdeiros necessário, sendo assim não seriam chamados a sucessão.

A presunção disciplinada no artigo acima é caracterizada como uma presunção relativa ou *iuris tantum*

Conforme o artigo 2.006 CCB/02, também ficam dispensados de conferir os bens, aqueles herdeiros que o autor da herança dispensa expressamente a colação. Assim disciplina o referido artigo: “A dispensa da colação pode ser outorgada pelo autor em testamento ou no próprio título de liberalidade” (BRASIL, 2011-B)

Nesse diapasão, leciona Venosa (2005, p. 385): “A dispensa de colação só pode vir no testamento ou no ato de liberalidade (art. 2.006; antigo, art. 1.789). não valerá a dispensa feita em qualquer outro instrumento, ainda que por escritura pública.”

No mesmo sentido lecionam Tartuce e Simão (2008, p. 453): “Assim, a dispensa da colação também pode constar do próprio instrumento de doação, como decorrência da autonomia privada do doador. Para tanto, devem-se respeitar todos os requisitos de validade do negócio jurídico, extraídos do art. 104 do CC[...]”

Caso não sejam observados os requisitos da validade jurídica, ou seja, capacidade das partes, não incidência de vícios, ou seja, a vontade livre, objeto lícito, possível, determinado ou determinável o ato de dispensa da colação poderá ser anulável ou nulo, a depender do vício que contamina.

4.4. Herdeiros sucessíveis a colação

São obrigados a colacionar os bens recebidos em vida do autor da herança, os descendentes, conforme disciplina o artigo 2.002 CCB/02 que dispõe: “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.” (BRASIL, 2011-B)

Leciona Rizzardo acerca do tema:

Apenas os descendentes devem colacionar as doações de acordo com o artigo 2.002 (art. 1.786 do Código revogado), o qual restringe apenas aos descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum. Enquadram-se no rol os filhos, netos e bisnetos. Inclusive os cessionários destes herdeiros. (RIZZARDO, 2008, p. 674)

Entretanto, o artigo 2.003 CCB/02, ao informar a finalidade da colação, diz que tanto os descendentes, quanto os cônjuges deverão colacionar para fim de igualar as legítimas.

Dessa forma, coube à doutrina interpretar os artigos do CCB/02 e inserir como obrigados a colacionar também o cônjuge supérstite, por força dos artigos 2.002, 2.003 e 544, todos do CCB/02.

Ensina Rodrigues (2008, p. 257) que apesar do cônjuge supérstite não estar enquadrada no artigo 2.002 CCB/02, deverá colacionar os bens:

Embora o art. 2.003 cite a figura do cônjuge sobrevivente, não há disposição expressa de que este seria também obrigado a trazer à colação os bens recebidos por doação do falecido. No entanto, numa interpretação conjugada dos arts. 544, 2.002 e 2.003 do CC, conclui-se que existe sim essa obrigação, pois tais liberalidades também se constituem adiantamento de legítima. Se o art. 544 do CC considera como antecipação da legítima, além das doações de ascendentes para descendentes, as doações de um cônjuge ao outro, portanto não faria sentido excluir do cônjuge a obrigação de trazer à colação esses bens.

Na lição de Dias, o cônjuge deverá, assim como os descendentes colacionar os bens recebidos como adiantamento do direito concorrente:

O dispositivo legal que proclama a obrigação de conferir bens para igualar as legítimas faz referência somente aos descendentes (CC 2.002). O artigo seguinte é que fala na legítima dos descendentes e do cônjuge sobrevivente (CC 2.003). Ou seja, é reconhecido como adiantamento de legítima a doação dos ascendentes aos **descendentes** e de um **cônjuge** ao outro (CC 544). (2008, p. 569) (grifo do autor)

E continua: “o cônjuge é **herdeiro necessário**. No entanto, só convocado à sucessão se não há outros herdeiros que não o antecedam. É o último colocado na ordem sucessória necessária (CC 1.845).” (DIAS, 2008, p. 569) (grifo da autora)

E ainda:

Doação entre cônjuges não é **adiantamento de legítima**, mas sim **adiantamento do direito concorrente**, quando existe direito de concorrência. A depender do regime de bens do casamento, o cônjuge concorre com os descendentes. Havendo direito corrente, quer com descendentes ou ascendentes, o cônjuge sobrevivente precisa trazer à colação o que recebeu em doação. Desimporta se foram doados bens particulares ou comuns. Precisa haver a devida compensação. (DIAS, 2008, p. 570) (grifo do autor)

O artigo 2.008 CCB/02 aduz acerca do dever da colação em face dos herdeiros que renunciaram ou foram excluídos. “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.” (BRASIL, 2011-B)

Os herdeiros que renunciaram ou foram excluídos da sucessão, deverão colacionar quando a “porção que excedeu ao quinhão reservado na abertura da sucessão, ou legítima e mais a parte disponível.” (RIZZARDO, 2008, p. 676)

No mesmo sentido leciona Diniz (2005, p. 591):

Mesmo o herdeiro renunciante deve assim agir, com o propósito de se obter a reposição daquilo que excedeu a parte disponível que lhe incumbiria em eventual sucessão testamentaria. Todavia, poderão ser dispensados da colação as doações que expressamente o doador estabeleça que não incluem a legítima, bastando para tanto que seu valor esteja abrangido pela parte disponível para o testamento.

Ensina Venosa (2005, p. 384) que o “indigno e o renunciante também devem colacionar, porque sua doação pode ser de tal vulto que absorva toda a herança, ou grande parte da herança dos demais herdeiros. E a renúncia não pode vir em prejuízo dos demais, muito menos a indignidade.”

Ainda, dispõe Leite (2004, p. 349): “tanto o renunciante, quanto o excluído (indigno) são obrigados a colacionar, pois a liberalidade pode ter sido de tal monta que absorva a porção disponível do doado mais a parte que ao descendente deveria caber como legítima”

Os herdeiros por estirpe, ou seja, que estejam recebendo por representação, deverão colacionar os bens que o pré-morto recebeu a título de liberalidade do autor da herança, conforme aduz o artigo 2.009 CCB/02: “quando os netos, representando os seus pais, sucederam aos avós, serão obrigados a trazer à colação, ainda que não o hajam herdado, o que os pais teriam de conferir.” (BRASIL, 2011-B)

Quando não houver mais o bem a ser colacionado, tendo em vista que o pré-morto já o transferiu a terceiros, conforme Venosa (2008, p. 675) cabe ao representante o encargo: “se o herdeiro que teria de colacionar premorrer ao autor da herança e já tiver transferido o bem a terceiro, este está livre de qualquer concorrência, arcando apenas o neto, representante, com esse encargo, numa situação injusta criada pela lei”

Venosa (2005, p. 384), ainda dispõe que os filhos, legítimos, ilegítimos adotivos deverão colacionar, assim como o cessionário dos direitos hereditários desses herdeiros.

No mesmo sentido leciona Dias (2008, p. 571): “quando o herdeiro beneficiado morre antes do doador, a obrigação de trazer os bens recebidos à colação transmite-se a seus descendentes, que comparecem à sucessão em nome do herdeiro pré-morto”

Portanto, a colação só poderá ser exigida dos herdeiros e pelos herdeiros quando houver um decréscimo da legítima, não estando igualados os quinhões. E ainda, só terá a aplicabilidade na sucessão legítima, não podendo ser cobrado à colação dos herdeiros testamentários.

4.5. Bens sujeitos a colação

Em regra, devem-se colacionar todos os bens adquiridos através da liberalidade do autor da herança. Salvo aqueles que o *de cujus* em vida dispensou a colação, estudado acima.

No ensinamento de Diniz, o herdeiro deve colacionar todas as liberalidades que foram recebidas em vida do *de cujus*, tais como:

- 1º) doações constituídas pelo ascendente;
- 2º) doação dos avós aos netos, quando eles concorrerem à herança com tios, primos;
- 3º) doações recebidas pelos pais, quando estes falecerem antes do doador e forem representados pelo sucessor;
- 4º) doações verbais de coisa de pequeno valor, embora não seja de uso tal colação;
- 5º) venda de bens ou doação feita por interposta pessoa, com o intuito de prejudicar a legítima dos herdeiros do autor da herança;
- 6º) recursos fornecidos pelo ascendente em nome do descendente pudesse adquirir bens;
- 7º) dinheiro colocado a juros pelo ascendente em nome do descendente;
- 8º) quantias desembolsadas pelo pai para pagar débito do filho;

- 9º) valor da dívida do descendente, remetida pelo pai;
- 10º) gastos de sustento feitos com filhos anteriores;
- 11º) montante de empréstimos feitos pelo ascendente ao descendente, sem jamais exigir reembolso;
- 12º) doação feita por ambos os cônjuges deverá ser conferida por metade no inventário de cada um [...], ante a presunção de que cada um dos doadores efetuou a liberalidade meio a meio. (2005, p. 407)

De acordo com Rodrigues (2008, p. 259), “deverão ser trazidos à colação todos os bens recebidos pelos herdeiros necessários, a título de doação, em vida, do autor da herança; sendo que, no caso de o bem perecer sem a culpa do donatário, extingue-se a obrigação”

Todavia, se o bem se perde por culpa do donatário deverá ele colacionar o valor do bem ou sua estimativa.

O valor doado para a compra de um bem, quando da conferência dos bens deverá ser colacionado o valor atualizado e não o bem comprado. Nesse sentido aduz Venosa (2007, p. 358): “Quando os pais dão determinada soma aos descendentes para que estes adquiram um bem, um imóvel, por exemplo, deve ser trazida à colação o valor atualizado e não o bem comprado.”

O artigo 2.010 e 2.011 CCB/02 dispensam da colação os gastos ordinários dos ascendentes com o descendente, enquanto menor; e as doações remuneratórias.

Art. 2.010. Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime. (BRASIL, 2011-B)

Por conseguinte, ensina Rodrigues que as dispensa do artigo 2.010 CCB/02, é tão somente para os descendentes menores.

A dispensa só se refere aos descendentes menores. Portanto, as filhas solteiras, que vivem com os pais, e por eles são sustentadas, ou os varões que após os 18 anos não trabalham, devem trazer a colação, no inventário do ascendente, as despesas por ele feitas com seu sustento, após a maioridade. (2006, p. 314)

Já o artigo 2.011 aduz que: “as doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente também não estão sujeitas a colação.” (BRASIL, 2011-B)

Neste sentido leciona Rodrigues (2006, p. 314):

Dispõe o art. 2.011 do Código Civil que as doações remuneratórias de serviços prestados ao ascendente não estão sujeitas à colação. é que tais doações, em rigor, não são liberalidades, mas contraprestação, fornecida pelo doador, em pagamento de favores recebidos do donatário.

Acerca dos bens que não serão trazidos a conferência, leciona Lisboa:

Não podem ser trazidos à colação:

- a) os *gastos* de ascendentes com descendentes para a educação, o sustento e o vestuário, ou com o tratamento de enfermidades, enxoval e despesas realizadas na defesa do descendente em processo criminal (art. 2.010 do CC)
- b) as *doações remuneratórias* de prestação de serviços, realizadas pelo ascendente em benefício do descendente;
- c) o *valor das benfeitorias acrescidas* sobre o bem pertencente ao herdeiro donatário;
- d) os *frutos e os rendimentos* dos bens doados;
- e) as despesas de casamento. (LISBOA, 2006, p. 591) (grifo do autor)

Não serão também matéria de colação, de acordo com Rizzardo (2008, p. 682): as pequenas doações, ou favorecimento com quantias não elevadas e bens mais estimativos de apreço e gratidão, os seguros de vida, instituídos em favor dos descendentes e do cônjuge; empréstimos gratuitos de bens; por ato de vontade dos co-herdeiros, em favor do donatário.

Ensinam Cahali e Hironaka (2007, p. 394): “Por fim, quando a doação é efetuada por casal ao descendente comum, será o bem trazido à colação, meio pelo meio, em ambos os inventários, da ascendente [...] e do ascendente. A lei presume que foi doada por um e a outra pelo outro”

Nesse sentido reza o artigo 2.012 CCB/02 que as doações feitas pelo casal deverão ser colacionadas a fração ideal de cada um no respectivo inventário.

4.6. Redução das liberalidades

A redução das liberalidades é tratada no artigo 2.007 CCB/02, as doações que ultrapassarem a parte disponível do autor da herança no momento da liberalidade, deverão sofrer a redução, a fim de proteger a legítima dos herdeiros necessários, trazendo o excesso ao monte partível do *de cuius*. Dispõe o artigo 2.007 CCB/02:

Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações e que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

§ 1º. O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.

§ 2º. A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.

§ 3º. Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a arte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível.

§ 4º. Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso. (BRASIL, 2011-B)

Difere-se a colação da redução das liberalidades, pois ao passo que a primeira independe se a doação ultrapassou ou não a parte disponível. A segunda integraliza-se apenas na parte indisponível.

Assim leciona Venosa: (2007, p. 356)

A redução de doação inoficiosa ou deixa testamentária excessiva tem por fito defender a porção legítima do herdeiro necessário e só se possibilita quando um desses atos atinge essa porção. Já a colação ocorre mesmo que a legítima não tenha sido afetada, visando tão-só manter a igualdade entre os vários herdeiros.

Tartuce e Simão (2008, p. 459) exemplificam a diferença entre a colação e a redução das liberalidades:

José, que é pai de 2 filhos, doa sua casa (único bem) a seu sobrinho.

Pergunta-se:

Houve invasão da legítima? **SIM**

Deve haver redução da disposição? **SIM**

Existe o dever de colacionar o bem? **NÃO**, pois o sobrinho não precisa colacionar (art. 2.002 do CC)

Dessa forma, deverão ser aplicadas as regras previstas no art. 2.007:

Redução da doação em 50% da disposição para preservar a legítima, sendo atribuídos 50% da cada para os filhos (herdeiros necessários) e 50% para o sobrinho.

E se a casa já foi vendida? Nesse caso, o sobrinho deverá colacionar em dinheiro o valor de 50% da casa, apurado na data da sucessão. (grifo do autor)

Da mesma forma, Dias (2008, p. 579-580), ensina:

A redução de corrente da colação não se confunde com a **redução das disposições testamentárias** (CC 1.967). Nesta hipótese, o herdeiro

testamentário ou o legatário é obrigado a trazer à colação os bens recebidos em excesso e que extrapolaram a **parte disponível**, para não prejudicar os herdeiros necessários. Na colação, o **herdeiro necessário** compensa as doações recebidas com outros bens do inventário. Mas, em ambos os casos, havendo excesso, impõe-se a redução. (grifo da autora)

Apenas incidirá a redução das doações feitas pelo autor da herança, quando no momento da liberalidade for apurado o excesso quanto ao que poderia se dispor.

Assim entende Diniz (2005, p. 405):

São sujeitas a redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. Tal excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham no momento da liberalidade. A redução da liberalidade far-se-á, em espécie, pela restituição ao monte do excesso assim apurado; ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observando-se, no que forem aplicáveis, as normas sobre redução das disposições testamentárias (arts. 1.966 a 1.968)

Dias (2008, p. 578) leciona que a redução só terá cabimento quanto da morte do doador, não houver bens suficientes que consigam garantir aos demais herdeiros necessários.

E continua (2008, p. 578): “[...] trata a lei de explicitar que só cabe a redução sobre o que exceder não só a legítima, mas também a parte disponível (CC 2.007 § 3º)”

De acordo com Venosa, as reduções não dependem da vontade do doador, sendo que ele não pode dispensá-las, como acontece no caso das colações.

A redução da parte inoficiosa ocorre mesmo contra a vontade do disponente, porque o herdeiro forçoso não pode ser privado de sua legítima, enquanto a colação pode ser dispensada pelo doador, [...]. Não podendo a questão ser decidida de plano no inventário, será levada para a ação de redução. Por outro lado, enquanto com a redução se traz para o monte o bem ou o valor excedente, com a colação não se traz bem algum: apenas se confere um valor que integrará a porção do donatário, preferentemente. (VENOSA, 2007, p. 352)

Portanto, a redução das liberalidades destina-se a redução da doação, pois o doador ao conferir a liberalidade, ultrapassou a sua parte disponível – 50% (cinquenta por cento) – dos bens, não respeitando os outros 50% dos herdeiros necessários conforme prevê a lei.

Diferente da colação, a redução se dará apenas no excesso, ou seja, somente o que ultrapassar a parte disponível do doador.

4.7. A obrigação de colacionar do neto

O CCB/02, em seu artigo 2.009, trata do dever do neto de colacionar o bem quando representarem seu ascendente (pai o mãe) pré-morto. Dispõe o artigo: “Quando os netos, representando os seus pais, sucederem aos avós, serão obrigadas a trazer à colação, ainda que não hajam herdado, o que os pais teriam de conferir” (BRASIL, 2011-B)

De acordo com Tartuce e Simão (2008, p.450), o artigo acima, “acaba transferindo o dever aos herdeiros daquele que deveria colacionar, quebrando com a regra pela qual a colação é pessoal.”

Nesse diapasão, leciona Dias (2008, p. 571), “quando o herdeiro beneficiado morre antes do doador, a obrigação de trazer os bens recebidos à colação transmite-se a seus descendentes, que comparecem à sucessão em nome do herdeiro pré-morto.”

Torna-se necessário o esclarecimento referente à colação do neto, tendo em vista que, deverão trazer a conferência aqueles bens que os pais deveriam colacionar. Neste momento, serão colacionados os bens que o pré-morto deveria conferir. Todavia, ele levará a conferência juntamente com os tios, ou seja, mesma classe do pai que é representado.

Nesse sentido ensinam Tartuce e Simão (2008, p. 450):

[...] quanto aos netos à questão merece certa ponderação. Se os netos receberam a herança *por representação*, colacionam o que seus pais colacionariam, ou seja, os bens que seu pai (pré-morto) recebeu diretamente por doação do avô, mesmo que o bem não mais exista (ex.: pai recebe uma casa do avô em doação como adiantamento da legítima. Quando o avô falece, o pai já é pré-morto e seu filho – neto do falecido – é chamado a suceder em representação. Como o pai deveria colacionar a casa, seu filho – neto do falecido – colaciona, ainda que a casa já tenha sido vendida.)

Explica Dias (2008, p.571): “Os netos precisam trazer à colação os bens recebidos pelo seu genitor, quando comparecem à sucessão do avô por direito de representação. No entanto, quando a doação é feita pelo avô ao neto, não há dever de colação.”

Se a doação foi feita ao pai, e ele não é falecido, ou seja, não há representação do neto, não haverá a colação do neto.

Caso, a doação será feita diretamente ao neto, deverá ele colacionar junto com a mesma classe, quando um de seus pais seja pré-morto.

Os netos não colacionam os bens a eles doados diretamente por seu avô, se o seu pai estiver vivo no momento do óbito do avô, pois não são herdeiros do avô. O herdeiro é o pai, que por ser descendente de 1º grau exclui os netos que são descendentes de 2º grau. Também os netos colacionam bens recebidos diretamente do avô quando herdarem por representação (pois estão substituindo o pai pré-morto) (TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 450)

Diniz (2005, p.402), assim se manifesta:

O neto que, representando seu pai, suceder ao avô, será obrigado a colacionar, ainda que não tenha herdado o bem doado a seu genitor que teria de conferi-lo, se vivo fosse (CC, art. 2.009). O neto favorecido com liberalidade direta do avô só terá que colacionar os bens ganhos se concorrer por direito próprio com outros netos (CC, arts. 2.002 e 2.009)

Tartuce e Simão (2008, p. 451), exemplificam as possibilidades da colação do neto na tabela abaixo:

Partes na doação	Quem recebeu a herança do avô?	Devem os netos colacionar?
Doação feita pelo avô ao pai	Os netos em representação ao pai pré-morto	SIM. Se o seu pai vivo fosse, deveria colacionar, então os netos, como representantes, devem colacionar
Doação feita diretamente pelo avô aos netos	Os netos, por direito próprio, e não houve representação	SIM. Os netos deverão colacionar os bens que receberam
Doação feita diretamente pelo avô aos netos	O pai, pois está vivo no momento da sucessão do avô	NÃO. Os netos não devem colacionar, pois não são herdeiros de seu avô (são descendentes de 2º grau)
Doação feita diretamente pelo avô aos netos	Os netos em representação ao pai pré-morto	NÃO. Os netos não devem colacionar os bens, pois, na sucessão, estão representando seu pai falecido.

De encontro com os doutrinadores acima mencionados, Lima (2003, p.227), leciona que os netos ao receberem uma doação de seus ascendentes (avós) devem colacionar por direito próprio, juntamente com os outros da mesma classe, ou no caso do pai ser pré-morto, colacionar junto com seus tios. “**B** (neto) não é herdeiro, só seria se seu pai inexistisse para esses efeitos e de tal modo poderia constar como sucessor por direito próprio (quando concorresse com outros netos) ou por direito de representação (se um tio seu fosse vivo, por ex.)”

Nessa mesma corrente, Rodrigues (2003, p. 309), cita Beviláqua, o qual entendia que a obrigação dos netos em colacionar as doações recebidas do avô mesmo quando representando o pai pré-morto. “Sustenta o consagrado mestre [Beviláqua], a obrigação de o neto colacionar, na sucessão do avô, as liberalidades dele recebidas, mesmo quando suceda representando seu pai pré-morto.”

Destarte, a doutrina diverge quanto ao momento da colação do neto, quando este recebeu uma doação do autor da herança, e ainda representa no inventário o pai pré-morte.

A primeira hipótese, abrangida pela maioria doutrinaria, como Rizzardo, Diniz, Dias, Rodrigues, lecionam que o neto ao representar o pai pré-morto não colacionará os bens recebidos por ele junto com os descendentes da classe do pai. Apenas no momento em que ele irá receber a herança junto com os demais netos.

Já a segunda hipótese abordada pela a doutrina minoritária, como Beviláqua, disciplina que o neto independentemente do momento irá colacionar os bens recebidos por ele. Mesmo que esteja representando o pai pré-morto.

5. CONCLUSÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a doação de ascendente para descendente e o instituto da colação na vigência do Código Civil de 2002.

No primeiro capítulo, verificou-se a respeito da sucessão de bens na legislação brasileira, com uma breve consideração histórica do direito das sucessões, a evolução histórica do direito sucessório até a atualidade. Foi abordado ainda, a sucessão de uma forma geral, bem como suas espécies.

Posteriormente, no segundo capítulo estudou-se acerca do contrato de doação, iniciando com considerações sobre o histórico e características dos contratos em geral, para após iniciar a conceituação da doação. Abordou-se a respeito das espécies da doação, sua forma de extinção, e as restrições a liberdade de doar.

E por último, no terceiro capítulo foi analisado o instituto da colação, dispondo sobre o conceito da colação, quem deve conferir os bens, o momento em que ela deve ser informada, os bens sujeitos a colação, a redução das liberalidades e a obrigação de colacionar do neto.

Verificou-se a respeito da colação de bens dos netos possuem posicionamentos divergentes na doutrina.

A corrente majoritária ensina que apesar de o neto representar o pai pré-morte, irá colacionar apenas os bens em que seu pai recebeu por doação do ascendente, mesmo que esse bem não exista mais. E que só irá colacionar por direito próprio no momento em que herdar juntamente com a sua classe, ou seja, juntamente com os outros netos.

Todavia, a corrente minoritária, leciona que o neto deve colacionar os bens recebidos por ele ou pelo pai pré-morto no momento em que estiver representando o pré-morto.

Entendeu-se que a respeito da divergência acima exposta, o neto deveria colacionar apenas em direito próprio. No momento em que estivesse representando o pré-morto, teria que colacionar os bens recebidos por este, conforme disciplina o artigo 2009 CCB/02, e não os que o autor da herança doou ao neto ainda em vida.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMORIM, Sebastião; de Oliveira Euclides. **Inventários e partilhas**. direito das sucessões teoria e prática. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 15 maio 2011-A.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 15 maio 2011-B.

BRASIL. **Lei Federal nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 15 maio 2011-C.

BRASIL. **Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 15 maio 2011-D.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. v.6. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COULANGES, Fustal de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. 12 ed. 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 1 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 19 ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) e o projeto de Lei n. 6969/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. v. 3. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v.IV, tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. III IV, 2 ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Direito das Sucessões. v.6. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Rubiane de. **Manual de direito das sucessões**. Curitiba: Juruá, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies.** v.3. 3ª ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões.** v.5. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** v. 6. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** v. 6. 35 ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões.** v. 26. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** v.3. 30 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. Das colações. *In: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria (coordenação).* **Direito das sucessões.** v.8. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** v.3. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões.** v.6. 2 ed. e atual. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie.** v.3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil: direito das sucessões.** v.7. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** v.2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.