

**DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE OU DE UM
CÔNJUGE/COMPANHEIRO AO OUTRO: ANTECIPAÇÃO DE HERANÇA E NÃO
DE LEGÍTIMA¹**

**DONATION FROM ASCENDANT TO DESCENDANT OR FROM ONE
SPOUSE/LIFE PARTNER TO THE OTHER: ADVANCEMENT OF
INHERITANCE, NOT OF FORCED SHARE**

Leandro Reinaldo da Cunha²

RESUMO: O objetivo de igualdade faz-se presente também no âmbito sucessório, havendo a previsão legal de que, salvo disposição expressa em contrário, os herdeiros acessem montantes iguais da herança do falecido, estabelecendo, com esse fim, que atos que importem em adiantamento de herança sejam considerados no momento do inventário exatamente para evitar essa disparidade. O art. 544 do Código Civil considera que a doação realizada de ascendente para descendente ou de um cônjuge/companheiro em favor do outro importa em adiantamento da herança, contudo ainda segue-se considerando tais liberalidades como se fossem antecipações de legítima, conforme preconizado no Código Civil de 1916. Tal impropriedade técnica enseja consequências que podem impactar tanto em direitos dos herdeiros como de terceiros.

Palavras-Chave: Doação; Antecipação de herança; Antecipação de legítima.

ABSTRACT: The principle of equality is also present in the succession context, with a legal provision stating that, unless expressly stated otherwise, heirs should receive equal shares of the deceased's estate. To achieve this goal, acts that involve the advancement of inheritance are considered at the time of the probate precisely to prevent such disparities. Article 544 of the Civil Code states that donations made from ascendant to descendant or from one spouse/life partner to the other constitute an advancement of inheritance. However, these donations are still treated as advancements of forced share, as stipulated in the 1916 Civil Code. This technical inaccuracy has consequences that can impact both heirs and third parties' rights.

Keywords: Donation; Advancement of inheritance; Advancement of forced share.

¹ O presente texto é um desdobramento de um dos capítulos que sustentam a obra Sucessões: Colação e Sonegados publicada em 2022 pela Editora Foco.

² Professor Titular-Livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Pós doutor e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Vice-Presidente e investigador da Rede Visões Cruzadas sobre a Contemporaneidade (Rede VCC). Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Líder dos grupos de pesquisa “Conversas Civilísticas” e “Direito e Sexualidade”. <https://orcid.org/0000-0003-2062-2184>. E-mail: leandro.reinaldo@ufba.br.

1 INTRODUÇÃO

As relações familiares, além dos aspectos existenciais tão em voga nos tempos atuais, sempre estiveram fortemente assentadas, sob a perspectiva jurídica, em elementos patrimoniais, norteadores clássicos da legislação civil oitocentista.

Dentre os muitos pontos relevantes que podem envolver as relações entre os componentes de uma família ressalta-se um que especificamente tem um enorme potencial de ensejar grandes discussões familiares mas que não recebe a devida atenção de nossa doutrina e do Judiciário: a doação de ascendente em favor de descendente ou de um cônjuge/companheiro a outro.

A liberalidade firmada que contenha tais partes apresenta pontos de contato com o Direito Contratual, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. Trata-se de situação *sui generis* em que o microcosmo das entidades familiares se encontra com o árido e nem sempre aprazível universo dos contratos, permeados por nuances sucessórias.

É recorrente a ocorrência de relações negociais entabuladas por pessoas da mesma família, no entanto são rotineiramente envoltas por uma informalidade maior do que nas demais hipóteses, especialmente pela sensação de que a proximidade familiar ensejaria uma desnecessidade de elaboração de “contratos formais”, lastreado na falsa compreensão socialmente difundida de que contratos apenas seriam firmados de maneira formal e escrita.

Assim, ainda que nem sempre tais pessoas se deem conta disso, as avenças por elas realizadas que tenham natureza negocial serão balizadas por um regramento com contornos bastante técnicos, desdobramentos complexos e efeitos juridicamente relevantes. Entre esses atos está, exatamente, a liberalidade transferindo bens de ascendente para seus descendentes ou de um cônjuge/companheiro a outro. Por se tratar de algo bastante usual e até mesmo associado com certos deveres que conectam esse doador com o donatário, pouca atenção se confere a tal sorte de negócio jurídico.

Contudo essa é uma hipótese contratual tão relevante que o legislador expressamente traz considerações especiais sobre ela, gerando uma presunção que pode ter enorme impacto, sobretudo após a morte do doador. O texto aparentemente singelo do art. 544 do Código Civil conduz ao erro de se atribuir a ele uma atenção meramente superficial, com a doutrina destinando poucas palavras ao tema, o que

tem ensejado sérios equívocos técnicos, com consequências para o donatário, herdeiros e até mesmo terceiros.

Visando propor a apreciação do tema com a profundidade que entendo necessária, o presente texto é um convite à doutrina e ao Judiciário para que se detenham a contemplar o disposto no art. 544 do Código Civil e atribuir-lhe a devida inteligência.

Feito o convite, essa é a minha contribuição doutrinária.\

2 A DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE OU DE UM CÔNJUGE/COMPANHEIRO A OUTRO

A doação, uma das mais tradicionais e basilares modalidades contratuais existentes, é entendida como a liberalidade praticada pelo proprietário que transfere bens ou vantagens em favor de outrem, sem qualquer contrapartida, conforme preconizado no art. 538 do Código Civil. Fundada no *animus donandi*, materializa-se, de regra, por meio de escritura pública ou instrumento particular, salvo quando tenha por objeto bens móveis e de pequeno valor, hipótese em que dispensa-se a forma escrita (art. 541 do Código Civil).

Apesar de toda a legislação existente é prevalente a visão coloquial associada à ideia de que tal ato configura-se como a mera entrega de um presente, o que seria merecedor de pouca atenção social. Quando praticado no contexto familiar, particularmente em favor de descendentes ou do cônjuge/companheiro, aparenta a muitos que sequer goza de relevância jurídica.

Tal percepção parece ser reforçada pela ausência de imposição de manifestação dos demais herdeiros no sentido de anuir com sua realização, como ocorre em sede de contrato de compra e venda (art. 496). Enquanto a compra e venda realizada por descendente é anulável caso não haja o consentimento expresso de outros descendentes e cônjuge do alienante, inexistente tal requisito para os casos de doação, o que pode transmitir a falsa impressão de que esse seria um contrato de menor importância.

Todavia a dispensa da concordância dos demais descendentes e cônjuge não se funda em uma menor valorização desse contrato. Em verdade não há a previsão

consentimento por contar com efeitos bastante severos, mas que apenas serão verificados quando do falecimento do doador, já que “aquele bem objeto do negócio jurídico não desfalcará o conjunto patrimonial do doador, nem mesmo prejudicará os demais herdeiros na partilha, pois, ao menos de forma ficta, para fins sucessórios ele continuará no conjunto patrimonial deixado pelo falecido a ser dividido pelos herdeiros” (Cunha, 2022, p. 7).

Tal assertiva decorre do que consta do art. 544 do Código Civil que estabelece expressamente que “a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Há, portanto, no Código Civil de 2002, um regramento relacionado à doação quando tenha por destinatário descendente ou cônjuge. Tal sorte de previsão já existia, em estrutura similar, mas não idêntica, no Código Civil de 1916.

De pronto cabe a suscitar que, mesmo não estando expresso, consideramos aplicável o disposto no art. 544 do Código Civil também em caso de doações realizadas em favor de companheiro(a), ante a igualdade firmada na Constituição Federal, bem como com base na tendência demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de equiparação de cônjuge e companheiro quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil (RE 646.721/RS e RE 878.694/MG). Dessa forma essa equiparação será considerada na sequência do presente trabalho.

Especificamente no que concerne à doação em favor de cônjuge/companheiro faz-se pertinente também a análise do regime de bens que rege aquele matrimônio/união estável. A comunicabilidade patrimonial imposta pelo regime de bens pode afastar a possibilidade de validade de uma doação praticada de um cônjuge/companheiro ao outro, pois o bem pode acabar retornando ao patrimônio do próprio doador, não cumprindo a premissa básica do contrato de doação de transmitir a propriedade para outrem.

Se, de outra sorte, tratar-se de casamento/união estável regida por regime de bens que não imponha a comunicabilidade plena (separação total de bens, separação obrigatória de bens, participação final nos aquestos e comunhão parcial de bens) mostra-se perfeitamente admissível a doação em favor de cônjuge/companheiro, “desde que a liberalidade não agrida o regime de bens escolhido” pelos cônjuges/companheiros (Gagliano, 2023, p. 232).

Esse entendimento pode ser extraído das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que já ponderou ser incompatível com o regime da comunhão universal de bens a doação de um cônjuge em favor do outro, considerando-a “nula, por impossibilidade jurídica do seu objeto” (AR 310/PI, 2.^a Seção, Rel. Min. Dias Trindade, j. 26.05.1993, DJ 18.10.1993, p. 21.828), “na medida em que a hipotética doação resultaria no retorno do bem doado ao patrimônio comum amealhado pelo casal diante da comunicabilidade de bens no regime e do exercício comum da copropriedade e da composses” (REsp 1.7870.27/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2020, DJe 24.04.2020).

Em sede de regime da separação obrigatória, como bem ressalta Tartuce, de se consignar que tanto o Enunciado n. 654, da IX Jornada de Direito Civil, quanto o Enunciado n. 82, da I Jornada de Direito Notarial e Registral, afirmam expressamente a validade de tais doações. De se entender, também, ser perfeitamente possível tal modalidade de doação caso tenha por objeto bens que não incluídos na comunhão universal, como aqueles de uso pessoal (Tartuce, 2023, p. 400) ou que estejam gravados com cláusula de incomunicabilidade, como ressalta Zeno Veloso (2018, p. 267-268, apud Gagliano, 2023, 236).

Superada questão atrelada à presença do cônjuge/companheiro, pode-se afirmar que, conforme se extrai do art. 544 do Código Civil, a liberalidade praticada pela pessoa em favor de seu filho(a), neto(a) ou demais descendentes, bem como a seu cônjuge/companheiro, haverá de ser compreendida como adiantamento daquilo que esse donatário apenas teria direito em razão da morte do doador.

Isso significa dizer que a doação nesses casos perde a natureza de mera liberalidade e transmuda-se em uma transmissão de herança antecipada, sendo uma transmissão *mortis causa* com efeitos prévios à morte. É uma sucessão antecipada, ainda que do contrato conste a alcunha de “contrato de doação”, tenha contornos desse contrato e com ele se pareça.

O que se nomeou de doação transfigura-se em um adiantamento de herança e o donatário deixa de ser mero destinatário de uma liberalidade qualquer. A ele se está a antecipar sua herança. Não está recebendo doação, mas sim herança.

Assim o art. 544 do Código Civil retira tal negócio jurídico da esfera ordinária, conferindo-lhe uma natureza especialíssima, ao afirmar, de forma peremptória, que a doação praticada de ascendente para descendente ou de cônjuge/companheiro a

outro importa em adiantamento do que lhes caiba por herança. Não é mais uma mera liberalidade, pois apresenta um nascedouro claro e definido, qual seja, o adiantamento da herança (Cunha, 2022, p. 9).

Essa previsão acaba por fazer com que o se descreveu como sendo uma doação seja, em verdade, um negócio jurídico gratuito que apenas se consolidará mediante a verificação de um evento futuro incerto (a existência de herança quando da morte do doador), com relevantes impactos sucessórios.

A doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro é, portanto, a entrega antecipada do que apenas receberia quando da morte do doador, em razão da sua condição de herdeiro, afirmação essa que impõe algumas considerações.

2.1 Possibilidade de afastamento da incidência do art. 544

Em que pese o conteúdo do art. 544 do Código Civil determinar que a doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro importa em adiantamento de herança é evidente que o doador pode, valendo-se de sua autonomia, estabelecer o afastamento da regra ali contida, lastreado no *pacta sunt servanda* e na liberdade de estabelecer os termos do negócio jurídico firmado. O disposto no referido artigo apenas faz-se cogente quando nada for estipulado em contrário, sendo, portanto, a sua aplicação subsidiária.

Da mesma forma que o testamento prevalece à sucessão legítima, impondo-se os parâmetros da lei apenas se a herança restar, total ou parcialmente, “*ab intestato*”, a manifestação de vontade do doador sobrepõe-se à previsão de que a doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro importa em adiantamento da herança. Assim só se consubstanciará em adiantamento de herança em não havendo qualquer manifestação do doador que a contrarie, ensejando uma presunção *iuris tantum* quando “o autor da benesse não se pronuncia” (CUNHA, 2022, p. 12).

A possibilidade do afastamento do contido no art. 544 é consolidada em nossa doutrina e jurisprudência, todavia face à não consideração do texto exato do referido artigo surge o imperativo de se tecer algumas ponderações complementares ao que se tem por posto.

O entendimento tradicional traz que o doador pode determinar que o objeto da liberalidade será considerado integrante da disponível e, com isso, refutar a necessidade de que venha à sucessão para fins de igualação de legítima, como expressamente autorizado pelo art. 2.005 do Código Civil. Essa indicação, nos termos do art. 2.006 do Código Civil, pode constar da própria liberalidade ou de testamento, sendo que parcela da doutrina (Lôbo, 2018, p. 68; Rizzardo, 2019, p. 627; Oliveira, 2021), à qual nos filiamos, pondera que também será válida quando constante de qualquer outro ato autêntico, especialmente porque “o texto legal não veda outras formas de dispensa do dever de colacionar” (Cunha, 2022, p. 77).

Com o próprio legislador tratando abertamente da possibilidade da dispensa do dever de colacionar fica evidente que, em manifesta atenção ao princípio da autonomia e priorizando a vontade do doador (Cunha, 2022, 75), é mister se entender que a ele oferta-se o poder vetar a incidência do art. 544 do Código Civil como um todo, afastando não só o dever de colacionar (art. 2.006), mas também qualquer vinculação da liberalidade praticada com uma sucessão futura.

A primeira hipótese que se vislumbra é a mais clássica na qual o doador determina que doação seja considerada como extraída da parte disponível, no que se convencionou denominar de “cláusula de exclusão do dever de colacionar”, expressão rechaçada por Pontes de Miranda, que assevera não ser possível se pré-excluir o dever de colacionar, entendendo tratar-se meramente de uma inclusão da doação no *quantum* disponível (1968, p. 137). Seja como for, ao valer-se de tal direito, o doador eximirá o donatário de apresentar o objeto da doação com o fim de igualar legítimas (Oliveira, 2007, p. 389), revelando o manifesto interesse de beneficiar aquele herdeiro de maneira diferenciada, com uma parcela maior da herança (Venosa, 2023, 814).

Imperioso se faz, porém, afirmar que a dispensa do dever de colacionar ou a determinação de que a doação seja retirada da parte disponível não afasta, em verdade, o disposto no art. 544 do Código Civil, pois, em caso, nenhuma menção há quanto ao adiantamento da herança previsto no referido artigo. Dessa forma, o donatário pode até estar “dispensado de recompor o acervo para igualar”, contudo essa cláusula não o libera, por exemplo, de “eventualmente restituir o valor recebido para saldar dívidas do falecido, as quais devem ser quitadas antes de se definir qual a herança a qual ele tem direito” (Cunha, 2022, p. 78), já que o que recebeu, de forma adiantada, foi herança e não legítima.

A segunda possibilidade que se vislumbra é que o doador afirme que a doação há de ser tida como uma antecipação da legítima, vez que, com base no texto do art. 544 do Código Civil, o que se adiantou foi a herança. O adiantamento de legítima, regra sob a égide do art. 1.171 do Código Civil de 1916, agora só incidirá se houver manifestação expressa do doador, razão pela qual faz-se coerente que ele expressamente suprima a regra do Código Civil atual para que a liberalidade importe em adiantamento de legítima e não de herança.

Finalmente é de se entender ainda que cabe ao doador a possibilidade de simplesmente asseverar que a doação que está a praticar não tem qualquer relação com aspectos sucessórios, refutando plenamente a existência de qualquer sorte de vinculação da doação com a herança, não antecipando nada do que só se fará jus quando da morte do doador.

Não se pode olvidar, todavia, que qualquer determinação afastando a incidência do disposto no art. 544 do Código Civil pode, eventualmente, perder sua eficácia pela revogação do testamento em que foi instituída (Cateb, 2015, 387; Cunha, 2022, p. 77-78), ou por ato específico com esse fim, o que acarretará na volta da aplicação da regra de que a doação importa em adiantamento da herança. Acresça-se também que tais manifestações apenas farão sentido se houver algo a ser partilhado (Pontes De Miranda, 1968, p. 312-313).

Em suma, com a atual redação da legislação confere-se ao doador possibilidades distintas: (i) nada dizer e sua doação seguir o regramento previsto no art. 544 do Código Civil, importando em “adiantamento do que lhes cabe por herança”; ou manifestar-se expressamente e afastar a regra positivada, determinando que a liberalidade (ii) há de ser retirada da parte disponível ou (iii) que ela integra a legítima, podendo, ainda, (iv) suprimir totalmente o art. 544 do Código Civil determinando que o ato não encontra qualquer relação com aspectos sucessórios. (Cunha, 2022, 79)

2.2 Doação com elemento acidental

Como já asseverado anteriormente a doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro apresenta caracteres especialíssimos, pois está, em razão da lei, atrelada a parâmetros que a diferencia totalmente da figura ordinária da doação.

Como já pontificado tem o nome de doação mas em verdade é uma sucessão antecipada.

Essa “pseudo doação” é, em verdade, um negócio jurídico gratuito vinculado a uma condição resolutive bastante específica. Quando do falecimento do doador há de existir, efetivamente, alguma herança a ser destinada ao donatário, pois, se não houver, é de se entender que o que se adiantou não poderia ter sido antecipado (Cunha, 2022, p. 9). O negócio jurídico gratuito realizado apenas se consolida quando se constatar a existência, em evento futuro ao qual se vincula (a morte do doador), de herança em favor do seu beneficiário.

O art. 544 do Código Civil impõe uma condição, atrelada ao direito sucessório, para que aquele negócio jurídico possa ser mantido. É preciso que a benesse recebida possa ser reconhecida como a herança (total ou parcial) à qual o donatário faz jus em razão da morte do doador.

Como bem salienta Maria Helena Diniz o donatário ao receber o objeto da liberalidade com a “selo” de antecipação de herança o faz sob a condição de que venha a trazer o montante recebido para consideração quando da partilha do patrimônio do doador, ou, ao menos, a descontar o valor equivalente de sua quota hereditária (Diniz, 2011, p. 250), o que enseja, obviamente, a necessidade de que ele tenha direito à herança, vez que apenas pode lhe ser adiantado algo que existe (Cunha, 2022, p. 9).

Para Orlando Gomes a doação que tem esses atores específicos nos postos de doador e donatário encerra uma hipótese de negócio jurídico vinculado a uma obrigação de restituir imposta pela lei ao donatário/herdeiro (2019, p. 226), em que pese tal dever estar necessariamente vinculado a questões que apenas poderão ser aferidas quando do falecimento do doador, pois pode acontecer de não se impor a restituição do bem (Cunha, 2022, p. 9).

Em que pese as breves considerações doutrinárias favoráveis (Dias, 2015, p. 616) e contrárias (Lôbo, 2018, 73) quanto a existência de uma condição resolutive no presente caso, entendo que estas não atingem o cerne trazido nesse momento. Com a disposição do art. 544 do Código Civil de que a doação para descendentes ou cônjuge/companheiro ensejaria adiantamento de herança (e não legítima) impõe-se a conclusão de que há efetivamente uma condição resolutive, imposta pela lei, de que exista herança a beneficiar o donatário.

Se a doação se deu como adiantamento do que lhes cabe por herança é imprescindível que essa herança exista e que esse donatário efetivamente tenha direito a ela para que a liberalidade possa manter-se íntegra, já que, de fato, pode o donatário não ser destinatário de nada em razão do falecimento do doador (Cunha, 2022, p. 9).

Assim surge como lógica básica que “se o que foi recebido de forma antecipada por doação, a título de ‘adiantamento do que lhe cabe por herança’, não tiver equivalência com o que efetivamente receberia, é imprescindível que se discuta a manutenção da doação na forma como realizada, ante a verificação da dissonância entre o que fora antecipado e o efetivo direito do herdeiro” (Cunha, 2022, p. 11).

Dessa forma, sob o prisma imposto pelo art. 544 do Código Civil, a doação realizada de ascendente para descendente ou de um cônjuge/companheiro em favor do outro está vinculada à condição de que exista herança a ser partilhada entre os herdeiros e que o donatário seja um deles.

2.3 Transmissão apenas da propriedade resolúvel

Outro ponto característico da doação em favor de descendente ou de cônjuge/companheiro a ser analisado recai sobre o tipo de propriedade que tal negócio jurídico transfere ao donatário. Nesse ponto sustento que, em verdade, não ocorre a transferência da propriedade plena do objeto da doação, mas somente a propriedade resolúvel (Cunha, 2022, p.8).

A diretiva imposta pelo art. 544 do Código Civil revela que, ao fim e ao cabo, a doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro pode se esvair, com o donatário sendo privado do bem recebido do doador. Se o que foi adiantado não “existir” no momento em que ocorre a situação que ensejaria o direito é de se entender que o que o donatário não faz jus ao que se antecipou (Cunha, 2022, p. 7), sendo-lhe retirada a propriedade do objeto da liberalidade ante ao implemento da condição (resolutiva) de que exista herança a ser partilhada à qual o donatário faça jus.

Se nada couber ao donatário a título de herança o que recebeu não poderá ser mantido nem como antecipação de herança, tampouco como de legítima, pois apenas

poderia ser-lhe adiantado algo que efetivamente existisse no momento oportuno. Somente com a abertura da sucessão pode-se verificar a existência de herança e, constatando-se que essa não há, impossível que tenha sido ela antecipada, resolvendo-se a propriedade transferida ante o implemento da condição resolutive, impondo o retorno do objeto da doação ao proprietário originário, restando o donatário sem qualquer propriedade.

Aquilo que é uma obviedade ululante no cotidiano torna-se, para alguns, de difícil compreensão no que tange à antecipação da herança, especialmente em razão de uma visão incrustrada de que o art. 544 do Código Civil seguiria determinando o que foi revogado. Mais uma vez reitero: não há mais antecipação de legítima, salvo manifestação expressa do doador, já que o Código Civil vigente prevê que a doação a descendente ou cônjuge/companheiro importa em adiantamento de herança.

Nenhuma dúvida pode pairar sobre a assertiva de que “não há como se discutir adiantamento de algo ao se considerar que a condicionante para tanto é que efetivamente venha a existir o que foi recebido de maneira prévia” e, caso “o donatário não venha a se constituir como herdeiro quando da morte do doador há a liberalidade de ser desfeita e o objeto do negócio jurídico retornar aos bens do falecido” (Cunha, 2022, p. 11).

Assim, é de se entender que o adiantamento de herança recebido pelo donatário apenas será mantido se (i) existir valor a ser partilhado entre os herdeiros e se (ii) ele for herdeiro, pois, se assim não for, a propriedade recebida deixará de existir, saindo o objeto da doação da sua esfera patrimonial.

2.3.1 DOADOR QUE NÃO DEIXA HERANÇA

A doação em antecipação de herança pode revelar-se um problema nos casos em que se constata, no momento da abertura da sucessão, que o falecido não apresenta qualquer bem passível de ser partilhado entre seus herdeiros. Ou que as dívidas do morto superam seus ativos, pois “não há herança quando toda ela está absorvida pelas dívidas deixadas pelo morto” (Madaleno, 2020, p. 369).

Se não há herança quando do falecimento como pode ter havido seu adiantamento?

Em tais circunstâncias é plausível se ponderar que o que foi antecipado haverá de ser considerado como “o” patrimônio deixado pelo falecido e sobre ele haverá de se estabelecer a sucessão.

Com o disposto no art. 544 do Código Civil entende-se que não mais basta, para a verificação da herança deixada pelo falecido, uma constatação atual da sua condição patrimonial, impondo-se uma aferição de todo o histórico de relações negociais entabuladas pelo *de cujus* a fim de se aferir se não há nada da herança que já tenha sido antecipado.

Tal levantamento surge como prioritário principalmente em sede de inventário negativo, pois permitirá que se ateste efetivamente que o falecido nada deixou a ser partilhado. Se, noutro giro, constatar-se a existência de um adiantamento de herança, impõe-se a abertura do inventário, “nem que seja para tratar da sucessão da porção objeto da doação” (Rizzardo, 2023, p. 423), caso não seja totalmente destinado a quitar os débitos do falecido (Cunha, 2023, 162).

Ainda que não seja essa a conduta ordinariamente adotada é premente que em sede sucessória se realize uma verificação acerca da existência de doações realizadas pelo falecido em favor de descendentes e cônjuge/companheiro, em algo que remete ao *due diligence*.

Fato é que se o que se adiantou ao donatário for mais do que lhe cabe como herdeiro do doador não poderá manter o que lhe foi antecipado, mesmo que isso signifique que nada restará da doação recebida (Cunha, 2022, p. 13).

A prevalência da doação realizada em adiantamento de herança pressupõe que o doador tenha deixado herança a ser partilhada entre seus herdeiros, sob pena de o donatário perder a propriedade do que lhe foi doado/adiantado.

2.3.2 DONATÁRIO QUE NÃO SE EFETIVA COMO HERDEIRO

A doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro, quando inexistente qualquer manifestação em contrário por parte do doador, conforme o disposto no art. 544 do Código Civil, “sustenta-se na perspectiva de que o donatário virá a ser herdeiro do doador, fazendo jus ao que se está a ele entregando em razão do fato de que haverá de ser destinatário de herança do doador” (Cunha, 2022, p. 13).

A premissa básica é, então, que só será consolidada a doação se o donatário restar devidamente configurado como herdeiro do doador no momento da abertura da sucessão, não havendo como “se considerar que se deu o adiantamento de algo se o indivíduo não teria tal direito quando da verificação da causa condicionante” (Cunha, p. 13).

De tal modo se o ato praticado dá-se em adiantamento de herança e o seu destinatário não é herdeiro, por não atender aos parâmetros da ordem de vocação hereditária ou por ter sido excluído da sucessão, a antecipação perde sua eficácia, havendo o objeto da liberalidade de retornar para ser partilhado entre aqueles que efetivamente têm direito à herança.

No mesmo sentido de que há de ser restituído o excesso quando se constata que o que se adiantou supera o direito do donatário é de se afirmar que se recebeu herança à qual não tem direito, há de devolver o recebido, seja no bojo do inventário ou mesmo em ação de petição de herança (art. 1.824).

Não constituindo-se o donatário em herdeiro não há como manter-se a concessão a ele de herança de qualquer natureza, nem mesmo em adiantamento, pois não lhe pode ser antecipado aquilo a que não tem direito. Se não pode ser destinatário de herança quando do falecimento do doador, por óbvio, também não pode beneficiar-se da antecipação dessa. Não ser herdeiro “gera não só o afastamento da herança que receberia, mas também daquela que lhe foi adiantada”. (Cunha, 2022, p. 14).

Reitere-se, novamente, que o objeto da discussão nesse instante incide sobre a questão do direito à herança de quem não é herdeiro, sem qualquer menção ao dever de colacionar de quem recebeu adiantamento de legítima. Mesmo que se afirme que não ser herdeiro lhe exime de colacionar (não pode ser compelido a conferir para igualar legítima se não herdar), ainda haverá de devolver aquilo que recebeu em antecipação de herança, já que não faz jus a ela (Cunha, 2022, p. 13).

Resta evidente, portanto, que só pode manter a herança recebida de forma adiantada aquele que efetivamente venha a ser herdeiro do doador.

2.4 Doação em favor de descendente no CC/16 e no CC/02

A repetição acrítica do que já se escreveu (Cunha, 2021) parece ser um dos maiores motivadores da grande incompreensão que se instala quando da análise da doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro. Até os dias atuais, mesmo mais de 20 anos após a vigência do Código Civil de 2002, muitos seguem lendo o texto legal que trata o tema ignorando que ele é distinto do que havia na legislação revogada. Existem distinções fundamentais entre o disposto no art. 1.171 Código Civil de 1916 e o seu correlato no Código Civil de 2002 (art. 544), tanto quanto aos elementos subjetivos, como com relação ao que encerra tal doação.

Quanto as partes envolvidas nesse negócio jurídico o art. 1.171 do Código Civil de 1916 tratava apenas das doações realizadas em favor dos filhos, enquanto o atual art. 544 amplia esse rol, que abrange agora também os demais descendentes, bem como o cônjuge. Nas raras vezes em que a doutrina dá alguma atenção ao art. 544 do Código Civil esse é um dos poucos pontos suscitados.

Contudo o aspecto que realmente tem enorme impacto em nosso ordenamento jurídico está na alteração da previsão de que tal doação não mais importa em “adiantamento da legítima” mas sim em “adiantamento do que lhes cabe por herança”, mudança que escapa à doutrina. Herança e legítima são coisas tecnicamente distintas, de forma que antecipar uma não equivale a se adiantar a outra.

Quando a legislação se referia apenas à doação feita para o filho (Código Civil de 1916) a presunção estabelecida era de que o ato encerrava um adiantamento de legítima. Com o novo Código Civil, desde 2002, além da ampliação da abrangência quanto às partes componentes desse negócio jurídico (todos os descendentes e o cônjuge/companheiro) houve também a previsão de que essa liberalidade há de ser entendida como um adiantamento da herança, não mais de legítima (Cunha, 2022, p. 10).

Enquanto a legítima é, nos termos do art. 1.846 do Código Civil, a metade dos bens da herança que pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários, a herança é “a universalidade de relações jurídicas (*universitas rerum*) deixadas pelo falecido” (Cahali, Hironaka, 2014, p. 26). Assim, a herança compreende todo o patrimônio deixado pelo falecido enquanto a legítima, que pode ou não existir, é somente a parcela dessa herança que há de ser obrigatoriamente destinada a ascendentes, descendentes ou cônjuge/companheiro (herdeiros necessários).

Note-se que além de não mais tratar expressamente de legítima o art. 544 do Código Civil distancia-se da metade indisponível da herança ao não elencar todos os herdeiros necessários na presunção de adiantamento de herança por ele estabelecido, já que os ascendentes não se encontram ali designados (Cunha, 2022, p. 11).

É de clareza solar a constatação de que ao trocar o vocábulo legítima por herança a legislação está apartando-se da perspectiva específica do montante garantido aos herdeiros necessários e tratando de um contexto mais amplo. Ao asseverar que tais doações importam em adiantamento do que lhes caiba por herança conduz ao entendimento de que essas se consubstanciam como uma antecipação “do que o donatário viria a receber quando da sucessão do doador”, havendo de se considerar que nem tudo o que o herdeiro necessário recebe na sucessão é legítima, a qual pode ser apenas parte do que lhe é atribuído em razão da morte do doador (Cunha, 2022, p. 11).

Essa distinção estabelecida importa, necessariamente, em uma completa releitura de tudo o que fora escrito sobre o tema doação em favor de filho enquanto vigia o Código Civil de 1916. Infelizmente a doutrina e o Judiciário não se deram conta da riqueza dessa mudança, seguindo a considerar as doações de ascendente para descendente ou de um cônjuge/companheiro em favor do outro como ainda vigente o art. 1.171 do texto revogado. Com isso segue ignorando que ao retornar para a herança o que foi adiantado impactará na definição da amplitude da herança, na fixação da legítima (e da disponível), com severas implicações no resultado final da sucessão do doador (Cunha, 2022, p. 13).

3 CONSEQUÊNCIAS DO ADIANTAMENTO DA HERANÇA

Estabelecido o entendimento acerca do disposto no art. 544 do Código Civil nos cabe analisar as consequências práticas de se adiantar a herança. Partindo desse pressuposto elementar, como já aduzido, é essencial que quando da morte do doador o objeto da doação venha ser considerada como parte da herança (e não da legítima), o que implicará não só na igualação dos valores hereditários a serem destinados obrigatoriamente aos herdeiros necessários.

O retorno à sucessão daquilo que foi adiantado dar-se-á como herança, mais especificamente como herança bruta, compondo o patrimônio positivo do falecido, o que influenciará em toda a partilha a ser realizada, com reflexos que serão de interesse de vários sujeitos que de alguma forma estão vinculados ao inventário do morto.

Por tangenciar o dimensionamento do patrimônio total do falecido o retorno do que foi adiantado à herança impacta nos direitos tanto de herdeiros como de terceiros, determinando que se analise o presente tema sob o viés da correta determinação do patrimônio deixado pelo falecido e da igualação da legítima.

3.1 Antecipação de herança e fixação do patrimônio do falecido

A partir do momento que o Código Civil 2002, por meio do art. 544, determinou que as doações realizadas em favor de descendentes ou cônjuge/companheiro importavam em “adiantamento do que lhes cabe por herança” a morte do doador impõe que o que foi doado retorne para o lugar de onde saiu, ou seja, para a herança, o que importa em algumas relevantes consequências sucessórias.

O advento da morte do doador é o marco que estabelece o surgimento da herança, que até então existia apenas hipoteticamente, já que não há que se falar de herança de quem ainda não faleceu. Tendo, portanto, ocorrido a morte do doador constitui-se a abertura da sucessão e, ato contínuo, a necessidade de aferir a existência e extensão do patrimônio do *de cuius*.

Para tanto é premente definir a herança (bruta e líquida), o que culminará, posteriormente, na fixação da parte disponível e da legítima.

3.1.1 DEFINIÇÃO DA HERANÇA

Com o art. 544 do Código Civil asseverando que a doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro importa em adiantamento de herança é inconteste que o objeto da liberalidade há de ser considerado como parte do

patrimônio do falecido, ao menos enquanto valor, quando da abertura da sucessão, compondo a sua herança bruta.

Essa é a única inteligência admissível para o referido artigo já que não se pode conceber a hipótese de qualquer partilha antes de serem saldadas as dívidas, como firmado tanto no Código Civil (art. 1.997) quanto no Código de Processo Civil (art. 642). O falecimento do doador faz com que o que se adiantou passe a compor sua herança enquanto patrimônio positivo, e não apenas a legítima, já que não mais vige o art. 1.171 do Código Civil de 1916.

A morte do doador é o fator autoriza que se passe a denominar o patrimônio do falecido de herança, a qual “agrupa todas as relações jurídicas passivas e ativas” do falecido e que serão “transferidas do autor da herança para seus herdeiros” (Madaleno, 2020, p. 29), acrescida, portanto, dos adiantamentos realizados pelo *de cuius* nos termos do art. 544 do Código Civil.

Dessa forma, sendo a doação um adiantamento da herança, independentemente de ter o doador determinado que seja extraída da parte disponível ou da legítima, é inquestionável que segue sendo herança (*lato sensu*), e, como tal, há de ser incorporada à herança bruta quando da abertura da sucessão, ainda que o posicionamento consolidado seja de que em sede de adiantamento de legítima a doação retornaria apenas para a igualação do que se destinará aos herdeiros necessários.

Ouso ser voz dissonante nesse contexto por não admitir que seja possível a possibilidade de se considerar a existência de uma legítima se não houver herança. Por uma premissa lógica básica não há que se falar no produto extraído da herança caso essa não exista, de sorte que qualquer antecipação de herança, seja da parte disponível ou indisponível, há de ser reconduzida à herança bruta, pois se legítima é parte da herança ela só pode existir caso haja herança.

Assim, apenas se o doador expressamente determinar que esse ato de liberalidade não mantém relação com a sua sucessão, não se consolidando como adiantamento de herança em qualquer das suas modalidades, é que a doação não sofrerá qualquer impacto em decorrência de sua morte, sem reflexos, portanto, na definição da herança.

Sempre importante ressaltar que essa herança, também denominada de herança bruta, não expressa o monte-mor a ser partilhado entre os herdeiros, vez que

a eles caberá a divisão apenas da herança líquida, resultado proveniente da satisfação de todo o passivo do falecido, bem como das despesas do funeral. Esse cálculo pode ainda culminar na constatação de que o *de cujus* não deixou herança quando seu patrimônio positivo não for o bastante para saldar seus débitos, não havendo que se falar em herança se esta for completamente consumida pelas dívidas do morto (Madaleno, 2020, p. 396).

Consigne-se que se garante a qualquer interessado questionar qual o exato acervo patrimonial deixado pelo falecido, bem como exigir que aquilo que não foi incorporado a tal conjunto de bens e direitos seja a ele agregado a fim de efetivamente expressar a sua herança, de sorte que o pleito de reposição à herança do que objeto de adiantamento de herança não é prerrogativa exclusiva dos herdeiros.

3.1.2 FIXAÇÃO DA LEGÍTIMA

Não fosse a falta de clareza entre a premissa trazida no art. 544 do Código Civil e o estabelecido no Livro do Direito das Sucessões, a fixação da legítima seria o resultado de uma conta das mais primárias. Considerando o disposto no art. 1.846 bastaria simplesmente calcular a metade dos bens da herança, aqui entendida na sua perspectiva líquida, já que apenas se faz a partilha do que restar após saldados os débitos do falecido e as despesas do funeral.

E essa ideia é reforçada na parte inicial no art. 1.847 do Código Civil. Porém, em sua parte final, surge o ponto que sustenta a celeuma, ao afirmar que a legítima é o resultado do deixado pelo falecido, após abatidas as dívidas e despesas do funeral, adicionado dos bens sujeitos à colação, sendo esse o mesmo entendimento consta do art. 2.002, parágrafo único.

Nesse momento que a falta de atenção ao disposto no art. 544 do Código Civil faz seu maior estrago, impondo um cuidado hermenêutico para conferir coerência ao consignado na lei. Como massivamente exposto no presente texto, adiantamento de herança e adiantamento de legítima são coisas distintas e que não podem ser confundidas, o que mostra-se de extrema relevância para a fixação da parte indisponível.

Se ocorreu antecipação do que haveria de receber a título de herança tal montante há de retornar à herança (bruta), cumprindo o art. 544 do Código Civil, como trazido na seção anterior. De outro lado, se houve adiantamento de legítima, por meio de manifestação expressa na doação, testamento ou outro documento autêntico, o que se antecipou volta, com a morte do doador, segundo posicionamento consolidado, a fazer parte da legítima e não da herança (art. 1.847 e 2.002, parágrafo único)³.

Porém a interpretação que segue sendo dada aos artigos destinados a tratar da legítima e direitos a ela conexos (art. 1.847 e 2.002, parágrafo único) tem sido no sentido de que toda doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro encerraria um adiantamento de legítima, como se ainda vigente o art. 1.171 do Código Civil de 1916.

Crasso engano.

Inicialmente por se mostrar totalmente atentatória aos preceitos mais basilares de justiça preconizados em nosso ordenamento jurídico que se possa pensar nos herdeiros sendo beneficiados com qualquer importe oriundo do patrimônio do falecido antes de quitados todos os débitos por ele deixados, como preconizado no art. 1.997 do Código Civil e no art. 642 do Código de Processo Civil. Falar em legítima antes de definir a herança é colocar “o carro na frente dos bois”.

Havendo a doação de ascendente para descendente ou de um cônjuge/companheiro em favor do outro torna-se imprescindível que se verifique se há ou não alguma manifestação expressa determinando o afastamento do disposto no art. 544 do Código Civil e total desvinculação da liberalidade com aspectos sucessórios.

Não havendo, incide plenamente o art. 544 do Código Civil, com a incorporação do que foi antecipado à herança, da qual serão abatidas as dívidas e despesas do funeral, nos exatos termos da primeira parte do art. 1.847. Assim, na ausência de disposição em contrário, a doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro antecipou herança, e, quando da abertura da sucessão, o que foi antecipado há de ser incorporado à herança, e, só após saldar as dívidas do morto, bem como as despesas do funeral, é que se estabelece qual é a herança líquida, da qual uma metade será a legítima e a outra a disponível.

³ Reitero mais uma vez que não comungo com tal entendimento, como já aduzido no corpo do presente texto, por não entender ser cabível o acesso a qualquer legítima antes da verificação da efetiva existência de herança.

Nem mesmo se houver manifestação do doador determinando que a doação se deu em adiantamento de legítima incidirá a parte final do art. 1.847 com a legítima sendo a soma da herança líquida com o que foi antecipado, pois como já manifestado não se pode pensar em legítima antes de se definir herança, vez que aquela é fruto dessa.

Evidencia-se, portanto, que a existência de doação em antecipação de herança enseja, a princípio, não uma alteração direta no valor da legítima como ocorria na vigência do Código Civil de 1916, mas sim uma mudança na base sobre a qual ela é calculada.

De se concluir, portanto, que na prevalência do art. 544 do Código Civil a doação feita a descendente ou cônjuge/companheiro altera de forma indireta ou reflexa a legítima, atingindo somente a sua base de cálculo, salvo se o artigo for afastado para determinar que a doação não apresenta qualquer vínculo com a sucessão do doador.

Com isso é de se ponderar que o retorno do que foi antecipado para a sucessão trará consequências tanto para a determinação da herança deixada pelo falecido (regra), como para a fixação da legítima (de forma indireta).

3.2 Impactos práticos da doação de ascendente para descendente ou de cônjuge/companheiro ao outro

Considerando as consequências da doação em favor de descendente ou cônjuge/companheiro tanto para a determinação da herança, como para a fixação da legítima, é possível se constatar que tal liberalidade pode ensejar na alteração daquilo que se tem tradicionalmente afirmado.

A abertura da sucessão pode culminar na perda do objeto da doação realizada quando de alguma forma se constatar que o que foi adiantado não corresponde ao direito que o doador efetivamente possui como herdeiro.

Com base no desenvolvido até aqui tecerei algumas breves considerações com relação a três situações distintas: pagamento de dívidas do falecido, direitos do herdeiro testamentário e igualação de legítimas (colação).

3.2.1 SATISFAÇÃO DE DÉBITOS DO FALECIDO

Os credores apresentam-se como um dos grandes interessados na verificação da extensão do patrimônio efetivamente deixado pelo falecido pois caso o seu acervo de bens e direitos for inferior às dívidas há o risco do inadimplemento das obrigações. A constatação da existência de adiantamento de herança, nos termos do art. 544 do Código Civil, tem o condão de fazer com que o ativo do falecido seja majorado e, com isso, dívidas que restariam inadimplidas poderiam ser satisfeitas.

A herança do falecido há de satisfazer os débitos por ele deixados antes de ser partilhada entre seus herdeiros, como disposto no Código Civil (art. 1.997) e no Código de Processo Civil (art. 642), de forma que o direito do credor precede ao dos herdeiros, sendo-lhe franqueada a possibilidade de habilitar seus créditos junto ao inventário a fim de ver a obrigação que lhe assiste devidamente satisfeita.

Tal questão reveste-se de pouca importância quando o patrimônio do falecido na abertura da sucessão se mostra bastante para quitar seus débitos, contudo em caso de insuficiência de patrimônio ativo o retorno do que se antecipou se mostra essencial.

Sob a égide do Código Civil de 1.916 consolidou-se o entendimento de a doação em favor dos filhos não poderia ser suscitada pelos credores do falecido, havendo de resignar-se e amargar o prejuízo do inadimplemento, vez que, como o que fora antecipado pela doação em favor de descendentes ou cônjuge/companheiro era a legítima, nos termos do art. 1.171, não conseguiria atingir tal doação a fim de receber o que lhe era devido.

Já não considera plausível tal compreensão anteriormente, e, com a vigência do Código Civil de 2002 essa se mostra ainda mais inadequada, considerando-se que a regra atual é de que a doação importou em adiantamento da herança.

Tendo em vista que a responsabilidade do herdeiro com relação às dívidas do falecido restringe-se às forças da herança por ele recebida, consolidou-se o entendimento, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, de que o credor não teria seu crédito satisfeito se o patrimônio positivo do falecido não fosse suficiente para quitar o devido, já que os herdeiros não poderiam ser instados a saldar as pendências deixadas pelo falecido. Essa compreensão apenas poderia ser levantada atualmente

em caso de manifestação expressa de que a doação tenha se dado sem qualquer relação com a herança, afastando o consignado no art. 544 do Código Civil.

Nem mesmo com a expressa indicação de que a doação se deu em adiantamento de legítima seria possível se conceber a sua manutenção em detrimento de direito de credor de ver seu crédito satisfeito. Mesmo sendo legítima não há como se refutar o fato de que só existe legítima se houver herança e, só haverá herança a ser partilhada se o ativo do falecido não for totalmente consumido por suas dívidas. Por lógica, não há legítima se não houver herança, e, não havendo herança, impossível que qualquer valor vinculado à sucessão tenha sido adiantado a quem quer que seja.

Com a previsão de que o antecipado seja parte da herança (art. 544 do Código Civil) é ainda mais patente que o objeto da doação haverá de ser usado para saldar as dívidas do falecido ao retornar para a sucessão (Cunha, 2022, 162). A regra básica sucessória há de prevalecer, deferindo-se a divisão de patrimônio do falecido apenas e tão somente caso não reste passivo a ser quitado.

Com isso a regra geral atual, determinada com o início da vigência Código Civil de 2002, é que doação realizada em favor de descendente ou cônjuge/companheiro é antecipação de herança e, apenas será mantida em favor do donatário, caso a ele assista, no momento da abertura da sucessão do doador, tal direito à herança. Se a doação recebida reveste-se de um caráter antecipatório de um direitos a ser verificado posteriormente é inquestionável que esta apenas poderá prevalecer se, quando do falecimento do doador, houver realmente alguma herança a ser partilhada (Cunha, 2022, p. 9).

Na hipótese de o doador expressamente ter desvinculado a doação praticada de qualquer questão sucessória o valor doado não teria qualquer influência na herança, não podendo ser incorporado ao patrimônio do falecido, mantendo-se inalterada a situação de seus credores.

Assim o donatário pode vir a ser privado do que recebeu em adiantamento ao se constatar que o doador, ao falecer, não deixou nenhuma herança a ser distribuída a seus herdeiros, razão pela qual não poderia ser a ele antecipado algo que não existe, pois “se o que lhe foi adiantado não corresponde ao seu direito hereditário, não poderá o donatário beneficiar-se do que indevidamente se antecipou” (Cunha, 2022, p. 9).

À guisa de exemplo considere uma hipótese em que o falecido tenha deixado bens no importe de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), uma dívida de R\$ 1.000.000,00 (um milhão reais) e tenha doado para um filho R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Na concepção criada na vigência do Código Civil de 1916 os R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) seriam consumidos pela dívida, restando inadimplido o restante da dívida, com os herdeiros ainda podendo dividir entre si os R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) doados.

Contudo com o atual art. 544 do Código Civil não mais pode prosperar tal tipo de situação, pois com o retorno do que foi adiantado para a herança o patrimônio do falecido seria aquele que ele revelava ao morrer (R\$ 600.000,00) mais o que fora adiantado (R\$ 400.000,00), montante suficiente para saldar plenamente suas dívidas, não restando nada para os herdeiros partilharem. Nessa situação a doação seria revertida em pagamento da dívida, ensejando na ineficácia do negócio jurídico anteriormente realizado já que o que se adiantou não existiria para ser adiantado. Infelizmente tanto doutrina como Judiciário seguem mantendo o adiantamento como direito dos herdeiros, em clamorosa afronta ao exato conteúdo do art. 544 do Código Civil e da premissa básica de apenas partilhar herança quando ela existir.

Reitera-se que o credor do falecido não questiona dever de colacionar ou igualação das legítimas. Apenas busca impor o seu interesse que precede ao dos herdeiros de determinar a exata dimensão do patrimônio do falecido visando obter a satisfação do crédito que lhe é devido.

3.2.2 MONTANTE DESTINADO AO HERDEIRO TESTAMENTÁRIO

Outro impacto importante decorrente da previsão de que a doação realizada em favor de descendentes ou cônjuge/companheiro importa em adiantamento de herança e não de legítima, como disposto no art. 544 do Código Civil, está na consequência da fixação de qual é o montante disponível que poderá tocar a herdeiros testamentários quando o falecido tiver herdeiros necessários.

Ao mesmo tempo que a legislação fixa qual seria a parte legítima ela está, por consequência, definindo também a amplitude da parte disponível. Não que se altere o limite da liberalidade, que se manterá em no máximo 50% do patrimônio (art. 1.846

do Código Civil), mas sim estabelece qual será a base de cálculo sobre a qual tal percentual será aplicado.

Com isso, a metade da herança do falecido terá um valor diferente se for acrescida ou não do que se adiantou em favor de descendentes ou cônjuge/companheiro. Assim o herdeiro testamentário é interessado na adequada definição de qual é o patrimônio do falecido e, conseqüentemente, do montante da herança, pois o que lhe será destinado poderá ser influenciado pelo retorno do que foi adiantado à título de herança.

É de uma coerência elementar que, como tenho consignado no presente texto, se algo foi adiantado esse fato há de ser considerado no momento oportuno, que, no presente caso, é aquele em que se discute a herança do falecido. Assim, se o que se doou, foi doado não como uma doação pura e simples, mas como adiantamento do que lhe importa a título de herança, é primal que a “importância que foi antecipada, haverá de ser descontada no momento oportuno” (Cunha, 2022, p.7).

Reitere-se aqui que não se está a tratar de colação ou adiantamento de legítima, mas sim de exata fixação do patrimônio do falecido para fins sucessórios. Caso o testador tenha deixado toda a parte disponível um favor de uma pessoa esse valor será diferente se o que se adiantou se deu como antecipação de herança ou de legítima.

Por uma simples conta matemática, considerando o exemplo em que o falecido tenha deixado um patrimônio de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) e tenha doado para um filho R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), o fato de ter feito testamento em que deixa a parte disponível de sua herança para um herdeiro testamentário revela que se tal doação se deu em adiantamento de herança ele fará jus a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), equivalente a metade do que possuía ao falecer com o que se adiantou.

Se a doação expressamente indicasse que ela importaria em adiantamento de legítima o valor a ser destinado a esse herdeiro testamentário seria consideravelmente menor, de apenas R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), que seria a metade do que constava de seus bens quando do seu falecimento. Infelizmente em razão da manutenção do equívoco interpretativo de não considerar o disposto no art. 544 do Código Civil essa tem sido a solução consolidada.

Não se olvide aqui que caso o doador tivesse asseverado que a doação não incidiria sobre questões sucessórias, afastando plenamente a incidência do art. 544 do Código Civil, a liberalidade passaria ao largo dos interesses do herdeiro testamentário, não influenciando em nada em seus direitos. Ressalta-se que como a parte disponível apenas se constata após a verificação da herança líquida é admissível se considerar que o doador a tenha reduzido ao estabelecer que a liberalidade importa em antecipação de legítima. Aqui seria o equivalente a ele ter restringido previamente a amplitude da disponível, sem que o herdeiro testamentário possa disso reclamar, pois não tem uma porção mínima garantida.

Pontua-se, novamente, que o interesse do herdeiro testamentário com relação à correta fixação do montante da herança e consequente fixação da parte disponível e da legítima é incontestado. Ele não deseja a igualação da legítima (colação) mas sim o correto dimensionamento da herança para que o cálculo do montante que lhe será destinado seja corretamente realizado.

3.2.3 INTERESSE EM IGUALAÇÃO DA LEGÍTIMA (COLAÇÃO)

Finalmente chegamos ao ponto mais tradicionalmente considerado quando se menciona a existência de doações em favor de descendente ou cônjuge/companheiro. O caráter antecipatório de tais doações é tradicionalmente vinculado apenas à colação, o que fazia sentido enquanto vigente o Código Civil de 1916 mas que, face ao conteúdo do disposto no art. 544 do Código Civil de 2002, como demonstrado, não basta.

Com o fulcro de manter a igualdade entre os herdeiros necessários o Código Civil estabelece, a partir do art. 2.002, os parâmetros a serem atendidos para que ocorra a igualação das legítimas, impondo o dever de colacionar aos beneficiários de antecipação de legítima, sob pena de sonegados (art. 1992 e ss.). Como discorreremos de forma aprofundada em obra totalmente dedicada ao tema (Sucessões: Colação e sonegados), a legislação impõe que o que se adiantou, à título de legítima (não herança), seja considerado e inserido no cálculo para aferir o que será destinado a cada herdeiro necessário.

Mas diversamente do que ocorria sob a égide do Código Civil de 1916, que afirmava que a doação de ascendente em favor de descendente importava em antecipação de legítima, com a redação do art. 544 da legislação vigente, “nem toda doação realizada de ascendente para descendente ou em favor de cônjuge/companheiro será objeto de colação” (Cunha, 2022, p. 7).

Só terá algum sentido se discutir o dever de colacionar e suas consequências se herdeiros necessários estiverem buscando a igualação dos montantes que estão recebendo. Colação pressupõe a existência de herança, a pluralidade de herdeiros necessários partilhando entre si (respeitada a ordem de vocação hereditária), e um deles gozando de um benefício sucessório maior do que os demais.

Havendo herança (que não foi absorvida totalmente pelas dívidas do falecido) é possível se aferir se algum herdeiro necessário foi destinatário de legítima de forma antecipada, mediante doação. A doação importará em adiantamento de legítima, considerando os interesses de igualação, se (i) o doador expressamente o determinar ou se (ii) apenas concorrem para a herança herdeiros necessários.

Será adiantamento de herança a doação a descendente ou cônjuge/companheiro (i) se isso for expressamente asseverado pelo doador na liberalidade, testamento ou outro ato autêntico, pois em seu silêncio o art. 544 do Código Civil afirma que a liberalidade encerrará no adiantamento de herança (não mais legítima como preconizava o art. 1.171 do Código Civil de 1916).

Caberá também a necessidade de igualação da legítima (ii) se a doação realizada de ascendente para descendente ou de um cônjuge/companheiro a outro, mesmo sem o afastamento expresso do art. 544 do Código Civil, quanto uma liberalidade desse jaez tiver sido realizada e apenas herdeiros necessários forem os sucessores do doador. Se o doador falecer sem determinar que a doação fosse retirada da parte disponível ou sem ter deixado testamento e os únicos destinatários de sua herança sejam herdeiros necessários, todos os herdeiros estarão recebendo aquilo que lhe é inafastável, pois toda aquela herança lhe seria forçosamente destinada, salvo hipótese de exclusão.

Note-se que apenas nessa circunstância de busca de igualação de legítimas é que se faz plausível que a ideia de adiantamento de herança se confunda com o de legítima já que essa sucessão estará totalmente baseada na oferta aos herdeiros necessários. Apenas os herdeiros necessários, com o fulcro de igualação das

legítimas, estão autorizados a valer-se do consignado no art. 2.002 e seguintes, razão pela qual podem exigir que o que se antecipou, não sendo a parte disponível, seja considerado para equiparar o montante que receberão da herança do falecido.

Aos herdeiros e credores do falecido interessa saber a extensão da herança do falecido, mas apenas aos herdeiros necessários cabe o poder de impor que haja a igualação com o que outro tenha recebido antecipadamente. Em sede de colação o objetivo do herdeiro é, então, distinto do colimado pelo credor e pelo herdeiro testamentário, como indicado nas seções anteriores, vez que está querendo fazer valer o direito a receber o mesmo que os demais herdeiros necessários.

Sendo o caso de intento de igualação das legítimas o beneficiado com o adiantamento está compelido a informar a benesse recebida para que seu montante seja considerado e abatido da parte que tem direito a receber, sob pena de perder os direitos sucessórios sobre o objeto da liberalidade que lhe foi atribuído pelo falecido de forma antecipada (Cunha, 2022, p. 134).

Sustentamos também que além da pena de sonogados, o inadimplemento do dever de colacionar encerra a imposição do dever de restituir todo o benefício indevido experimentado pelo donatário (Cunha, 2022, p. 169)

4 CONCLUSÃO

As doações realizadas pelo ascendente em favor de seus descendentes ou de um cônjuge/companheiro ao outro têm um impacto extremamente relevante nas questões sucessórias, fato que, infelizmente, não recebe a devida atenção da doutrina e da jurisprudência.

O ponto mais importante a ser evidenciado é que atualmente tais doações não ensejam em adiantamento de legítima, como previa o art. 1.171 do revogado Código Civil de 1916. Alarmante ser necessário afirmar, em 2023, que o Código Civil de 1916 está revogado...

E tal necessidade se dá pelo simples fato de que aparentemente continua-se aplicando o dispositivo revogado, já que a imensa maioria ou diz que o artigo 544 do Código Civil trata de adiantamento de legítima (o que ele não faz), ou “reconhece” a

palavra herança no texto mas segue tratando a questão como se ali ainda estivesse consignada a palavra legítima.

O art. 544 do Código Civil ao estabelecer que as doações para descendentes ou cônjuge/companheiro importam em adiantamento de herança imprime nesse negócio jurídico uma nova característica, transformando-o em uma transmissão *mortis causa* com efeitos anteriores à ocorrência do evento morte, e que, para que seja mantida, dependerá de que efetivamente haja herança em favor do donatário que iguale ou supere o que foi doado.

Tal realidade é que faz com que o presente texto possa parecer tão repetitivo, já que me vi compelido a expressar a mudança havida do art. 1.171 do Código Civil de 1916 para o art. 544 do Código Civil de 2002 de forma maçante com o fim de tornar tal informação clara. E o faço ainda mais uma vez: o atual Código Civil determina que doações realizadas de ascendente para descendentes ou de um cônjuge/companheiro em favor do outro importa em adiantamento do que caberia ao donatário a título de herança. Herança, não legítima.

É preceito fundante do direito das sucessões que herança e legítima são institutos diferentes, de sorte que o adiantamento de herança difere do adiantamento de legítima, trazendo consequências distintas.

Sendo adiantada a herança esta haverá de ser reposta no âmbito da herança quando do falecimento do doador. Qualquer outra interpretação foge à hermenêutica mais singela, razão pela qual não há como prosperar qualquer tipo de assertiva que desvie disso, como a de que o doado há de retornar apenas para ser incorporado à legítima, pois não foi isso que se antecipou.

A mudança de perspectiva com relação às doações realizadas em favor de descendentes e cônjuge/companheiro trazida pelo art. 544 parece ter sido ignorada pelo próprio Código Civil, que em sede de sucessões age como se tais doações encerrassem, por regra, um adiantamento de legítima.

Em verdade, reitero, mais uma vez, o silêncio do doador importa em adiantamento de herança, sendo-lhe facultada a possibilidade de manifestar-se afastando a presunção trazida no art. 544 do Código Civil, determinando que a sua liberalidade é um adiantamento de legítima, ou que venha a ser retirada da parte disponível ou mesmo que não tem qualquer relação com a sua sucessão porvindoura.

Assusta notar que os textos que se propõem a tratar de tal sorte de doação pouco falam sobre a mudança da expressão “legítima” para “herança” havida do Código Civil de 1916 para o Código Civil 2002, normalmente reproduzindo o que se escreveu antes deste entrar em vigor.

Importante notar que tal mudança explicita que o interesse sobre as doações realizadas pelo falecido transcende as discussões atinentes à colação, já que tais liberalidades podem, além de influenciar na igualação das legítimas, impactar no dimensionamento do patrimônio do falecido, fator relevante para credores e herdeiros testamentários.

Que esse texto possa provocar a academia a se debruçar sobre a questão e consiga, ao menos, fazer com que se pare de afirmar que o art. 544 do Código Civil trata de adiantamento da legítima, alteração ocorrida há mais de 20 anos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O direito de herança e a liberdade de testar: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARNT RAMOS, André Luiz; ALTHEIM, Roberto. Colação Hereditária e Legislação Irresponsável: Descaminhos da Segurança Jurídica no Âmbito Sucessório. Revista Eletrônica Direito e Sociedades, v. 6, n. 1, p. 33-46, 2018.

ARNT RAMOS, André Luiz; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório? *civilistica.com*, v. 8, n. 2, p. 1-19, 9 set. 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.503-512.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. A colação no Código de Processo Civil de 2015. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 107-119.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 11, v. 44, out./dez. 2010.

CATEB, Salomão de Araújo. Direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: Sucessão e direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel, PR, v. 4, n.4 p. 41-74, 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Sucessão: Colaço e sonegados. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Colaço e as consequências de não conferir. In: Daniele Chaves Teixeira. (Org.). Arquitetura do Planejamento Sucessório III. 1ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022, v. III, p. 287-299.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Direito civil pensado: a importância de não se repetir velhos dogmas de forma indiscriminada. Revista Conversas Civilísticas. v.1, n.2, p. I - IV, 2021.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e Redesignação de Gênero, aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v.991, p.479 - 486, 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Comentários ao REsp. 1.298.864 do STJ. RT 961, 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Para além dos sonegados, o lucro da intervenção em caso de não colaço, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/334014/para-alem-dos-sonegados--o-lucro-da-intervencao-em-caso-de-nao-colacao>. Acesso em: 29. dez. 2023.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. O enriquecimento sem causa dos herdeiros beneficiados com adiantamento da herança face a detentores de créditos não quitados do falecido, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/364595/enriquecimento-dos-herdeiros-beneficiados-com-adiantamento-da-heranca>. Acesso em: 29. dez. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Uma contribuição crítica que se traz à colação. In: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jônes Ribeiro (Coord.). Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERREIRA, Nelson Pinto. Da colação no direito civil brasileiro e no direito civil comparado. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de doação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- GOMES, Orlando. Sucessões. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Antecipação da legítima e colação no sistema brasileiro. Estado da arte depois de 2015. "Família e sucessões. Polêmicas, tendência e inovações". São Paulo: IBDFAM, 2018.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários. Contratos, Família e Sucessões. Diálogos Interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2021.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Quais os parâmetros vigentes para a realização das colações das doações realizadas em adiantamento da legítima? Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 17. ano 5. p. 219-238. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de Direito das Sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil. v. 6: sucessões 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. 3. v.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Imputação, redução e colação: efeitos da doação no direito sucessório. Contratos, Família e Sucessões. Diálogos Interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2021.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. Contratos, Família e Sucessões. Diálogos Interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2021.
- OLIVEIRA, Alexandre Miranda. Colação e sonegados. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Colação e Sonegados. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
-

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Escritura Pública de Dispensa de Colação Pós-Doação. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2020/08/escritura-publica-de-dispensa-de.html>. Acesso em: 28 dez. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. LV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. LX.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, 5: Direito das sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. In: TAVARES, Regina Beatriz (Coord.). Novo Código Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VELOSO, Zeno. Direito Civil - Temas. Belém: Artes Gráficas Perpétuo Socorro, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. v. VII – Direito das Sucessões. 23. ed. Barueri: Atlas, 2023.

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).
