



Hélcio Corrêa

82

# DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES E A QUESTÃO DA COLAÇÃO

## *DONATION BETWEEN SPOUSES AND THE ISSUE OF COLLATION*

Jamille Saraty Malveira

### **RESUMO**

Procede a uma análise comparativa entre as ordenações civis portuguesa e brasileira em relação à doação entre cônjuges e a questão da colação.

Comprova que tanto no direito português quanto no brasileiro a doação oferecida aos herdeiros necessários configura-se adiantamento de herança, repercutindo diretamente no direito das sucessões, nomeadamente na colação.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Civil; direito das sucessões; cônjuge; doação; colação; herança.

### **ABSTRACT**

*The author conducts a comparative analysis between the Portuguese and Brazilian civil codes concerning the donation between spouses and the issue of collation.*

*She proves that both in Portuguese and Brazilian law, donation to the necessary heirs is deemed as advance inheritance, impacting directly on inheritance law, particularly on collation.*

### **KEYWORDS**

*Civil law; inheritance law; spouse; donation; collation; inheritance.*

## 1 INTRODUÇÃO

O contrato de doação delinea-se na transferência de domínio de um bem por livre e espontânea vontade, de agente capaz a outrem e de forma gratuita, por meio de escritura pública. É sabido, portanto, que a principal característica do contrato é a liberalidade de dispor em benefício de alguém. Ou seja, tem o doador o escopo de apresentar, gerar vantagem, aumentar o patrimônio do donatário, sem que este lhe dê contraprestação, muito menos lhe devolva o bem em momento posterior.

Entretanto, a situação é interpretada de forma diversa, quando o donatário é herdeiro necessário do doador. Pois a regra dentre as ordenações, nomeadamente de Portugal e Brasil, é que a doação, nesta modalidade, é sinônimo de adiantamento da herança. Assim, a doação realizada por ascendente a seus descendentes e/ou cônjuge não constitui benefício ao herdeiro contemplado, mas apenas uma forma de antecipação daquilo que lhe caberia com o falecimento do dono do patrimônio, salvo se for contido expressamente no contrato que a doação foi retirada da parte disponível da massa dos bens.

Tal situação persiste, pois o Direito Civil resguarda o princípio da igualdade dos quinhões hereditários. Para tanto, o instituto da colação vem exigir, no momento da abertura da sucessão, que os herdeiros tragam à conferência os bens doados em vida pelo ascendente, em prol da igualdade das legítimas, sob pena de sonegação. Não é permitido, portanto, que o donatário se beneficie duas vezes – doação e abertura da sucessão – em detrimento aos demais herdeiros, que não foram contemplados com a doação.

A discussão intensifica-se quando a doação é realizada entre cônjuges. Terá o cônjuge sobrevivente de trazer à colação os bens doados em vida pelo *de cuius*? Não estaria este em posição de vantagem em relação aos filhos?

Este trabalho tem o escopo de apontar os aspectos e características mais im-

portantes do contrato de doação entre cônjuges, nomeadamente em relação ao dever de colação destes bens, advindo da abertura da sucessão. Dessa forma, far-se-á uma breve análise sobre contrato de doação, seguida de uma reflexão sobre as doações para casamento, e por fim, uma perspectiva sobre doação entre cônjuges e dever de colacionar esses bens doados, quando da abertura da sucessão.

## 2 ALGUNS CONCEITOS IMPRESCINDÍVEIS

A discussão aqui presente é claramente de natureza mista, uma vez que trata de três ramos do Direito Civil, quais sejam, Direito dos Contratos, Direito de Família e Direito das Sucessões. Assim, imperioso que utilizemos termos elementares do Direito de Família e Sucessões, os quais não serão objeto de estudo do presente. Mister faz-se a clarificação de alguns conceitos peculiares para o excelente rendimento da leitura. Desse modo, passaremos a expô-los de forma breve. O trabalho centra-se em demonstrar se há dever ou não de **cônjuge sobrevivente colacionar** o(s) bem(ns) **doados** em vida pelo cônjuge **falecido**:

a) A doação entre cônjuges será impedida ou terá efeitos diversos, de acordo com seu **regime de bens**. Este, segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 204), *são regras de convívio e delimitam questões patrimoniais mesmo durante a vigência do casamento. Como a família se torna titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens: modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes.*

b) A colação tem início com a morte do doador e a abertura da sua **sucessão**. Euclides de Oliveira define sucessão como a transferência do acervo hereditário, que se opera na transmissão dos bens do falecido, quer seja por vontade do testador, quer seja por disposição legal<sup>1, 2, 3</sup>. Estão reguladas nos arts. 2024º do CC português e 1.784 do CC brasileiro.

c) A compreensão da sistemática da colação de bens demanda conhecimen-

to do que sejam a **parte legítima/parte indisponível**<sup>4</sup> e a **parte disponível do patrimônio do doador**. Oliveira explica que a parte legítima *consiste na metade indisponível, porque é devida aos herdeiros necessários* (em Portugal, denominados de “legitimários”) já a parte disponível é *consistente na outra metade, que é de livre disposição pelo titular*<sup>5, 6</sup>. Encontram-se nos arts. 2156º do CC português; 1.846 e 1.847 do CC brasileiro.

d) **Herdeiros necessários / legitimários**: Apesar de serem regulados nos arts. 2157º do CC português<sup>7</sup>; 1.845 CC brasileiro<sup>8</sup> com textos de lei quase idênticos, é de clara percepção que há uma diferença na nomenclatura destes autores entre as duas ordenações citadas. É que enquanto em Portugal denomina-se “herdeiro **legitimário**”<sup>9, 10</sup>, no Brasil dá-se o nome de “**necessários**”<sup>11</sup> àqueles *que se colocam de forma necessária, no rol dos sucessíveis com relação à determinada quota da herança, que se torna indisponível* (OLIVEIRA, 2009, p. 55). Porém, têm o mesmo valor e significado jurídico<sup>12</sup>.

## 3 O CONTRATO DE DOAÇÃO

A doação, de acordo com o art. 940 do Código Civil português, é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente (BARBOSA, 2008, p. 119-120). Ou seja, para que haja doação é mister que haja uma transferência **gratuita** por parte do doador, que terá, por sua vez, o seu patrimônio diminuído em prol do contraente<sup>13</sup>.

Leal-Henriques (2001, p. 58-59) ensina que a doação é um contrato *pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente de uma coisa ou direito do seu patrimônio em benefício de terceiro e este aceita essa dádiva, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contraente, que por sua vez igualmente aceita.*

Para Ramalho (1990, p. 707) a doação é um *negócio jurídico bilateral com concurso de duas vontades: a vontade*

de dispor do doador, manifestada na proposta de doação, e a vontade de receber do donatário – art. 945 CCP.

Assim, não resta dúvida quanto aos elementos essenciais, formadores do contrato de doação, que são: a atribuição patrimonial geradora de enriquecimento; diminuição do patrimônio do doador; espírito de liberalidade. Para Menezes Leitão (2004, p. 170-171), tais elementos têm os seguintes significados:

a) **Atribuição patrimonial geradora de enriquecimento:** é um ato que atribua a outrem uma concreta vantagem patrimonial.

b) **Diminuição do patrimônio do doador:** é uma efetiva diminuição patrimonial, sem o que não se estará perante uma doação.

c) **Espírito de liberalidade:** a intenção de atribuir o correspondente benefício a outrem por simples generosidade ou espontaneidade, e não uma qualquer outra intenção como, por exemplo, o cumprimento de um dever.

Em relação ao último elemento citado, Abranches Ferrão (1911, p. 200-201) ensina que *o doador constitui a favor do donatário uma obrigação de que ele próprio fica sendo o sujeito passivo*, uma vez que, por livre e espontânea vontade, o doador constitui uma obrigação em prol do donatário, não com intuito de se beneficiar, mas tão só àquele que pretendeu contemplar.

Segundo Menezes Leitão (2010, p. 178), a existência do espírito de liberalidade *dá-se com a intenção de atribuir o correspondente benefício a outrem por simples generosidade ou espontaneidade e não em qualquer outra intenção, como por exemplo o cumprimento de um dever*. A liberalidade é o elemento causador do contrato de doação em países como Espanha, art. 618 do C.C.; França, art. 894 C.C.; Itália, art. 769 C.C.; e no Brasil, art. 538 C.C.

O Código Civil espanhol conceitua a doação como um ato de **liberalidade** pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente de uma coisa em favor da outra, que aceita. Para a doutrina francesa, a doação se reflete em um ato de **liberalidade** que consiste em um ato jurídico, no qual o disponente enriquece o beneficiado ao privar-se, em seu favor, de um direito que lhe pertencia. Na Itália, a legislação civil conceitua doação como um contrato por meio do qual, num espírito de **liberalidade**, uma parte enriquece a outra, dispondo de um direito a seu favor ou assumindo perante ela uma obrigação.

84

### ***O contrato de doação delinea-se na transferência de domínio de um bem por livre e espontânea vontade, de agente capaz a outrem e de forma gratuita, por meio de escritura pública.***

A doutrina brasileira (ALVES, 2012, p. 580) conceitua o contrato de doação como aquele em que um ato espontâneo e de liberalidade – *animus donandi* – transfere, a título gratuito, bens e vantagens que lhe são pertencentes ao patrimônio de outrem, que, em convergência de vontades, os aceita expressa ou tacitamente.

Pablo Stolze (2007, p. 14) ensina que a doação é *um negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por força do*

*qual o primeiro transfere bens, móveis ou imóveis, para o patrimônio do segundo, que os aceita, animado pelo propósito de beneficência ou liberalidade como elemento causal da avença.*

Para o autor supracitado, a liberalidade é a **verdadeira pedra de toque** do contrato de doação, pois se transluz como elemento causador, a razão determinante do ato que se pratica, qual seja, a declaração de vontade.

Contudo, ressaltam alguns doutrinadores que a liberalidade não se confunde com generosidade, amizade ou sentimento de amor; tão somente pode haver casos em que se doa, com sentimento de superioridade, ou até mesmo de má vontade, mas que por medo de censura alheia, o doador não deixa de fazê-lo<sup>14</sup>.

Nessa linha, Menezes Leitão (2010, p. 178) ensina que *o doador deve através de seu acto pretender beneficiar o donatário, podendo, no entanto, esse fim concorrer com outros intuitos ou expectativas, embora estes sejam considerados meros motivos do acto, e por isso, irrelevantes*.

A liberalidade, que não se confunde com o **motivo**<sup>15</sup> – esfera psíquica –, é portanto, a finalidade, causa da doação, uma vez que esta se perfaz apenas quando a disposição do bem dá-se em vista da livre e espontânea vontade do doador, e não da recompensa ou obrigação ao donatário.

#### **3.1 NATUREZA JURÍDICA**

A doação, *prima facie*, tem natureza jurídica contratual. No entanto, este assunto tem gerado várias discussões no Direito Positivo moderno, devido à (des) necessidade de aceitação em algumas modalidades de doação. Contrato ou modo de aquisição da propriedade? Tais divergências delineiam-se nas codificações civis de vários países.

Para a legislação de Portugal – art. 940º; do Brasil – art. 538; da Itália – art. 769; e da Alemanha – art. 516, a doação é um contrato, uma vez que é um negócio jurídico que depende de proposta e aceitação, podendo criar, modificar ou extinguir direitos, emanadas de duas vontades contrapostas: a do doador, de efetuar uma atribuição patrimonial, e a do donatário, em admiti-la.

Menezes Leitão (2010, p. 178) ensina que, desde 1966, o legislador, em consideração ao princípio do *invito beneficium non dature*, entendeu que a aceitação fosse essencial para a formação do contrato, concedendo no art. 940 do CC português a atribuição de caráter contratual à doação. Porém, ressalva o grande mestre que esse caráter não é absoluto. É que a lei portuguesa (e a brasileira também, no seu art. 543), expressa a desnecessidade da aceitação no caso de doação pura a incapaz – art. 951, n. 2, que dispõe que terá efeito a doação a incapaz, mesmo sem a aceitação de seu representante legal, em tudo que se aproveite ao donatário. Neste caso específico, de acordo com o autor, será um negócio unilateral e não um contrato.

Stolze (2007, p. 7) diz que, *entretanto, prevalece o entendimento de que a doação tem natureza contratual, uma vez que, por mas que sobreleve a figura do doador, o donatário deve aceitar, sob pena de não formar o consentimento e o contrato ser considerado juridicamente inexistente*.

Contudo, as legislações francesa<sup>16</sup> – art. 894 – e espanhola – art. 618 – definem a doação como modo especial de aquisição de propriedade, sendo classificada como um ato e não um contrato, apesar de se considerar a aceitação do donatário, em ambas as legislações<sup>17</sup>.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS

Para Menezes Leitão (2010, p. 180), o contrato de doação é nominado e típico, uma vez que a lei o reconhece como categoria jurídica, estando seu regime no art. 940 a 979 do CC português; é também formal – pois se exige a escritura pública para a feitura de doação de imóveis, art. 947, n. 1 (art. 541, CC brasileiro), e para móveis, dispensado nos casos em que houver tradição art. 947 n. 2; é consensual – pois se realiza antes mesmo da entrega da coisa; e, por fim, é gratuito – uma vez que não existe qualquer obrigação pecuniária pelo donatário.

Chamando a atenção para esta última característica, Stolze ressalta a possibilidade de relativização da gratuidade quando da doação com encargo, que cede lugar à onerosidade<sup>18</sup>, conforme os ensinamentos de Borda<sup>19</sup> e Tribunal de Relações de Coimbra, processo 2908/39<sup>20</sup>.

O referido autor ainda suscita uma outra característica marcante do contrato de doação, que seria a do *animus donandi*, entendido como o ânimo de contemplar determinado donatário, ou seja, é a espontaneidade do doador em dispor de seu bem.

### 3.3 OBJETO DA DOAÇÃO

Pode ser objeto da doação qualquer bem: móvel, imóvel, fungível ou infungível. Mister que sejam lícitos, possíveis determináveis ou determinados.

Desta forma, fica proibido que o doador disponha de sua massa patrimonial, ou ainda de bens de terceiros (arts. 548 e 549 do CC brasileiro; 956, n. 1 do CC português).

A legislação civil portuguesa proíbe também a doação de bens futuros, como expressamente dispõe o seu Código Civil no art. 942, uma vez que, dada a inexistência do bem, pode gerar uma insegurança jurídica sobre sua materialização, bem como em relação à opinião e sentimento quando vier a existir. Menezes Leitão (2010, p. 182) ensina que *uma doação de bens futuros nem sequer corresponde ao conceito do art. 940, uma vez que, face a este, a doação implica uma diminuição do patrimônio do doador, coisa que não se verifica se ele limitar a prescindir de um bem que ainda não adquiriu*. No Brasil, apesar de não existir dispositivo expresso sobre o assunto, a doutrina entende que

pode haver doação de bens futuros, sendo esta nula, se o bem não vier a existir – art. 554, CC brasileiro, assim como é vedada também a doação de herança de pessoa viva.

Outra questão importante a ser levantada em relação ao objeto da doação dá-se no art. 943 do CC português que trata das doações periódicas. De acordo com o supracitado artigo, a doação terá fim na data da morte do doador. Importante frisar que esta não se compara com doação de bens futuros, uma vez que se delineiam em parcelas de crédito duradoura e periódica, como uma renda vitalícia, podendo o doador dispor em testamento a continuação desta doação, mesmo depois de sua morte.

### 3.4 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO

A extinção do contrato de doação dá-se por meio da entrega da coisa, isto é, perfar-se-á tal contrato no momento em que o doador cumpre a obrigação a que se dispôs. Contudo, apesar de a doação ser eminentemente irrevogável, dada alguma invalidade, o contrato será extinto, nos termos da teoria geral da invalidade do negócio jurídico.

A revogação é uma das principais formas de extinção do contrato de doação. Criada na época justinianeia, surgiu por questões privadas, quando um patrono, para castigar ingratidão de um liberto, tinha a faculdade de revogar, à vontade, a doação que lhe havia feito. Mais tarde, o direito de revogar foi limitado, só podendo ser realizado no caso de filhos supervenientes ao ato. Logo depois se estendeu o poder de revogação a todos os descendentes do patrono.

Assim, a revogação caracteriza-se como um direito potestativo, que autoriza o doador que perceba ocorrência de situações ilícitas/errôneas – previstas expressamente em lei –, a manifestar vontade de voltar atrás em sua decisão, tornando sem efeito o contrato celebrado, retirando do donatário o bem que lhe foi doado.

Na legislação portuguesa, poderá o doador revogar a doação livremente, até o momento antes da aceitação do donatário – art. 969, CC. Após a aceitação, tornam-se, em regra, irrevogáveis, contudo, o art. 970 trata de revogação, permitindo-a quando da ingratidão do donatário.

Dispõe o art. 974 do CC português:

*a doação pode ser revogada por ingratidão, quando o donatário se torne incapaz, por indignidade, de suceder ao doador, ou quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserdação*. Ou seja, só haverá revogação da doação se ocorrer situação que justifique a indignidade – art. 2.034 ou de deserdação – art. 2166 do CC<sup>21</sup>.

No Brasil, existem dois tipos de revogação previstos em lei – art. 555, quais sejam, revogação por inexecução do encargo, na doação modal, e por ingratidão do donatário.

A inexecução do encargo consiste no inadimplemento de obrigação do donatário. Mais precisamente, é a resolução do contrato desde que o donatário incorra em mora (FIUZA, 2012, p. 593) – art. 562 do CC brasileiro.

De acordo com Jones Alves, o doador poderá, *exercendo direito personalíssimo, pleitear a revogação da doação pura e simples, em virtude da ingratidão do donatário, por este revelada na insensibilidade e desrespeito ao valor ético-jurídico e da liberalidade feita em seu benefício* (art. 557, CC brasileiro) (Idem).

Em relação ao conceito de ingratidão, bastante subjetivo e não disposto pela doutrina portuguesa, nem pela brasileira, relevante é registrar a lição de Stolze sobre o ingrato: *é aquele que volta-se traiçoeiramente contra aquele que o agraciou*.

## 4 LIBERALIDADES EM VIDA A FAVOR DO CÔNJUGE

### 4.1 DOAÇÃO PARA CASAMENTO

A doação para casamento é aquela em que terceiro ou mesmo os esposados (entre si) doam certo bem em razão do casamento. Ou seja, é uma doação feita na expectativa do futuro estado de casado, com intuito de favorecer uma relação conjugal futura. Tal modalidade não se confunde com a doação entre cônjuges, que será tratada no próximo tópico deste trabalho, tendo em vista que a doação para casamento refere-se a negócio pré-nupcial, e por consequência, antes do vigor do regime de bens escolhido para o matrimônio.

Para Menezes Leitão (2010, p. 227), *a doação para casamento é uma modalidade específica de uma doação que tem como causa jurídica a celebração do casamento, em face da dependência*

em que esta fica da sua celebração.

Paula Barbosa, citando Manuel Baptista Lopes, conceitua tal contrato como *doações em vista de casamento do doador, do donatário ou de ambos; são donationes ante nuptias et propter nuptias; doações respectu matrimonii: é necessário que haja uma íntima relação entre a doação e o futuro casamento* (LOPES apud BARBOSA, 2008, p. 125).

A matéria encontra-se positivada na legislação civil de Portugal nos arts. 1.753 a 1.760 do CC; Brasil – art. 546 do CC; Espanha – art. 1.336 do CC; França – arts. 1.091 a 1093 do CC; Itália – arts. 785 do CC. É pacífico, em todas essas ordenações, que só haverá eficácia após a concretização do matrimônio, caducando o contrato caso não haja celebração do casamento em tempo razoável. Em Portugal e Espanha, este prazo é de um ano – art. 1.760, CCP e 1342 do CCE, respectivamente.

#### 4.1.1 REQUISITOS

As doações para casamento, sejam *intervivos* ou *mortis causa*, deverão ser realizadas mediante convenção nupcial. Tem-se, assim, uma forma especial para tal modalidade de contrato, determinando a lei a aplicação do regime geral de doação, conforme o art. 1756º, n. 1º do CC português<sup>22</sup>. Porém, conforme o art. 1756º, n. 2 do mesmo diploma, a desatenção ao requisito de forma do artigo em comento acarretará, em relação às doações *inter vivos*, a inaplicabilidade do regime legal previsto às doações para casamento – arts. 1753º a 1760º. Desta forma, a falta da convenção antenupcial não constitui, para as doações em vida, uma causa de nulidade, mas apenas de conversão legal, uma vez que lhe será aplicado o regime geral das doações e não do regime especial previsto no art. 1573º.

Na Espanha, explica Paula Barbosa (2008, p. 93-94), há apenas uma possibilidade de que a escritura seja feita em pacto antenupcial, mas que serão reguladas pelo regime geral das doações, excetuando as doações que referem bens futuros, com eficácia *mortis causa*, pois esta tem de seguir as regras da sucessão testamentária, conforme os arts. 632 e 633 do CC espanhol.

***A doação [...] é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente [...]***

No Brasil, a 3ª Turma do STJ, em Recurso Especial n. 62.605/MG, publicado no Diário de Justiça em 3/5/1999, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, posiciona-se acerca da forma da doação entre pessoas que pretendam se casar: *Haverá de ser observada nas doações propter nuptias, que se sujeitam à regulamentação dos pactos antinupciais de tal modo que se considerem desfeitas não sobrevivendo casamento.* (Grifo nosso).

Em Portugal, com relação às doações por morte, a desobediência pelas regras formais implica a sua invalidade, excetuando os casos em que for possível a conversão para testamento, conforme os arts. 946º, n. 1 e 2; 1756º, n. 2 e 2028º, n. 2 do CC português.

Quanto à sua eficácia, esta se dará por meio da celebração

do casamento, conforme art. 155º, n. 1, do CC português. Neste sentido Stolze explica que seria um erro grave imaginar que a doação seria nula na falta de casamento, uma vez que o que ocorre é uma *negativa de eficácia, e não propriamente de invalidade* (STOLZE, 2007, p. 102)<sup>23</sup>.

Importante frisar aqui que, diferentemente da doação entre cônjuges, não há relevância alguma o regime de bens escolhido para vigorar durante a união, conforme o art. 170º, n. 2, do CC português. Assim, os bens doados a um nubente pelo outro são considerados bens próprios daquele que se tornou donatário – art. 1757 do CC português<sup>24</sup>.

#### 4.1.2 IRREVOGABILIDADE

De acordo com o art. 1758º do CC português, não são revogáveis as doações por mútuo consentimento do contraente, muito menos por ingratidão do donatário. São assim, irrevogáveis. Stolze (2007, p. 103) explica com clareza: *no entanto, regra geral, contraído o matrimônio, considera-se aperfeiçoada a doação, não podendo o doador voltar atrás.*

Essa regra tão limitada e rígida dá-se contra a manipulação que um cônjuge, mais forte, se for o caso, poderia ter sobre o outro, no que concerne à revogação. Em relação a terceiro doador, está-se protegendo a família em geral e os descendentes legítimos do donatário<sup>25</sup>.

Na França, também são unilateralmente irrevogáveis, uma vez que incluídas no *contrat de marriage*, tornam-se imutáveis. Porém, são revogáveis tais contratos em vista de ingratidão do donatário, não aplicando em relação à doação feita por terceiros apenas – art. 959 do CC francês. Vale destacar também que o divórcio não surte efeito nas doações para casamento na França, conforme a Lei 2004-439, de 26 de maio.

#### 4.2 DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES

Passemos agora a discorrer sobre o escopo principal deste trabalho. A doação entre cônjuges, diferentemente das outras modalidades deste contrato, inclusive da doação para casamento, são, nas belas palavras de Pablo Stolze (2007, p. 108), *umbilicalmente relacionadas ao Direito de Família e das Sucessões*, uma vez que, para que ela ocorra, necessária será a verificação do regime de bens do cônjuge, bem como os impactos sucessórios, no que concerne ao instituto da colação.

A doação entre cônjuges teve início no mundo jurídico, pois o cônjuge não era herdeiro legítimo um do outro. Dessarte, esse tipo de doação assemelhava-se a efeitos sucessórios, uma vez que um cônjuge poderia transmitir certos bens para o outro, para que este pudesse possuir, gozar e dispor após a morte do doador. Nessa linha, Paula Barbosa (2008, p. 301-302) diz que *essa modalidade de doação surgiu como uma forma de garantir ao respectivo cônjuge um pecúlio patrimonial, quando, de outra forma, este seria acautelado, nem em termos de divisão do patrimônio conjugal, nem em termos sucessórios.*

Ressalvados nos arts. 1761 a 1766 do Código Civil português, aplicam-se, de forma subsidiária, os artigos que regem a doação vulgar – arts. 940 a 979 do CCP. As ordenações civis da Espanha – art. 1323 do CC; França – arts. 1091 e ss. do CC; Alemanha – art. 516 do CC, Brasil art. 544 do CC também tratam da doação entre cônjuges.

A finalidade dessas doações ainda dividem opiniões na

doutrina, dadas as suas consequências no âmbito sucessório, qual seja, na colação. Dessa forma, alguns doutrinadores defendem que este tipo de doação representa um agrado, mimo que um cônjuge faz ao outro, tendo em vista a ajuda e devoção dedicada a si. Nessa linha: Pereira Coelho<sup>26</sup> e Rita Lobo Xavier<sup>27</sup>. Outra parte da doutrina, e junto dela o dispositivo do Código Civil brasileiro, art. 544, afirma que a doação entre cônjuges é adiantamento da legítima.

#### 4.2.1 CARACTERÍSTICAS

A doação entre cônjuges deverá ser feita a partir de bens próprios do doador, tão somente, como bem explícita o art. 1764, n. 1, do CC português. Para, além disso, não se comunicará os bens dados, independentemente do regime de bens matrimonial, conforme o art. 1764, n. 2, do mesmo diploma. Vale ressaltar que a doação de bens casados só poderá recair em relação aos bens presentes, conforme o art. 942, n. 1, e 1761 do CC português.

Menezes Leitão explica a razão desses dois dispositivos: terá de ser respeitado o princípio da imutabilidade das convenções antinupciais, uma vez que não é permitido, na legislação portuguesa, alterar o regime de bens escolhido para reger o matrimônio – art. 1714 CC. Desta forma, não se alterará o patrimônio comum do casal<sup>28</sup>.

No Brasil, também somente será objeto desta modalidade de doação os bens particulares, uma vez que não poderá doar o patrimônio que já é comum do casal, conforme preceitua o art. 1659 do CC brasileiro.

Em relação ao princípio da imutabilidade dos regimes de bens, Rita Xavier (2008, p. 147, nota de rodapé 287) posiciona-se no sentido de que *pressupõe-se que os cônjuges estejam impedidos de celebrar entre si negócios jurídicos que conduzam materialmente a um resultado semelhante àquele que obteriam com a celebração de uma nova convenção matrimonial*.

Em Portugal, a livre revogabilidade é outro elemento caracterizador da doação entre casados, pois é livremente revogável a doação feita de um cônjuge ao outro, sem necessidade de fundamentação, conforme o art. 1765 do CC português. A doutrina explica que o fundamento deste

princípio é a equidade entre doador e donatário e o afastamento de uma possível extorsão entre cônjuges. Ademais, esse tipo de contrato é enxergado dada a conjugalidade, fato que, se for desfeito não há razão para persistir tal enriquecimento ao donatário. Paula Barbosa e a autora que vos escreve divergem desse pensamento, uma vez que a doação é contrato contemplativo, beneficiante e não apenas um empréstimo, muito menos comodato, podendo até gerar uma insegurança jurídica, pois se o bem for disposto pelo donatário, terá este que arcar com seus próprios rendimentos pecuniários.

***A legislação civil portuguesa proíbe também a doação de bens futuros, como expressamente dispõe o seu Código Civil no art. 942, uma vez que, dada a inexistência do bem, pode gerar uma insegurança jurídica sobre sua materialização [...]***

Outro elemento peculiar da doação entre cônjuges em Portugal é que – enquanto no Brasil a forma deste tipo de doação é regida pelas regras gerais do contrato de doação –, o art. 1763<sup>o</sup>, n. 1, do CC português dispõe forma especial para regê-lo. Além disso, ressalva Menezes Leitão que a doação de coisas móveis, mesmo havendo tradição da coisa, deverá constar em documento escrito<sup>29</sup>.

#### 4.2.2 EXTINÇÃO DO CONTRATO

A doação entre casados está sujeita a causas particulares de extinção. É revogada por ingratidão – art. 1765, e, para, além disso, o art. 1766 estabelece causas de caducidade, uma vez que a doação entre casados tem como causa peculiar o matrimônio vigente, considerando, assim, que a invalidade ou dissolução do casamento deva igualmente afetar a doação.

#### 4.3 A DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES E O REGIME DE BENS NO MATRIMÔNIO

Dadas as regras peculiares em virtude do regime de bens dos cônjuges que pretendem realizar a doação entre casados, mister uma breve análise dos regimes de bens no matrimônio.

Em Portugal o Código Civil prevê na Seção IV, Subseção I, II, III, IV, X as disposições concernentes aos regimes de bens que podem ser adotados no país, *ressaltando que os esposos podem fixar*

*livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei – art.1698.*

São os regimes: **Regime da comunhão de bens adquiridos** – art. 1721 e ss. Nesta comunhão, são comuns todos os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união; os bens adquiridos anteriormente à união são considerados próprios; **Regime da comunhão geral** – art. 1732 e ss. Neste regime, comunicam-se todos os bens, tanto os anteriores ao

casamento quanto os adquiridos durante a constância da união, excetuando os bens elencados no art. 1733, cuja natureza se mantém incomunicável; **Regime da separação de bens** – art. 1735. Esse tipo de regime torna todos os bens, seja qual for a data de aquisição, indissociáveis da pessoa que os contraiu. Ou seja, cada um com os seus bens. O art. 1736 regula sobre a compropriedade, quando houver dúvida sobre a titularidade de bens móveis adquiridos na vigência do matrimônio; **Regime imperativo da separação de bens** – art. 1720. Paula Barbosa ensina que podem ser feitas doações entre cônjuges em qualquer que seja o regime eleito pelos cônjuges, exceto na vigência do regime imperativo da separação, conforme o art. 1762 do CC.

No Brasil também há a possibilidade de os nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, conforme o art. 1.639 do CC de 2002. Porém, a lei dispõe os seguintes regimes: **comunhão parcial de bens** – arts. 1.658 a 1.666; **comunhão universal de bens** – arts. 1.667 a 1.671; **participação final dos aquestos** – arts. 1.672 a 1.686; **separação de bens** – arts.1.687 a 1.688; **separação obrigatória de bens** – art. 1.641.

O mestre Zeno Veloso (2011) ensina que a doação entre cônjuges só pode configurar-se a partir de bens próprios do doador. De acordo com art. 1668, I, em regra, não poderia doar o cônjuge

com regime de comunhão universal, salvo se for bem exclusivo, tendo então que conter no contrato de doação a cláusula de incomunicabilidade.

Complementa Stolze afirmando que a doação entre cônjuges no regime da comunhão universal são peculiares, pois, tendo em vista a regra da comunicabilidade, o donatário, ao aceitar a doação, estará permitindo que este bem seja comum do casal, faltando neste caso o sentido de liberalidade<sup>30</sup>.

No que concerne à proibição do regime da separação legal de bens, explica que não há, no Código brasileiro, dispositivo que vede esta prática, e, o REsp. 471.958-RS, STJ, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18 de dezembro de 2008, vem corroborar, sob outro aspecto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a respeito do art. 1.641, inc. II, do Código Civil, ao considerar **válida** a doação feita por um cônjuge ao outro na constância do casamento, ainda que pelo regime da separação legal de bens.

Ainda em relação ao regime da separação legal de bens, Stolze ensina que *não poderá a doação burlar a restrição legal que preserva, com os temperamentos da súmula 377<sup>31</sup>, o patrimônio pessoal de cada cônjuge* (STOLZE, 2007, p. 115).

## 5 DO INSTITUTO DA COLAÇÃO

A colação, matéria do Direito Sucessório, tem seu significado contemporâneo pautado na ideia de igualdade dos quinhões hereditários. Porém, à época de seu surgimento – Direito Romano –, a *collatio* era utilizada apenas se os filhos emancipados quisessem participar da sucessão do *pater* falecido, uma vez que, como já tinham bens próprios, não poderiam sair em vantagem em relação aos filhos não emancipados, daí a obrigação de restituir à herança os bens que tivessem adquiridos após a sua emancipação. A essa obrigação denominava-se de "*collatio bonorum vel emancipati*" (OLIVEIRA, 2010, p. 699-700). Em relação a ela, Oliveira se manifesta: *dá ideia de cotejo, confronto, comparação de bens a partilha* (OLIVEIRA, 2004).

Em Portugal, inspirados no Direito Romano, o Livro IV, Título XCVII, das Ordenações dispôs sobre a obrigação que o descendente tinha de trazer à colação, caso quisesse participar da sucessão, os benefícios ofertados pelos seus ascendentes, mediante doações, dadas ou dote (BARBOSA, 2008, p. 182).

### ***A extinção do contrato de doação dá-se por meio da entrega da coisa, isto é, perfar-se-á tal contrato no momento em que o doador cumpre a obrigação a que se dispôs.***

Atualmente, com a evolução do Direito Civil, a colação recai apenas sobre os bens doados em vida pelo *de cuius* aos seus herdeiros concorrentes – diga-se, herdeiros e cônjuges –, com fito de igualar as quotas da herança, sob pena de sonegação. Assim, de forma ampla, pode-se afirmar que colação significa trazer à conferência.

Previsto no Capítulo X, Seção III, nos arts. 2104º e ss. do Código Civil português e no Livro V, Título IV, nos arts. 2.002 a 2.012 do Código Civil brasileiro, esse instituto está presente também nas ordenações civis, espanhola – arts.1035 e ss.; francesa (*rapport*) – art. 843 a 860; alemã (*Ausgleichspflicht*)

– § § 2050 a 2057 do BGB; italiana (*collazione*) arts. 733 a 751. Todos com um objetivo geral de proporcionalidade<sup>32,33</sup>.

O doutor Pereira Coelho ensina que a colação é como operação de partilha. *Como operação relevante para determinação do valor da herança com a finalidade de calcular a legítima, com reflexos, portanto, na quantificação e na composição dos respectivos quinhões hereditários* (MARQUES; LEITÃO, 1968, p. 250).

Para Menezes Leitão (2004, p. 236-237), a colação é uma forma de extinção do contrato de doação, para efeitos de reconstituição do patrimônio da herança, pretendendo-se que os donatários participem na partilha com os outros herdeiros como se não tivessem recebido quaisquer doações. Assim, a colação consiste na obrigação que é imposta aos descendentes que desejem entrar na sucessão do ascendente de restituírem, à massa da herança, para efeitos de igualação da partilha.

Zeno Veloso (2012, p. 2199) define o instituto da colação como a *restituição à reserva legítima do valor das liberalidades recebidas do de cuius por herdeiro descendentes, e tem por finalidade igualar as legítimas dos herdeiros obrigatórios, no caso, nivelar a legítima do descendentes-donatário com as legítimas dos demais descendentes do de cuius*.

Alexandre Oliveira (2010, p. 699) diz que a colação se baseia no princípio da preservação da igualdade entre os herdeiros na sucessão legítima, uma vez que a doação em vida ao herdeiro necessário significa antecipação do direito hereditário, e não tem o escopo de prejudicar aquele herdeiro que não foi agraciado em vida<sup>34</sup>.

Assim, conclui-se que a pessoa capaz, possuidora de patrimônio, pode doar quaisquer dos bens que lhe for próprio a quem desejar; porém, o princípio da igualdade e intangibilidade das legítimas limita essa liberalidade quando se trata de doações a herdeiros necessários, pois a sucessão legítima resguarda a equidade entre os herdeiros. E, para abarcar o escopo maior desse instituto, qual seja, a igualdade, ressalta-se neste espaço que devem ser sujeitos obrigados a colacionar tanto os descendentes quanto o cônjuge sobrevivente, para que, assim, os quinhões sejam divididos de forma igualitária.

### 5.1 FUNDAMENTO DA COLAÇÃO

A colação é presuntiva<sup>35</sup>, ou seja, presume o que o *de cuius* gostaria que fizesse com os bens conferidos no momento da sucessão. Em contrapartida, é utilizado de modo supletivo, nos casos em que o doador determina que a doação foi retirada de sua parte disponível, como bem explicita o art. 2113º do CC português e 2.005 do CC brasileiro. Paula Barbosa (2008, p. 301-302) explica que, *no caso do autor da sucessão expressar a sua vontade no sentido de pretender avantajá-lo ou beneficiá-lo expressamente, através de um acto de dispensa de colação (expressa ou tácita), a aplicabilidade deste instituto fica excluída*<sup>36</sup>.

Nessa linha, Pereira Coelho trata da vontade presumida do *de cuius* como fundamento da colação. É que, segundo ele, o *de cuius*, em vida, ao doar determinado bem a apenas um de seus herdeiros, não pretende avantajá-lo ou beneficiá-lo em relação aos demais, mas sim, adiantar a quota hereditária que lhe caberia na abertura da sucessão<sup>37,38</sup>.

Para concluir de forma sucinta, Maria Berenice Dias (2008, p. 566) pautou o fundamento da colação no princípio da intan-

gibilidade da legítima, pois afirma que a lei supõe que *a vontade presumida do de cujus é tratar igualmente seus herdeiros*, uma vez que não seria justo que a lei presumisse o tratamento desigual, como que se o afeto dispensado a um não tivesse o mesmo tamanho ou valor para o outro.

### 5.1.1 OBJETIVO DA COLAÇÃO

Sabe-se que o fundamento da colação é a integridade da parte legítima da herança, tendo em vista que todos os herdeiros necessários merecem tratamento equânime, não presumindo a lei, pois, que o *de cujus* tenha a intenção de beneficiar um em detrimento de outro. O objetivo da colação é, então, a igualdade dos quinhões hereditários, isto é, cuidar para que cada herdeiro receba aquilo que lhe cabe, sem prejuízo dos demais.

Nas palavras de Alexandre Oliveira (2010, p. 700), *a colação se justifica no intuito de se igualar as legítimas, uma vez que a doação em vida é entendida como mera liberalidade*. Complementa Paula Barbosa (2008, p. 231): *a lei prevê, assim, regras aptas a repor o equilíbrio pleno, ou, pelo menos, o possível, face ao caso concreto, buscando assim a igualação dos herdeiros. A igualação dos herdeiros é desiderato legal* (Art. 2018º CC português).

### 5.2 DOS BENS SUSCETÍVEIS E EXCLUÍDOS DA COLAÇÃO

Maria Berenice Dias (2008, p. 572) ensina que os bens sujeitos à colação são os *doados aos herdeiros necessários*. Complementa Zeno Veloso que a *obrigação de colacionar não abrange apenas as doações, mas sim todas as liberalidades, especialmente as denominadas de doações indiretas*<sup>39</sup>, conforme o art. 2110º do CC português e art. 2.002, segunda parte, do CC brasileiro.

Clóvis Beviláqua (2000, p. 440) diz que: *estão sujeitos à colação toda a liberalidade com que a pessoa, de cuja sucessão se trata, haja gratificado, direta ou indiretamente, o herdeiro, ou mesmo aquele a quem este substitui por direito de representação*.

As doações indiretas ou dissimuladas, denominadas por Maria Berenice<sup>40</sup> como “artimanhas” e definidas por Zeno Veloso (2012, p. 2199) como Oliveira, (2010, p. 2200) *o que viola a lei por*

*meio de embustes e disfarces*, configuram-se por serem atribuições gratuitas do doador a favor do donatário, porém sem transparecer que o é. Portanto, é-lhes imputado, tal qual a doação vulgar, o instituto da colação.

São trazidos também à colação os frutos percebidos do bem doado, conforme os arts. 2111º do CC português e 2.020 do CC brasileiro<sup>41</sup>, desde a data da abertura da sucessão, apenas. Já em relação às benfeitorias, cumpre ressaltar que não deve o donatário trazer à colação as benfeitorias agregadas ao bem, sem detrimento da coisa, conforme interpretação dos arts. 2115º e 1273º e ss. do CC português e 2.004, § 2º, do CC brasileiro.

***As doações para casamento, sejam intervivos ou mortis causa, deverão ser realizadas mediante convenção nupcial. Tem-se, assim, uma forma especial para tal modalidade de contrato, determinando a lei a aplicação do regime geral de doação [...]***

Quanto aos bens que não estão sujeitos à colação, podemos elencar os arts. 2111º, n. 2 do CC português e 2.010 do CC brasileiro. Essas atribuições gratuitas, que podem exprimir alimentos, colocações sociais e outras, alinhadas à condição social e econômica do falecido, não são consideradas doações e, portanto, não se colacionam<sup>42</sup>. De acordo com Menezes Leitão, também não se sujeitam à colação *as doações feitas aos cônjuges do presuntivo herdeiro legítimo* (art. 2107º, n. 1), *sendo, no caso de doação feita a ambos os cônjuges, apenas sujeitas a colação a parte que competia ao presuntivo herdeiro legítimo* (art. 2107º, n. 2). (LEITÃO, 2010, p. 238).

### 5.2.1 DA AVALIAÇÃO DOS BENS DOADOS NA COLAÇÃO

Vale ressaltar neste tópico a discussão acerca do valor dos bens doados, se corresponderá ao valor avaliado ao tempo da liberalidade ou ao valor dado a abertura da sucessão.

As ordenações portuguesa e brasileira divergem quanto as suas disposições, uma vez que o art. 2019º, n. 1, do CC português disciplina que *o valor dos bens doados é o que eles tiveram à data da abertura da sucessão*, enquanto o art. 2.004 do CC brasileiro dispõe que *o valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir*

*o ato de liberalidade*.

O Rel. Bessa Pacheco do Tribunal de Relação do Porto em Apelação, proc. n. 9451005, defende o artigo português supracitado julgando que a avaliação de bens serve para *repor o patrimônio do de cujus no estado em que se encontraria se as doações não houvessem sido feitas, de forma a respeitar a integridade das legítimas e obter a igualação da partilha*<sup>43</sup>.

Nessa linha, ensina Menezes Leitão que, se à data da sucessão, os bens doados já não mais existirem, calcular-se-á o valor hipotético nessa data, conforme o art. 2109º, n. 2, do CC português. Porém, se o objeto da doação tiver sido pecúnia,

ter-se-á a devida atualização nos termos do art. 551º, como manda o art. 2109º, n. 3, do CC português. Partilham das mesmas disposições que a portuguesa as ordenações civis espanhola – art. 1.045 e italiana – art.747.

No Brasil, a avaliação de bens, nas palavras de Zeno Veloso (2012, p. 2205), é **retrospectiva**, pois, de acordo com o art. 2.004 do CC, se, no ato de doação, não constar valor certo, nem houver estimativa feita na data da liberalidade, os bens serão conferidos, na partilha, pelo valor que tinham ao tempo da liberalidade. Contudo, o dispositivo torna-se polêmico dada a dicotomia que o conteúdo do art. 1.014 do Código de Processo Civil traz: *os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiveram ao tempo da abertura da sucessão*.

A Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 19<sup>44</sup>, na tentativa de pôr fim ao antagonismo, estabeleceu que, em caso de o bem doado não mais pertencer ao donatário, aplicar-se-á o disposto no art. 2.004 do CC brasileiro; do contrário, ainda integrando o bem o patrimônio do donatário, faz-se valer o art. 1.014 do Código de Processo Civil. Isso torna o impasse mais confuso, uma vez que despreza a administração – próspera ou não – do donatário<sup>45</sup>. Melhor seria a adoção da regra de



atualização apenas do imóvel a data da abertura da sucessão, para que fossem evitadas eventuais injustiças entre donatários, ou mesmo donatário e herdeiros concorrentes.

Porém, o Código Civil português – art. 2.112 prevê que não será objeto de colação a coisa doada que tiver perecido em vida do autor da sucessão por fato não imputável ao donatário. Na mesma linha, os dispositivos da França – art. 855 e Itália – art. 744. Já o Código Civil espanhol no art. 1.045, al. 2 dispõe *El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aún su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario*. Na mesma linha, prevê o art. 2.003, *caput*, in fine do CC brasileiro: *Assim, o valor das coisas doadas como adiantamento de legítima tem de ser conferido, ainda que não mais se encontrem em poder do herdeiro, por qualquer razão ou motivo, mesmo que a perda seja atribuída a caso fortuito*. (VELOSO, 2012, p. 2206).

### 5.2.2 REDUÇÃO

Tudo que foi doado em vida pelo *de cuius* ao donatário que ultrapasse, exceda, sobrepuje aquilo que lhe cabe na legítima, terá que ser reduzido. Art. 211º CC português e art. 2.007 do CC brasileiro.

Menezes Leitão (2010, p. 240) explica como se procede à redução em Portugal: *eventual redução das doações sujeitas à colação constitui um ónus real, que incide sobre o bem doado, estabelecendo mesmo em relação aos bens imóveis, que não pode fazer-se o registo da doação sem se efectuar simultaneamente o registo desse ónus*. Assim, impede-se que o donatário transfira o bem a terceiro, e se torne insolvente para honrar com a conferência do valor excedente, locupletando-se indevidamente.

Zeno Veloso explica que a redução ocorre no Brasil de modo que se fará por meio da restituição do valor que excedeu a liberalidade. Esta restituição se dará em dinheiro, a valor que corresponder à data da abertura da sucessão, caso o bem não mais exista.

### 5.3 CASOS DE DISPENSA DA COLAÇÃO

Objetivando avantajar o donatário, o doador pode manifestar o seu fito no ato de sua liberalidade, retirando, assim, da sua parte disponível, uma vez que *prima facie* a doação a herdeiros necessários é retirada da parte indisponível, pois, como bem já se falou, a presunção é de adiantamento da legítima. A dispensa está regulada nos arts. 2113 do CC português ; 2.005, *caput* e 2.006 do CC brasileiro.

Em Portugal, presume-se que as doações manuais e remuneratórias são sempre dispensadas, conforme os arts. 2113º, n. 3º, 947º, n. 2º e 941º do CC português. Já no Brasil, há hipóteses legais de dispensa da colação em relação a gastos ordinários, como já ensinado – art. 2010 e tal qual Portugal, com as doações remuneratórias no art. 2011 do CC brasileiro.

## 6 COLAÇÃO DOS BENS DOADOS EM VIDA PELO FALECIDO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Com base no amplo estudo apresentado no presente trabalho sobre o contrato de doação e a sua relação com instituto da colação – quando esta liberalidade é feita aos herdeiros necessários/legitimários – resta a discussão acerca da falta de

dispositivo expresso em lei, tanto em Portugal como no Brasil, que determine a colação em relação aos bens doados ao cônjuge sobrevivente.

A lacuna em ambas as ordenações civis suscita grande dúvida no momento da abertura da sucessão. Ora, sendo o cônjuge herdeiro necessário/legitimário e concorrente na mesma classe ao lado dos descendentes, e portanto, partilhando quotas na mesma legítima, teria este o direito de ser dispensado da colação?

Vale salientar que, ao falar em colação do cônjuge sobrevivente, é necessário que este, no momento da abertura da sucessão, seja herdeiro presuntivo legitimário, isto é, não esteja separado judicialmente de pessoas ou de bens ou divorciado, conforme os arts. 2133º c/c 2105º do Código Civil português e 1.830 do CC brasileiro.

Antecipação da herança ou simples agrado? A maioria da doutrina que defende que a inexistência de dispositivo que trata da obrigatoriedade de o cônjuge colacionar os bens doados pelo *de cuius* em vida foi acertada e querida, e não causa de um descuido qualquer, afirma que não presume a lei que o falecido almejou antecipar-lhe a herança, mas sim agradar, agradecer, presentear àquele que tanto lhe prestou amor, carinho e assistência ao longo da vida conjugal.

Nessa linha, Pereira Coelho (1992, p. 292-293), a favor da não sujeição do cônjuge à colação, explica que *não pode ser vista como consequência da incapacidade legislativa, além de se dever entender que uma liberalidade a favor do cônjuge é, geralmente, encarada como uma forma de beneficiar o outro e não lhe antecipar quaisquer direitos sucessórios*. Complementa Paula Barbosa (2008, p. 301-302) afirmando que não há lacuna legislativa, uma vez que a reforma de 1977 trouxe em seu bojo central a posição do cônjuge sobrevivente na sucessão, não sendo, assim, *crível que o facto de não ter introduzido modificações nessa matéria se deva a esquecimento, sendo a colação, um instituto central, como é*.

Defendendo a ideia de que doação entre cônjuges tem condição de beneficiar, Ana Leal (2004, p. 254) defende que este assunto *está em conformidade com a intenção de avantajamento subjacente à reforma e com tratamento diferenciado relativamente aos descendentes e ascendentes que o coloca numa posição sucessória distinta*.

Ideia esta que, com todo respeito, ousamos discordar dos notáveis doutores, uma vez que fere, desobedece, negligencia o fundamento e o objetivo não só da colação, mas do conceito de família, uma vez que, ao colocar o cônjuge sobrevivente em posição (qual seria essa posição?) diferenciada dos descendentes do falecido, criaria um desnível em relação aos membros formadores da família, família esta que é regida pelos princípios gerais do direito da igualdade e dignidade humana.

Os arts. 2139º do CC português e 1829, I, do CC brasileiro não conectam com a impossibilidade de colação do cônjuge, pois o instituto da colação não permite que o herdeiro necessário/ legitimário se beneficie de uma doação, e em contrapartida, não o traga para a conferência dada a abertura da sucessão, dada a concorrência prevista nos dispositivos citados.

Assim, Capelo de Sousa<sup>46</sup> apresenta motivos para que o cônjuge colacione os bens que lhe foram ofertados em vida pelo *de cuius*:

a) Sendo o cônjuge herdeiro necessário/legitimário, claro é que a presunção de antecipação de quinhão vale para ele, tal qual os filhos;

b) Não pode, então, servir-se o cônjuge do benefício da colação dos descendentes, não tendo ele conferidos seus bens;

c) A igualação global só se dá a partir da colação do cônjuge;

d) Por mais que as regras contidas nos arts. 2139º, n. 1, 2142º, 2157º e 2103-A do CC favoreçam a condição de cônjuge são, contudo, de natureza excepcional em face da regra da vocação hereditária, não abrangendo, portanto, interpretação analógica no que concerne à colação.

e) Conteúdo do preâmbulo do Dec. Lei n. 496/77, de 25 de novembro, que refere sobre a *equiparação sucessória das vocações dos descendentes e do cônjuge*.

Compartilham da opinião de Capelo de Sousa, Diogo Leite Campos<sup>47, 48</sup> e Oliveira Ascensão<sup>49</sup>; acrescenta Diogo Leite que a falta da inserção do cônjuge no artigo pertinente à colação foi uma falha do legislador que achou desnecessário incluí-lo, vez que o cônjuge já está definido como herdeiro legitimário.

No Brasil a situação muda ligeiramente em relação à concorrência entre cônjuge e descendente, uma vez que o art. 1.829 do CC brasileiro é, como nas palavras exatas de Zeno Veloso, *um paraiso para os advogados*, pois comporta diversas e controversas interpretações. Diferentemente de Portugal, que o cônjuge concorre com descendente por cabeça, o Brasil prevê regras diferenciadas para o cônjuge que possua regime de separação de bens e da comunhão universal de bens, assim como, para o regime da separação parcial de bens, nos casos em que o falecido não deixe bens próprios. Mesmo com a tentativa da III Jornada de Direito Civil, Enunciado 270<sup>50</sup>, de interpretação do referido artigo, este ainda é fonte de angústia para os civilistas brasileiros, pois muitos, assim como esta autora, pactuam que não há coerência em utilizar da regra do regime de bens em sede de sucessão, até mesmo porque nada tem a ver a meação que cabe ao cônjuge – que, na maioria das vezes, contribuiu materialmente para aquele patrimônio – com o que lhe é devido na herança que o cônjuge falecido deixou.

Contudo, teve o referido enunciado o escopo de “democratizar” a legítima, uma vez que, nos casos citados acima, com exceção do regime da separação, o cônjuge já herdará 50% do patrimônio devido à meação. Assim, busca o Direito brasileiro a igualdade entre os herdeiros. Sobre tal situação manifesta-se Dias: *a depender do regime de bens do casamento, o cônjuge concorre como descendentes. Havendo direito concorrente, 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 devida compensação.* (DIAS, 2008, p. 570).

Questão maior é a dicotomia presente entre os arts. 2.002 e 544 c/c com 2.003 do CC brasileiro. Explico. É que o art. 2.002, que trata da colação, só menciona descendentes; porém o art. 2.003, que trata do objetivo da colação, diz: *tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente*. Para finalizar, o art. 544 prevê que as doações entre cônjuges equivalem a adiantamento da herança. O que torna confusa a interpretação é que, por mais que o artigo geral não inclua a palavra **cônjuge**, os dois últimos que fundamentam o instituto levam à interpretação de que o cônjuge deve conferir os seus bens doados pelo falecido dada a abertura da sucessão. Compartilham com este entendimento Zeno Veloso<sup>51</sup>, Rodrigo Toscano de Brito<sup>52</sup>, Maria Berenice Dias<sup>53</sup> e Alexandre Oliveira, este último, em completa explanação, incluíu companheiros, inclusive os homoafetivos<sup>54</sup>.

Deixa-se claro também que esta autora compartilha com a ideia de Diogo Leite Campos, bem como Pires Lima e Antunes Varela no que concerne à posição do ascendente. Improvável e contra a ordem natural das coisas que o doador antecipe herança a seu ascendente, por meio da doação, tendo então o fito óbvio desta liberalidade uma oferta ou um agrado, não podendo ser comparado à situação do cônjuge.

## 7 CONCLUSÃO

Foi realizada uma análise *jus* comparativa entre as ordenações civis portuguesa e brasileira em relação à doação entre cônjuges e a questão da colação.

Constatou-se que, tanto no Direito português quanto no brasileiro, a doação oferecida aos herdeiros necessários configura-se adiantamento de herança, repercutindo diretamente no Direito das Sucessões, nomeadamente na colação.

Tal instituto tem o mesmo escopo, tanto em Portugal quanto no Brasil: a conferência das liberalidades feitas em vida pelo *de cujus*, em sede de legítima, aos herdeiros necessários.

A questão maior do trabalho ora exposto é acerca da posição de o cônjuge dever ou não levar à colação os bens doados em vida pelo *de cujus*. Ambos os Códigos Civis – português e brasileiro – não mencionaram a figura do cônjuge no artigo da colação, suscitando dúvidas e diversas interpretações.

Na mesma linha de Ascensão Oliveira, Diogo Leite Campos, Zeno Veloso e Maria Berenice Dias, opina-se a favor da colação dos bens doados ao cônjuge sobrevivente, em prol da igualdade dos quinhões hereditários, bem como do tratamento igualitário dos herdeiros.

Para suprir a presunção de adiantamento da legítima em relação às doações feitas entre cônjuges, sugere-se que o doador expresse a sua vontade de contemplar, beneficiar e avantajar o outro cônjuge, na medida em que retire o bem de sua parte disponível, evitando, assim, a obrigação de levá-lo à conferência no momento de abertura da sucessão.

Dessa forma, mesmo que não haja dispositivo específico sobre o assunto, vale lembrar que nem só de lei escrita se faz o Direito, dependendo tal ciência de interpretação e carecendo de analogia, para que se possa adaptá-lo de forma coerente ao caso concreto. Tem-se, portanto, que, em regra, deverão colacionar descendentes e cônjuges, quando concorrerem em mesma classe, todas as liberalidades que lhe foram conferidas em vida pelos *de cujus*. Tal posição busca o objetivo principal da colação, e quiçá da ciência do Direito, qual seja, a igualdade.

## NOTAS

- 1 São essas as duas grandes vertentes do direito sucessório: a sucessão testamentária e a sucessão legítima. A sucessão testamentária, quando presente, consolida sua prevalência sobre a ordem de chamamento prevista na lei, desde que fiquem ressalvados os direitos dos

- herdeiros necessários – se houver – a metade do valor da herança. (OLIVEIRA, 2009, p.1).
- 2 Em relação ao Direito brasileiro, o mestre paraense Zeno Veloso explica que a sucessão mortis causa, pode ser legítima ou testamentária. Sucessão legítima é a diferida (exclusivamente) por determinação da lei, atendendo, prioritariamente, aos vínculos familiares e, na falta destes, como aponta Clóvis Beviláqua, ao vínculo político, quando o Estado é chamado a recolher a herança. Disponível em: <[http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Direito.pdf](http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Direito.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2011.
  - 3 Em relação ao Direito português, Telles afirma que a sucessão legítima não é uma ramificação da sucessão legítima, mas sim um sistema autônomo. A sucessão legítima tem, sem dúvida, de comum com a sucessão legítima decorrer da lei imperativa, por isso ambas são espécies do gênero da sucessão legal, mas de uma a outra vai à distância que separa o direito supletivo do direito imperativo. A sucessão legítima dá-se porque o de cujus se não opõe a ela, a legítima mesmo que se oponha. (TELLES, 1996, p. 154).
  - 4 Paula Barbosa (2008, p. 80-81) explica sobre o valor da quota indisponível na legislação portuguesa dizendo que no caso de concurso entre de cônjuges e descendentes, o valor da quota indisponível ou legítima objectiva será de 2/3 do valor da herança, calculada nos termos do art. 2162º. Será também de 2/3 o valor dessa quota no caso de concurso de cônjuge com ascendentes, segundo o art. 2161º, n. 1. Já no caso do cônjuge concorrer sozinho à herança, o valor da quota indisponível será de 1/2, de acordo com 2158º.
  - 5 Ver Oliveira (2004).
  - 6 No Brasil, o valor da legítima corresponde à metade da herança e apura-se sobre o total dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas com o funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação. (OLIVEIRA, 2009, p. 55).
  - 7 Portugal, Código Civil, art. 2157º (herdeiros legítimos): São herdeiros legítimos o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.
  - 8 Brasil, Código Civil, Capítulo II, Dos Herdeiros Necessários, art. 1.845: são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.
  - 9 Em Portugal, com efeito, foi com a reforma de 1977 (Decreto-Lei n. 496/77, de 25 de novembro) que o cônjuge sobrevivente adquiriu a categoria de herdeiro legítimo, seja em concurso em uma primeira classe de sucessíveis com os descendentes (arts. 2157º., 2133º., n. 1, al. a) e 2159º., n. 1), ou, numa segunda classe de sucessíveis, com os ascendentes (arts. 2157, 2133, n.1, al. b), e 2161º., n. 1), seja entrando sozinho na sucessão, na falta de descendentes e ascendentes (arts. 2133º., n. 2 e 2158º.). (BARBOSA, 2008, p. 75).
  - 10 Nesse sentido posiciona-se Oliveira Ascensão (2000, p. 335): Se não houver ascendentes, nem descendentes, não se pode dizer que o cônjuge integra a 1ª classe sucessória – a pertença à 1ª classe não pode estar condicionada ao facto de não haver ascendentes, que integram a 2ª. Classe. Para melhor esclarecimento sistemático – e sem que isto traga nenhuma discrepância quanto ao regime – melhor fora distinguir três classes sucessórias: 1ª caracterizada pela concorrência de descendentes, haja ou não cônjuge; 2ª) caracterizada pela presença de ascendentes, haja ou não cônjuge; 3ª) integrada pelo cônjuge somente, pressupondo-se que não concorrem descendentes nem ascendentes.
  - 11 Para Maria Berenice Dias (2008, p. 107), herdeiros necessários são aqueles que não podem ser privados da condição de herdeiro.
  - 12 Na Itália dá-se o nome de *legittimari* – art. 536 do CC italiano; já na legislação espanhola dá-se o nome de *forzados* – art. 807 do CC espanhol. Na Alemanha são chamados de *Gesetzliche Erben erster Ordnung* – § 1924 do BGB.
  - 13 I – De harmonia com o art. 940º, 1, CC, a doação depende da verificação de três requisitos: atribuição patrimonial sem correspondente, diminuição do patrimônio do doador e espírito de liberalidade. II – Se a doação não depende de formalidade alguma externa quando acompanhada da tradição da coisa (art. 947º, 2, id.), e se a declaração negocial que desencadeie esse negócio não tem que ser expressa, podendo ser feita por qualquer meio de manifestação da vontade ou deduzir-se de factos de que, com toda a probabilidade, a revelem (art. 217º, 1, id.), não podem aqueles requisitos extrair-se linearmente de uma acção aparentemente assimilável à tradição. III – Na verdade, não pode extrair-se a intenção de liberalidade, no sentido de doação do mobiliário respectivo, da acção de facultar ao filho a utilização do quarto que esteja dotado dele, não só por não haver tradição no sentido do art. 947º, 2, CC, como por, não se comprovando situação diversa, aquela acção corresponder normalmente ao cumprimento de um dever jurídico". (PORTUGAL, Acórdão n. 0026617, 2000).
  - 14 Com efeito, devemos admitir que o *animus donandi*, a vontade de bem fazer, possa não existir interiormente em certos casos; e poderá até mesmo ocorrer que nem mesmo na aparência haja esse ânimo. Assim, por ex., no caso em que algumas pessoas que façam doação a um parente que está mal de vida. Um deles pode se aborrecer por ter que doar, não escondendo mesmo aos estranhos. Não obstante e como *nobless oblige*, a pessoa, por não querer ser a exceção, acaba contribuindo. Nessa hipótese, não há a vontade de bem-fazer, mas a doação existirá, de onde dizerem que a verdadeira característica da doação é a gratuidade não a liberalidade. (ALVIM, 1980 apud GAGLIANO, 2007).
  - 15 O motivo (*móvel subjetivo*) da prática do ato está relegado ao plano psíquico do agente, não sendo relevante para o Direito. Assim, se resolvo presentear minha noiva dando-lhe um perfume, a causa do contrato é liberalidade, enquanto que o motivo é o amor que sinto por ela. (GAGLIANO, 2007, p. 10).
  - 16 Napoleão Bonaparte, no *Conseil d'Etat*, foi contra a concepção contratualista da doação, dada a ausência de bilateralidade das prestações. Assim, a parte que trata de doação no Código Napoleônico está posicionada ao lado do testamento no *Livre Troisième – Des différentes Manières dont on Acquiert La Propriété Dispositions Générales, Titre II – des Donations entre Vifs et des Testaments*.
  - 17 Espanha. Código Civil Espanhol. 1889. Título. III De la donación. Capítulo Primero. De la naturaleza de las donaciones. Artículo 618. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta; Francia. Código Civil Francés. Article 894 *En savoir plus sur cet article.. La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.*
  - 18 Nessa linha, ensina Menezes Leitão (2010, p. 216) que: apesar de suas características especiais, o legislador não deixou de incluir no conceito de doação a figura da doação remuneratória, referindo o art. 941 que é considerada doação a liberalidade remuneratória de serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de dívidas exigíveis. Está-se perante uma situação em que o doador recebeu determinados serviços, os quais não têm, porém, a natureza de dívidas exigíveis. No entanto, o facto de o doador ter ficado grato pela recepção do serviço, leva-o a querer remunerar quem lho prestou, ainda que em termos jurídicos a isso não seja obrigado. La transferencia debe ser a título gratuito. Es decir hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de um terceiro. (BORDA, 2000, p. 548).
  - 20 Segunda Seção Cível do Tribunal da Relação de Coimbra, no Recurso de Agravo n. 2908/03, vindo do 1º Juízo Cível do Tribunal da Comarca de Leiria (alimentos provisórios n. 4746/03.3).
  - 21 Portugal, Código Civil, Art. 2034º (Incapacidade por indignidade). Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:
    - a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
    - b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
    - c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
    - d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.
  - 22 Art. 2166º – (Deserdação) 1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legítimo, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências:
    - a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão;
    - b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas;
    - c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.
  - 22 Nesse sentido Paula Barbosa (2008, p. 126) explica que: Cumpre aqui referir que a convenção antenupcial poderá ser qualquer escritura pública celebrada pelos nubentes, que perceba a celebração do casamento e seja

- realizada em vista deste, pelo que poderá haver não só uma, mas várias convenções antenupciais entre os nubentes.
- 23 Nesse sentido, explica Jones Alves (2012, p. 585-586): *Trata-se a exemplo do art. 542, de doação sob condição suspensiva, que, na dependência de fato futuro e incerto, somente se aperfeiçoa com o evento. O casamento é a condição [...] A dispensa da formalidade de aceitação – explica Clóvis Beliláqua – ‘resulta, naturalmente, da realização do casamento’. Subordinados àquela condição, os donatários, ao celebrarem núpcias entre si, estarão a implementando, de tal modo que, tornando efetiva a doação, há de ser entender tácita a aceitação.*
- 24 Nessa linha, Menezes Leitão (2010, p. 225) explica *salvo estipulação em contrário, os bens doados por um dos esposados ao outro são considerados bens próprios do donatário, seja qual for seu regime matrimonial. Assim, mesmo que os cônjuges tenham estipulado a comunhão geral de bens, nem por isso os bens doados por um dos esposados ao outro deixarão de se considerar bens próprios, por a lei presumir que neste caso a intenção do doador não é ficar com comunhão no bem doado. Daí que esta regra admita estipulação em contrário e nem sequer tenha aplicação ao caso de bens doados por terceiro aos esposados.*
- 25 *Trata-se de importante exceção que se justifica fundamentalmente pelo perigo do abuso de influência de um cônjuge sobre o outro. [...] Efectivamente, o beneficiário da doação para casamento não é apenas donatário, mas também e principalmente a família dele, em atenção à qual a lei favorece tais doações. Não seria justo que por um acto do donatário, viesse a sofrer todo o seu agregado familiar.* (BASTOS, 1978, p. 232).
- 26 Diz o Professor sobre a doação entre cônjuges: *além de se dever entender que uma liberalidade a favor do cônjuge é, geralmente, encarada como uma forma de beneficiar o outro e não lhe antecipar quaisquer direitos sucessórios.* (COELHO, 1992, p. 292-293).
- 27 Citando Rita Lobo Xavier, Paula Barbosa (2008, p. 138) escreve que *pode ser ainda apontada uma função compensatória ou de retribuição às doações entre cônjuges. Na verdade, sobretudo, quando o regime convencionado é o da separação, um dos cônjuges pode pretender fazer ao outro uma doação como forma de o fazer participar nos seus proventos.*
- 28 *Efetivamente, se a doação entre casados abrangesse bens comuns, eles seriam transformados em bens próprios do donatário, com possibilidade de voltarem a ser comuns se a doação fosse revogada. Também se os bens doados se integrassem na comunhão, a revogação da doação entre casados devolver-lhes-ia o estatuto de bens próprios do doador, gerando-se assim, uma incerteza constante quanto aos bens que efectivamente integram o património comum dos cônjuges, com o qual contam os seus credores comuns para satisfação dos seus créditos* (LEITÃO, 2004, p. 229).
- 29 *Esta solução resulta do facto de, dada a comunhão de vida que existe normalmente entre cônjuges, dificilmente se pode considerar que a tradição da coisa para o donatário corresponda a um efetivo desapossamento do doador, não se podendo assim atribuir à tradição os seus efeitos normais, designadamente quanto à demonstração da seriedade da declaração do doador. Exige-se, por isso, para garantia de correspondência com a vontade deste, a celebração de um documento escrito.* (LEITÃO, 2004, p. 228).
- 30 Nesse sentido, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AR 310/PI, Rel. Min. Dias Trindade, publicado em 18/10/93.
- 31 Ver BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Súmula 377. *No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos a constância do casamento.*
- 32 Acerca da proporcionalidade das quotas no Direito espanhol, Ana Leal ensina: *Uma vez que operando a colação também na sucessão testamentária, a própria lei permite que o autor da sucessão distribua a herança de forma desigual, recorrendo ao instituto da mejora, e que os herdeiros forçosos sejam instituídos por qualquer título. Assim para estes autores, De Los Mozos e Muñoz Garcia a colação terá essencialmente, o objectivo de manter a proporcionalidade entre as quotas atribuídas em testamento pelo valor da sucessão, e a desigualação apenas poderá surgir como resultado da vontade do testador quando os herdeiros forçosos sejam instituídos em quotas desiguais, e não por mero efeito do próprio instituto.* (LEAL, 2004, p. 233).
- 33 Em relação à lei italiana o instituto funda-se na presunção de vontade do testador de conservar a igualdade de tratamento entre os filhos. *Tal igualdade não deve, no entanto, entender-se no sentido aritmético, em que cada co-herdeiro obtenha uma quota idêntica, mas sim em sentido proporcional em que cada co-herdeiro consiga bens em proporção da quota esperada e determinada por lei ou testamento, evitando-se que tal proporção possa vir ser alterada em favor de uns em prejuízo de outros, pelas liberalidades em vida feitas a um deles pelo ascendente.*
- 34 Nessa linha, Clóvis Beviláqua (2000, p. 439) explica: *presume-se, por isso, que as doações e vantagens, feitas pelos pais ou outros ascendentes àquelas pessoas destinadas naturalmente a suceder-lhes, são apenas antecipações das respectivas quotas hereditárias, adiantamentos das legítimas, que não de reverter ao acervo, submetendo-se, então, a uma medida de igualdade.*
- 35 O fundamento da colação pode residir quer na vontade presumida do autor da sucessão de apenas querer antecipar o quinhão hereditário do seu descendente, permitindo desse modo o gozo, o usufruir imediato dos bens, quer na vontade presumida do de cujus de determinar, por via da doação, o destino dos bens, retirando-os do âmbito aleatório da partilha, ou ainda noutras motivações que não correspondam à vontade de avantajar aquele descendente em face dos demais, ou ainda como resultado da conjugação de todas estas. (BARBOSA, 2008, p. 226-227).
- 36 *Tal instituto do Direito Sucessório tem por fundamento o significado social que é atribuído as doações em vida feitas a presuntivos herdeiros legítimos do doador, considerando-as como meras antecipação da herança. Ou seja, a lei faz assim presumir que qualquer doação feita em vida pelos pais apenas a um ou algum de seus filhos, não visa afectar ou lesar os demais filhos, prejudicando-os em relação aos beneficiados.* (PORTUGAL, Tribunal de Relação do Porto, Apelação n. 4170/07. TBPRD.PI-2º secção, em 2.2.10, III).
- 37 Conforme Arthur Marques e Helder Rui Leitão (1968, p. 250).
- 38 Ainda nesse raciocínio, Leal-Henriques (2001, p. 80) afirma que o fundamento da colação funda-se na presunção de que o autor da sucessão, ao propôr-se dar seguimento a qualquer benefício patrimonial em favor de um seu descendente, não pretendeu, em rigor, fazer com que o contemplado viesse a receber mais do que os restantes quando a sucessão fosse aberta, mas antes fazer um adiantamento daquilo que um dia lhe viesse tocar.
- 39 Continua o autor, explanando quais são essas outras liberalidades citando Pontes de Miranda (1984; 2012, p. 2200): *Diz-se doação direta a que é feita a alguém em cumprimento exclusivo de prestação de liberalidade. Na doação indireta, quando se consegue prestar o que seria doável, através do outro ato, inclusive ato-fato-jurídico. Por exemplo: o doador renuncia algum direito, ou paga a dívida do beneficiado. A doação dissimulada é a doação que se fez como outro negócio jurídico.*
- 40 A autora também exemplifica as doações indiretas *pagamento de dívida de dívida herdeiro necessário; renúncia a alguns direitos; a remissão de dívida; a compra de bem em nome dele; construção; construção de prédio em terreno do descendente.* (DIAS, 2008, p. 573).
- 41 Também devem ser conferidos os frutos da coisa doada, mas apenas se tiverem sido percebidos desde a abertura da sucessão – art. 2111º, pelo que os frutos percebidos antes dessa data pertencem ao donatário. Este é, aliás, equiparado quanto a benfeitorias ao possuidor de boa-fé, sendo-lhe aplicável o disposto nos arts. 1273º e ss. (art. 2115). Assim, o donatário tem direito ao reembolso das benfeitorias necessárias, bem como a levantar as benfeitorias úteis efectuadas na coisa, se o puder fazer sem detrimento dela, ou à sua restituição segundo o enriquecimento por despesas, na hipótese contrária (art. 1273º). Quanto às benfeitorias voluptuárias, o seu levantamento dependerá de este poder ser feito sem detrimento da coisa (art. 1275º.) (LEITÃO, 2010, p. 239).
- 42 Alexandre de Oliveira explica: *outras exclusões previstas no ordenamento dizem respeito aos gastos ordinários com os descendentes, fruto de despesas com educação, alimentação, vestuário, saúde, ou seja, relativas ao sustento em geral, bem como estão excluídas também as despesas com as bodas e todo o enxoval, bem como os gastos em defesa de processo criminal, ou remuneratórios de serviços prestados ao autor da herança.* (OLIVEIRA, 2010, p. 705).
- 43 Conforme Tribunal de Relação do Porto em Apelação, Rel. Bessa Pacheco proc. n. 9451005 em 27/04/1995.
- 44 119 – Art. 2.004: *para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do caput do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao património do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu património, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efectivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).* Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2012.
- 45 Em relação ao Enunciado 119 da I Jornada de

- Direito Civil, posiciona-se Alexandre Miranda de Oliveira: vejamos o simples caso em que dois irmãos recebem um lote, no mesmo quarteirão, onde o primeiro conserva o lote por 20 anos e o segundo vende, ou perde logo em seguida. Com o passar dos anos, a região se valoriza, aumentando consideravelmente o valor do imóvel. Adotando a sistemática do enunciado e do Recurso Especial n. 595.742, o irmão que conservou o bem terá que trazê-lo à colação no valor da data da abertura da sucessão e o irmão que perdeu, simplesmente atualizará o valor do bem, pois não mais o possui. Ora, quem está enriquecendo neste caso será o filho pródigo, pois a doação feita ao irmão será colacionada em valor superior a sua. Não se trata aqui de presunção de má-fé do herdeiro como atacado no julgamento do referido recurso, mas de adequar os efeitos patrimoniais; tanto está equivocada a decisão que, **mutatis mutandis**, baste fazermos o raciocínio contrário: imagine que o lote sofre uma forte desvalorização devido à invasão do terreno vizinho. Neste caso, o **filho pródigo**, sairá prejudicado, uma vez que o valor atualizado do imóvel vendido anos atrás será superior ao valor atual, na abertura da sucessão, do imóvel conservado. (OLIVEIRA, 2010, p. 707).
- 46 Não se justificaria que o cônjuge sobrevivente, chamado conjuntamente à herança com os descendentes, aproveitasse do aumento da massa partilhável, pela imputação das liberalidades nos quinhões hereditários dos descendentes sujeitos à colação, estando ele, ao invés e sem razão, normalmente dispensado de fazê-lo, uma vez que, no silêncio do de cujus, as liberalidades que lhe fossem feitas integrariam a quota disponível do autor da sucessão, por não estarem sujeitas à colação. Depois, porque mesmo do ponto de vista da vontade presumida do autor da sucessão, uma vez que o cônjuge sobrevivo passou a ser presuntivo herdeiro legítimo, parece razoável admitir a presunção jurídica, com a qual o de cujus deve contar, de que no silêncio deste as liberalidades feitas em vida ao cônjuge ou aos descendentes constituem uma mera antecipação do quinhão hereditário de todos eles, até porque há interesses sociais no sentido de não facilitar a discriminação entre os herdeiros prioritariamente chamados. E, mais do que isso, a própria colação tem estado também, e de modo activo, ao serviço de razões de equidade social para efeito de tratamento sucessório igualitário dos herdeiros forçosos, normal e prioritariamente chamados à sucessão. (SOUSA, 1980, p. 338 e ss.).
- 47 Explica o autor: Ao fazer doações ao outro cônjuge, o doador terá tido uma intenção semelhante: a de lhe assegurar, por sua morte, a fruição de certos bens mais importantes para o nível de vida do casal, ou a que o outro tivesse sentimentalmente mais ligado. Terá querido preencher qualitativamente a legítima do outro cônjuge. Para obter este resultado não será necessário eximir as referidas doações ao instituto da colação. (CAMPOS, 1980, p. 145).
- 48 Em relação à posição dos ascendentes ensina: Os ascendentes presumivelmente não sobreviverão ao doador. Nestes termos, as doações de que tenham sido beneficiários não se devem entender por conta de uma legítima nunca, pela ordem natural das coisas, nunca virão a receber. (CAMPOS, 1980).
- 49 É chocante que o cônjuge concorra com os descendentes, e estes estejam sujeitos à colação e o cônjuge não. Para além de uma posição já tão injustamente beneficiada, dar-se-lhe-ia ainda a vantagem de não entrar em conta as liberalidades em vida, em que da mesma forma não há que presumir que o autor da sucessão tenha querido desigualar ainda mais os descendentes do cônjuge. (ASCENSÃO, 2000, p. 532).
- 50 Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 1. fev. 2012.
- 51 Diante do ordenamento jurídico brasileiro, com as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, entende-se que o cônjuge sobrevivente – salvo se tiver sido dispensado disso pelo doador – deve trazer à colação as doações recebidas do outro cônjuge, quando for chamado à herança concorrendo com os descendentes do finado (arts. 1.829, I, e 1.832). E esse meu parecer não se baseia apenas em analogia, mas nos princípios gerais de direito, em razões de equidade, justiça, bem como na norma expressa e inequívoca do art. 544. Não pode o intérprete, ao interpretar, desconhecer, omitir, como se não existisse no Código Civil um preceito redigido de forma tão clara e precisa, determinando que a doação de um cônjuge a outro importa adiantamento do que lhe cabe por herança. A conclusão poderia até ser do conselheiro Acácio, campeão das obviedades, imortal personagem de *Eça de Queirós*: ‘Se é assim, e assim é, a colação é necessária’. (VELOSO, 2011, p. 99).
- 52 Brito preleciona que a colação é um dos importantes institutos jurídicos presentes no Direito Sucessório e tem como principal finalidade restabelecer a igualdade rompida, eventualmente, em vista de doação feita pelo falecido a um dos herdeiros em detrimento do direito de outro herdeiro, ainda em vida. Daí dizer-se que para haver colação, mister se faz a verificação de três requisitos, a saber: ser descendente, cônjuge sobrevivente e donatário. A dúvida surge em razão do disposto no art. 2.002, do Código Civil. Ali se tem o seguinte: 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. Uma análise sistemática, por outro lado, conduz-nos a outra direção. O art. 2.003, por exemplo, diz: 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 possuírem os bens doados. Nesse dispositivo, como se vê, o legislador falou expressamente no cônjuge sobrevivente. De fato, pela redação do dispositivo, o cônjuge supérstite tem direito a requerer a igualdade na legítima, em relação aos descendentes. Ora, se tem esse direito, então, deve também trazer à colação os bens que recebeu por liberalidade do cônjuge falecido. Se tem o direito, também tem que suportar o ônus, para se evitar situações injustas. Disponível em: <http://mosso-ro.esmarn.org.br/de\_fato\_de\_direito/jornal/index.php?noticia=not\_04.12.05>. Acesso em: 2. dez. 2011.
- 53 A imposição de conferência tem cabimento somente quando o cônjuge comparece à sucessão como herdeiro concorrente. Esta é a única hipótese que justifica o dever de colação. A fração da herança recebida a título de concorrência sucessória é direito sucessório (CC 1.829 I e II). O cônjuge deve trazer à colação as doações recebidas do outro cônjuge, quando for chamado à herança concorrendo com os descendentes do finado. (DIAS, 2008, p. 569).
- 54 Em primeira leitura do art. 2.002, do CC/2002, poderia se entender que o dever de colação estaria restrito aos descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum, restringindo assim a legitimidade, ativa e passiva, apenas aos descendentes do morto. Esta leitura deve ser ampliada no caso de sobrevivência do cônjuge, pois este passou a ser herdeiro do falecido em decorrência do regime de bens adotado (art. 1.829), desde que obedecidos os requisitos e circunstâncias; o mesmo se aplica ao companheiro (art. 1.790); neste último caso, a herança se restringe apenas aos bens comuns, mas não podemos esquecer aqui também do parceiro sobrevivente em relação homoafetiva, sob pena de negarmos efetividade à própria Constituição da República que tutelou todos os tipos de unidades familiares. (OLIVEIRA, 2010, p. 701).

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. BGB. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2012.
- ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil comentado*. Coordenação: Ricardo Fiúza, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 3. ed. Saraiva, 1980.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra, 2000.
- BARBOSA, Paula. *Doação entre cônjuges*: enquadramento jus sucessório. Almedina, 2008.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Direito da família*: segundo o Código civil de 1966. Lisboa: Petrony, 1978.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BORDA, Guillermo. *Manual de contratos*. 19. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AR 310/PI*, Rel. Min. Dias Trindade, publicado em 18.10.93. Disponível em: <www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 2 fev. 2012.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas\_inferiores/regimento\_interno\_e\_sumula\_stf/stf\_0377.htm>. Acesso em: 4 fev. 2012.
- \_\_\_\_\_. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2012.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2012.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Disponível em:

<[http://mossoro.esmarn.org.br/de\\_fato\\_de\\_direito/jornal/index.php?noticia=not\\_04.12.05](http://mossoro.esmarn.org.br/de_fato_de_direito/jornal/index.php?noticia=not_04.12.05)>. Acesso em: 5 nov. 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. Família e sucessões. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 56, Coimbra, 1980.

COELHO, F.M. Pereira. *Direito das sucessões*. Coimbra: 1992.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESPAÑA. *Código Civil Español*. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDE-XCC.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

FERRÃO, Antônio d'Ábrances. *Das doações segundo o Código civil português*. v. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1911.

FIUZA, Ricardo. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA. *Code Civil Français*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e seus efeitos no direito de família e das sucessões*. São Paulo : Saraiva, 2007.

ITÁLIA. *Codice civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa. *A legítima do cônjuge sobrevivente: estudo comparado hispano-português*. Almedina: 2004.

LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Direito sucessórios e processo de inventário*. 2. ed. Lisboa: Rei dos livros, 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. III, 2. ed. Almedina, Coimbra: 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações: contrato em especial*. 7. ed. v. 3, Almedina: 2010.

MARQUES, Arthur; LEITÃO, Helder Rui. *Direitos das sucessões segundo as preleções do Senhor Doutor Pereira Coelho ao 4º. Ano jurídico de 1966-67*. 3. ed. Coimbra: Unitas Cooperativa Acadêmica de Consumo, 1968.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda. *Da colação e sonnegados*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

OLIVEIRA, Euclides. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

\_\_\_\_\_. *Colação de bens*. Abril, 2004. Disponível em: <<http://www.familiaesucessoes.com.br/?p=879>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

PORTUGAL. Acórdão n. 0026617 de Tribunal da Relação de Lisboa, 8 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-22772518>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Segunda Seção Cível do Tribunal da Relação de Coimbra. *Recurso de Agravo n. 2908/03*, vindo do 1º Juízo Cível do Tribunal da Comarca de Leiria (alimentos provisórios n. 4746/03.3).

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://www.trp.pt/jurisprudenciavel/civel\\_4179/07.2tbprd.p1.html](http://www.trp.pt/jurisprudenciavel/civel_4179/07.2tbprd.p1.html)>. Tribunal de Relação do Porto, Apelação n. 4170/07. TBPRD.PI-2º secção. Acesso em: 2 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/a4f35a530701aa778025686b0066af9a?OpenDocument>>. Tribunal de Relação do Porto em Ape-

lação, Rel. Bessa Pacheco proc. n. 9451005 em 27.04.1995. Acesso em: 2 abr. 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Sobre doação modal. *Direito*, ano 122, III-IV, jul.dez./1990, Lisboa.

SOUSA, Rabindranath Capelo. *Lições de direito das sucessões*. V. II, n. 40.5.2. Coimbra: 1980.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: 1996.

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2199.

\_\_\_\_\_. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Artigo recebido em 1/2/2013.

Artigo aprovado em 14/5/2013.