UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



ALLAN VIANA JÚNIOR

A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

LISBOA
2017

ALLAN VIANA JÚNIOR

A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Ciências Jurídicas.

ORIENTADOR: Carlos Pamplona Corte-Real

LISBOA
2017

ALLAN VIANA JÚNIOR

A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: _____
Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:
Prof. Dr. _____

Lisboa, _____.

Aos meus pais pela oportunidade da vida e do conhecimento;

Àqueles que me ensinaram a razão de viver: Luciany, meu amor, e Miguel, amor meu.

Ao professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real, fonte de pensamento crítico e conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre missão difícil. Mais difícil fica a cada lembrança de momentos de luta e suor. Mais saborosa fica também a vitória quando compartilhada com tantos que dela fizeram parte.

O meu agradecimento àqueles me deram a vida, meus pais, por serem para mim inspiração nos dias de choro doloroso e de sorriso fácil;

Agradeço a quem me fez viver o significado mais profundo de família e a portadora da maior alegria da minha vida: Luciany, pela paciência, pelo apoio e pela coragem obrigado.

Ao sorriso singelo daquele que veio no minuto final e me deu força para correr a maratona que ainda me aguardava, meu pequeno Miguel, razão de minha vida, razão das nossas vidas.

Ao meu orientador Carlos Pamplona Corte-Real, um oásis de criticidade e coragem. Uma história de vida inspiradora e um orientador que desperta em mim a mais profunda admiração pelo prazer do conhecimento.

Aos mestres que por minha vida passaram despertando em mim a paixão do mais inconsequente adolescente por uma carreira tão linda.

Aos amigos, de cá e de lá, do Brasil e do mundo, do Brasil para o mundo. Que com sua companhia se tornaram família, fortaleza, sorriso e saudade.

Por fim um agradecimento a quem tornou isso possível: Ele.

RESUMO

A evolução histórica do Direito brasileiro criou cenário fértil a independência e evolução própria dos variados ramos do Direito. O Direito sucessório reservou para si a particularidade do tratamento do fenômeno morte sob os aspectos civis, evoluindo diretamente de ordenamentos jurídicos variados como o italiano, o francês e o português. A proximidade com o ordenamento português permite que as problemáticas próprias do Direito sucessório brasileiro sejam vislumbradas e trabalhadas a partir das lentes do Direito comparado. De maneira especial, a imputação como técnica do fenômeno sucessório foi lembrada pelo legislador brasileiro, incorrendo em um tratamento superficial e confuso do alcance de tão importante instituto. Para a solução desse problema, cabe a construção de uma teoria própria da imputação sob as confecções particulares do Direito sucessório brasileiro, criando-se teoria exclusiva, porém, embebida na doutrina e comparação legislativa com o Direito português. A criação de tal teoria, perpassando por diversas modificações necessárias do fenômeno sucessório, em principal o entendimento da sucessão necessária como modalidade individualizada de sucessão, permite um novo olhar sobre toda a aplicação prática das sucessões no Direito brasileiro. Passando, obrigatoriamente, por outros institutos plenamente relacionáveis, a imputação como colação, redução, inoficiosidade e igualação, o trabalho alcança de maneira ampla o fenômeno sucessório, dando sobre o mesmo novas perspectivas.

Palavras-chave: Direito Sucessório; Imputação; Sucessão Necessária; Colação; Inoficiosidade.

ABSTRACT

The historical evolution of Brazilian Law has generated a fruitful scenario in which the various branches of Law have been able to evolve and reach its independence. The Law of Succession is in charge of dealing with the phenomenon of death on civil aspects, evolving directly from numerous judicial frameworks, such as the Italian, French and Portuguese frameworks. The proximity to the Portuguese legal framework allows complications that are specific to Succession Law to be resolved and analyzed through the lenses of Comparative Law. Using imputation as a technique in Succession Law has been particularly pointed out by the Brazilian legislators as culminating in a superficial treatment and a subjugated range of such and important institute. The solution to this conundrum lies on the development of a theory that is specific to imputation under a particular assortment of the Brazilian Succession Law, generating a theory of its own that is embedded into the doctrine and legislative comparison of Portuguese Law practices. The creation of such theory, going through several necessary modifications of the phenomenon of succession, mainly the understanding of Necessary Succession as an individual modality of succession, allows a new perspective on the practical application of Succession in Brazilian Law. Imperatively going through other widely relatable institutes, imputation as collation, reduction, inofficiosity and equation, this paper approaches, in a broad manner, the phenomenon of Succession providing new perspectives on its analysis.

Keywords: Law of Succession; Imputation; Necessary Succession; Collation; Inofficiosity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9
1 O TERMO IMPUTAÇÃO 10
2 O INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS 12
2.1 A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA 14
2.1.1 O cálculo da legítima 16
2.1.2 A intangibilidade da legítima 19
2.2 AS LIBERALIDADES NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS 21
2.3 A COLAÇÃO E A IGUALAÇÃO 22
2.3.1 Sujeitos da colação 23
2.3.2 A dispensa da colação e a não sujeição a colação 28
2.4 A INOFICIOSIDADE 31
2.4.1 A ação de redução 32
2.4.2 A proteção da legítima na inoficiosidade 33
2.4.2 A inoficiosidade dos legados 35
2.4.3 A cautela sociniana 35
2.4.4 A valoração das liberalidades 40
2.5 A IMPUTAÇÃO 44
2.5.1 A imputação das liberalidades aos sucessores legitimários prioritários 46
2.5.2 A imputação de liberalidade feita a sucessível legitimário prioritário repudiante 50
2.5.3 A imputação dos legados 56
2.6 DAS FORMAS DE IMPUTAÇÃO 64
2.6.1 A imputação subsidiária 64
2.6.2 A imputação ex-se 66
3 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO 72
3.1 BASE HISTÓRICA 72
3.2 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A LEGÍTIMA 75
3.4 A INOFICIOSIDADE 98
3.5 A COLAÇÃO 106
4 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO 117
4.1 LINHAS GERAIS DE UMA TEORIA INDEPENDENTE DA SUCESSÃO NECESSÁRIA 118
4.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO 123
4.2.1 A imputação das liberalidades em vida 125

4.2.2 A imputação das liberalidades *mortis causa* 139
5 CONCLUSÃO..... 149
BIBLIOGRAFIA 153

INTRODUÇÃO

Por vezes, a importação e o trabalho comparado de ordenamentos constitui caminho lúcido de resolução de problemas jurídicos e organização de lições intelectuais. Ater-se somente ao universo de um ordenamento jurídico e às teorias que eles permeiam pode resultar em falta de percepção ampla, bem como na falta de oxigenação de ideias para a inovação. Nessa esteira de pensamento, o presente trabalho se remete aos ensinamentos do Direito Civil português, em especial das sucessões, como forma de importar construções doutrinárias que permitam a reinterpretação do fenômeno sucessório brasileiro, principalmente sobre a égide da legítima, dos herdeiros necessários e da imputação.

Iniciamos a caracterização da problemática pelo ponto mais básico da mesma, qual seja o aspecto linguístico de desmontará questões que fogem à seara jurídica, mas que, sem o devido esclarecimento podem, inclusive, inviabilizar o estudo comparado que se propõe.

Superadas questões dessa estirpe, adentra-se em seara jurídica na análise do ordenamento jurídico português, referencial para as construções que se pretende fazer sobre ordenamento jurídico brasileiro. A opção é evidentemente baseada na capacidade de aproximação histórica, cultural e jurídica dos ordenamentos em comento.

Dispensada a análise das modalidades sucessórias, não se afeta o cerne da problemática em discussão, aprofunda-se a percepção e nuances da doutrina sobre a chamada sucessão legitimária, de forma a, inicialmente, perceber a proximidade da mesma com qualquer modalidade sucessória brasileira. Passo seguinte é sobre o caminho das problemáticas específicas da sucessão legitimária, que servirão como base teórica para o estudo do ordenamento jurídico brasileiro nas inovações que se propõe.

O desenvolvimento das temáticas precisa se dar em uma sequência interdependente de temas que levam a círculos de análise que, por sua vez, obrigam a retomada de temas sobre novas perspectivas, desde o cálculo da herança que se mistura com o cálculo da legítima, mas que trazem adversidades solucionáveis somente pela análise de institutos ainda mais específicos como a colação e a inoficiosidade.

Cada uma das análises de institutos do Direito sucessório português serve como escada para uma análise maior do que se tem como objeto mais central do ensaio, qual seja a imputação. Somente a percepção e o entendimento desse instituto permitem qualquer tentativa de importação de suas teorias.

O aprofundamento na temática da imputação seguirá a finalidade didática e organizada de forma que se verifique as mais variadas casuísticas, a fim de entender como funciona essa prática quanto às diversas classes de sucessíveis. Não se busca um esgotamento e, tampouco, certezas sobre o tema, mas uma análise capaz de dissertar as diversas faces da rica construção doutrinária sobre o tema no ambiente jurídico português.

Analisada na medida do que se faz possível – e necessário –, o Direito português adentrar-se-á nas complexidades do Direito sucessório brasileiro com o intento de entender o comportamento dos mesmos institutos trabalhados na sistemática portuguesa, sob uma ótica brasileira, como suas individualidades e problemas próprios. Problemas esses que, por vezes, podem remontar uma solução importável do próprio Direito português.

Pela profunda análise de tudo que se propõe, o cume das projeções e pesquisas resultará na resposta à possibilidade de criação de uma modalidade sucessória independente – não nova – retirada da sucessão legítima mais individualizada como sucessão necessária.

Verificada essa possibilidade, busca-se a propositura final, qual seja a estruturação sistemática de uma teoria da imputação no Direito sucessório brasileiro pela organização da resolução de problemas da percepção própria da resolução de problemas de imputação relacionados ao enquadramento das liberalidades nas quotas sucessórias existentes.

1 O TERMO IMPUTAÇÃO

O aprofundamento no estudo científico demanda uma compreensão específica do objeto. Devido à nomenclatura amplamente utilizada na língua portuguesa o termo "imputação" pode se filiar aos mais diversos sentidos. A consciência da amplitude do alcance linguístico do termo leva à uma necessidade *prima* de buscar, dentro da língua portuguesa, o alcance do verbete.

Amparando-se nas definições do dicionário HOUAISS[1] da língua portuguesa, explana-se a imputação como

> 1 (prep. a) considerar responsável por (algo censurável); acusar <imputaram ao réu crimes que jamais cometera> 2 (prep. a) considerar causador, autor ou possuidor de; atribuir <imputaram ao seu dinamismo o êxito do empreendimento> […] 3 classificar, qualificar <imputaram como brilhante sua atuação no palco>

Por vias da própria acepção linguística da palavra, já se permite observar um afastamento da imputação que se objetiva analisar no presente ensaio daquela na imputação de crime como o primeiro significado que palavra procura alcançar. Afinal, não é aqui campo de análise da esfera criminal.

Aproximamo-nos da noção de imputação - ainda distante de um conteúdo jurídico – como: atribuição, atendo-se ao segundo significado apresentado acima, pode-se iniciar o processo de aproximação do conteúdo linguístico com o conteúdo jurídico do termo.

Na noção jurídica, faz-se mister atentar-se para possibilidade de que os termos jurídicos reflitam profundamente a semântica do verbete que os representa. Assim, mais que um simples conceito predefinido, o instituto jurídico merece relacionar-se com o nome que lhe foi dado sob pena de afastar a lógica naquele nome. A exemplo, o nome como Direito da personalidade permite a mais ampla escolha, uma vez que não existe vinculação entre o nome daquele que foi titulado e suas características. Os inúmeros "Joãos", "Josés", "Pedros" ou "Felipes" diferenciar-se-ão não pelo nome que carregam mas por aquilo que possuem de mais intrínseco. Não podem os institutos jurídicos, entretanto, seguir a mesma lógica, uma vez que afastar-se do sentido semântico dado ao verbete que o representa é esvaziar-lhe o caráter científico.

Nessa sequência de aproximação, parece afinar-se de forma mais próxima com a construção jurídica da imputação entender tal palavra como uma atribuição, ou mais especificamente um enquadramento.

Permitindo, assim, trabalhar a expressão como uma analogia ao comportamento pelo qual algo (a Lei, por exemplo), ou alguém confere a outrem característica, bem, direitos ou elementos que não lhe existia anteriormente.

---

[1] INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Org. Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2015. p. 529.

Desta feita, pode-se falar em imputar qualidades, imputar defeitos, imputar direitos, imputar créditos, ou até mesmo imputar a conduta criminosa ou a culpa, como o Direito Penal estuda.

Passando a adequar o termo à seara jurídica sucessória, constrói-se, então, o conceito como um fenômeno que promove o direcionamento do valor[2] à determinada quota hereditária, enquadrando ao valor de uma liberalidade dentro da quota hereditária correspondente, de forma que visualmente constrói-se uma primeira e rústica conceituação de imputação.

2 O INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS

O direito sucessório constitui-se como ramo próprio do Direito civil, demonstrando, entretanto, proximidade e pontos de contato com os demais ramos – contratual, patrimonial, responsabilidades civis, e principalmente com o direito de família.

Este ramo do Direito, em que pese sua conexão com os demais ramos do Direito Civil, possui características intrínsecas próprias derivadas do fator inicial de aplicação, qual seja a abertura da sucessão, isto é, o falecimento do indivíduo.

Não se pretende aqui dizer que só há relevância do Direito sucessório a partir da morte. É sabido que diversas normas de Direito sucessório presente nos dois ordenamentos jurídicos sobre os quais este estudo se inclina, visam regular as questões ainda durante a vida dos sujeitos de direito. Nesse sentido, os diplomas civilistas brasileiros regulam as deixas testamentárias, o modo como os testamentos devem ser realizados, questões de eficácia das deixas testamentárias, bem como questões relativas às liberalidades[3] feitas ainda em vida pelo autor da herança e que terão reflexo *post mortem*.

---

[2] A correspondência econômica das liberalidades será objeto de estudo nos ordenamentos jurídicos sob análise, uma vez que o valor monetário da liberalidade é estipulado diferentemente de acordo com o ordenamento pesquisado. O Código Civil brasileiro estipula a consideração do valor à época da liberalidade (Art. 2.004 do Código Civil brasileiro), ao passo que o Código Civil Português, por sua vez, opta por analisar as liberalidades financeiramente com base nos valores da data da abertura da sucessão (Art. 2.109, n. 1 do Código Civil português).

[3] Devido a relevância do termo "liberalidade" para o presente estudo, destinar-se-á capítulo futuro à elucidação e alcance do mesmo.

É o somatório dos fatos jurídicos em vida como o elemento "morte", que gera a organização daqueles que serão afetados pela abertura da sucessão. Nesse sentido, opta-se pela nomenclatura "sucessíveis" por se tratar de uma mera expectativa de suceder, uma vez que o elemento concretizador da expectativa é a morte[4].

Com isso, não se pode se afastar o fator "morte" como elemento impulsionador das normas de direito sucessório. Essa aproximação revela a necessidade de um distanciamento dos elementos meramente privados do Direito Civil e um estudo em esfera própria do fenômeno sucessório[5]. O que parece ser relevante também do ponto de vista dos sobrevivos – herdeiros, cônjuges e companheiros, aos quais opta-se a chamar de sucessíveis[6], ou futuros sucessores – que terão suas esferas patrimoniais afetadas pela abertura da sucessão. Em especial à luz da aplicação do *princípio de saisine*[7], formalizado no artigo 1.784 do Código Civil brasileiro, do qual se extrai: "Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.". E no Código Civil português no artigo 1317º ao tratar da aquisição da propriedade revela com clareza, em sua alínea "b":

> ARTIGO 1317º (Momento da aquisição)
> O momento da aquisição do direito de propriedade é:
> a) No caso de contrato, o designado nos artigos 408º e 409º;
> b) No caso de sucessão por morte, o da abertura da sucessão;
> c) No caso de usucapião, o do início da posse;
> d) Nos casos de ocupação e acessão, o da verificação dos factos respectivos.

Confirma a aplicação do *princípio de Saisine*, o artigo 2031º do mesmo diploma civil português ao mencionar, com texto semelhante ao brasileiro: "A sucessão abre-se no momento da morte do seu autor e no lugar do último domicílio dele".

Sendo iniciado o fenômeno sucessório, ou seja, após a abertura da sucessão, converte-se o mundo jurídico às regras específicas das modalidades sucessórias. Isso porque ocorre uma necessidade de enquadramento dos sucessores – aqueles com direito

[4]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 64.

[5]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 08.

[6]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 64.

[7]Consiste o princípio de *Saisine* na ficção jurídica pela qual o próprio *de cujus* transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança. Não se pode, entretanto, deixar de compreender que a morte constitui pressuposto e causa para a realização da transmissão, de forma que a Lei as fazem acontecer, fictamente, no mesmo momento, criando a presunção de que fora o próprio *de cujus* quem conferiu aos seus herdeiros a posse e a propriedade do seu patrimônio. Conforme: HIRONAKA, Giselda. Comentários ao Código Civil. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

a sucessão – na modalidade sucessória que os compete, posto que esse enquadramento produz efeitos diversos nas esferas obrigacionais e patrimoniais do indivíduo com direito a sucessão, concretizando-se a vocação hereditária[8]

Em síntese, os efeitos da abertura da sucessão que são imediatos pela aplicação do *princípio de Saisine* e pelos dispositivos legais já trazidos, só são cognoscíveis pela alocação do sucessor na modalidade sucessória correspondente, passando-se assim a aplicação das regras próprias de partilha da herança para aquela determinada modalidade de sucessão, e ao final saber-se-á qual o efeito jurídico do fenômeno morte na esfera jurídica do sucessor.

Nesse sentido, faz-se necessário o aprofundamento nas diretrizes da sucessão legitimária como objeto amplo deste estudo. A partir da definição de sucessão legitimária no Direito português, passa-se ao entendimento das teorias aplicáveis relacionadas à imputação e a colação que afetam diretamente essa modalidade sucessória.

2.1 A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

Em análise dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, um cuidado é necessário para que não se cometa equívocos científicos. O mesmo cuidado é necessário ao analisar comparativamente ordenamentos com propriedades linguísticas próximas e semelhantes. A proximidade dos idiomas pode causar confusões que enfraqueçam ou até mesmo invalidem a comparação técnica realizada. Desta feita, tem-se na modalidade de sucessão analisada neste capítulo um exemplo para tal situação.

O presente capítulo visa construir a sucessão legitimária no Direito português. Dessa forma, previamente à análise doutrinária, é cabível aqui uma análise das disposições legais que tratam da modalidade em estudo. Prevê o Código Civil português, em seu artigo 2156º ao iniciar o tratamento do Título III denominado "da sucessão legitimaria":

> ARTIGO 2156º (Legítima)
> Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.

[8]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 63.

Percebe-se que a sucessão legitimária do Direito português é aquela que trata da porção patrimonial que o autor da herança estava legalmente impedido de dispor. O *codex* civilista revela, por si só, o conceito de legítima e a coloca como o objeto da sucessão legitimária.

Cria-se uma divisão da sucessão: a legítima – como porção indisponível do patrimônio. Ela possui tratamento próprio em seu deferimento e divisão pelo código civil português; a parte disponível da herança, por sua vez, será tratada de maneira diversa e individualizada. O que se propõe à luz do direito português, então, é que a legítima esteja protegida e reservada a fim de que não se comprometa o pagamento aos herdeiros legitimários de que trata o artigo 2157º do Código Civil português[9].

Com isso, constrói-se o raciocínio de que é necessário na sucessão legitimária a existência de uma classe específica de sucessíveis. Desta feita, inexistindo todas as classes previstas no artigo 2157º do Código Civil português, inexiste, também, a imposição da sucessão legitimária.

Percebe-se que o legislador português optou, aqui, por uma clara divisão de caráter protetivo e inafastável da sucessão legitimária perante a sucessão legítima ao prever que a sucessão legal "é legítima ou legitimária conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor"[10]. O que se constata, portanto, é uma autonomia da sucessão legitimária perante a sucessão legítima derivada da diversidade das classes sucessíveis, da diversidade do objeto e, principalmente, da diversidade da natureza das normas jurídicas[11]. Autonomia essa que não se reflete – no direito positivado – no ordenamento jurídico brasileiro, como se verá futuramente.

Ocorre, portanto, que a sucessão legitimária se constitui, para o Direito português, como maneira de limitar a liberdade do autor da herança no âmbito da disposição de seus bens para depois de sua morte: protege-se a legítima e faz com que esta sempre vá ser partilhada entre os herdeiros legitimários[12]. Tal proteção não recai somente sobre as disposições de caráter testamentário, mas se apresenta como limitação

[9]Código Civil português: Artigo 2157º (Herdeiros legitimários): São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

[10]Código Civil português: Artigo 2027º (Espécies de Sucessão Legal).
A sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor.

[11]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 398-401.

[12]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 64.

em vida do autor da herança como a própria liberdade de doar, podendo provocar doações inoficiosas caso não respeite a legítima de seus sucessíveis.

A proteção à legítima acaba por constituir, por fim, uma maneira própria de sucessão que se afasta das complicações e questionamentos advindos das deixas testamentárias – essas serão discutidas fora da sucessão legitimária, que por sua vez terá suas preocupações e regras próprias[13] (pelas quais o presente capítulo passará), mas que se afastam das preocupações, ao menos inicialmente, dos reflexos das liberalidades realizadas pelo autor da herança.

Desta feita, a opção do Direito português parece clara: separar em duas sucessões diversas o fenômeno que no Direito brasileiro se estuda de maneira unitária. Assim, para o Direito civil português, calcular-se-á a legítima, realizando posteriormente a partilha com base na legítima já calculada, criando assim um primeiro quinhão do sucessor [14]. Posteriormente se inicia a preocupação com o montante não compreendido pela legítima.

2.1.1 O cálculo da legítima

O primeiro ponto fundamental ao entendimento prático da sucessão legitimária, então, dá-se na organização das legítimas que poderão se configurar por porções diferentes da herança (a depender da situação jurídica dos sucessíveis); toma-se para configurar tal construção o artigo 2158º do Código Civil português e constrói a seguinte situação: I) A legítima com base no cônjuge depende de sua concorrência com filhos ou ascendentes: não concorrendo com nenhum desses, sua legítima será de metade da herança[15]; em caso de concorrência com qualquer desses, a legítima será constituída de dois terços da herança[16]; II) A legítima com base nos filhos depende da existência de cônjuge sobrevivo e do número de filhos existentes: havendo cônjuge concorrente, a legítima destes será constituída por dois terços da herança; não existindo cônjuge sobrevivo a legítima será de metade da herança – no caso de só um filho – e de dois

[13]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 65.

[14]Nesse ponto se utiliza o termo sucessor em detrimento da terminologia sucessível, uma vez que só irá ser realizada a partilha após aberta a sucessão, momento que o sucessível passa a situação de sucessor.

[15]Artigo 2158º do Código Civil português.

[16]Artigos 2159º e 2161º. 1. do Código Civil português.

terços da herança em caso de dois ou mais filhos[17]; III) A legítima em caso de descendentes de segundo grau e seguintes: será calculada com base na legítima que teriam direito os seus ascendentes, aplicada as regras anteriores e a sucessão legítima[18]; IV) A legítima para o caso de ascendentes, como já visto, terá relação direta com a existência de cônjuge concorrente: existindo cônjuge sobrevivo, a legítima será calculada em dois terços da herança; não existindo cônjuge sobrevivo, e tampouco descendentes que afastem os ascendentes, a legítima será de metade da herança se os legitimários chamados a sucessão forem os pais do autor da herança, e de um terço caso os chamados a sucessão sejam ascendentes do segundo grau em diante[19].

A sucessão legitimária irá se operar exatamente sobre essa porção calculada com base nas regras acima, partindo-se, então, para uma organização didática e procedimental de colocação em fases do processo de sucessão legitimária. Este se inicia pela aferição do alcance da legítima global[20], ou seja, primeiro deve se verificar se esta será de metade, dois terços ou um terço da herança, conforme sejam os sucessores legitimários chamados a suceder conforme as regras já explicitadas. Posteriormente será efetivado o cálculo da legítima, verificando-se monetariamente quanto equivale essa parcela da herança protegida como legítima. Parece clara a necessidade de que para se chegar a tal valor seja auferido, primeiro, o valor de toda herança[21], representado pela totalidade dos bens existentes do *de cujus* – chamado de *relictum* –, somado ao valor dos bens doados – chamado *donatum*[22] –, somadas às despesas sujeitas à colação, abatendo-se as dívidas da herança[23]. Essa organização simplificada, porém, não demonstra a complexidade do cálculo da legítima discutido na doutrina portuguesa, o que evidencia a diferenciação dos cálculos conforme a Escola de Coimbra e conforme a Escola de Lisboa.

---

[17]Artigos 2159º do Código Civil português.

[18]Artigo 2160º do Código Civil português.

[19]Artigo 2161º do Código Civil português;

[20]"A legítima objectiva ou global corresponde afinal à quota indisponível da herança." CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 69.

[21]O valor da herança e, por conseguinte, da legítima será auferido com base nos valores dos bens existentes "no patrimônio do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança". Conforme Artigo 2162º, 1, do código civil português.

[22]Ressalte-se aqui que determinadas doações não se sujeitam a colação e para tanto não são contabilizáveis para efeito de cálculo do *donatum*, estando previstas no art. 2110 º do Código Civil português, conforme FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012.

[23]Conforme Artigo 2162º do Código Civil português.

A posição a que se filia ao cálculo estruturado remete aos ensinamentos da escola de Lisboa. O art. 2162º promoveu um alargamento da parcela hereditária destinada aos legitimários, de forma que as dívidas da herança seriam abatidas do somatório do *donatum* com o *relictum.*

A posição divergente é a chamada por parte da doutrina de Escola de Coimbra[24]: a impossibilidade da soma do *donatum* aos bens existentes à época da abertura da sucessão, preocupando-se o art. 2162º, somente em trazer os elementos necessários ao cálculo da legítima, desta feita, a dedução dos valores das dívidas da herança seria feita somente sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, ou seja, o *relictum*. Assim, do *relictum* seriam abatidas as dívidas da herança, posteriormente a esse valor se somaria o *donatum*.

Aparentemente, a questão se apresenta como mera alteração da ordem de fatores. Entretanto, essa alteração provoca consequências de ordem prática que afetam diretamente as heranças deficitárias e a inoficisiosidade de doações. O efeito sobre as heranças deficitárias se dá uma vez que feito o cálculo da diferença entre *relictum* e passivo da herança, em consonância com a Escola de Coimbra, chegar-se-ia a um valor negativo – por isso herança deficitária – de modo que, tal valor seria considerado 0,0 (zero) por uma recondução no cálculo da herança; o raciocínio seguido pela Escola de Lisboa, por sua vez, reconduz a resultado diverso, uma vez que se alarga o valor inicial (*relictum* + *donatum*) e, ao reduzir-se o valor das dívidas, teríamos um valor inferior ao encontrado na operação nos moldes da Escola de Coimbra[25].

Em exemplo, "A" – autor da sucessão – deixa como sucessores legitimários "B" e "C" – seus filhos. "A", por sua vez, deixa a seguinte situação sucessória: *Relictum* de 10.000; *Donatum* em virtude de uma doação feita a terceiros de 6.000, e uma dívida de herança no valor de 12.000. Seguindo a Escola de Coimbra, a referida herança seria deficitária, constituindo um passivo de 2.000 negativos (10.000 – 12.000 = -2.000), que devem ser reconduzidos a 0,0 (zero). Após essa operação, soma-se o *donatum* (6.000) e tem-se uma herança de 6.000, que por sua vez constituiria uma legítima de 2/3 (conforme artigo 2159º n.º 2), ou seja, 4.000.

[24]A nomeação das teses como Escola de Lisboa e Escola de Coimbra deriva da origem dos entendimentos. Utiliza essa nomeação, entre outros, FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012.

[25]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 412.

Aplicando a Escola de Lisboa sobre a mesma situação, a herança seria constituída por 4.000, em oposição aos 6.000 conseguidos na Escola de Coimbra. Isso porque não há característica deficitária na operação realizada. Observa-se: 10.000 de *relictum*, somado aos 6.000 de *donatum*, configuram 16.000 de ativos. Subtrai-se os 12.000 de dívidas (passivo), tem-se uma herança de 4.000, da qual se extrai uma legítima de 2.666,67. Ou seja, legítima objetiva inferior a auferida pela Escola de Coimbra [26].

Deve-se atentar, ainda, que em ambas situações se configura a inoficiosidade da doação realizada. Entretanto, existe diversidade no valor da inoficiosidade em decorrência das diferenças de valor da legítima. Na primeira situação – Escola de Coimbra – é apresentada uma inoficiosidade de 2.000, ao passo que no cálculo conforme a Escola de Lisboa, a inoficiosidade seria no montante de 3.333,33, sempre decorrente da imputação da doação na quota disponível. Essa diferença é fundamental em sede de pedido da ação de redução por inoficiosidade, devendo-se requisitar a "cobertura do deficit hereditário" nos respectivos valores.

Não pretende a presente pesquisa incorrer na escolha de uma escola, sendo, entretanto, indispensável analisar que o texto do artigo 2162º do Código Civil português, quando analisado de maneira plena, engloba em seu número 1 os valores "dos bens existentes no patrimônio do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança". Todos em um só patamar, sem distinção da elaboração do cálculo da herança, ficando sob o crivo da doutrina as interpretações expansivas configuradas na Escola de Coimbra[27].

Dessa forma, o procedimento na sucessão legitimária ultrapassa mais essa fase pela qual se calcula a herança, chegando ao valor da legítima e inicia-se, então, o pagamento. Surgem, porém, as questões relacionadas às liberalidades, à inoficiosidade, à colação e à própria imputação no Direito português.

2.1.2 A intangibilidade da legítima

[26]Os exemplos tomam como base a didática e organização da doutrina portuguesa na explanação do assunto, em especial: CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 294-296 e FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 412.

[27]Nesse sentido CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 296.

A legítima enquanto medida de herança protegida no fenômeno sucessório possui um resguardo dúplice sob a égide do Direito português. A mesma deverá ser blindada qualitativamente e quantitativamente.

Quanto à proteção quantitativa, essa se desdobra na proteção do valor correspondente à legítima. Não pode o herdeiro legitimário receber menos do que lhe é conferido por força da proteção da legítima. No caso do Direito português, o valor será de 1/3 ou 2/3 da herança, respectivamente, dividido entre os legitimários para formar a legítima subjetiva.

A proteção qualitativa, por sua vez, refere-se à forma de receber a legítima de modo que não deva o, legitimário, receber o valor da legítima e, de alguma forma, ser prejudicado – como pela imposição de encargos (vetada pelo art. 2163º do Código Civil português) – ou ainda a possibilidade do legitimário optar pela aceitação ou não de um legado que substitui a legítima, ao invés de abdicar da mesma.

Percebe-se, aqui, uma tentativa do ordenamento em não deixar que mesmo sendo paga integralmente – em valor – a legítima, essa ainda assim acabe por não corresponder a um pagamento livre.

Imperioso é suscitar uma análise de modo a demonstrar – ou ao menos caminhar nesse sentido – que a tutela qualitativa acaba por ser misturar à tutela quantitativa sob alguns aspectos. Diz-se isso, pois, sob uma análise contabilística, é possível que qualquer restrição na legítima afete, por conseguinte, o valor intrínseco do bem utilizado como pagamento da mesma.

Esse raciocínio que guardar maior viés prático sob a ótica do direito brasileiro, deve ser percebido, principalmente, à luz dos encargos. Ao proibir a imposição de encargo sobre a legítima, em consequência direta e imediata estaria o autor atacando o valor daquela legítima, e não só sua qualidade. Deixar, por exemplo, um determinado bem atrelado a um encargo, faria com que o herdeiro legitimário prioritário acabasse por receber um bem com menor valor. Não se trata de menor valor mercadológico, e sim que a legítima não terá o valor do bem, mas o valor do bem, descontados os encargos.

É sabido que nem todo encargo seria capaz de produzir um gasto valoroso ao herdeiro – pode se tratar de um encargo simples e de fácil realização. Ocorre, porém, que ainda assim é possível visualizar de alguma forma que aquela legítima não seria valorada como as demais. Para exemplificar, basta realizar contabilmente o seguinte questionamento: entre dois bens de mesmo valor mercadológico, sendo um gravado

com um encargo para sua aquisição – ainda que simples –, e outro sem nenhum encargo, qual é mais valioso? Nos parece claro que, ainda que de forma bem sútil, o valor da legítima que fosse paga com encargos seria alterado.

Como já dito, a reflexão acima possui maiores reflexões no Direito brasileiro, posto que no Direito português é expressamente vedada a inclusão de encargos no pagamento da legítima. Nos parece fundamental, entretanto, atentar que além de uma afronta à intangibilidade qualitativa da legítima, a possível imposição de encargos consiste, também, em uma afronta à intangibilidade quantitativa da mesma.

2.2 AS LIBERALIDADES NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS

Iniciando a análise de institutos com reflexo direto sobre o tema central do estudo – com relevância para a sucessão legitimária – deve-se reconhecer inicialmente do que se tratam as liberalidades constantemente mencionadas na doutrina sucessória.

As liberalidades constituem por definição: disposições a título gratuito pelo qual se conferem vantagens, direitos ou bens a determinado indivíduo[28], ou como melhor explica Nunes de Carvalho[29]: "Uma liberalidade será, antes de mais, um negócio jurídico gratuito, ou seja, um negócio jurídico em que à atribuição patrimonial de uma parte corresponde um sacrifício patrimonial da outra parte". Nesse sentido, o verbete "liberalidade" engloba tanto as disposições em vida – *inter vivos* –, como aquelas realizadas para depois da morte – *causa mortis.*

As liberalidades *inter vivos*, se resumem nas doações, ao passo que as liberalidades *causa mortis* podem se dar, tanto pelo testamento, como por pactos sucessório e serão consideradas como tais tanto a deixa de parte da herança, como a concessão de bem específico para o beneficiário[30]. Ambas possibilidades importam ao presente estudo, posto que surtem relevância direta no fenômeno sucessório.

---

[28]ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. Disponível em: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/liberalidade/liberalidade.htm>. Acesso em: 17/03/2016.

[29]CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha. Imputação de Liberalidades. Em: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga. Coord. António José Moreira. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1047.

[30]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 324-325.

Como aprofunda-se Jorge Duarte Pinheiro[31], as liberalidades *inter vivos* podem ser divididas ainda entre doações isoladas sujeitas a colação; doações isoladas não sujeitas a colação e doações integradas em uma partilha em vida. Percebe-se, aqui, uma sistematização para efeitos de estudo que permite um aprofundamento nos fenômenos das liberalidades em vida do autor da herança. Essa sistematização revela o quanto as liberalidades – ainda que feitas em vida – podem impactar no aspecto sucessório.

São as liberalidades e a quota onde serão imputadas que fazem surgir os questionamentos apontados no presente trabalho – e despertam a necessidade que se vislumbra da tentativa de construção de uma teoria da imputação para o Direito brasileiro.

Resta oportunamente destacar que as liberalidades têm relevância sucessória e não somente aquelas realizadas entre o *de cujus* e seus herdeiros, mas mesmo as liberalidades a terceiros estranhos à sucessão podem gerar repercussão na relação sucessória, especificadamente no que se refere à doação que atinja a legítima protegida dos herdeiros legitimários.

As liberalidades, então, podem interferir na relação sucessória sobre três prismas: o prisma da inoficiosidade; da colação, quando colacionáveis e da imputação. Dessa forma passamos a analisar como tais institutos se constroem no Direito português e com suas problemáticas e questionamentos, a fim de importar a análise para a construção da teoria no direito sucessório brasileiro.

2.3 A COLAÇÃO E A IGUALAÇÃO

A colação se constitui por noção do próprio Código Civil português

> Os descendentes que pretendam entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados por este: esta restituição tem o nome de colação.

Assim, extrai-se que a colação constitui essa restituição[32] para efetuar a igualação da partilha dos bens e valores doados. Nasce de uma presunção extraída do próprio artigo supracitado (e também do art. 2105º do Código Civil português), pela

[31]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 325.

[32]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 413-414.

qual as doações realizadas pelo autor da herança aos seus sucessíveis legitimários constituiriam uma antecipação do que lhes caberia na herança, ou seja, adianta-se o pagamento do quinhão hereditário correspondente partindo de uma presunção ainda superior de que intenção do autor da herança não seria beneficiar um sucessível em detrimento de outros[33].

A noção estritamente legal, entretanto, se mostra limitada, e as questões inerentes à colação são profundas e complexas, tanto por apoiar-se em presunções, quanto por permitir dúvidas quanto às igualações, que são a consequência direta da colação[34].

Inicialmente, faz-se necessário entender que a restituição proposta pelo art. 2014º é fictícia. Fictícia pois não se trata de uma obrigação de tomar os bens ou valores e retorná-los no mundo dos fatos a quem quer que seja. Trata-se, aqui, de retornar para efeitos jurídicos, criando efeitos *post mortem* para as doações recebidas de forma que deverão ser contabilizadas por ocasião da morte do doador.

Não é defesa, todavia a restituição da coisa em espécie, conforme preceitua o art. 2108º, n. 1 do Código Civil português, sendo necessário, entretanto, a concordância de todos os herdeiros. Caso contrário, efetuar-se-á a colação pela aplicação de técnica de imputação da doação na quota do herdeiro[35].

Essa questão aparenta estar superada dentro da sistemática sucessória. Não parece haver motivo para se acreditar na necessidade de uma restituição real ao monte partilhável dos bens sujeitos à colação. Entretanto, não se pode esquecer a possibilidade de que o bem retorne e seja partilhado em eventual situação de redução da doação, ou mesmo de anulação da doação realizada, ou mesmo por acordo de todos os herdeiros na forma do artigo 2108º n. 1 do Código Civil português.

2.3.1 Sujeitos da colação

Superada essa primeira questão sobre o caráter fictício da restituição na colação, passa-se à outra questão que produz questionamentos profundos e de posicionamentos divergentes, qual seja: quem são os obrigados a realizar a colação. É possível que a

[33]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 309.
[34]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 414.
[35]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 332.

análise literal do Código Civil português, sem preocupação com a sistemática do *codex*, gere uma falsa sensação de simplicidade na busca por uma resposta. Isso porque prevê o artigo 2105º do referido diploma legal: "Só estão sujeitos à colação os descendentes que eram à data da doação aos presuntivos herdeiros legitimários do doador". A leitura do texto parece ser clara sobre a obrigação dos descendentes de efetuarem a colação dos bens e somente destes.

O que não se apresenta de maneira clara é a falta de equiparação dos descendentes com o cônjuge como herdeiros legitimários. Isso porque a análise mais ampla do instituto da colação demonstra que esse, se aplicado da maneira literal apresentada pelo Código Civil português, cria uma preferência ao cônjuge em detrimento dos descendentes, desobrigando aquele de colação, mas permitindo que sua legítima seja expandida pela colação realizada pelo descendente.

O cônjuge, mesmo sendo excluído da obrigação de igualação pela interpretação dos artigos 2105º, 2106º e 2110º (que só tratam dos descendentes), será afetado por essa igualação de forma que questiona-se, aqui, essa (aparente) opção do legislador pelo privilégio do cônjuge frente aos demais sucessíveis legitimários de 1ª classe[36].

Parte da doutrina parece conviver bem com essa solução simplificada pela qual simplesmente se exclui o cônjuge da colação, beneficiando o mesmo na igualação conseguinte. Essa posição privilegiada, fruto da reforma do Código Civil português é, entretanto, objeto de debate para a doutrina insatisfeita com a aceitação inconteste da posição assumida pelo cônjuge pós-reforma. Desse debate se extrai três caminhos[37], dentre outros que não demonstram-se significativos no estudo em comento[38].

Primeiramente, há a posição aqui já comentada de privilégio do cônjuge. É o que a lei em seu sentido estrito parece construir. O seguinte exemplo seria capaz de ilustrar esse entendimento: "A" - autor da herança – deixa dois descendentes herdeiros

[36]Não é caso aqui da aplicação do artigo 2107º, do qual a explicação constante do código "Doações feitas a cônjuges" pode persuadir a uma interpretação errônea. O referido artigo trata das doações feitas aos cônjuges dos presuntivos herdeiros legitimários, para dizer que tais doações não estão sujeitas à colação. O artigo opta por uma explicação excessiva dispensável, uma vez que já resta explicado no artigo 2105º que estão sujeitos a colação somente os descendentes na posição de presuntivos herdeiros legitimários, posição essa que não será alcançada pelo cônjuge por se tratar de posição pessoal não expansível ao cônjuge independente do regime de bens.

[37]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. p. 532-533.

[38]Oliveira Ascensão – Direito Civil: Sucessões. p. 532-533 – menciona a existência de corrente pela qual nenhum dos herdeiros seria obrigado a colacionar o que o próprio autor qualifica como "menos convincente", por entender que seria inviabilizada qualquer colação constituindo o que o mesmo nomeou de "igualdade da inveja".

legitimários - “B” e “C”, e um cônjuge sobrevivo “D”. O *relictum* dos bens deixados por “A” é de 100, O *donatum* composto por uma doação ao herdeiro “B” é de 50, não havendo deixado passivo. Independente da teoria que se opte para o cálculo da herança e da legítima[39], teríamos uma herança de 150, construindo, portanto, uma legítima global de 2/3, conforme artigo 2159º do Código Civil português, que equivale a um valor de 100. Seguindo com o exemplo e efetuando a colação da doação realizada ao herdeiro legitimário presuntivo “B”, teríamos uma doação que superou a legítima subjetiva do referido herdeiro – que é de 33,33. Dessa forma, o excesso da doação – 16,67 – será imputado na quota disponível. Configurado esse cenário nascem as divergências, de forma que se aproveitará o cenário, prévio na explicação das três correntes doutrinárias sobre a situação.

Com base na primeira corrente já trazida, pela qual o cônjuge se beneficia da igualação, estando dispensado de colação, o exemplo anterior resultaria na seguinte partilha: O excesso de doação que extrapola a legítima subjetiva do herdeiro “B” será imputado na quota disponível e acarretará para o herdeiro “C” e para o cônjuge “D” o direito a igualação das quotas hereditárias por força do art. 2018º, n. 2 do Código civil Português. Dessa forma, “B”,”C” e “ D” passam a ter direito a quota hereditária de 50. Desta feita, após o abatimento dos 16,67 da quota disponível da herança, restariam 33,33 na referida quota que seria dividido para C e D, promovendo a igualação das quotas hereditárias. Atenta-se para o fato que resta indiferente qualquer doação feita ao cônjuge “D” no exemplo, pois este pela corrente ora em estudo estaria dispensado da colação e, por conseguinte, a doação a ele feita – dispensada de colação –, não seria computada para o cálculo da herança, não produzindo qualquer efeito nos cálculos apresentados.

Por outra vertente, a doutrina se inclina pela interpretação de que o cônjuge não estaria sujeito à colação – aparando-se na clareza do texto legal –, mas também não poderia se beneficiar da igualação de quinhões, de forma que só os descendentes herdeiros legitimários se valeriam da igualação.

Em uma terceira esteira de pensamento encontra-se a posição de caráter mais afastado, qual seja a obrigatoriedade da colação pelo cônjuge e capacidade do mesmo de se beneficiar da igualação. Essa terceira corrente se apresenta em por dois caminhos de razão: 1º) por um suposto lapso do legislador ordinário que deixou de constar o cônjuge

[39]Escola de Coimbra ou Escola de Lisboa, conforme já trabalhado nas divergências de posicionamentos.

junto aos descendentes[40]; ou 2º) Em uma qualificação do artigo 2105º como norma de caráter exemplificativo que não exclui os demais herdeiros da obrigação de colacionar[41].

Explicitando cada uma das ordens de pensamento que levam a mesma conclusão da terceira teoria, observa-se que, a primeira trabalha sobre a hipótese de lacuna legislativa onde deixou de constar o cônjuge como obrigado a colacionar por lapso do legislador e, portanto, deverá esse esquecimento ser superado, obrigando o cônjuge a colacionar as liberalidades em vida a ele conferidas. A doutrina de Oliveira Ascensão, ao se apoiar nesse entendimento, eleva ainda um conceito de justiça para justificar a obrigatoriedade de colação também ao cônjuge. Menciona o autor que

> A manutenção dos arts. 2104 tal qual, sem adaptação à mudança do quadro dos legitimários, representa uma lacuna, fruto da inferior qualidade técnica da reforma de 1977. Nada nos permite detectar uma intenção de excluir o cônjuge da colação.

Desta feita, o autor demonstra sua posição pelo reconhecimento de uma lacuna e, por conseguinte, propõe como método de comutação da referida lacuna a aplicação de analogia. Por tal raciocínio aplicar-se-ia a analogia do cônjuge com os descendentes legitimários, de forma a obrigá-lo a colacionar e, posteriormente, seria promovida a igualação. Em fomento a esta tese, utiliza-se o art. 2108, n. 2 do Código Civil português que optou pela expressão "todos herdeiros", em detrimento da expressão "todos os descendentes", o que pela visão do referido autor constitui um indicativo da omissão do legislador.

Com intuito de analisar este último caminho levantam-se questionamento quanto às justificativas aqui elencadas. Primeiramente, a atecnicidade do legislador da reforma de 1977 não parece explícita, uma vez que teve o mesmo a oportunidade de mencionar o cônjuge ou a expressão "todos os herdeiros" em vários pontos do diploma civil. Também no próprio art. 2104º, no art. 2105º e no art. 2110º, ou seja, uma sequência de lapsos que parece improvável em uma reforma legislativa. Pode-se questionar ainda que, se ocorreu realmente um lapso do legislador, por que não entender que a ausência dos ascendentes que também são legitimários não teriam a mesma obrigação? Apesar de

[40]Posição de que se valem Capelo de Sousa e Oliveira Ascensão, que se posicionam pela possibilidade do intérprete preencher a lacuna deixada pelo legislador. Conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 533 e 534.

[41]Posição adotada por PITÃO, José Antônio de França. A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português. 4. ed. rev. atual. e aumentada. Almedina: Lisboa, 2005. p. 68.

se entender a posição equiparada que a reforma trouxe entre cônjuge e descendente, interpretar uma ausência como lacuna alarga profundamente o alcance interpretativo da norma, podendo levar a posições que desvirtuem a natureza do próprio instituto.

Outro problema é levantado pelo próprio autor[42], qual seja, a necessidade de se entender que o cônjuge só será obrigado a colacionar quando em concorrência com os descendentes, e não quando estiverem em concorrência com ascendentes. Desta forma, o mesmo legitimário – cônjuge – poderia ser, ou não, obrigado a colacionar a depender de sua concorrência, e não em virtude da sua qualidade de legitimário criando um regime duplo para a pessoa do cônjuge.

Crítica a essa tese é, também, a colocação de Luís A. Carvalho Fernandes[43], apoiado nas lições de Pereira Coelho ao mencionar, ainda o art. 9º, n. 3 do Código Civil português, que não é levado em consideração para a interpretação de Oliveira Ascensão e Capelo de Sousa[44]. A orientação normativa é clara no sentido de que se deve presumir – se há algo a ser presumido – que o legislador "consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados", e não o inverso. Tratando-se de uma presunção, não parece esta ser sido ilidida pela construção teórica dos citados autores.

A segunda ordem de razão pela qual se justificaria essa terceira corrente, obrigando o cônjuge a colacionar e a igualar, ter-se-ia o art. 2105º do CC/PT como norma de caráter exemplificativo. Nessa posição, o cônjuge seria obrigado a colacionar e seria beneficiado com a colação, pois o art. 2105º do Código Civil Português mencionou os descendentes como um exemplo de legitimário, mas todos os presuntivos herdeiros legitimários estariam comportados no referido artigo, assim, inclusive citando uma obrigação de colação aos ascendentes. A expressão "Só estão sujeitos" estaria se referindo somente a presuntivos herdeiros legitimários, e não a descendentes. Com isso todos os legitimários seriam incluídos e estariam obrigados a colacionar.

Essa ordem de razão se apoiaria em muitas questões parecidas com a defendida por Oliveira Ascensão[45] e Capelo de Sousa, diferenciando-se substancialmente na

[42]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. p. 533.

[43]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 418.

[44]SOUSA, Rabindranath Capelo de. Lições de Direito das Sucessões. v. 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 228-229.

[45]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 533 e 534.

justificativa: para os autores, a obrigação de colacionar seria só dos descendentes e cônjuge – deste só quando em concorrência com descendentes –, e para essa linha de pensamento a obrigação incluiria os ascendentes e os cônjuges que sempre deveriam colacionar.

Não se propõe aqui uma determinação final sobre essa vasta discussão, mas partindo das explanações antes trazidas, proceder-se-á à análise da teoria da imputação sob a égide do Direito brasileiro de modo a se observar se os referidos problemas se mantém mesmo com as diferenças legislativas existentes.

2.3.2 A dispensa da colação e a não sujeição a colação

Ainda tratando da sujeição à colação, como fase anterior ao estudo da igualação – resultado da colação – trata-se da possibilidade de afastamento da colação em razão da manifestação de vontade. Prevê o art. 2113º as possibilidades de dispensa da colação:

> Artigo 2113.º
> (Dispensa da colação)
> 1. A colação pode ser dispensada pelo doador no ato da doação ou posteriormente.
> 2. Se a doação tiver sido acompanhada de alguma formalidade externa, só pela mesma forma, ou por testamento, pode ser dispensada a colação.
> 3. A colação presume-se sempre dispensada nas doações manuais e nas doações remuneratórias.

Assim o doador que, doando ao seu presuntivo herdeiro legitimário, quiser afastar a sujeição deste a colação pode manifestar esse desejo – de maneira expressa ou tácita[46]. O efeito prático dessa dispensa se dará na imputação, de forma que a doação será, agora, imputada na quota disponível por força do art. 2114º, n 1 do Código Civil português. A dispensa da colação constrói, portanto, uma situação de "vantagem patrimonial efectiva do donatário perante da dispensa de colação"[47].

O que se faz, aqui, é o afastamento dos efeitos do art. 2105º, por se afastar a presunção de que o autor da herança não desejava favorecer nenhum dos herdeiros. Expressamente afastando a obrigação de colacionar o autor da herança, subjaz a

[46]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 339.
[47]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 339.

mensagem de que deseja beneficiar ao donatário dando-lhe, para além da legítima que faz jus, ainda o bem doado em vida.

O que é necessário verificar, todavia, é a relação desse afastamento com a igualação de quinhões hereditários que comanda o art. 2108º, n. 2 do CC/PT. Isso por que parece possível a interpretação do n. 2 do art. 2108º do Código em análise no sentido de permitir a redução de uma doação inoficiosa se não for possível a igualação de todos os herdeiros por insuficiência de bens. Nesse sentido, duas interpretações despontam: I) uma que declina do caráter injuntivo da norma citada e entende que o doador poderá indicar que a referida doação deve ser imputada na quota indisponível, não devendo o donatário ser avantajado perante os outros herdeiros [48]. Com isso, a doação que deixaria clara a vontade do autor da herança de não beneficiar o donatário poderia ser reduzida caso não houvesse a possibilidade de igualação, independente de inoficiosidade. II) uma segunda linha, que qualifica a norma em análise como norma de viés obrigatório, e entende que só poderão se reduzir doações em caso de inoficiosidade, de forma que a igualação só se daria se houvessem bens suficientes para a igualação.

A primeira linha de pensamento constitui entendimento da Escola de Coimbra e tem como base de construção a negação do caráter injuntivo do art. 2108ª, n. 02 do CC/PT e como se posiciona Pamplona Corte-Real[49], parece transcender o instituto da colação negando a tentativa de igualação possível, e buscando uma igualação absoluta às custas de reduções de doações não inoficiosas. A segunda guia de pensamento, por sua vez, ampara-se na igualação possível. Dessa forma, a manifestação do doador para externar que não pretende beneficiar um herdeiro não possibilitaria a redução da doação feita a este. A redução só se procederia caso constatada a inoficiosidade da mesma.

Assim, sabe-se que é possível afastar a colação por expressão da vontade do doador, contudo, é divergente a opinião de que é possível promover a redução baseada também na expressão de vontade do doador ao manifestar-se pelo não favorecimento do donatário.

Outra forma de afastar a colação é a dispensa legal. Sobre essa modalidade – prevista na lei - não residem os mesmos debates traçados anteriormente. Nesse ponto, não existe a manifestação de vontade do doador, mas sim a *voluntas legis*, que flui da

[48]A referida posição doutrinária encontra-se na Escola de Coimbra, especificamente Jorge Leite, Pereira coelho e Capelo de Sousa, conforme explica CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 310.

[49]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 311.

previsão legal que, por sua vez, presume dispensada a colação das "doações manuais e nas doações remuneratórias"[50]. Cabe ressaltar que a dispensa legal é uma presunção, e desse modo poderia ser elidida, afastando-se a dispensa e obrigando a colação mesmo para as doações remuneratórias e manuais. Qual será, então, o modo de afastar a referida presunção do art. 2113º, n.3 do CC/PT?

Sobre essa possibilidade de afastamento da presunção de dispensa se manifesta a doutrina – minoritária – pela sua viabilidade quando da comprovação da vontade de beneficiar entre autor da herança e donatário[51]. Discute o tema, ainda, Pamplona Corte-Real[52], ao reconhecer ser discutível a natureza de presunção absoluta das doações manuais, cravando como "compreensível" essa classificação para as doações remuneratórias. O que se percebe pela análise geral do tema é a posição doutrinária fortalecida pela qual a presunção do art. 2113º, n. 3 do *codex* civilista português é absoluta, apoiada na expressão "sempre" que consta no texto legal, entendendo-se, assim, que a presunção não pode ser afastada por uma vedação legal, aplicando-se, para tanto, o art. 350, n.2 do CC/PT.

Cobrem-se de argumentos as duas vertentes, uma por sua posição que se alia à realidade na qual doações manuais podem comprometer, inclusive, a quota indisponível; outra por se filiar a tecnicidade interpretativa sistemática do código de modo, a demonstrar que não fora a intenção do legislador permitir o afastamento de tal presunção.

A não sujeição a colação, por outro lado, tem pressuposto diverso. Trata-se de análise anterior à dispensa. Dispensada será a doação que estaria sujeita a colação, mas não o está em virtude da lei ou manifestação do autor da herança. A não sujeição relaciona-se ao que explica, por exemplo, o art. 2110º, n. 2 do Código civil português. Desta feita, as despesas "com o casamento, alimentos, estabelecimento e colocação dos descendentes…" não estarão sujeitas a colação não sendo necessário ao autor da herança dispensá-las de colação.

No mesmo patamar estão as doações feitas ao herdeiro que não era, a época da liberalidade, sucessível legitimário prioritário, o qual será equiparado a um terceiro para tais efeitos. Assim, doação a quem não se encontra na situação de presumível herdeiro

[50]Art. 2113º, n. 3, do Código civil português.

[51]LEITE, Jorge. Algumas notas sobre colação. Coimbra, 1972. p. 50-51.

[52]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Direito de Família e das Sucessões. v. 2. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. p. 313.

legitimário não estará sujeita a colação por não possuir este "uma expectativa no domínio da sucessão legitimaria.".[53]

2.4 A INOFICIOSIDADE

De maneira muito clara são inoficiosas as liberalidades quando a disposição que trazem impedem o sucessível legitimário de receber aquilo que lhe cabe como legítima. Ou seja, a liberalidade em favor de herdeiro ou terceiro que não seja legitimário prioritário poderá acarretar a violação da legítima e, por conseguinte, tratar-se-á de uma liberalidade inoficiosa[54]. Da descrição acima se retira que a inoficiosidade, em sede conceitual, é uma consequência jurídica da opção do autor da herança em conceder liberalidades que acabaram[55] por atingir a quota indisponível da herança[56].

Tal como a igualação é o fim esperado da colação no mesmo sentido, em caso de inoficiosidade o que se objetiva é a redução na medida da inoficiosidade. Para tanto cabe a verificação da forma de cálculo dessa inoficiosidade. Sobre isso, já foi trabalhada a diferenciação no cálculo da legítima entre as Escolas de Coimbra e Lisboa, o que gera repercussões diretas sobre a inoficiosidade.

O cálculo da parcela inoficiosa se dará, primeiramente, a partir do cálculo da legítima. Calculada a legítima verificar-se-á se as liberalidades – *donatum* – atingem a legítima e em quanto o fazem, devendo ser reduzidas nesse valor. Importa que todas as liberalidades poderão ser reduzidas se inoficiosas, inclusive as liberalidades *causa mortis.* Deve-se atentar que quanto às liberalidades *causa mortis* não há previsão no art.

---

[53]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. P. 344.

[54]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p.,

[55]Utiliza-se a expressão "acabaram por atingir" como forma de demonstrar que a ocorrência da inoficiosidade está alheia a vontade do "de cujus", posto que serão analisados os valores das liberalidades na data da abertura da sucessão, conforme se analisará futuramente. Desse modo, o autor da herança não tem como ter a certeza, no momento da liberalidade, que não atingirá a legítima de seus herdeiros.

[56]Supera-se pela conceituação exposta qualquer questão atinente ao texto legal do art. 2156º do Código Civil português, ao tratar que a legítima estaria protegida conta disposições testamentárias. É de certo aqui aplicável a posição de Capelo de Sousa, ao explicar que: O art. 2156º do Código Civil, em redação que já vem da 1ª revisão ministerial […], emprega a expressão "de que o testador não pode dispor", mas cremos que o faz algo incorrectamente, uma vez que o *doador mortis causa* também não pode dispor com prejuízo da legítima dos herdeiros legitimários, pois quer as doações para casamento, face ao art. 1759º do Código Civil, quer as doações de esposados a terceiro, dado o n. 3 do art. 1705º do Código Civil, estão sujeitas a redução por inoficiosidade. A este respeito, era mais feliz a redação correspondente do art. 151º do Anteprojecto de GALVÃO TELLES […], onde expressamente se dizia que a legítima dos herdeiros legitimários não podia ser prejudicada em disposição do autor da sucessão "por doação ou por testamento"." - SOUSA, Rabindranath Capelo de. Lições de Direito das Sucessões. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1978. p. 36.

2171º do Código Civil português, entretanto a análise global visando o art. 1759º e art. 1705º demonstram o alcance também das liberalidades *mortis causa*[57].

2.4.1 A ação de redução

Em sede processual, deve-se atentar que no Direito português a redução de inoficiosidades pode ser feita em ação própria. Como menciona Abílio Neto, "A acção de redução é uma acção pessoal e não uma *actio in rem*. Têm legitimidade activa os herdeiros legitimários, os seus sucessores, contra o donatário ou os seus sucessores"[58]. Tal ação é a tutela e a proteção em vida das legítimas dos sucessíveis legitimários que já podem – trata-se de uma faculdade – questionar a inoficiosidade, exigindo sua redução quando o doador ainda está vivo.

O Direito brasileiro, por sua vez, deixa a inventário como meio e momento de questionamento das liberalidades inoficiosas, existindo, porém, a possibilidade de propositura de ação de nulidade de doação inoficiosa[59]. É sabido que Portugal também aponta o inventário como o processo próprio para discussão de eventual redução por inoficiosidade. Entretanto, a perspectiva lusófona parece harmonizar-se mais com a eficácia do instituto por permitir o tratamento individualizado das questões atinentes a inoficiosidade, sem que as demais questões do inventário se misturem.

Em que pese o enfoque do presente estudo afastar-se da seara processual, é importante tal colocação, uma vez que a ação própria permite, ou ao menos parece permitir, a análise profunda dos valores sem comprometer se misturar com as questões diversas não afeta as inoficiosidades, bem como antecipar um conflito que provavelmente criará entraves em todo trâmite processual do inventário.

O Direito brasileiro acaba de passar pela inovação de um novo Código de Processo Civil[60], mas não se mencionou um tratamento especial para o procedimento de

---

[57]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 217.

[58]NETO, Abílio. Código Civil Anotado. 18. ed. rev. atual. Lisboa: Ediforum, 2013. p. 1609.

[59]A viabilidade da ação de redução e o momento de propositura é objeto de análise em capítulo destinado ao Direito brasileiro.

[60]O Novo Código de Processos Civil brasileiro entrou em vigor em 18 de março de 2016 mas, apesar das inovações em matéria procedimental, teve poucas inovações nos procedimentos especiais, perdendo-se a oportunidade de construir novas diretrizes para as matérias processuais afetas à sucessão. O referido código manteve toda estruturada já existente para o procedimento de inventário preocupando-se somente em conduzir o procedimento já existente à inovação da Lei 11.441/07, pela qual o processo de inventário passou a poder ser realizado em serventias extrajudiciais de notas.

redução de inoficiosidades, de forma que persiste parte do procedimento de inventário e partilha – talvez dificultando ainda mais uma equiparação e aproximação com a sistemática lusitana de imputações e inoficiosidades.

2.4.2 A proteção da legítima na inoficiosidade

Em retorno ao escopo central desse estudo, afeta ressaltar que a inoficiosidade possui efeito de ordem prática, qual seja a redução, mas que se relaciona com a imputação, ao passo que essa – a sistemática de imputações – pode evitar que aquela se concretize. Desta forma, ao se tratar da inoficiosidade e das reduções que dela se conduzem, trata-se de situação jurídica que, pela aplicação da imputação de maneira diferenciada, poderá ser evitada – como irá se explicitar adiante.

Toda essa proteção referente a legítima que se consubstancia nas reduções por inoficiosidade demonstra que as liberalidades feitas pelo indivíduo – a quem quer que seja – estão sempre nebulosas quanto à plenitude da transferência do direito de propriedade. Como explica Jorge Duarte Pinheiro[61]:

> O autor da sucessão não consegue atribuir ao donatário um direito pleno, inimputável, sobre os bens doados, antes da abertura da sucessão. Até esse momento, é precária a eficácia da generalidade das doações em vida.

Afinal, só diante da abertura da sucessão que se terá a aferição da herança, cálculo da legítima, aferição das liberalidades e, por fim, a verificação se as mesmas devem, ou não, ser reduzidas. Não se pode, apesar disso comprometer com uma classificação de eficácia suspensa todo negócio jurídico gratuito realizado por qualquer indivíduo. Parece mais coerente que essa limitação de eficácia se consubstancie primordialmente para os herdeiros, podendo o donatário usufruir plenamente do direito de propriedade a ele transferido, guardando em si a consciência de que, por morte do donatário, poderá ter sua propriedade questionada.

É para resguardar essa proteção da legítima pela inoficiosidade que o Direito Civil português se digna, ainda, a impedir a venda de pais aos filhos ou netos sem o consentimento dos demais, maculando esse negócio jurídico com o vício da anulabilidade. Essa proibição/proteção positivada no art. 877º do Código Civil

[61]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 224.

português impede, ou visa impedir, a simulação de venda que no fundo, em que pese a onerosidade aparente do contrato, correspondem verdadeiramente à doações disfarçadas. Disfarce esse com o intuito de excluir a possibilidade de decretação de inoficiosidade, colocando em risco a legítima dos sucessíveis legitimários.

Outro ponto elucidador do caráter protetivo da inoficiosidade é ressaltado por Galvão Telles, quando se trata da simulação de contratos pelo futuro autor da herança. Assim, ainda em vida do autor da herança deverá ser permitido ao legitimário, imbuído de uma expectativa, defender sua futura legítima ao perceber que fora celebrado ato revestido de caráter oneroso a fim de afastar a obrigação do donatário – que aparecerá como comprador – de levar seu bem à sucessão, verificando, dessa forma, a inoficiosidade da liberalidade.

Percebe-se, aqui, que não se trata de evitar a inoficiosidade, mas sim de prejudicar o legitimário, simulando um ato oneroso, enquanto o que se desejava pelas partes era uma disposição a título gratuito. Assim, exemplifica o supracitado autor:

> Acorda com determinada pessoa uma doação; a doação é o acto efectivamente querido pelas partes, exprime a sua vontade real. Mas a doação por hipótese apresenta-se como inoficiosa, só por si ou somada a outras anteriores, ou tornará inoficiosas outras subsequentes, que o *de cuius* tenciona fazer. Quer se tirar aos herdeiros legitimários a possibilidade prática de via a reagir contra a inoficiosidade, pretende-se desarmá-los, e para isso lança-se sobre a doação uma cortina de fumo[62].

A intenção do *de cujus* é, portanto, restringir a proteção à legítima que, apesar de expectativa, merece desde já a proteção possessória.

Em complemento ao citado raciocínio, deve-se considerar que não se busca uma prova abrupta de violação da legítima futura. Não é razoável que se exija do presumível herdeiro legitimário uma prova da violação da legítima, até porque essa só será constituída por ocasião da abertura da sucessão e considerando-se os valores por ocasião da morte. Dessa forma, caberá aos sucessíveis legitimários atacar o referido negócio jurídico maquiado de oneroso, alegando e provando somente a intenção de mascarar

[62]TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 112.

"fazendo valer a nulidade do acto simulado"[63], e não com base na inoficiosidade. Esta só será verificável após a morte.

Merece destaque a questão atinente aos atos simulados, uma vez que tal artifício pode prejudicar a aplicação de outros institutos sucessórios em prejuízo aos legitimários ou outros herdeiros, como se verá na imputação.

2.4.2 A inoficiosidade dos legados

Outro ponto em que se revelam eventuais questões pertinentes sobre inoficiosidade são as situações envolvendo os legados. Os legados possuem essa natureza especial de destinação específica a ser melhor verificada no capítulo de imputação. Por momento, valioso é mencionar que também os legados podem ser objeto de redução por inoficiosidade sempre que atingirem a legítima objetiva, ultrapassando a quota disponível sendo, pela ordem de redução do art. 2171º, a segunda categoria de liberalidades a serem reduzidas em caso de inoficiosidade. O legado e sua influência na legítima serão objetos de exame futuro.

Dois outros pontos finais na explanação da inoficiosidade no Direito português que mereceram referência por ocasião da construção que se pretende no Direito brasileiro são a cautela sociniana e o valor das liberalidades. Para que não se desconstrua a verificação segmentada de temas, iniciaremos pela cautela sociniana.

2.4.3 A cautela sociniana

A cautela sociniana é instituto do Direito sucessório português que tem lugar diante de deixa testamentária pela qual o testador, ao deixar usufruto ou constituir pensão vitalícia em favor de quem quer que seja, acaba por atingir a legítima, e assim incorrer em inoficiosidade. A peculiaridade dessa situação de inoficiosidade se dá na impossibilidade de aferição quantitativa do excesso e, por conseguinte, impedimento de uma redução. Ocorrida a conduta do testador descrita, surge aos herdeiros legitimários a opção de cumprir o legado, qual seja, o usufruto ou pensão vitalícia – ou poderão os

[63]TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 113.

legitimários entregar ao beneficiário da referida deixa toda a quota disponível da herança, desfazendo-se da obrigação de cumprimento do legado.

Fique claro que apesar da explicitude com que o art. 2164º do CC/PT trata dos encargos de usufruto ou pensão vitalícia, a doutrina[64] se posiciona pela expansão da aplicação da cautela sociniana a todo encargo da mesma característica dos mencionados que possa atingir a legítima. Ocorrida a situação que se descreve, ficam os legitimários abertos a escolha, confortável, pela qual analisaram o que lhes parece mais favorável entre: cumprir com a obrigação vitalícia, podendo comprometer quantitativamente e qualitativamente sua legítima, ou entregar toda a quota disponível com a proteção quantitativa e qualitativa completa da legítima.

Não parece se tratar, aqui, de permissão para que os herdeiros descumpram o encargo. A lei se apresenta, na verdade, sob a motivação da proteção da legítima – em equilíbrio com a vontade do auto da herança – e da praticidade no cumprimento das deixas testamentárias. Há uma proteção da legítima que se reconhece na possibilidade de escolha, de forma que, se a escolha for pelo cumprimento do encargo, a eventual obrigação que diminui quantitativamente a herança recebida pelo legitimário terá ocorrido por escolha dele. A praticidade é concebida na solução imediata de questões de prestação continuada que poderiam vir, futuramente, a constituir litígio, ou problemas dos legitimários com o beneficiário do usufruto ou da pensão. Optando os legitimários pela entrega da quota disponível, esses se veem, desde já, desobrigados a qualquer relação continuada com o beneficiário – podendo, entretanto, optar por manter essa relação, caso achem viável.

Tanto a facilidade, quanto a proteção da cautela sociniana só têm razão de existência na sucessão da qual se percebe a existência de quota disponível a ser partilhada. Isso por que não havendo quota disponível – por já ter sido antecipadamente disposta –, não poderá a legítima ser submetida ao encargo do usufruto, ou da pensão vitalícia, e tampouco qualquer outro por força do art. 2163º. Com isso, sendo hipótese de quota disponível já preenchida por doações a terceiros, por exemplo, a disposição testamentária que impõe a pensão vitalícia, também como exemplo, deverá ser desconsiderada, podendo os legitimários receber tranquilamente sua legítima, que já lhes caberia, sem cumprir ou se manifestar sobre o encargo. Ponto esse que se justifica

[64]Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 381.

pela disposição legal do art. 2163º, mas que se justificaria, na mesma proporção, por um argumento de razão lógica: não havendo quota disponível a receber os legitimários, buscando seu benefício, optariam pela 2ª possibilidade do art. 2164º, ou seja, entregar a quota disponível – igual a zero – para o beneficiário, ficando com sua legítima. Tem-se, aí, o mesmo efeito prático do art. 2163º.

Estende-se, aqui, mais algumas palavras sobre a cautela sociniana em decorrência do objetivo futuro de comparação com o Direito brasileiro, já que este não possui o referido instituto em sua codificação. Assim, este é o momento de analisar o instituto para que se proceda, em momento oportuno, considerações sobre sua aplicação no fenômeno sucessório brasileiro.

Portanto, uma questão que nos atemos em posição final de análise da cautela sociniana é atinente à aceitação dos herdeiros legitimários da escolha. Existindo mais de um legitimário, como se procederá a escolha entre cumprir o encargo e tomar toda a herança ou entregar a parte disponível? Sobre o tema, Oliveira Ascensão[65] já se manifestava pela possibilidade construída por Antunes Varela de uma opção individual de cada herdeiro, da qual se retiraria a quota hereditário de cada um deles. Aqueles que optassem por entregar sua quota disponível estariam dispensados do cumprimento do encargo, ao passo que aqueles que optassem por cumprir o encargo receberiam, também, sua parte na quota disponível e manteriam sua obrigação assumida, em uma declaração unilateral recepitícia[66]. Analisando sob uma outra ótica, pode ser essa escolha uma obrigação unitária dos herdeiros, o que acarretaria a obrigação de manifestação de todos no mesmo sentido. É o que menciona Oliveira Ascensão[67] como possibilidade interpretativa analógica com as dívidas no processo de inventário e pela aplicação do art. 2091º n. 1, *in verbis:*

> Artigo 2091.º
> (Exercício de outros direitos)
> 1. Fora dos casos declarados nos artigos anteriores, e sem prejuízo do disposto no artigo 2078.º, os direitos relativos à herança só podem ser exercidos conjuntamente por todos os herdeiros ou contra todos os herdeiros.
> [...]

[65]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 382.

[66]Solução baseada na copropriedade dos herdeiros, conforme: FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 433, apoiado nas lições de LIMA, Pires de. VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil anotado: Volume VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 266 – 267.

[67]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 382.

Interpretando a escolha como um direito dos herdeiros legitimários, uma vez que cabe a esses e somente a eles o poder de decisão, poder-se-ia entender pela aplicação do supracitado artigo de modo a construir o caráter unitário dessa decisão.

Há duas possibilidades de reflexos práticos intensos das quais não se busca, aqui, uma escolha definitiva de posição, mas assevera-se que a doutrina compartilha da posição pela qual se aceita a compartimentação das escolhas, podendo cada herdeiro legitimário exercer a opção individualmente. Consideração que reforça, na esfera prática, essa posição é a noção individual do herdeiro como detentor da proteção à sua legítima e não à totalidade da legítima, de forma que analisar individualmente tanto a escolha de cada herdeiro, quanto a cautela sociniana, é impedir que somente um herdeiro seja apto a obrigar os demais a cumprir o legado vitalício quando os mesmos prefeririam entregar a parte disponível. Assim, para visualização, um herdeiro legitimário que já tenha recebido uma liberalidade em vida imputável na quota disponível – pelo art. 2114, n. 1, CC/PT – por já se sentir beneficiado, poderia optar por manter o pagamento da pensão vitalícia, e assim impediria os demais herdeiros legitimários de se livrarem desse encargo pela entrega da parte disponível. Essa capacidade de um herdeiro, por sua decisão individual, influir diretamente no quinhão hereditário recebido pelos outros herdeiros é sempre temerosa por se tratar a sucessão de fenômeno que constantemente reflete tensões características das relações familiares. Parece então acertada, por as linhas de argumentação trazidas, a posição de analisar a cautela sociniana para cada herdeiro individualmente.

Não se pode alcançar o próximo assunto sem mencionar sobre a cautela sociniana a interessante e solitária posição de Pamplona Corte-Real sobre a quota disponível para entrega ao beneficiário, em detrimento do cumprimento do legado. Baseando-se em um critério quantitativo de intangibilidade da legítima na aplicação da cautela sociniana, entende-se que só será aplicável a referida opção, caso haja quota disponível suficiente para a imputação do encargo. Percebe-se, aqui, que o autor constrói um procedimento de imputação do encargo vitalício (usufruto ou pensão) na quota disponível, para primeiro verificar a inoficiosidade do próprio encargo e de outras liberalidades ocorridas. Organizando em etapas o referido raciocínio: I) Primeiramente deverá o encargo ser quantificado; II) Posteriormente imputado na quota disponível para verificação de inoficiosidade; III) Feita a verificação, deve-se analisar as possíveis

reduções, sendo factível, inclusive, que a cautela sociniana não seja aplicável caso a parte livre da quota disponível não seja capaz de suportar o encargo quantitativamente.

Sobre a posição descrita, tece-se duas considerações. É posicionamento que se desvincula totalmente de critérios simplificativos do fenômeno sucessório, ou seja, a aplicação da lógica apresentada complica, na prática, a aplicação da cautela sociniana. A quantificação das disposições a que se refere a cautela sociniana são de penosa verificação. Como sugere o próprio autor, deveria partir de "regras específicas, fiscais e/ou processuais", buscando em outros meios de quantificar o encargo. Não se menciona a dificuldade desse caminho como obstáculo à sua aplicação, isto porque não é o fato de ser laborioso um pensamento que impede sua execução. Apesar da complicação da aplicação real dessa teoria, com relação a quantificação, é importante verificar que guarda profunda precisão técnica ao harmonizar-se com a norma que, ao que aprece, exigiria de qualquer forma uma quantificação do encargo para verificar se a legítima foi "atingida", ainda que essa quantificação seja estimada como a pensão vitalícia. Da mesma forma será necessária a quantificação para efeitos de declaração de inoficiosidade de deixas testamentárias, uma vez que são prioritariamente reduzidas frente aos legados[68] – natureza das deixas que suscitam cautela sociniana –, afinal, as deixas testamentárias poderão inclusive ser reduzidas caso impeçam que o legado do usufruto ou da pensão vitalícia seja comprometido. Por sequência lógica de raciocínio, necessitando da quantificação desse legado para verificação de inoficiosidade e para o próprio cabimento da cautela sociniana, poder-se-ia utilizá-lo para verificar se não se trata de legado que supera a parte livre da quota disponível, sendo assim algo equiparado a inoficioso, de forma que a solução para que se leve em conta a vontade do *de cujus* figura a redução do legado de forma que respeito a parte livre da quota disponível – aplicando-se as reduções na forma da lei e cumprindo-se com a estipulação.

Não se pretende chegar à uma análise final do tema, que merece análise própria e profunda, mas é relevante sua suscitação, uma vez que, não sendo instituto afeto ao Direito brasileiro, possui, ainda assim, aplicabilidade quanto aos legados de prestações continuadas e vitalícias como o legado de alimentos do art. 1.920 do Código Civil brasileiro, e o legado de usufruto previsto no art. 1.921 do mesmo diploma legal.

[68]Art. 2171 º do Código Civil português.

2.4.4 A valoração das liberalidades

Transposta mais essa questão dentro do tema das inoficiosidades no Direito sucessório português, analisa-se por derradeiro – neste capítulo, o momento de aferição dos valores das liberalidades. É compreensível a relevância desse ponto, afinal, toda discussão acerca da inoficiosidade, bem como a quantificação da redução, dar-se-á a partir da atribuição de um valor à liberalidade.

Assim sendo, o Código Civil português indica:

> Artigo 2109.º
> (Valor dos bens doados)
> 1. O valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão.
> 2. Se tiverem sido doados bens que o donatário consumiu, alienou ou onerou, ou que pereceram por sua culpa, atende-se ao valor que esses bens teriam na data da abertura da sucessão, se não fossem consumidos, alienados ou onerados, ou não tivessem perecido.
> 3. A doação em dinheiro, bem como os encargos em dinheiro que a oneraram e foram cumpridos pelo donatário, são atualizados nos termos do artigo 551.º

O que se extrai da leitura do dispositivo legal é a opção clara pela demarcação do momento da abertura da sucessão para determinação do valor do bem doado, e por consequência, da liberalidade em vida realizada. O art. 2109º compõe o capítulo que trata da colação, determinando então a quantificação valorativa da liberalidade feita em vida a partir da abertura da sucessão para efeitos de colação. Ocorre, porém, que esse mesmo critério deve ser exportado a todos os outros institutos que dependam de quantificação de liberalidade, principalmente a imputação, a inoficiosidade e a redução por inoficiosidade. Soma-se a isso a questão atinente às liberalidades *mortis causa*, que em que pese não estarem mencionadas no artigo retro transcrito, não podem ter outro momento de percepção de seus valores, exceto a abertura da sucessão, o que se justificaria por um argumento de maioria de razão: se a liberalidade em vida possui a abertura da sucessão, a liberalidade por morte, que tem na abertura da sucessão seu fator de eficácia, teria muito maior motivação para o ser.

Desta feita, resume-se que qualquer liberalidade, para efeitos sucessórios, terá para si considerado o valor que o bem objeto da liberalidade tiver à data da sucessão.

Não se pode deixar de levantar, aqui, indagações que produzem reflexos profundos no objeto central desse estudo, qual seja a imputação no Direito brasileiro.

Inicialmente tratando de questões que se questiona junto ao próprio Direito português, e posteriormente em quesito micro comparado.

Quanto à percepção do valor do bem em decorrência da abertura da sucessão, o que primeiro se inquire é a eventual contradição entre a proteção da legítima ainda em vida do autor da herança, consubstanciada em exemplos como as limitações de venda a filhos e netos – art. 877º, bem como no entendimento de que estando sujeitas a serem revogadas, as liberalidades feitas pelo autor da herança, tal limitação constituiria em vida uma proteção da legítima. Não parece viável proteger algo que não se sabe, inclusive, se existirá. Pode se falar em expectativa para os herdeiros legitimários prioritários, mas não mais que isso – uma expectativa que é ainda mais enfraquecida a partir do momento que não é possível valorar as liberalidades enquanto não ocorrer o fenômeno morte. Muitos elementos ficam atrelados ao mesmo fenômeno, impedindo qualquer antecipação de cálculos ou precauções.

Na mesma linha, reflete-se sobre a posição em que o futuro autor da herança se encontra ao realizar uma liberalidade. Afigura-se um desprezar da vontade desse. Ao conceder uma liberalidade a determinado herdeiro legitimário prioritário, por exemplo, leva-se em consideração a vontade do doador para a imputação da referida liberalidade na quota indisponível ou disponível, conforme sua manifestação nos moldes que se analisará em outro momento. Percebe-se uma preocupação do legislador em permitir que o autor da herança beneficie seu donatário, inclusive se o for um sucessor legitimário prioritário. Acontece que essa preocupação com a vontade do *de cujus* é dissipada em decorrência da estipulação do momento da abertura da sucessão como definitivo na valoração do bem doado. O doador à época da doação queria beneficiar seu filho, por exemplo, em 1000. Fez-lhe, assim, uma doação no referido valor, deixando claro que a liberalidade fosse imputada na quota disponível. Ocorre que somente se protege sua vontade em critério qualitativo – avantajar um legitimário prioritário – mas não ocorre uma proteção quantitativa da sua vontade. Para efeitos sucessórios, o referido bem poderá ser avaliado, por exemplo, em 2000, o que configurará uma duplicação do valor em que pretendia avantajar o filho. Essa análise, não traria repercussões práticas se mantido o pensamento que a valorização ou desvalorização dos bens é elemento natural mercadológico, inclusive tendo o Código Civil português, em seu art. 2115º, preocupando-se com a questão referente às benfeitorias. Acontece, todavia, que um autor da herança, ao realizar determinada

doação – a ser imputada na quota disponível, por exemplo – não pretendia avantajar seu herdeiro, mas também não visava comprometer sua quota disponível. Por ocasião de sua morte e uma demasiada valorização do bem doado a seu herdeiro legitimário, realizada a imputação na quota disponível, será preenchida a legítima subjetiva, devendo o restante ser imputado na quota disponível, efetuada ainda a igualação possível. Toda essa sequência de fatores culminará em uma diminuição da quota disponível que não era esperada pelo autor por ocasião da liberalidade.

O principal reflexo prático dessa atribuição de valor no momento da sucessão se dá na inoficiosidade. Especificamente na impossibilidade do autor de saber exatamente, se no momento da liberalidade está, ou não, realizando ato suscetível de redução. O mesmo para o donatário que, ao receber, inserir-se-á em situação de incerteza quanto ao futuro daquela doação, sem qualquer segurança jurídica advinda desse ato.

Contudo, não se trata aqui de um esvaziamento da opção legislativa portuguesa, e sim de uma análise das possíveis problemáticas advindas desse modelo de valoração. Acontece que o Direito brasileiro, adentrando na perspectiva micro comparada, furtou-se de seguir o legislador português e já no Código Civil brasileiro de 1916, em seu art. 1.792, previu a valoração da liberalidade à época de sua concretização. Entretanto, tal opção deriva do momento econômico vivido pelo país. Com economia estável à época, o legislador brasileiro entendeu por razoável evitar as problemáticas já elencadas acima, colocando o valor da época da liberalidade como valor a ser considerado para efeito de colação. Com o passar dos tempos, as variadas questões econômicas relacionadas à inflação incontrolável vivida promoveu uma nova interpretação do referido artigo – fruto do momento econômico – da qual extraía-se que deveria se corrigir monetariamente o valor das liberalidades até a data da abertura da sucessão[69].

Percebida, então, a fragilidade da escolha pelo momento da liberalidade e sua dependência das questões econômicas o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, em uma aparente tentativa de atualização da norma civilista material, altera-se profundamente o critério de valoração das doações para efeito de colação, indicando o momento da abertura da sucessão como novo pilar temporal para definição de valores. Prediz o art. 1.014, p. único, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973:

[69]LOBÔ, Paulo. Dever de Colação na Sucessão Legítima. 2013. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/25360/dever-de-colacao-na-sucessao-legitima >. Acesso em: 22 mar. 2016.

> Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor.
>
> Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

Criou-se, nesse momento, uma contradição no Direito brasileiro, de forma que o Código Civil e o Código de Processo Civil se opunham quanto a tal elemento. Por ocasião do Código Civil de 2.002, a opção legislativa retornou às origens, não se valendo da alteração da lei processual, mantendo como momento de valoração o momento da realização da liberalidade, como se extrai do art. 2.004 do Código Civil brasileiro:

> Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.
>
> § 1o Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.
>
> § 2o Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

Aqui, mais uma vez, o momento econômico parece ter sido relevante. A estabilidade econômica fez com que se retomasse o antigo critério, presumivelmente sem se levar em consideração a vulnerabilidade desse critério já apresentada.

O Código de Processo Civil brasileiro atual – 2015 – por oportuno, manifesta no art. 639, p. único, o mesmo texto do já citado art. 1.014. Não se pode afirmar com toda base de certeza, por ser informação alheia ao presente estudo e que necessitaria de maior aprofundamento, mas os momentos econômicos são similares aos códigos anteriores, de forma que o CPC/2015 brasileiro, optando novamente por considerar o momento de abertura da sucessão como momento de valoração dos bens, cria, novamente, situação de conflito normativo.

Não se furtando de uma possível solução para o dito conflito, parte-se da resolução de conflitos de normas de mesma natureza e especialidade, optando-se, portanto, pela norma mais atual em detrimento da mais antiga, ou seja, aplicando-se o CPC brasileiro de 2015 – no critério de valor na data da abertura da sucessão – em

desconsideração ao critério do Código Civil brasileiro de 2002 – o momento da liberalidade[70].

O que se percebe à essa altura é que a inoficiosidade constrói-se como proteção a legítima, e essa se demonstra como seu objetivo central. Desta feita, as regras de imputação e as próprias mecânicas de imputação realizadas antes da aferição de uma inoficiosidade devem, primordialmente, cumprir com o mesmo papel[71]. É nessa simples esteira de razão que se inicia o raciocínio lógico e jurídico que se pretende aprofundar para o qual a inoficiosidade só tem razão de ser declarada se ocorrer um real prejuízo às legítimas. Assim, só haveria que se concretizar a redução por inoficiosidade quando e na medida que a legítima fosse prejudicada, permitindo que as operações de imputação protegessem a liberalidade da redução, desde que mantivessem a intangibilidade quantitativa da legítima.

Para se aprofundar nesse raciocínio mais denso, deve-se, necessariamente, passar a um estudo da imputação.

2.5 A IMPUTAÇÃO

Quanto à imputação, deve-se entender primeiro que diferente de mera análise do instituto, o que se propõe no presente capítulo é a percepção de sua funcionalidade e aplicação prática. Isso porque ao que se compromete o presente estudo, é a construção ainda que embrionária de uma teoria da imputação no Direito brasileiro. Para tanto, faz-se necessária essa condução da linha de exame para o instituto no Direito português e na sua relevância prática, até como justificativa da pertinência teórica do trabalho.

Esse caminhar leva à necessidade de definição de um conceito fechado da imputação como fenômeno sucessório.

---

[70]Aplica-se aqui a sistemática simples de resolução de antinomias pelo critério cronológico. Como explica Sérgio de Oliveira Netto, "Equivale a dizer, editadas normas de mesmo escalão, em momentos temporais distintos, e que apresentem contradições entre si, entende-se que a posterior é mais perfeita que a anterior. Porque, tendo sido colocada no ordenamento jurídico mais recente, presume-se ser mais perfeita (pois teria corrigido as falhas da norma antiga), e mais condizente com a realidade social (posto que estaria mais apta a disciplinar as relações sociais reinantes na coletividade naquele instante)." NETTO, Sérgio de Oliveira. Critérios Solucionadores do Conflito de Leis que Sucedem no Tempo. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/702490.>. Acesso em: 19/02/2.017. p. 09.

[71]"A imputação é então pressuposto necessário da declaração da inoficiosidade duma deixa." ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 364.

Oliveira Ascensão[72] define que imputar "significa preencher ou atribuir algo a uma quota.", ao passo que Paulo Cunha[73] prefere expressar que configura-se imputação quando toma-se determinada liberalidade e enquadra-se – atribuir é o verbo de opção do autor – à uma massa sucessória específica.

Ocorre, porém, que a amplitude dos conceitos trazidos merece uma especificação para atender a expectativa de um conceito mais fechado importável ao Direito brasileiro. Para tanto se vale do conceito de Pamplona Corte-Real:

> A imputação é, assim, uma operação de cariz intelectual que precede a partilha, quando existam sucessíveis legitimários, e que pretende, fundamentalmente, atender e salvaguardar a vontade do autor da liberalidade (em vida ou em morte), em ordem a "enquadrá-la" adequadamente dentro do âmbito hereditário, legitimário ou não.

A opção por essa definição doutrinária possui um caráter didático necessário nesse ponto do estudo. Isto porque o próprio termo imputação não é habitual dentro do estudo dos Direitos sucessórios brasileiros. Assim, entende-se por indispensável a conceituação e destrinchamento do conceito citado, a fim de que o passo definitivo na construção do da teoria da imputação no Direito brasileiro possa se formar sob a rocha de um conceito definido e fechado. Serve, desse modo, o presente capítulo uma dupla função: explicar o instituto e sua funcionalidade no Direito português, e construir a base teórica necessária aos capítulos futuros que tratam do Direito brasileiro.

Desta feita, colocando sob análise minuciosa a imputação na forma conceituada, atenta-se para a visualização de que se trata de operação "intelectual", assim sendo a mesma se constrói pela indicação de quotas e colocação de valores nas operações aritméticas realizadas para cálculo de legítima e inoficiosidade. Não há nenhuma transferência da posse ou outro direito em decorrência da imputação.

A imputação é ainda movimento prévio à partilha, ou seja, a operação técnico-jurídica pela qual cessa a indivisão da herança[74] – denominada partilha – é prescindida das operações de imputação, para que, ao partilhar a indivisão, cesse da maneira correta – ficando cada herdeiro com bens correspondentes ao quinhão que deva lhe caber. Contudo, toda essa operação só faz sentido jurídico quando se tratar de hipótese de

[72]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 364.

[73]CUNHA, Paulo. Direito das Sucessões – Sucessões Legitimárias. v. III. Lisboa, 1947. p. 153.

[74]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 349.

existência de herdeiros legitimários e, por conseguinte, da existência de dualidades de quotas hereditárias – disponível e indisponível. Isso porque, não existindo herdeiro legitimário para suceder, não há que se falar em legítima – como já explicado anteriormente – e assim todas as liberalidades recaíram diretamente sobre a única quota existente (a disponível). O que se demonstra é a inutilidade de qualquer operação intelectual, uma vez que não existem locais diversos onde imputar a liberalidade.

Nesse ponto, desnuda-se o que aparenta ser uma das grandes motivações da inexistência de uma teoria concreta da imputação no Direito brasileiro. O estudo do fenômeno sucessório de maneira unitária – ainda que exista quota disponível e indisponível – faz com que não exista uma teoria independente da sucessão legitimária no Direito brasileiro, acarretando uma sistemática de imputação automática sob a ilusão jurídica[75] de que exista somente uma quota para o enquadramento da liberalidade.

Passada mais essa análise da imputação, desloca-se ao objetivo do instituto, qual seja salvaguardar a vontade do autor da liberalidade. Aqui talvez se constrói o principal pilar de motivação da construção da teoria da imputação. A escolha da quota onde será imputada a liberalidade feita a sucessível legitimário tem como partida a análise da vontade do autor da herança. Trata-se, aqui, somente da liberalidade feita ao legitimário, pois a liberalidade feita a outro herdeiro, ou a terceiro, será inevitavelmente imputada na quota disponível por força do artigo 2114º do Código civilista português[76].

2.5.1 A imputação das liberalidades aos sucessores legitimários prioritários

Tratando-se, então, da vontade do autor da herança, o que se questiona é se pretendia o *de cujus* avantajar um dos sucessíveis legitimários, ou por ocasião da liberalidade só o antecipava parte ou toda sua legítima subjetiva. Para a definição da vontade, entretanto, não se parte de uma análise subjetiva de conhecimento dos desejos intrínsecos do *de cujus*, e sim de um pressuposto pelo qual na ausência de qualquer manifestação explícita do autor da herança, as doações por ele feitas aos herdeiros legitimários prioritários serão imputadas na quota indisponível, como uma presunção de adiantamento da legítima e preenchimento da sua quota hereditária. Com explica

[75]O Direito sucessório brasileiro, como se verá, utiliza-se do termo imputação, não criando para esse todo o acervo metodológico necessário a sua aplicação como operação prévia à partilha. Dessa forma, constata-se que a raiz do tratamento equivocado dado a imputação no Direito brasileiro é a ausência de uma análise individual da sucessão legitimária – chamada necessária.

[76]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, p. 365.

Pamplona Corte-Real[77], a referida imputação se dá sob a seguinte sequência de pensamento:

I) Em primeiro lugar deve-se proceder a imputação das doações a qualquer sucessível legitimário prioritário na quota hereditária em virtude da previsão legal dos artigos 2104ºe 2108º do Código Civil português, dos quais se extrai a obrigatoriedade dessa imputação no caso, também, de descendentes legitimários. Essa imputação ocorre de maneira sequencial na quota indisponível e posteriormente na quota disponível do herdeiro. Sendo assim, para com os descendentes por força da obrigação de colacionar, caberá aqui uma equiparação de modo a fazer com que todos os sucessíveis legitimários – descendentes, ascendentes ou cônjuge – devam ter as liberalidades imputadas na quota indisponível, impedindo que os legitimários não explicitados na lei – ascenderes e cônjuge – recebam para além da liberalidade a sua legítima subjetiva.

II) Em continuação, a possibilidade das liberalidades em comento serem imputadas na quota disponível comprometeriam a essa quota de forma que os sucessíveis legitimários teriam a proteção da intangibilidade da legítima, e ainda receberiam as doações a eles concedidas, de forma que as disposições testamentárias a título de herança – primeiras a serem reduzidas em caso de inoficiosidade – seriam restringidas pelas liberalidades já realizadas em vida, restringindo o direito de dispor por morte. Colocar-se-ia em cheque uma liberdade muito cara ao Direito português, qual seja a liberdade de testar por morte.

III) por fim, a terceira percepção que leva à necessidade de se imputar as liberalidades aos legitimários prioritários na quota indisponível – quando o contrário não for manifestado – é a possibilidade de que os excessos conferidos nas liberalidades, que superem a quota indisponível do herdeiro, possam ser deslocados à quota disponível, permitindo as igualações quando cabíveis, na forma do que já se discutiu quanto à colação e a igualação.

Revela-se, aqui, uma conformidade de posicionamentos que resume-se na seguinte linha de verificações[78]:

---

[77]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 249-250.

[78]Sequência de verificações propostas por ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, p. 376. e apoiada por CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 250.

I) Primeiro verifica-se a viabilidade de extração da vontade do autor da herança pela análise dos negócios ou de sua manifestação de vontade.

II) Posteriormente, como medida subsidiária, passa-se à aplicação da disposição legal aplicável quanto à imputação.

III) Não se enquadrando o caso em situação legalmente prevista, segue-se a máxima de que a liberalidade será imputada na quota indisponível.

IV) Verificado o excesso, este deverá ser imputado na quota disponível.

Analisadas tais situações e valendo-se de uma sistematização didática[79] que objetiva facilitar a futura importação da teoria da imputação portuguesa para o sistema brasileiro, elenca-se, aqui, as liberalidades e sua quota de imputação:

Serão imputadas na quota indisponível as liberalidades sujeitas à colação e trazidas ao fenômeno sucessório para tanto, salvo na parte superior a legítima subjetiva do sucessor legitimário (art. 2108, n.1); as liberalidades sujeitas à colação, se o sucessor repudiar a sucessão sem ter descendentes que o representem, tratando-se aqui de uma legítima subjetiva fictícia como já visto (art. 2114º, n.2); quanto aos legados, serão imputados na quota indisponível aqueles feitos por conta da legítima, ou em substituição da legítima, exceto naquilo que excedam o quinhão legitimário do herdeiro (2165º, n. 4).

Em contrapartida, serão imputadas na quota disponível as liberalidades que, feitas aos descendentes herdeiros legitimários prioritários, não estão sujeitas a colação[80] (art. 2114, n.1), no mesmo sentido as liberalidades feitas a terceiros tanto em vida, como por ocasião da morte do autor da herança (art. 2114º, n.1); devem ser ainda imputadas na quota disponível os excessos que ultrapassem a legítima subjetiva dos herdeiros nos casos de liberalidades sujeitas e levadas à colação (art. 2108º, n.1 em interpretação oposta) e de legados por conta da legítima e por substituição da legítima, também naquilo que excedem o quinhão do herdeiro legitimário (art. 2165º, n. 4, a contrário); e, por fim, os pré legados (art. 2264º).

Em última análise questiona-se, uma vez mais, as doações feitas aos sucessíveis legitimários e que não estejam sujeitas à colação. A posição acima reflete a dicção expressa do art. 2114º, n. 1 do código civil português, indicando que tais doações seriam

[79]DIAS, Cristina Araújo. Lições de Direito das Sucessões. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014. p. 206.

[80]Ressalve-se, aqui, as correntes doutrinárias pelas quais o cônjuge, em uma interpretação comutativa de lacunas, deveria também ser obrigado a colacionar, e portanto as liberalidades a ele feitas deveriam ser imputadas em sua legítima, e não na quota disponível – apesar de não serem, por óbvio, descendentes.

imputadas na quota disponível[81]. Faz-se indispensável, entretanto, debruçar-se sobre dois posicionamentos possíveis e diversos, pelos quais a imputação da liberalidade feita a sucessível legitimário prioritário não sujeita à colação – diferente das dispensadas de colação – que não puderem exprimir a vontade do autor da herança, sejam imputadas na quota disponível. Primeiramente a posição de Pamplona Corte-Real para quem a lógica dessa imputação é inversa, ou seja, dever-se-ia – quando não for possível extrair a vontade do autor da herança, imputar a liberalidade na quota indisponível mesmo sendo ela não sujeita à colação, o que se daria por três motivos conforme sistematização de Jorge Duarte Pinheiro[82]:

> 1º Evita um avantajamento excessivo de certos legitimários perante outros;
> 2º Preserva a liberdade de disposição por morte do *de cuius*;
> 3º É coerente com o papel das doações no alargamento fictício da massa de cálculo relevante para efeitos de determinação da herança legitimária, nos termos do art. 2162º.

Soma-se a isso a interpretação do art. 2114º, n. 1 feita pelo autor de forma que, por estar imediatamente após o tratamento dado às doações dispensadas de colação, estariam se referindo a essa. E, portanto, a aplicação do posicionamento jurídico pelo qual a imputação da doação não sujeita à colação feita a legitimário seria na quota indisponível, não feriria disposição legal expressa. Guarda razão sistemática tal raciocínio, uma vez que a organização do código tem significado na ordem de elucidação das suas disposições legais.

Outra posição relevante sobre o tema, especificamente envolvendo o cônjuge – aqui necessariamente entendido como legitimário sujeito à colação – é expressa por Paula Barbosa ao entender por uma duplicidade de possibilidades: em regra, entende a autora, pela imputação das doações não sujeitas à colação na quota disponível dos herdeiros, ocorre, porém, que a concorrência dos descendentes com o cônjuge obrigaria que as doações fossem imputadas. Como explica a autora:

> Adopta-se, assim, esta solução por ser a solução admissível no âmbito do quadro legal vigente, e claramente menos gravosa ou desequilibrada do que a alternativa de imputação da doação ao cônjuge sobrevivo, neste específico contexto sucessório, na quota disponível. A imputação na legítima subjectiva

[81]É esse o posicionamento de Pereira Coelho, Cristina coelho e Eduardo dos Santos, *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 344.

[82] PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 345.

> do donatário será, a nosso ver, neste contexto sucessório específica, e nos termos que a seguir se enunciam, a solução razoável dentro do sistema supletivo.[83]

Esquivamo-nos, aqui, novamente, da tentativa de solucionar a problemática discutida na doutrina portuguesa, não sem antes mencionar que a busca pela solução menos gravosa por parte da doutrina acima, acaba por criar uma situação mais complexa, qual seja um duplo regime de imputação. Desta feita e buscando um intermédio entre solução menos gravosa que não viole preceito legal – quando interpretadas sistematicamente – e menos complexa, aparenta a imputação das doações não sujeitas a colação na quota indisponível uma solução que coaduna com esses três preceitos, além das motivações já expostas.

2.5.2 A imputação de liberalidade feita a sucessível legitimário prioritário repudiante

Um outro ponto relevante para a percepção da complexidade da imputação como instituto concentra-se nos casos de repúdio de herança, em especial pelo legitimário. O repúdio da herança merece, por si só, um tratamento microcomparado no Direito brasileiro e Direito português. Inicialmente a própria terminologia já é controversa, uma vez que a legislação lusófona optou por termo "repúdio" ao passo que a legislação brasileira se apoiou no termo "renúncia".

Poder-se-ia questionar se essa opção invalida a comparação, mas a resposta é negativa. Em ambos ordenamentos, o que ocorre é a utilização do termo renúncia para definir o que Caio Mário da Silva Pereira diz ser "a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito"[84]. Tal acepção de renúncia só comungaria com a "renúncia de herança" tratada no ordenamento brasileiro se estivéssemos diante de uma renúncia do direito hereditário, o que não corresponde à realidade. Se a legislação brasileira buscasse normatizar uma renúncia ao direito hereditário essa poderia ser feita ainda em vida do autor da sucessão, posto que o direito hereditário já existe e pode, inclusive, ser objeto de cessão.

---

[83]BAROSA, Paula. Doações Entre Cônjuges: enquadramento jus-sucessório. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 324-325.

[84]PEREIRA, Caio Mário. *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Limites da Renúncia e da Transação Judicial e Extrajudicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v. 57. Jul-Dez. 1997. p. 01.

A supracitada afirmação de que o verbete renúncia está presente no ordenamento brasileiro (em matéria diversa do direito das sucessões) com o mesmo significado do Direito português também é válida em relação ao termo repúdio. A própria doutrina brasileira utiliza o termo para tratar da renúncia de herança, apesar de não questionar essa segunda terminologia[85].

Outra consideração que pode emergir dessa diferença de termos consiste na ideia de que realmente são institutos diversos, e como tal devem ser aplicados. Por esse raciocínio, teríamos institutos que guardam semelhanças, mas possuem diferenças substanciais para que sejam entendidos como diferentes. É exatamente no que tange a profundidade das diferenças que reside a falha dessa consideração. As diferenças entre o repúdio e a renúncia de herança são extremamente sutis e dizem respeito, em sua maioria, a pequenas diferenças de critérios ou opções legislativas. Inclusive os textos legais que regulam tais atos são similares, quando não idênticos, nos dois ordenamentos em estudo.

Consideração oposta à apresentada no parágrafo anterior é entender que o repúdio da herança no Direito português é exatamente o mesmo instituto denominado renúncia de herança pelo Direito brasileiro. Percebe-se que não concerne apenas em tratar os termos repúdio e renúncia como sinônimos, inclusive não nos parece que assim sejam. O que se pondera é que, dada a inúmera semelhança entre os atos e sua função, inclusive sua natureza jurídica[86], o repúdio da herança no Direito sucessório português é o mesmo instituto nomeado de renúncia de herança no Direito sucessório brasileiro.

Pelos conceitos pode-se ilustrar melhor essa semelhança. A renúncia de herança no Direito brasileiro "é negócio jurídico unilateral, pelo qual o herdeiro manifesta a intenção de se demitir dessa qualidade"[87]. Tal como é o repúdio na doutrina portuguesa[88]

---

[85]Fazem essa utilização: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. E-book.4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1160. DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 188 e outros.

[86]A natureza jurídica do ato de repúdio, tal como da renúncia de herança é a de negócio jurídico unilateral. Conforme FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de Direito das Sucessões**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008. p.268. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 426. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Curso de Direito da Sucessões**. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 272. Em sentido diverso, ao entender pela natureza jurídica de ato jurídico em sentido estrito: SOUSA, Capelo de. *apud* ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 426

[87]GONÇALVES, Carlos Roberto. E-book. **Direito Civil Brasileiro, volume 7**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

[88]Exceto pela doutrina já citada que entende o repúdio como ato jurídico em sentido estrito.

Destaca-se que o raciocínio supra se estabelece dentro dos limites do Direito das sucessões o que nos leva a entender que a opção legislativa brasileira foi imprecisa ao trazer o verbete renúncia de herança, por permitir equívoco de raciocínio, uma vez que a renúncia é instituto próprio com suas características autônomas, como já explicado pelo conceito de Caio Mário Pereira.

Superada essa primeira análise que tranquiliza qualquer questão semântica que possa fragilizar a comparação futuramente, deve-se retornar, então, às questões atinentes a imputação, foco do presente capítulo. Quanto às questões de imputação frente a um repúdio, a grande questão que se levanta é: Onde imputar essa liberalidade?

Esse questionamento nasce uma vez que não há, aqui, uma quota legitimária – uma legítima subjetiva – na qual poder-se-ia imputar tal liberalidade, uma vez que ao repudiar a herança não participará o herdeiro do fenômeno sucessório. Soma-se a isso a obrigação de igualação dos descendentes que prevê o art. 2104º, n. 1 do Código Português pelo qual sua aplicação direta faz entender que para que se efetue a pretendida igualação, deverá o donatário participar da sucessão. É inclusive o que se extrai da literalidade da norma: "Os descendentes que pretendam entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha [...]", só seriam obrigados a colacionar aqueles que pretendam entrar na sucessão, de forma que um repudiante – por não pretender, não estaria sujeito a essa obrigação. Assim, por sequência de raciocínio, a liberalidade seria imputada na quota disponível[89], de forma que, dependendo do valor da liberalidade e da existência de deixas testamentárias, teríamos uma provável situação de inoficiosidade – e consequente redução – das deixas testamentárias pela ordem de redução do art. 2171º do CC/PT.

Desta feita, a doação a um presumível herdeiro legitimário, que inicialmente deveria ser interpretada como adiantamento da legítima, em virtude do repúdio da herança realizado por esse legitimário, ocuparia toda a quota disponível, ou parte dela, o suficiente para macular de inoficiosidade as deixas testamentárias que superassem a parcela livre da quota disponível. Como ressalta Pamplona Corte-Real[90], tal opção de repúdio pode se conferir até mesmo em caráter fraudulento, a fim de beneficiar os herdeiros e prejudicar o eventual beneficiário de deixas testamentárias.

[89]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 316.

[90] CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 316.

Da proteção contra essa possibilidade, nasce a previsão de criação de uma legítima subjetiva fictícia para o donatário repudiante, de modo que se cumpra o n. 2 do art. 2114º, do qual se extrai: "Se, porém, não houver lugar à colação pelo facto de o donatário repudiar a herança sem ter descendentes que o representem, a doação é imputada na quota indisponível". Por essa determinação legal, no cômputo da legítima o donatário repudiante seria considerado, calculando-se, assim, sua legítima, imputando-se nela a liberalidade a ele conferida, e imputando os eventuais excessos na quota disponível. Evita-se com essa prática que o direito de acrescer seja exercido pelos demais herdeiros legitimários, que teriam sua legítima protegida, mas receberiam o restante dos bens da quota disponível em uma "divisão por cabeça, que já nada teria com preocupações de colação ou igualação"[91]. Assim se solucionaria qualquer tentativa dos herdeiros legitimários de buscar igualação com o repudiante de forma a atacar a quota disponível. O que se construiu, afinal, foi a proteção inversa da sucessão legitimária, ou seja, enquanto a sucessão legitimária estrutura-se para a proteção da legítima – objetiva e subjetiva – dos sucessíveis legitimário, a prática de imputação do art. 2114º n. 2, protege a quota disponível para que os legitimários, por operações de repúdio, não a diminuam ou maculem de inoficiosidade as deixas testamentárias que nela seriam imputadas.

Em sede prática, a proteção se demonstra no seguinte exemplo: o autor da herança deixou dois descendentes "A" e "B", e um cônjuge "C". Com herança deixada no valor de 150, com um adendo de que havia sido realizada uma doação de 50 ao, na época, presumível herdeiro legitimário "A". Assim temos a seguinte configuração esquematizada: Herança de 150; *donatum* de 50 e *relictum* de 100. A legítima objetiva dos herdeiros será de 2/3 da herança como preconiza o art. 2159º, n. 1, ou seja, 100. Acontece que o herdeiro "A" opta por repudiar sua herança, devendo, entretanto, ser contabilizado para efeitos de cálculo da legítima. Dessa forma a legítima subjetiva será composta por 33,33 para cada herdeiro. Imputando-se, como já explicado, a doação na legítima subjetiva fictícia do donatário repudiante, tem-se um excesso a ser imputado na quota disponível de 16,67. Assim, a quota disponível ainda terá 33,33 para pagar as deixas *causa mortis* e, por fim, o restante será dividido aos herdeiros por cabeça, excluído o repudiante.

[91]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 317.

Por certo é que ausente a previsão do n. 2 do art. 2114º, não caberia a imputação na legítima subjetiva fictícia, de forma que para o mesmo exemplo acima, a doação seria imputada na quota disponível. Dessa forma, a legítima subjetiva dos herdeiros seria de 50, uma vez que a legítima objetiva ainda seria de 100. Por conseguinte, a quota disponível de 50 seria totalmente preenchida em virtude da doação ao repudiante, comprometendo assim qualquer disposição patrimonial *causa mortis* deixada pelo autor da herança que seriam consideradas inoficiosas e seriam reduzidas a zero por não existir quota disponível livre para imputá-la.

Esse exemplo constitui problema resolvido e superado pela aplicação do art. 2114º, n.2 do CC/PT. Essa mesma aplicação, entretanto levanta um novo questionamento. Questiona-se, aqui, se a aplicação do art. 2214º, n. 2 do Código Civil Português não poderia ser utilizado por herdeiro legitimário com intuito direto de prejudicar os co-herdeiros legitimários. Isso porque o repúdio por parte de um donatário legitimário excluiria a necessidade de igualação das quotas hereditárias, e assim um herdeiro legitimário poderia vir a receber menos que o donatário, somente pela escolha desse em repudiar. Assim, teria aquele herdeiro legitimário donatário o poder de por sua decisão – repudiar ou não – interferir diretamente na quota hereditária dos demais legitimários.

Partindo para a exemplificação a fim de sustentar o raciocínio supra, tem-se a seguinte situação: O autor da herança deixou 2 filhos – "A" e "B" – e o cônjuge – "C" – como herdeiros legitimários. Há uma herança de 200 e uma liberalidade em vida feita ao filho "A" no valor de 80 – *donatum* de 80 – constituindo um *relictum* de 120. A legítima objetiva (2/3) será de 133,3 criando assim uma legítima subjetiva para cada herdeiro de 44,4. Acontece, ainda, que o autor da herança deixou liberalidades por morte no valor de 10. Nesse ponto se iniciam as problemáticas. A escolha do herdeiro legitimário "A", quanto ao repúdio ou aceitação da herança causará impacto direto sobre o quinhão hereditário dos co-herdeiros sem afetar, entretanto, seu quinhão. Surgem duas possibilidades:

a) Caso o herdeiro legitimário "A" repudie a herança, aplicar-se-á o artigo 2114º, n. 2 do Código Civil português, de forma que a liberalidade será imputada na sua quota legitimária subjetiva – 44,4 – e o restante 35,56, será imputado na quota disponível. A quota disponível, portanto, que seria de 66,7 já foi comprometida em 30 pela liberalidade em vida, deixando 36,7 disponíveis para ser partilhados por cabeça entre os

herdeiros aceitantes da herança. Desta feita, será efetuado o pagamento final nas seguintes quantias: ao herdeiro "B" e ao herdeiro "C" caberá 62,79 de pagamento para cada um, sendo 44,44 imputados na sua legítima subjetiva e 18,35 na quota disponível, tendo o herdeiro "A" (repudiante) ficado com a totalidade de sua doação no valor de 80. Percebe-se, assim, que não há que se falar em alargamento da legítima ou tentativa de igualação com o herdeiro repudiante, pois, como explica Pamplona Corte-Real:

> Após tal operação o descendente-donatário repudiante desapareceria da sucessão e se houvesse bens livres na quota disponível, eles seriam pertença dos co-herdeiros legitimários e legais, numa divisão por cabeça, que já nada teria a ver com preocupações de colação ou igualação (os co-herdeiros poderiam vir a receber mais ou menos do que o donatário, consoante os casos).

Assim o repudiante receberia mais que os coerdeiros legitimários.

b) A segunda possibilidade que se vislumbra constrói-se no mesmo caso supra, entretanto o herdeiro legitimário donatário opta por aceitar a herança. Dessas forma, o fenômeno sucessório e de partilha se desdobraria da seguinte forma. Os herdeiros "A", "B" e "C" teriam uma legítima subjetiva de 44,44, mas o herdeiro "A" – donatário – teria a obrigação de colacionar, buscando a igualação dos demais co-herdeiros. Dessa forma, os 35,56 que são excedentes da legítima seriam imputados na quota disponível mas, diferente do exemplo anterior, seria buscada a igualação possível, de forma que os demais co-herdeiros legitimário teriam ainda 15,57 cada uma para receber, que seriam imputados na quota disponível, a título de igualação. Com isso, realizada a igualação possível, não sobraria quota disponível para ser imputada a deixa testamentária a título de herança no valor de 10. Ficando encerrado o pagamento aos herdeiros da seguinte forma: ao herdeiro "A", donatário, o pagamento de 80; aos herdeiros "B" e "C" o pagamento de 60, sendo a disposição testamentária reduzida por atingir a legítima dos herdeiros. A título complementar, não há que se falar aqui de redução da liberalidade realizada ao presumível herdeiro legitimário ainda que ultrapasse sua legítima subjetiva, isso por que "se não houver na herança bens suficientes para igualar todos os herdeiros, nem por isso são reduzidas as doações, salvo se houver inoficiosidade", conforme prediz o art. 2108º, n. 2 do Código Civil português.

O que se vislumbra pela análise dos dois casos acima são duas conclusões de linha crítica. A primeira demonstra que o donatário legitimário poderá influenciar diretamente sobre os valores a serem percebidos pelos demais coerdeiros, podendo ficar

inclinado a aceitar determinada herança, ou renunciá-lo não porque é movido pelo desejo de aceitação ou repúdio (mas guiado pela intenção de prejuízo aos demais co-herdeiros). Essa primeira apreciação parece fugir ao intuito da norma de repúdio que, como já mencionado, revela-se como um negócio jurídico unilateral de saída do herdeiro dessa condição[92]. Ou seja, pressupõe-se aqui uma intenção do herdeiro em não participar do fenômeno sucessório, e não de influenciar nele ao repudiar.

Uma segunda percepção atestada a partir dos exemplos acima é a vulnerabilidade das deixas testamentárias também frente ao herdeiro legitimário repudiante donatário. Posto que, a depender da opção pelo repúdio ou aceitação, poderá o herdeiro diretamente impedir que determinada deixa testamentária seja percebida pelo seu beneficiário, tornando-a inoficiosa e digna de redução ao aceitar a herança, ou permitir que a mesma disposição testamentária seja percebida caso repudie, causando, dessa forma, o efeito inverso do que se pretendia proteger com o art. 2114º, n. 2, do CC/PT.

2.5.3 A imputação dos legados

Sendo tratada em eventuais questões e embates teóricos, a sintetização das liberalidades e sua sistemática de imputação tem como efeito a facilitação da análise ponto a ponto das mesmas liberalidades no Direito sucessório brasileiro, o que permite uma verificação de como tais liberalidades serão imputadas a partir da criação de uma teoria própria para o instituto.

Após a sistematização, o que resta trabalhar, então, são as noções de imputação a partir dos legados. Concentra-se, aqui, também, ponto de contato entre o Direito português e o Direito brasileiro, de forma que resta à missão de construir uma teoria da imputação brasileira direcionar-se às soluções já alcançadas pela doutrina portuguesa.

Quanto ao legado, o Código Civil português explicita pelo art. 2030º que se trata de espécie de sucessor, especificamente aquele que "sucede em bens ou valores determinados". A determinação é o ponto de diferenciação no tratamento do legatário, ao passo que o herdeiro sucede na totalidade ou quota parte. Essa particularidade do legatário merece relevância no tratamento da imputação, posto que se trata se situação

[92]GONÇALVES, Carlos Roberto. E-book. **Direito Civil Brasileiro, volume 7**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

especial pelo qual a imputação resta dificultada, exatamente por se tratar de determinação de um bem ou vários bens que deverão ser valorados para eventual imputação.

Na condição de sucessor a título singular o legado[93], o fenômeno sucessório só se revela para legatário no bem determinado para o qual foi chamado. Ressalta-se, porém, que tal determinação é de sentido amplo, não se restringindo a um único bem, sendo aceito inclusive o legado de coisa genérica no Direito português (art. 2253º do CC/PT).

A relevância do tratamento do legado no presente ensaio, que tem como base a imputação, se descortina quando trata dos legados sobre os quais a imputação gera consequências. É certo que o legado feito a terceiro, deixado a um que não seja sucessível legitimário prioritário, provocará a imputação do referido legado na quota disponível. Diferente não poderia ser, posto que esta constitui a única quota hereditária relevante a aqueles que não se enquadram como sucessíveis legitimários prioritários.

Em se tratando, então, de legado deixado a terceiro que assume a posição de sucessor somente em virtude do legado, a relevância se esgota na imputação do legado na quota disponível, de forma que o aprofundamento de questões sobre tema passaria tão somente pela possibilidade da inoficiosidade do legado. Em que pese se tratar de tema afeto ao capítulo anterior, basta mencionar o próprio dispositivo legal – art. 2168º – que trata de inoficiosidade, o qual prediz: "Dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários" (grifo nosso). Pelo exposto, extrai-se que qualquer liberalidade deverá ser considerada por ocasião da verificação de inoficiosidade, inclui-se, para tanto o legado, que ao ser imputado na quota disponível, deverá respeitar a limitação imposta pela intangibilidade quantitativa da legítima. Não pode, portanto, o legado ser superior à quota disponível, sob pena de inoficiosidade e consequente redução, levando-se em consideração as questões atinentes às tornas e reduções em dinheiro, aplicáveis pelo art. 2174º do Código Civil português.

Merece destaque dentro do recorte teórico central do estudo os legados que potencialmente gerem influência direta na legítima dos sucessíveis legitimários prioritários, quais sejam os legados por conta da legítima e o legado em substituição da legítima.

---

[93]AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Direito da Família e das Sucessões. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 265.

O legado por conta da legítima

O legado por conta da legítima decorre de interpretação do artigo 2163º, que ao vetar a imposição de encargos ou a designação de bens para preenchimento da legítima sem consentimento do herdeiro, acaba por permitir a interpretação a contrário, pela qual se extrai que é permitida a designação de bens por conta da legítima – desde que haja a anuência do herdeiro[94]. Dessa forma, o herdeiro aceitará, combinado à aceitação da herança, o legado a ele imposto, configurando situação jurídica específica pela qual, aberta a sucessão, terá o sucessor legitimário prioritário e legatário a opção de aceitar o legado por conta da legítima, aceitar a legítima por preencher – recusando o legado –, e repudiar toda a herança e o legado – sua legítima e o legado[95].

Acontece, então, que aceitando o legado por conta da legítima, o referido sucessível passará a ter para si todos os efeitos legais de aceitação da legítima e concomitantemente, do recebimento de uma liberalidade por morte. Nasce, então, a situação de imputação pela qual o legado por conta será imputado, primeiramente, na quota indisponível e, posteriormente, na quota disponível – criando, inclusive, pela finalidade de igualação[96] a que se propõe o autor da herança. Constitui-se uma equiparação com a colação[97], fazendo com que haja tentativa de igualação com os demais legitimários não legatários.

---

[94]Parte da doutrina se debruça sobre a natureza jurídica desse legado, sob o questionamento se é realmente situação de transformar o legitimário em legatário. A posição sustentada pela indicação de um legado por conta da legítima possui a intenção final de direcionamento de um bem a determinado herdeiro, e não à retirada da condição de herdeiro legitimário. Dessa forma, o legado por conta da legítima configuraria uma herança *ex re certa*, e não um legado propriamente dito. Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 371 e PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 361; Outra posição da doutrina é entender que o legado por conta da legítima é propriamente um legado com todas suas características, como leciona Galvão Telles ao mencionar: " A nosso ver o *legado por conta de quota* constitui *verdadeiro legado*. Entra no conceito respectivo, tal como este é definido doutrinária e legalmente, ou seja, sucessão em bens determinados, e está sujeito ao *regime dos legados*, salvas as *particularidades* inerentes à sua especial natureza. TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 205.

[95]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013.p. 361-362.

[96]Nesse sentido: PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013.p. 363; CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 301 e TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 245.

[97]Propõe a equiparação com a colação, entre outros, Galvão Telles ao comparar o legado por conta da legítima à qualquer doação feita – que deverá ser considerada também por conta da quota legitimária,

Ocorre neste ponto, entretanto, uma nova divergência doutrinária quanto à natureza do excesso a ser imputado na quota disponível. Parte da doutrina – majoritária – considerará o excesso do legado como pré-legado[98]. Assim, instituir-se-ia um regime híbrido para o aceitante da herança, pelo qual responderia com herdeiro legitimário pelo montante imputado na quota indisponível e, quanto ao excesso imputável na quota disponível, responderia como legatário. Desta feita, o legado por conta da legítima que superasse a legítima de legitimário prioritário seria, simultaneamente, herança – até o valor da legítima – e pré-legado – no valor imputado na quota disponível.

Ainda na concepção de um pré-legado, reside o entendimento pelo qual, caso o bem deixado em legado supere a legítima subjetiva do donatário, não será o excesso já considerado um pré-legado, mas tão somente a parte que exceder toda uma quota hereditária legal fictícia[99]. Por essa linha de pensamento, calcular-se-ia primeiramente a quota hereditária legal fictícia do donatário (considerando legítima e quota disponível), e posteriormente realizar-se-ia a imputação – primeiro na legítima, e posteriormente na quota disponível fictícia. Caso o valor do legado supere as duas quotas supra, deverá ser considerado um pré-legado.

A título de exemplo[100]:

O de cujus deixou por testamento determinado bem – "X" – como legado por conta da legítima, ao seu cônjuge "B". Tendo mais dois filhos – "C" e "D" – que, juntamente com o cônjuge perfazem os herdeiros legitimários do falecido. Deixando uma herança de valor total de 90 e tendo o bem doado o valor de 35, tem-se a seguinte configuração do fenômeno sucessório:

---

exceto quando dispensada a colação. Trata o autor quanto ao legado por conta da legítima: "Verdadeiramente, a figura jurídica de que vimos falando é espécie de um género mais vasto: *liberalidade* por conta de quota hereditária. Com efeito, a atribuição de bens singulares imputáveis no quinhão de herdeiro tanto pode fazer-se por meio de *legado* como de *doação* (em vida). Em princípio mesmo, uma *doação feita a um descendente*, ao tempo *dela presumido herdeiro do doador*, considera-se realizada *por conta da herança*: representada por assim dizer uma sua antecipação. De tal modo que será *imputada na quota hereditária* do donatário. O quinhão deste reputa-se preenchido pelos bens doados, a começar pela legítima, apenas lhe sendo atribuídos outros bens em partilha, na medida em que os doados se não mostrem suficientes. É o que se chama *colação* (em valor)." TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 207-208. No mesmo sentido PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 363.

[98]É a posição de TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 204-205 e

[99]É o que entende PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 363.

[100]Exemplo retirado das lições de PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 364.

I) A quota indisponível será de 2/3 da herança – 60; A quota disponível por sua vez será de 30, perfazendo a herança total de 90.

II) A legítima subjetiva dos herdeiros legitimários é de 20, e a quota hereditária fictícia – alcançada pela divisão da quota disponível somada à legítima subjetiva – será de 30.

III) Ocorre, porém, que devido ao legado por conta da legítima no valor de 35, tem-se que os 20 da legítima subjetiva do donatário serão preenchidos por esse legado, os 15 restantes serão imputados na quota disponível de modo que 10 ainda estariam dentro da quota hereditária fictícia e 5 seriam interpretados como um real benefício ao herdeiro, ou seja, um pré-legado, fazendo com que os demais coerdeiros legitimários recebessem 27,5 cada ao passo que o herdeiro donatário receberia 35.

O embate doutrinário se dá no posicionamento de Pamplona Corte-Real[101] para quem a equiparação de excessos do legado por conta da legítima com o pré-legado cria instituto heterogêneo que não se apresenta compatível com o fenômeno sucessório. O autor explana consideração diversa pela qual se afasta qualquer comparação com o pré-legado e, por consequência, qualquer tentativa de beneficiar o beneficiário do legado por conta. Parece apoiar seu raciocínio na percepção da vontade do de cujus, de modo que salienta a possibilidade do falecido, querendo beneficiar, realizar o legado imputando-o na quota disponível. Aparentemente o autor da herança só realizou o legado por conta da legítima, objetivando direcionar determinado bem ao preenchimento da legítima, não tendo conseguido tal façanha por ser impossível calcular de maneira exata qual será o valor exato dos bens por ocasião de sua morte – momento em que os bens são valorados para efeito de cálculo da herança. Assim, o autor da herança, privado de especificar bem de exato valor que preencha a legítima direciona um ou mais bens ao preenchimento desta, com possibilidade de não preenchimento da legítima ou extrapolá-la, mas sem a intenção de beneficiamento. Por não haver indicação inequívoca da vontade do autor em beneficiar, não caberia a equiparação ao pré-legado, devendo-se providenciar uma interpretação mais adequada à vontade do testador. Aceita, entretanto, o referido autor que, esgotada toda a quota hereditária, e ainda restando excesso, não haveria outra possibilidade jurídica se não a

[101]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 300-301.

equiparação ao pré-legado, não necessariamente por vontade do autor em beneficiar, mas por um beneficiar circunstancial advindo dos cálculos sucessórios.

O legado em substituição da legítima

Outra situação prevista no Direito português que afeta a sistemática de imputações e os legados é a possibilidade de previsão testamentária de legado que tenha por objetivo dar uma escolha ao sucessível legitimário – de modo que este deverá optar por receber o legado ou ter para si sua legítima subjetiva respeitada. Prevê o art. 2165º do Código civil português:

> Artigo 2165.º
> (Legado em substituição da legítima)
> 1. Pode o autor da sucessão deixar um legado ao herdeiro legitimário em substituição da legítima.
> 2. A aceitação do legado implica a perda do direito à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado.
> 3. Se o herdeiro, notificado nos termos do n.º 1 do artigo 2049.º, nada declarar, ter-se-á por aceito o legado.
> 4. O legado deixado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível do autor da sucessão; mas, se exceder o valor da legítima do herdeiro, é imputado, pelo excesso, na quota disponível.

Deixa claro o referido diploma legal, principalmente em seus números 1 e 2, que se traça de uma escolha abdicativa, de forma que a opção por um, exclui a possibilidade de percepção do outro. Não se trata, porém, de abdicar especificamente do bem deixado em legado, mas sim, do direito ao legado. Assim sendo, o mesmo bem deixado em legado será partilhado podendo, inclusive, ficar para o legitimário como pagamento da sua legítima por ocasião da partilha, ao menos em parte.

Percebe-se aqui uma opção conferida ao beneficiário que, seguindo o raciocínio do instituto anterior – legado por conta da legítima – terá consequências na imputação. Duas situações merecem análise aprofundada sobre essa imputação.

Primeiramente, o beneficiário do legado em substituição à legítima poderá ter em seu favor um legado que supere o valor da sua legítima subjetiva. Diante disso, será feita a imputação do legado inicialmente na legítima subjectiva, de modo que o excesso será direcionado à quota disponível até o limite que essa comportar. Atente-se, aqui, para o fato da possibilidade do legado ser considerado uma deixa inoficiosa, caso,

preenchendo toda quota disponível, passe a atentar contra a legítima subjetiva dos demais herdeiros legitimários. Com isso, como explica Carvalho Fernandes[102], "por razões decorrentes da tutela dos demais legitimários, o legado em substituição da legítima está sujeito à redução, se, ultrapassando a *quota hereditária* do legitimário a quem é atribuído, chegar a atingir a legítima de outros". Desta feita, chegando o legado a atingir a legítima dos demais legitimários, proceder-se-á a redução na forma legal.

Outra situação poderá ser a objetivamente inversa. O legado, valorado por ocasião da abertura da sucessão terá valor inferior à legítima subjetiva do beneficiário. Acontece, entretanto, que optando por aceitar o legado, não terá o legitimário qualquer direito no valor faltante para completar a legítima, de forma que os demais legitimários irão se beneficiar de tal valor, impedindo, assim, um decréscimo da legítima objetiva que de forma alguma poderia ser aceito baseado na intangibilidade quantitativa da mesma.

Ambas situações fazem nascer o questionamento, semelhante ao tema anterior, da natureza do beneficiário desse legado. Será ele legatário com características de herdeiro, ou herdeiro com características de legatário? Não tratamos aqui de um mero jogo de palavras, mas de determinação de repercussões práticas no fenômeno sucessório, no cálculo da legítima e na partilha da herança.

Mantendo o aceitante do legado em substituição da legítima a condição de herdeiro, deve o mesmo beneficiar-se inclusive do direito de acrescer em virtude do repúdio da herança por qualquer dos outros legitimários, é o que afirma Oliveira Ascensão[103]: "Se outro sucessível legitimário é afastado da sucessão, o beneficiário do legado tem o direito de acrescer (não decrescer). O afastamento é um facto novo, que está fora do fundamento patrimonialíssimo da instituição. Há abertura de uma quota vaga, a que haverá que dar destino.".

Nos parece, todavia, importante perceber que esse direito de acrescer só se justificaria pelo entendimento de que o aceitante do legado mantém sua qualidade de herdeiro. O que se constrói a partir de uma interpretação quase literal do art. 2161º, n. 2, do CC/PT, pela qual a aceitação do legado retira o direito à legítima e não à condição de

[102]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 435.

[103]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.p. 376.

herdeiro – desvinculando tais situações[104]. Partindo desse pressuposto, parece razoável questionar se o direito de acrescer é realmente devido ao beneficiário do legado em substituição da legítima. Isso porque, esse direito parece derivar da novidade do repúdio que não era de conhecimento do *de cujus*, e abriu nova quota na parte indisponível da herança. Entretanto, a aceitação do legado em substituição, pela mesma interpretação literal do art. 2161º, n. 2 do diploma legal em análise, acarretaria a perda do direito à legítima, não importando aqui o seu tamanho. Não parece condizente com a interpretação promover primeiramente um direito de acrescer à legítima, para posteriormente retirar do beneficiário do legado o direito a recebê-la. Parece que se desenrola um caso no qual a interpretação mais simples soluciona o problema: aceitando o legado o beneficiário será afastado da sucessão legítima – não perdendo sua qualificação de herdeiro pelos motivos já expostos – mas não sendo contabilizado na legítima para efeito do direito de acrescer. Coloca-se de lado esse legitimário, concedendo-se o direito de acrescer a aqueles que ainda possuem o direito à legítima.

Questiona-se o próprio raciocínio acima pela verificação da natureza do repúdio. Ao mencionar que "[…] considerando-se como não chamado o sucessível que a repudia […]", o texto legal parece demonstrar que o repudiante nunca existiu na sucessão, de forma que a legítima originária a ser substituída já é a legítima acrescida.

Tratou-se aqui somente de embate de posições que visam elucidar quando a sistemática da imputação do legado em substituição poderá ser afetada pela hipótese de um repúdio. Não com relação à quota onde deve ocorrer a imputação, mas sim quanto ao alcance dessa quota para que, preenchida, passa-se à quota disponível. Não se pretende, porém, por não ser o objeto do estudo finalizar a discussão, apenas relacionar o debate ao Direito brasileiro em momento oportuno.

Quanto à imputação dos legados em substituição da legítima, portanto, nos basta concluir pela opção da quota indisponível, mas com a possibilidade de uma imputação virtual na quota disponível, verificando eventuais excessos quando se ultrapassar a quota hereditária total do beneficiário do legado. Permitida a redução.

---

[104]Não é caso, aqui, de permitir ao herdeiro que perdeu o direito à legítima ainda exerça a função de herdeiro na sucessão legítima, ainda que por força de disposição testamentária. O princípio da indivisibilidade de vocação já resolve esse problema uma vez que se manifestando o autor da herança, em testamento, no sentido de conceder parte da quota disponível ao legitimário que aceitou o legado. Estaríamos tratando de uma deixa testamentária, e, portanto, o herdeiro enquadrar-se-ia na sucessão testamentária, e não como herdeiro legítimo. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 374.

2.6 DAS FORMAS DE IMPUTAÇÃO

Verificada a natureza e funcionamento da imputação no Direito português, deve-se atentar para as particularidades da forma como se dá a imputação. Quando se trata de forma de enquadrar/alocar determinada liberalidade na quota hereditária, deve-se verificar que esse enquadramento não é sempre perfeito no sentido contábil. Por isso, poderá, após a imputação da liberalidade, permitir uma sobra. Essa situação não gera preocupações e reflexos para o que se tratará nesse capítulo. Em contrapartida, poderá a liberalidade superar o valor da quota onde será imputada, nascendo, aí, a necessidade de verificação de como proceder com a imputação.

Trata-se, então, de uma análise da forma de imputação de liberalidades, que já não cabendo em sua quota primária, poderão gerar diferentes repercussões. Para tanto, analisar-se-á a prática do Direito português, suas construções doutrinárias nesse sentido, bem como uma análise do Direito espanhol que guarda profunda relevância para o tema quando se discute a imputação ex-se.

2.6.1 A imputação subsidiária

O Direito português já aplica, por disposição legal, a lógica da imputação subsidiária, pela qual determinada liberalidade imputável, prioritariamente em uma quota, acaba por ser imputada subsidiariamente em outra em relação ao seu excesso. Salienta-se, porém, que essa prática só é positivada quanto às liberalidades imputáveis originalmente na quota indisponível, que poderão, caso excedam a legítima subjetiva do beneficiário, ser imputadas na quota disponível[105].

A problemática da imputação subsidiária se constrói, no entanto, sob um outro prisma, qual seja, a imputação de liberalidades que seriam prioritariamente imputáveis na quota disponível e que, superando o valor desta, restem como inoficiosas por força do art. 2168º do Código Civil português – mesmo tendo sido realizadas em favor de legitimários prioritários.

[105]É o que se encontra previsto no art. 2165º, n. 4 do Código Civil português ao comandar que a liberalidade do legado em substituição da legítima possa ser imputado prioritariamente na quota indisponível e posteriormente na quota disponível.

Como já tratado no tema da inoficiosidade, aquela liberalidade que possivelmente ofende a legítima deverá ser reduzida em proteção à intangibilidade quantitativa da legítima[106]. Pensa-se, então, na situação em que o legitimário prioritário recebe uma liberalidade que deverá ser imputada na quota disponível – doações dispensadas de colação, deixas a títulos de herança, pré-legados e outros – mas que não sendo comportada por esse poderá ser subsidiariamente imputada na quota indisponível, na legítima subjetiva do beneficiário.

Ocorre, portanto, uma novidade dentro da interpretação do fenômeno sucessório, pela qual a doutrina capitaneada por Pamplona Corte-Real passa a analisar a possibilidade de imputação de uma liberalidade originalmente imputável na quota disponível, também na quota indisponível, a partir de uma análise conjunta e das liberalidades realizáveis, a fim de que se possa extrair a vontade do *de cujus*, apoiando-se sempre no princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos celebrados pelo autor da herança[107].

O que propõe Pamplona, portanto, é, em síntese, o afastamento da inoficiosidade como se condenasse o instituto como última *ratio* em relação às liberalidades; priorizando a vontade do autor da herança e o aproveitamento das liberalidades concedidas aos legitimários, ainda que imputáveis na quota disponível.

Em exemplo construído por Jorge Duarte Pinheiro[108], sistematiza a referida imputação subsidiária da seguinte forma: o autor da sucessão "A" possui bens, por ocasião de sua morte, no total de 75, tendo doado ao terceiro "T" um bem de valor 15, e deixado ao filho "B" um bem de valor 20 por testamento. Existindo, ainda, um filho "C" também sobrevivo ao *de cujus* e o valor total da herança é de 90. Desta feita, pela aplicação da imputação subsidiária na forma construída por Pamplona Corte-Real, a partilha e as imputações se dariam nas seguintes fases:

I) A legítima objetiva será de 60, restando 30 para a quota disponível.

II) A legítima subjetiva dos herdeiros "B" e "C" serão de 30.

III) Na quota disponível de 30 serão imputadas as duas liberalidades, iniciando pela doação de 15 a "T", restando somente 15 da quota disponível. Nessa fase, nasce o

[106]ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 383.

[107]CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 1108-1109.

[108]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 383.

problema que a imputação subsidiária visa solucionar. Por um cálculo rígido de imputação, deveria a deixa testamentária – de 20 – ao herdeiro "B" ser imputada na quota disponível. Acontece que só restam 15 livres na referida quota. O que pretende Pamplona, portanto, é que os 15 sejam imputados na quota disponível restante, ao passo que os 5 faltantes, para finalizar a imputação, seriam imputados na quota indisponível, especificamente na legítima subjetiva do beneficiário da deixa – "B" – de forma que ainda terá direito a 25 para completar sua legítima subjetiva.

IV) "C", por sua vez, receberá os 30 da sua legítima não havendo mais quota disponível livre para ser partilhada com este herdeiro.

V) Por fim, "B" receberá 45 (30 inclusos os 5 da imputação subsidiária) por conta da legítima + 15 decorrentes da liberalidade recebida e imputada na quota disponível); "C" receberá 30 decorrentes da sua legítima.

O exemplo acima demonstra como se torna desnecessária a declaração de inoficiosidade da deixa testamentária ao herdeiro "B", em que pese ter superado a parte livre da herança. O cálculo realizado é bem simples: o valor da inoficiosidade é compensado[109] pela legítima a receber, criando uma parcela livre para imputação, qual seja a legítima subjetiva.

2.6.2 A imputação ex-se

Em uma outra perspectiva da qual se vale o trabalho para ilustrar o tratamento da imputação no Direito sucessório, tem-se no Direito italiano e espanhol, nos quais se trabalha a noção da imputação ex-se.

Por se tratar de um novo ordenamento em análise, não se pode adentrar diretamente ao tema da imputação sem algumas considerações prévias e basilares. Primeiro quanto à legítima prevista no Código Civil espanhol em seu art. 806º, o qual estatui:

> Artículo 806
> Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

[109]A lógica de cálculo compensatório é trazida em RAMIREZ, Paulo Nuno Horta Correia. O cônjuge sobrevivo e o instituto da colação. Coimbra: Almedina, 1997. p. 31.

Deve-se analisar que aparentemente guarda grande semelhança com a normatização portuguesa. Entretanto, essa mesma proximidade não se mantém quando se busca a análise doutrinária da legítima. De divergência extensamente trabalhada no Direito espanhol, a natureza jurídica da legítima gera debates e acaba por incorrer em diferenciações decorrentes, inclusive, de influências híbridas da legislação civilista espanhola[110].

Apoia-se, entretanto, a doutrina espanhola majoritária na concepção da legítima como "*pars bonorum"*, de forma a entender o legitimário como cotitular do ativo hereditário líquido, que só saberá a sua quota em virtude da liquidação do patrimônio do autor da herança pelos valores à época da abertura da sucessão. Como explica Pamplona Corte-Real, baseando-se nas lições de Vallet de Goytisolo:

> Em suma […] a legitimário é titular de um direito que actua como freno à liberdade dispositiva do testador, e a legítima supõe assim uma regulamentação negativa através de dois aspectos: "*contabile"*, enquanto se determina o valor mínimo que deve perceber o legitimário, e normativo, estabelecendo-se normas protectoras para quando o testador infringe o dever que a lei lhe impõe. Aliás, o sistema legitimário de regulamentação negativa, se envolve um limite à liberdade de dispor por testamento e doação, não o faz de modo absoluto, mas relativo, tanto quanto ao título, como quanto à "porção", como quanto aos beneficiários

Em complemento à essa análise, resume a citada doutrina que a tese do "pars bonorum" nega a qualidade de herdeiro ao legitimário[111], exceto por deixa testamentária ou o sendo mesmo sem testamento por outra vocação, explicitando, aqui, grande diferenciação da doutrina portuguesa até o momento estudada.

Resta verificar se esse distanciamento da natureza do legitimário implica diferenciações quanto à imputação de liberalidades na quota a que ela corresponde.

O cálculo da legítima e a mejora

[110]Explica Pamplona Corte-Real que "Bastará, aliás, fazer uma rápida leitura comparada dos artigos 806º e 815º do Código Civil para se poder constatar vestígios de um relativo hibridismo de influências" - CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 555.

[111]CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 570.

Quando se trata de estipular a legítima o Direito espanhol, simplifica-se o que tange aos descendentes – de qualquer grau – e define que 2/3 (dois terços) da herança formam a legítima – objetiva –, não importa quantos sejam os descendentes. O reflexo direto dessa opção seria o direito de acrescer que nasce para os demais legitimários em caso de repúdio ou impedimento para receber a herança de qualquer dos descendentes. Ocorre, entretanto, que o Código Civil espanhol se preocupou, ainda, com essa situação, deixando claro que "Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer"[112], ou seja, os co-herdeiros receberão a parte repudiada, mas não como acréscimo às suas legítimas[113].

Ocorre que os 2/3 que compõem a legítima global ainda possuem uma espécie de subdivisão, como se a legítima se subdividisse em duas, criando, assim, três frações para a herança sintetizadas: 1/3 de quota disponível, e 2/3 divisíveis em legítima curta e mejora, a chamada "legítima larga". Sobre a mejora tem-se que

> Se o terço da legítima curta se divide por cabeça, ou por estirpe, em caso de representação, o terço da "mejora" pode ser atrbuído, com intuito de avantajar, total ou parcialmente, a qualquer ou quaisquer filhos e ou descendentes (artigo 823º), apesar de ser um terço integrante da legítima.

Assim, a *mejora* constitui de 1/3 da herança, que compõe a legítima, mas poderá – ressalta-se que é uma opção do autor da herança – ser direcionada a beneficiar um filho ou qualquer outro descendente, que se recorde possui condição de legitimário. Dois pontos são fundamentais no entendimento da *mejora*. O primeiro deles é que se trata de uma opção do autor da herança e, com isso, poderá o mesmo não se manifestar sobre a *mejora* que passará, por isso, a ser parte da legítima curta e partilhável como é. Questiona-se, aqui, se não seria essa opção uma aplicação do direito de não decrescer aos legitimários, não sendo, entretanto o momento para tal análise.

O segundo ponto medular sobre a *mejora*, é entender que se trata de parcela destinada a beneficiar somente os próprios legitimários, constituindo uma espécie de liberdade precária submetida a limites objetivos – o 1/3 que corresponde o valor da

[112]Conforme artigo 985 do Código Civil espanhol.

[113]ALBADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil. v. V. Derecho de Sucesiones, Edisofer. p. 372 e 373, *apud* CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 575.

mejora – e a limites subjetivos. A destinação do benefício só poderá ser direcionada aos filhos e demais descendentes.

Entendidas as quotas hereditárias possíveis para imputação, adentra-se, enfim, na imputação ex-se propriamente dita. Verificaremos sua forma de realização.

Inicialmente, para fins didáticos, deve-se esclarecer que são seis as situações de liberalidades pelas quais questiona-se a imputação no Direito espanhol:

I) As liberalidades de qualquer natureza feitas a estranhos, ou seja, liberalidades realizadas em favor de indivíduos que não sejam legitimários prioritários – ainda que herdeiros, que deverão ser imputadas na quota disponível, na forma do art. 819º, § 2º do Código Civil espanhol.

II) As liberalidades realizadas ao cônjuge sobrevivo que deverão ser imputadas na quota disponível da herança, em decorrência do tratamento específico dado ao cônjuge no direito sucessório espanhol. O mesmo assume a posição de legitimário prioritário, mas é também usufrutuário e afastado da imputação na legítima – tanto curta como longa.

III) As liberalidades em favor de netos do *de cujus*, realizadas enquanto estiverem vivos seus genitores, que deverão ser imputadas na quota disponível, por se tratarem de herdeiros legitimários não prioritários à época da liberalidade[114].

IV) As liberalidades, de qualquer tipo, feitas a ascendentes ou outros legitimários equiparáveis, para os quais não há direito de *mejora*. Para estes, a imputação acontecerá diretamente na legítima curta, que caso seja preenchida pela liberalidade, e deverá continuar a imputação na quota disponível. Caso o *de cujus* expresse a vontade de imputação na quota disponível – desejo de beneficiar – far-se-á o inverso, imputando-se primeiramente na quota disponível que, se preenchida, permitirá uma imputação na legítima curta. Aqui se desdobra a imputação subsidiária que já se pretendia no Direito português.

[114]É o sentido que se posiciona a doutrina majoritária espanhola conforme explica CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 655. Em sentido minoritário VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Apuntes de Derecho Sucesorio. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: 1955. p. 498 e 499; e ROCA SASTRE, Ramóm Maria. Notas al Derecho de Sucesiones de T. Kipp, em Tratado de derecho Civil de ennecerus, Kipp e Wolf. Barcelona: Bosck, 1951. p. 172 e ss. *apud* CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 655.

V) Por fim, as liberalidades feitas em favor de descendentes legitimários prioritários que poderão gerar dificuldades de acordo com o ocorrido no fenômeno sucessório com o referido legitimário beneficiado pela liberalidade:

a) Se o beneficiário da liberdade decide repudiar sua herança, sendo legitimário prioritário, deverá a liberalidade, ainda assim, ser imputada em sua legítima, e o excesso imputar-se-ia na quota disponível. Não é o nosso caso, aqui, de criação de uma legítima ficta, como no Direito português, mas propriamente de respeito à legítima do repudiante devido à uma interpretação que afasta substancialmente a legítima e a herança, de forma que o repudiante – bem como o deserdado – não fará jus à herança (já tendo recebido sua legítima por ocasião da liberalidade).

b) Se o beneficiário recebeu liberalidade – legado ou doação – como adiantamento da legítima, em que pese a complexidade trazida pela doutrina espanhola, parece aplicável a solução pela qual seriam redutíveis, em valor, os excessos das liberalidades percebidas.

c) Caso seja uma liberalidade *causa mortis* em favor do descendente legitimário prioritário, excluída a *mejora* já explicada, será imputável na legítima curta (1/3) do beneficiário. Excedendo essa legítima, imputar-se-ia o excesso na quota disponível. Configura-se, aqui, uma imputação subsidiária que se transmuta em imputação ex-se pelo posicionamento de Vallet, evitando-se ao máximo a inoficiosidade, de forma que aceitar-se-ia a imputação do excesso em questão na legítima longa – *mejora* – naquilo que fosse suficiente para evitar a inoficiosidade[115].

d) As liberalidades em vida – nomeadamente doações – feitas aos descendentes legitimários prioritários, que não constituam *mejora*, e tampouco sejam objetos de colação. Tais doações, por sua própria natureza, são imputáveis na legítima curta do beneficiário. O excesso é plenamente conduzível à quota disponível, por não poder ser considerada *mejora* nos moldes do art. 825 do Código Civil espanhol. A questão é a liberalidade que excede tanto a legítima curta, quanto a quota disponível. Duas soluções se vislumbram: prioriza-se a obrigatoriedade de que a *mejora* seja declarada de maneira

[115]A citada posição de Vallet, explicada por CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 659; guarda proximidade com a *voluntas* da imputação ex se no Direito italiano, uma vez que essa modalidade de imputação "operaria não apenas como condição prévia da ação de redução, mas na efetivação de qualquer partilha, como meio de prevenir qualquer situação de redutibilidade". CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989. p. 971.

expressa – fortalecendo o caráter injuntivo do art. 825 do C.C espanhol – e, portanto, a liberalidade será considerada inoficiosa cabendo sua redução; ou, amparando-se no princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos e na comunicabilidade das quotas hereditárias, aproveitar-se-á a liberalidade imputando o que exceder à legítima curta e a parte livre da herança na quota de *mejora*, como feito com os legados por força do art. 828 do Código espanhol em estudo.

e) Para as liberalidades em vida, sujeitas à colação, deverão as mesmas ser imputadas na legítima, e os excessos na parte livre da herança.

f) Por fim, sem que se analise todas as complexidades e possibilidades, as liberalidades a descendentes manifestamente enquadradas como *mejora*, devem ser imputadas, inicialmente, na legítima longa – quota de 1/3 correspondente a *mejora* – e seu excesso na quota disponível e, posteriormente, se necessário, na legítima curta do beneficiário. Fazendo valer, assim, a tentativa de beneficiar inerente à *mejora*.

A imputação ex-se, em consonância com as situações demonstradas acima, resguarda, antes de tudo, as liberalidades, permitindo, por exemplo, que a doação feita a um sucessível legitimário prioritário, dispensada de colação, seja, ainda assim, imputável na quota indisponível, salvaguardando eventuais inoficiosidades, liberando a quota disponível, e garantindo o direito de disposição por morte em sua maneira mais completa. Sempre baseando-se de uma análise ampla – global – das liberalidades.

É esse raciocínio, inclusive, que apresenta Jorge Duarte Pinheiro[116], em comunhão com a tentativa de importação da *imputação ex se* para o Direito português, pretendida por Pamplona Corte-Real:

> Mais genericamente, a imputação *ex se* é uma obrigação que recai sobre o legitimário prioritário: ele tem de imputar (primeiramente) as liberalidades, *inter vivos* ou *mortis causa*, que lhe foram feitas, na respectiva legítima subjectiva, a não ser que o *de cuius* tenha determinado o contrário.

Dessa forma, o autor simplifica ao colocar a expressa vontade do autor com única forma de realizar-se imputação de liberalidades a herdeiros legitimários prioritários inicialmente na quota disponível, e continua trazendo as peculiaridades do instituto ao Direito português: "Salvo melhor opinião, na falta de uma disposição legal similar à do art. 564 II do CC italiano, no direito português, a figura geral da imputação

[116] PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 386.

ex se só é aplicável às liberalidades *inter vivos*.” Desta feita, conclui o autor pela possibilidade de importação da teoria nascida no Direito italiano e fixado no Direito espanhol, entretanto limitada às imputação de liberalidades *inter vivos*.

Insta ressaltar que a aplicabilidade importada da imputação *ex se* não se dá por obrigatoriedade, e sim por necessidade, especificamente para a proteção, como já dito, dos negócios jurídicos já realizados pelo *de cujus – evitando a inoficiosidade* –, e pelo fortalecimento da disponibilidade da quota disponível nas deixas testamentárias, em detrimento da presunção do desejo de avantajar tão intrínseco na interpretação portuguesa.

3 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Adentrando a parte final do presente estudo, faz-se um deslocamento do sistema sucessório português para o sistema sucessório brasileiro, de forma que a partir da análise das semelhanças e particularidades de institutos se possa caminhar para a construção de uma teoria da imputação no Direito brasileiro.

Para se atingir tal objetivo, faz-se mister entender primeiramente o sistema sucessório brasileiro em perspectiva panorâmica, como um todo, passando posteriormente às suas peculiaridades e o tratamento da legítima – para só então verificar o tratamento dado a imputação.

3.1 BASE HISTÓRICA

O eixo histórico do Direito brasileiro é pouco analisado pela doutrina, importando-se muito com a construção dos institutos em sua base – romanística, normalmente –, mas deixando de analisar como se deu a construção dos mesmos em território brasileiro.

Entretanto, a presente análise histórica não se justifica somente pela conhecida importância do estudo histórico em matéria jurídica. No presente estudo, a análise histórica serve como elemento justificador da análise comparada que se propõe entre Brasil e Portugal. Isso porque a relação política de exploração colonial e a construção jurídica inicial brasileira se deu pelo Direito português.

Desta feita, deve-se entender que, como explica Antônio Chaves, a história do Direito brasileiro tem em sua relação com Portugal um paradoxo, posto que a legislação brasileira é mais antiga que o próprio país. Nas palavras do pesquisador:

> Tem-se assinalado que a história do Direito brasileiro oferece dois paradoxos:
> 1. é muito mais antiga que a própria história do Brasil, pois sendo as nossas instituições jurídicas uma sequência das instituições lusitanas, é em Portugal que se situa a origem do Direito brasileiro.
> 2. determinadas leis prevaleceram aqui depois de terem sido revogadas em seu país de proveniência.

Com isso, não se nega a evidente evolução emancipatória do Direito brasileiro segundo suas especificidades. O decurso do tempo tratou de construir para o país institutos próprios e afetos às questões próprias de pacificação da nação. Entretanto, o Direito Civil se mantém muito próximo de sua raiz lusitana, fato facilmente comprovável pela proximidade das legislações.

É esse espaço, entre a raiz lusitana e a evolução da legislação brasileira, que se pretende explorar, demonstrando que o Direito (em especial o sucessório), tomou caminhos diversos da ordem jurídica portuguesa, não deixando, todavia, de tocá-la em certos pontos. Pontos estes que se pretende aproveitar para a construção de uma teoria própria da imputação no Direito sucessório brasileiro.

Não se pretende, entretanto, aprofundar-se, aqui, em toda história do Direito português – mesmo sendo essa a base do Direito brasileiro. Acreditamos ser suficiente clarear o fato de que Portugal, tendo conseguido a total codificação de seu Direito – iniciada ainda em 1211 – preocupou-se, desde então, com a codificação de natureza civil, inclusive destinando livro especialmente a esse fim, presente nas Ordenações Afonsinas de 1446, bem como nas Ordenações Manuelinas de 1514[117].

De maneira a sintetizar essa evolução, propõe-se um salto geográfico para se verificar que, no Brasil, não se predominava uma ordem jurídica clara, estando o país submetido à norma eclesiásticas e aos costumes, dentro outras normatizações escritas – porém, sem clara vinculação civilista. O que se altera com as cartas régias trazidas ao Brasil em 1532 por Martin Afonso, que, enfim, tratavam do Direito brasileiro[118].

---

[117]CHAVES, Antônio. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95. ano 2000. p. 62.

[118] CHAVES, Antônio. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95. ano 2000. p. 64.

O salto que se propõe agora é temporal, para 1750, quando a legislação passa a se desenvolver em um caráter mais específico. Buscava-se, primordialmente, tratar de matérias como "casamento, pátrio poder, tutela e curatela, direito sucessório e contratos"[119].

Observa-se, assim, o germinar de um Direito Civil individualizado que se fortaleceu pela independência, e posterior criação de cursos jurídicos que permitiram a avaliação crítica do que estava posto, bem como o que estava por se legislar, normalmente sobre a égide do Direito eclesiástico.

Ponto fundamental da história que se relaciona com o presente estudo foi a opção do Imperador, diante das dificuldades de se elaborar um código civil nacional, de buscar em Portugal, António Luís Seabra, autor do projeto do Código Civil português. Importa-nos essa menção pois ela demonstra a proximidade das legislações civilistas. Ocorre, porém, que a comunidade jurídica não aceitou de maneira concisa a necessidade de um estrangeiro a elaborar uma codificação nacional. Assim, vários outros anteprojetos foram criados, passando pelos mais diversos juristas brasileiros da época[120].

Foi nesse momento jurídico que se iniciou, sob a égide de Clóvis Beviláqua uma verdadeira maratona de desafios para a instituição de uma codificação civilista à altura do amadurecimento jurídico do país, o que se deu de maneira muito custosa para que, enfim, em 01.01.1917 passou a vigorar o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

O referido código não só se aproximava das diretrizes europeias do Direito, mas na parte que toca esse trabalho – qual seja os Direitos das sucessões – existe uma verdadeira identidade de institutos, como a legítima, a inoficiosidade, a partilha, o inventário, dentre outros.

Essa proximidade demonstra um preenchimento de um binômio possibilidade/necessidade pelo qual a comparação de codificações nos possibilita beber da fonte do Direito português – dentre outros ordenamentos europeus –, e, ao mesmo tempo, cria a necessidade de entendermos os institutos à luz desses ordenamentos, e não de maneira isolada e particular, como se os mesmos tivessem sido originariamente

[119]CHAVES, Antônio. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95. ano 2000. p. 72.

[120]Nomeadamente contribuíram com suas tentativas de elaboração: Teixeira de Freitas; Nabuco de Araújo; Felício dos Santos; Coelho Rodrigues e Campos Salles. Conforme CHAVES, Antônio. FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95. ano 2000. p. 100-103.

criados na legislação brasileira. Ou o instituo é o que sua fonte o criou para ser, ou temos um instituto diferente daquele que se propôs.

Passamos, então, à análise do Direito Civil brasileiro moderno, em especial o perfil do fenômeno sucessório e sua relevância jurídica para o Direito brasileiro.

3.2 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A LEGÍTIMA

O sistema sucessório brasileiro guarda semelhanças em sua estruturação com o sistema sucessório português, o que é quase inevitável devido à relação intrínseca entre os dois países – considerando a relação colônia e metrópole.

Entretanto, a estrutura do Direito sucessório brasileiro se dá em vocações hereditárias diversas. Basicamente a sucessão pode se dar por vocação legal – chamada sucessão legítima –, ou por força de vontade do autor da herança – sucessão testamentária. Assim, divide-se a vocação hereditária.

Sobre um critério subjetivo, há de se analisar, ainda, quem são os legitimados a suceder. É o que regulamenta o art. 1.798 do CC brasileiro: "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Percebe-se a opção do Direito brasileiro por tutelar sob o manto do Direito sucessório também o nascituro, assim

> A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascitura (art. 2º, segunda parte). Assim sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito (art. 2º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), em ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz

O que se configura ao nascituro é, portanto, uma expectativa de suceder, que tem como elemento definitivo o nascimento com vida. Em paralelo, pode-se correlacionar com a posição do sucessível legitimário/necessário prioritário, que tem para si uma expectativa consistente do direito de suceder. Enquanto para um o elemento definidor da sucessão é o nascer com vida, para o outro é estar vivo na abertura da sucessão.

Um tema controverso e que se destaca atualmente na temática sucessória dos legitimados, consiste na participação do indivíduo concebido após a abertura da sucessão. Algo que seria impensável nos tempos antigos, mas que hoje é possível através de fecundação artificial heteróloga *post mortem*, situação na qual o gameta

masculino ficará congelado, mesmo após a morte de seu portador, e a fecundação do gameta feminino iria ocorrer após a morte do doador do gameta masculino.

As inovações científicas pedem, a cada dia, um olhar mais atencioso dos juristas, e a legitimidade desse filho concebido após a morte para suceder traria implicações profundas em todo estudo sucessório, afetando diretamente o cálculo da herança, sua partilha, bem como a própria proteção da legítima dos herdeiros. Seria ele, se considerado herdeiro, detentor de uma legítima subjetiva? Não respeitada essa legítima à época da partilha – na qual o herdeiro nem mesmo existia –, terias ele direito a receber dos demais herdeiros qualquer torna em virtude da intangibilidade quantitativa da legítima? Tais questionamentos invocam uma pesquisa de caráter técnico e profundo específico que não se enquadra no tema deste trabalho. Sendo, porém, conveniente que se demonstre, aqui, que qualquer conclusão alcançada merecerá uma atualização em virtude das inovações científicas que afetam as relações jurídicas[121].

A sucessão necessária do Direito sucessório brasileiro.

O termo sucessão legitimária não foi utilizado pelo Código Civil brasileiro. Opção essa que, em matéria de direito comparado, dificulta a análise do instituto, mas não a inviabiliza. A análise cuidadosa do tratamento jurídico dispensado pela doutrina e pela jurisprudência acerca da sucessão legítima – termo utilizado no Direito brasileiro – atesta uma aproximação com a sucessão legitimária do Direito português.

O Direito sucessório brasileiro, em sintonia com o formato acima explicado, também promove a proteção da legítima em seu artigo 1.846, do Código Civil brasileiro. In verbis:

> Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

A leitura do só citado dispositivo legal já elucida o problema linguístico apontado no início deste capítulo. É criada, aqui, uma discrepância sobre o próprio

[121]Sobre os direitos sucessórios do filho concebido após a morte por fecundação artificial, conferir ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. Anais dos Congresso do IBDFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2.016.

conceito de legítima. Pelo que se apresenta, ao Direito português a legítima é "a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários"[122], enquanto o Direito brasileiro revela que a legítima seria a metade dos bens da herança que pertence aos herdeiros necessários.

Essa aparente desarmonia entre os conceitos não deriva de uma matriz científica, e sim de uma matriz linguística como previamente alertado neste ensaio. Os herdeiros necessários de que trata o artigo 1.846 do Código Civil brasileiro, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge conforme texto do artigo 1.845 do mesmo diploma legal.

Dito isso, tem-se que os herdeiros necessários para o Direito brasileiro são os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro – como se tratará melhor adiante – e esses terão sua legítima protegida. O Código Civil português, por sua vez, elenca como herdeiros legitimários, ou seja, os que terão sua legítima protegida: "o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima"[123].

Ao fim, parece claro que a divergência linguística não reflete uma diferença de significados estruturais nos conceitos de "herdeiros necessários" e "herdeiros legitimários". Assim, aparenta razoável a opção de tratar tal classificação de herdeiros como sinônimas e com um significado único qual seja: os herdeiros que terão direito à proteção da legítima.

Superada questão linguística quanto aos herdeiros, é preciso questionar: é a sucessão legitimária do Direito português a mesma modalidade sucessória chamada de sucessão legítima[124] pelo Direito brasileiro?

A resposta de tal questionamento não é simples, visto que a opção do Direito brasileiro não foi a de criar uma nomeação própria para a sucessão que recai sobre a legítima. Assim, em que pese a proteção dada à legítima pelo Código Civil brasileiro, a sucessão dessa parte intocável e prestigiada da herança se dará em conjunto com a totalidade dos bens, na forma da lei, quando ausente qualquer disposição testamentária – o que daria início à uma sucessão testamentária.

Em síntese, não é cabível a tentativa de enquadrar o conceito de sucessão legitimária do Direito português no mesmo conceito de sucessão legítima do Direito

[122]Artigo 2156 º do Código Civil português.

[123]Artigo 2157º (Herdeiros Legitimários) do Código Civil português.

[124]Artigo 1829, Código Civil brasileiro.

sucessório brasileiro, pois esta enquadra tanto a sucessão que recai sobre a legítima dos herdeiros necessários, quanto do restante da herança em uma só grande modalidade sucessória. Aquela – a sucessão legitimária –, constrói uma divisão e se preocupa somente com a legítima dos herdeiros, deixando o restante da herança sobre as preocupações da sucessão legítima portuguesa.

Concluída essa primeira fase comparativa entre ordenamentos, e chegando à máxima de que a sucessão legitimária do Direito português é uma proteção à legítima, resta cabível, também, determinar o alcance deste instituto ao Direito português e, em aproveitamento ao tema, ao Direito brasileiro.

Inicialmente, a análise legal do instituto pelos Códigos Civis vigentes já demonstra que, mesmo se tratando de instituto jurídico idêntico nos dois ordenamentos, sua aplicabilidade é diversa.

Explicam Flávio Tartuce e José Fernando Simão[125] sobre a legítima no Direito brasileiro: "Em razão da existência de herdeiros necessários, o patrimônio do falecido se divide em duas partes: a *legítima* e a *quota disponível*. Enquanto a primeira pertencerá aos herdeiros necessários, a segunda pode ser objeto de testamento do falecido".

A explicação acima não conceitua a legítima, mas demonstra uma característica importante da mesma no Direito brasileiro: a legítima cria uma quota hereditária indisponível – chamada legítima – e outra disponível. Parece simplista a referida conceituação dentro das diversas possibilidades que o próprio Código Civil brasileiro cria para a legítima, porém, inicialmente a posição citada começa a demonstrar a fragilidade com que a doutrina constrói o instituto da legítima.

A doutrina portuguesa, em sintonia como a doutrina brasileira, traz a legítima como uma quota indisponível da herança. Ocorre, entretanto, a divisão da legítima em legítima objetiva – global –, e legítima subjetiva. A primeira trata da parcela geral da herança que não poderá ser disposta pelo autor da herança. Assim, a legítima objetiva é o limite que o testador encontra para realizar seu testamento, sabendo que não poderá alcançar com suas deixas testamentárias aquela parcela da herança. A legítima subjetiva, por outro lado, destina-se à preocupação do sucessível, de modo que

[125]TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. v. 6. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2010. p. 282.

corresponde à fração da legítima que caberá exatamente a ele como herdeiro legitimário[126].

Em clara diferença de utilização do instituto pelos ordenamentos em estudo, no Direito sucessório brasileiro o alcance da legítima global[127] é sempre fixo, ou seja, será metade dos bens que compõe a herança[128]. Em sentido dispare trabalha o Código Civil português quanto ao instituto. Neste, o montante da legítima objetiva será variável, bem como a legítima subjetiva.

A fim de tornar compreensível o objeto do presente estudo, faz-se necessário passar a compreender o fenômeno de cálculo de quinhões hereditários do Direito brasileiro de maneira diversa do que vem sendo feita, aproximando-o do modelo português pela aplicação de uma nova modalidade sucessória que optou-se por chamar sucessão necessária.

A sucessão necessária, sim, constituiria modalidade sinônima da sucessão legitimária do Direito sucessório português. Ousando construir um conceito aplicável ao Direito brasileiro, tem-se que a sucessão necessária é a sucessão aplicável sobre a legítima cabível aos herdeiros necessários, e paga na forma da lei, especificamente na forma do art. 1.829 do Código Civil brasileiro, somente no que tange aos herdeiros necessários.

Resta fundamental iluminar aqui a tentativa deste raciocínio de criar situação nova e distinta do que se aplica, em regra, na doutrina e prática jurídica brasileira em matéria de sucessão. Tomando por base a doutrina existente a legítima tem como função a simples limitação do poder de dispor do testador[129]. O que se pretende pela criação da chamada teoria individualizada da sucessão necessária, é permitir que o sucessível necessário – legitimário no Direito português – constitua em seu favor uma segurança ainda mais profunda de seu direito, ao menos quanto à legítima, deixando uma mera expectativa precária de direitos sucessórios para uma concreta espera do momento que irá receber sua parcela da herança. Essa maior segurança do herdeiro necessário –

---

[126]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 69.

[127]Utiliza-se o termo legítima global/objetiva para tratar da parcela total da herança que será protegida em favor dos herdeiros necessários. Em que pese a doutrina brasileira não se utilizar da expressão citada, seu significado cunhado por PAMPLONA CORTE-REAL, adequa-se perfeitamente a precisão terminológica pretendida com sua utilização. Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 69.

[128]Artigo 1.846 do Código Civil brasileiro.

[129] Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 1312 – 1313.

legitimário – para parcela da doutrina portuguesa se revela somente como uma expectativa, não relevante do ponto de vista prático, ainda que superior à mera esperança dos outros herdeiros[130] – testamentários e legítimos – entretanto há de se perceber que essa segurança ganha relevância quando se trata de medidas possíveis a evitar inoficiosidades e o próprio respeito a vontade do autor, o que por agora não se deve tratar ainda no presente trabalho.

O cálculo da legítima no Direito sucessório brasileiro

Arremata-se a explicação comparada da sucessão legitimária, sabendo que esta serve ao direcionamento da sucessão da legítima, passando pelo cálculo da legítima global e da legítima subjetiva. A mesma não possui correspondência direta como modalidade sucessória no Direito brasileiro, motivo pelo qual propõe-se o entendimento de uma nova modalidade sucessória não prevista expressamente no Código Civil brasileiro, a qual se nomeia sucessão necessária, destinada exclusivamente a tratar da confecção dos quinhões relativos à divisão da legítima entre os herdeiros necessários do artigo 1.845, do Código Civil brasileiro. Essa modalidade se equipararia à sucessão legitimária do Direito português, fazendo-se necessário, entretanto, uma adaptação da prática sucessória e da aplicação do cálculo dos quinhões hereditários no Direito brasileiro.

Entretanto, no Direito brasileiro o caminho até a estipulação dos quinhões hereditários cabíveis a cada sucessor é simplificado, aparentemente, pela não existência desse tratamento diferenciado à sucessão dos bens que compõem a legítima. Em síntese prática, os quinhões hereditários serão calculados sobre metade dos bens que compõem o espólio – a legítima – e posteriormente adicionadas às parcelas hereditárias da parte disponível.

A doutrina brasileira, em parte, chega à uma conclusão frágil sobre a legítima: de que essa só gera apreciação para o caso de existirem deixas testamentárias. É o que parece se extrair da posição de Fábio Ulhoa Coelho[131], ao observar:

---

130 CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 75 – 77.

131 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito civil, Família, Sucessões. v. 5. 5. ed. rev. atual. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 254.

> Quem tem herdeiros necessários não pode dispor senão sobre a metade de seus bens. Essa é a única limitação do direito de testar, que a lei se preocupou em reforçar em mais de um dispositivo (CC, arts. 1.789, 1.846, 1.857, § 1º, e 1.967).
>
> Desse modo, o patrimônio do testador com herdeiros necessários divide-se em parte *disponível* e parte *indisponível*, equivalendo cada uma à metade. A parte indisponível, chamada também de legítima, não pode ser objeto de testamento. Será ineficaz, no todo ou em parte, a disposição mortuária que alcançar a parte indisponível do patrimônio do testador.

A doutrina citada demonstra a qualificação da legítima primeiramente como uma limitação do testador, e não uma proteção dos herdeiros necessários, o que já pode ser considerado um equívoco. A legítima, entretanto, é muito mais que isso: é proteção para deixas testamentárias – como preceitua o art. 1.789 do CC brasileiro; mas é, também, proteção integral da legítima com relação as liberalidades em vida colacionáveis, buscando-se inclusive a igualação – art. 2.002 do mesmo diploma legal.

Essa deturpação da legítima acaba por construir, no Direito sucessório brasileiro, uma desvinculação da mesma do evento sucessório, de forma que só será lembrada quando tiver de se questionar alguma deixa testamentária ou doação feita ao herdeiro.

Parece ser esse o momento exato para se explorar um raciocínio não trabalhado pela doutrina brasileira: a existência de uma modalidade sucessória que pode ser nomeada de sucessão necessária[132]. Essa modalidade sucessória que não existe nomeadamente no Código Civil brasileiro, seria a modalidade sucessória cabível para a divisão da legítima.

A prática sucessória brasileira se utiliza da legítima, entretanto, no momento da partilha – influenciados pelo próprio diploma civil nacional – acaba por não realizar a partilha de maneira individualizada, ou seja, constitui um só aglomerado de patrimônio, direitos e dívidas, e, tendo sido respeitada a legítima, passa a calcular a parcela cabível a cada herdeiro sobre o restante.

O cálculo da legítima, portanto, é feito na seguinte linha de procedimentos:

---

[132]A escolha do nome sucessão necessária corresponde a opção legislativa do Código Civil brasileiro que chamou de herdeiros necessários aqueles a quem cabe a legítima. A sucessão necessária não recebe essa nomenclatura pela legislação, mas Arnoldo Wald já a utilizou para se referir à sucessão dos herdeiros necessários, sem, porém, construir essa modalidade sucessória como uma sucessão autônoma e independente da sucessão legítima. WALD, Arnoldo. Direito Civil> direito das sucessões. v. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157 e ss..

I) Primeiramente se calcula o valor total do patrimônio do falecido existente por ocasião da abertura da sucessão – *relictum*.

II) Subtrai-se o valor de suas dívidas – o passivo hereditário – e as despesas com funeral, adicionando posteriormente o valor das doações sujeitas a colação – *donatum*[133].

III) O valor encontrado será a chamada herança líquida[134].

IV) A herança líquida será dividida em duas partes iguais, sendo uma destas a parte disponível e a outra a parte indisponível da herança.

Desta forma, diferente do que se faz no Direito português, a legítima objetiva será sempre de metade da herança líquida do *de cujus*. Desta feita, um falecido que deixou dois filhos – herdeiros necessários prioritários – e uma herança líquida de 50, calculados ao tempo de sua morte, terão seus herdeiros uma legítima global de 25, e a parte disponível da herança será de 25.

O que merece questionamento aqui, que já foi objeto de análise no Direito português, é o modo de contabilização da legítima – art. 1.847 CC brasileiro. A operação matemática a ser realizada acompanhará a lógica da Escola de Coimbra ou da Escola de Lisboa já verificadas.

Lembremos, aqui, que a Escola de Lisboa propõe um alargamento inicial da quota hereditária, primeiramente somando o *relictum* com o *donatum* e, só posteriormente, ocorrerá o abatimento das dívidas da herança. Ao passo que a Escola de Coimbra entende que as dívidas deverão ser abatidas diretamente do *relictum* e o resultado dessa operação deverá ser somado ao *donatum*, chegando, por fim, ao valor da herança a ser partilhado.

Esse embate surge no Direito português a partir do questionamento quanto à obrigatoriedade de seguir a ordem estipulada no art. 2162º do Código Civil lusitano. Esse questionamento, entretanto, não parece ter espaço na legislação brasileira. Diz o art. 1.847 do CC brasileiro:

---

[133]Conforme art. 1.847, CC brasileiro: Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

[134]O mesmo valor total da herança trabalhado no Direito português.

> Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

O texto legal brasileiro preocupou-se, ao utilizar a expressão "em seguida", com a determinação de uma ordem nas operações matemáticas necessárias ao cálculo da legítima. Desta feita, não parece coerente subjugar uma clara opção do legislador na estipulação da sequência contábil aplicando qualquer interpretação que não siga a ordem estipulada pelo código.

Assim, para efeito comparativo, a legislação brasileira aplica a lógica contábil da Escola de Coimbra, de forma que do *relictum* serão abatidas as dívidas da herança, para só então somar o *donatum* e alcançar-se o valor total da herança, ou herança líquida sobre a qual será calculada a legítima.

Entretanto, em decorrência da expressa previsão legal, um outro questionamento é possível: Sendo a herança deficitária, ou seja, as dívidas sendo maiores que o *relictum*, deverá o resultado dessa operação ser reconduzido a 0 (zero), como propõe a Escola de Coimbra, ou por se tratar de uma sequência de operações matemáticas, o *donatum* deverá ser somado a uma eventual herança negativa? Essa questão revela profunda implicação prática por poder requerer diretamente em diferentes cálculos da legítima e, consequentemente, em declaração de inoficiosidades em extensões diferentes.

Um *relictum* de 50, com dívidas no montante de 60, e *donatum* de 40 gerará a seguintes possibilidades:

a) Realizando o abatimento das dívidas do *relictum*, ter-se-ia uma herança deficitária no valor de – 10 (dez negativo); operando uma recondução nos moldes da Escola de Coimbra; esse saldo negativo seria reconduzido a 0 (zero). Aplicando-se o *donatum* ao valor total da herança, chegaríamos a 40, constituindo uma legítima de 20 aos herdeiros necessários. Uma vez que a referida doação foi de 40, é caso de doação inoficiosa em 20, sujeita à redução.

b) Outra possibilidade é não efetuar a recondução, de forma que sobre a herança deficitária em -10 (dez negativos), somar-se-ia o *donatum* de 40, chegando à uma herança líquida de 30, o que constituiria uma legítima global de 15 para os herdeiros necessários. Dessa forma, a doação seria inoficiosa, também, porém sendo sujeita a uma redução em 25.

Ainda que não explorando a questão da inoficiosidade, a ser tratada em momento oportuno, de antemão visualizamos uma diferença no valor da legítima. De forma que é imprescindível uma posição quanto à recondução a 0 (zero) da herança deficitária. Valendo-se de uma importação da teoria da Escola de Coimbra, que parece compatível com a determinação brasileira, tem-se que a recondução da herança deficitária a 0 (zero) se dá uma vez que as doações realizadas pelo *de cujus* não respondem pelas dívidas deste. Entende-se que o credor, quando em vida do autor da herança, poderia se virar contra as liberalidades por ele realizadas para receber o que lhe era devido. Assim, não tendo feito, responderá por tais dívidas somente o que o autor da herança deixou, não devendo responder os bens e valores que já estão sob a titularidade do herdeiro legitimário beneficiário da doação. Nesse sentido, explica Jorge Duarte Pinheiro[135], através de exemplo prático:

> O *de cuius* deixa bens no valor de 60, tem dívidas no valor de 100 e fez doações no valor de 50. Sobreviveu-lhe um filho.
>
> Para a Escola de Lisboa, o VTH para efeitos de fixação da legítima objectiva é 10 (60(R)+50(D)-100(P)). A legítima subjectiva do filho é 5 (cf. art. 2159º, nº2).
>
> Para a Escola de Coimbra, é 50. Abate-se o passivo ao *relictum* (60-100). Como as dívidas da herança só podem ser satisfeitas à custa do activo, converte-se o valor negativo de 40 em 0 e soma-se o *donatum* de 50. A legítima subjectiva do filho é 25. Como se vê, de acordo com a Escola de Coimbra, no caso de herança deficitária, o valor total da herança para efeitos de apuramento da legítima é igual à totalidade do valor do *donatum*. (*grifo nosso)*

Dessa explicação pode-se retirar, então, que não poderiam as doações responder pelo passivo. No Direito brasileiro, no mesmo sentido, não há motivo para que as doações feitas em vida pelo *de cujus* respondam pelo passivo da herança, uma vez que os credores podem se valer de ato próprio quando forem lesados, podendo inclusive anular as referidas doações, mesmo após a abertura da sucessão, por constituírem, se for o caso, fraude contra credores[136], no mesmo sentido do que permite a ação pauliana no Direito Civil português.

---

[135]PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 321.

[136]Conforme art. 158 do CC brasileiro:

Art. 158. Os negócios de transmissões gratuitas de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1o Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2o Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Nesse sentido, por esses dois motivos: a proteção das doações já efetivadas pelo doador em vida e a existência de outro meio de proteção do credor contra doações feitas em seu prejuízo, parece aplicável à recondução de heranças deficitárias a 0 (zero), de forma que para fins de cálculo da herança líquida, a Escola de Coimbra é aplicável tanto no Direito português, quanto no Direito brasileiro.

Objetivando criar um contraponto à conclusão acima, deve-se levar em consideração o que trata o art. 1.997 do CC brasileiro, quanto às dívidas da herança, diz o *caput* do referido artigo legal:

> Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

O referido artigo cria, aparentemente, uma oposição à conclusão prévia. Isso por que se a herança responde pelas dívidas, essas deveriam ser abatidas da totalidade daquela. Entretanto, essa interpretação entretanto precisa ser compartimentada em duas questões:

A primeira diz respeito ao alcance do termo herança no citado artigo, de forma que pode o artigo tratar como herança o *relictum* – de forma que realizar-se-ia a recondução a 0 das heranças deficitárias - ou pode o termo herança abarcar, também, o *donatum* acarretando uma inviabilidade da recondução a 0 (zero) da herança deficitária, de forma que o *donatum* responda pelas dívidas;

Não nos parece se tratar, aqui, de um retorno à Escola de Lisboa, relativizando-se o texto do art. 1.847 do CC brasileiro e permitindo o somatório de *relictum* e *donatum* para só, então, abater-se a dívida. Esse raciocínio seria aplicável frente a qualquer incerteza quanto ao texto do citado artigo, o que não ocorre, tendo sido preciso o legislador na imposição de uma ordem contabilística.

É, entretanto, possível o debate quanto à recondução das heranças deficitárias, de maneira que, não sendo feita a recondução a 0 (zero) de maneira indireta, o *donatum* responderia pela dívida, e ao mesmo tempo respeitaria a ordem do art. 1847 do CC brasileiro.

Parece que para definir o alcance do termo “herança” utilizado na norma legal, cabe uma recondução à uma interpretação sistêmica em comunhão com o art. 1.784 do

mesmo diploma civilista, que prediz: "Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Interpretando sistematicamente ambos artigos, temos que a herança é o que se transmite desde a abertura da sucessão aos herdeiros legais – necessários e legítimos – e testamentários. Assim, as doações conferidas a herdeiros necessários prioritários não constituem parte dessa herança a que o código se refere[137]. Fortalece essa distinção entre herança e *donatum* a explicação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[138], pela qual "Ao valor patrimonial da herança deve ser adicionado o valor das doações que os descendentes receberam em vida dos ascendentes (CC 2001) e que o sobrevivente recebeu em vida de seu consorte (CC 544)". Demonstra-se, portanto, que a herança, que responde pelas dívidas na forma do art. 1.997, não inclui as doações aos herdeiros necessários prioritários.

A segunda questão que se analisa sobre o mesmo art. 1.997 do CC brasileiro é a previsão de que, se efetuada a partilha, os herdeiros responderão proporcionalmente à parte que lhes coube. Essa previsão não deixa expresso, porém, deve-se atentar qual será o efeito dessa responsabilidade pela dívida, afinal, se não responderá o *donatum* pelas dívidas da herança, poderá o herdeiro responder com a sua legítima na qual tenha sido imputada a doação recebida?

Adiantando tema afeito a capítulo futuro, e permitindo uma pequena curva no tema central deste capítulo, é necessário perceber que, para que se mantenha a coalizão dos raciocínios e uma linha lógica para os mesmos, a herança que se refere a parte final do art. 1.997, também não inclui o *donatum*. Contudo, o pagamento das dívidas pós-partilha não será mais contabilizado para aferição da legítima, de forma que responderá por tal dívida toda a quota hereditária do herdeiro necessário, mesmo que sua quota tenha sido preenchida integralmente por uma doação recebida, ainda em vida, do autor da herança.

A máxima que se constrói pela conjugação das duas análises realizadas sobre o art. 1.997 é: O *donatum* não será afetado pelas dívidas da herança, porém, isso não

[137]Não é, aqui, hipótese de se dizer que o *donatum* não constitui herança. Como já explicado, ele é parte do cálculo do valor total da herança. Todavia, o código parece sistematicamente utilizar o termo herança para se referir ao que efetivamente foi deixado por ocasião da abertura da sucessão – *relictum*. Assim, aparenta ser essa a vontade do legislador quando trata que a herança responde pelas dívidas.

[138]NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código Civil comentado. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1548.

significa que as quotas hereditárias de sucessíveis necessários prioritários preenchidas com doações não possam ser afetadas pelas mesmas dívidas.

A legítima do cônjuge e do companheiro no Direito sucessório brasileiro

Outro ponto relevante é quando a configuração de uma legítima no Direito sucessório brasileiro trata do papel do cônjuge. Como já se afirmou anteriormente, esses são herdeiros necessários e, por isso, fazem jus à legítima: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme artigo 1.845 do Código Civil brasileiro.

Quanto aos descendentes, vale especificar que não se estipula, aqui, uma limitação de grau. Ou seja, filhos, netos, bisnetos e etc., serão considerados para efeito da "sucessão necessária". O mesmo com ascendentes, de maneira que não há preocupação em determinação limitada do grau de ascendência, não se esquecendo de tratar que, mesmo a sucessão necessária se dará sempre com base nos moldes da sucessão legítima. Assim, para efeitos de verificação dos sucessíveis será indispensável a remissão ao art. 1829, do CC brasileiro, de forma que os ascendentes só serão herdeiros necessários prioritários quando não existirem descendentes com direito a sucessão. Opõe-se, aqui, veementemente à posição de Arnoldo Wald[139], ao dizer que "Os ascendentes só são herdeiros necessários na falta de descendentes". Tal posição se contrapõe ao próprio texto legal do art. 1.845, e confunde a natureza da sucessão necessária. O ascendente, tal como o cônjuge – o companheiro se discutirá em breve – é herdeiro necessário. O que pode variar é sua condição de herdeiro necessário prioritário, ou seja, com direito imediato à sucessão caso se dê a abertura da sucessão. A condição de herdeiro necessário se dá na lei, e não pelas disposições da sucessão legítima. Esta só serve à verificação dos herdeiros necessários que participarão de determinada sucessão.

Não se trata, aqui, porém, de mero deleite linguístico. Privar pela nomenclatura de herdeiro necessário, mesmo daqueles que não são sucessíveis prioritários, é fortalecer a singularidade da sucessão necessária frente à sucessão legítima. Incentiva-se, assim, a construção de uma teoria própria e individualizada da sucessão necessária, passo inicial para a construção da teoria a imputação no Direito brasileiro.

---

[139]WALD, Arnoldo. Direito Civil> direito das sucessões. v. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

Vale ressaltar que o Código Civil brasileiro de 1.916 não se empenhou em elencar de maneira expressa a condição de herdeiro necessário, ficando essa função ao intérprete que extraia do art. 1.721 que essa condição caberia aos descendentes e ascendentes. Não se pode deixar de perceber, aqui, a clara semelhança com o Direito português, que antes de sua reforma, também não conduzia ao cônjuge essa equiparação com os descendentes na condição de herdeiro legitimário[140].

Essa situação, entretanto, foi superada no Código Civil de 2.002, que decidiu expressamente mencionar e elencar o cônjuge como herdeiro necessário, inclusive prioritário em concorrência com os descendentes nas hipóteses do art. 1.829, I do código Civil brasileiro, e como herdeiro necessário individual – sem concorrência – na hipótese do art. 1829, III do mesmo diploma legal.

Alguns questionamentos já podem surgir desde já sobre a condição do cônjuge de herdeiro necessário, como a obrigação de colacionar, e a possibilidade de igualação de sua legítima subjetiva. Entretanto, guardamos tal aprofundamento para posteriormente. Por ora, basta saber que o cônjuge assumiu a condição de herdeiro necessário, e por isso com direito à legítima. Acontece, entretanto, que o problema é maior quando tratamos do tratamento jurídico dispensado ao companheiro em comparação ao cônjuge.

Trata-se do tema com um problema, pois a mudança jurídica desse tratamento é constante, e o quadro jurídico nacional se encontra em momento de definir os rumos dessa situação. Dessa forma, é indispensável primeiro verificar qual a posição do companheiro no cenário jurídico, e posteriormente no cenário sucessório brasileiro.

Com conceituação, para fins explicativos, o companheiro é aquele que vive em unidade familiar constituindo união estável. No conceito de Maria Berenice Dias, constituído a partir das doutrinas de Euclides de Oliveira:

> Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxorio*, com características de

[140]Deve-se atentar que essa semelhança se dá pela própria origem do Código Civil brasileiro de 1916, com relação próxima ao Código de Seabra – Código Civil português –, que em muitos aspectos acabavam por prever as mesmas disposições legais, em que pese o conflito teórico existente entre os projetistas de ambas codificações, em especial pelas críticas de Teixeira de Freitas ao projeto de Código Civil do visconde de Seabra. Nesse sentido histórico: LÉVAY, Emeric. A Codificação do Direito Civil Brasileiro Pelo Jurisconsulto Texeira de Freitas. In: Revista Justiça e História. v. 2. n. 3. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2008. p. 05.

> união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados.

Dessa forma, a união estável se dará em busca da entidade familiar. Essa conceituação já sofrerá mutações diante da evolução histórica do conceito, valendo, entretanto, a menção ao dispositivo legal que constitui o instituto:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
> § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

O referido dispositivo foi superado em parte pelas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em especial pelo julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, transformada em Ação Declaratório de Inconstitucionalidade sob o nº 4.277, que reconheceram a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e estendeu aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos nas uniões de pessoas de sexo diferentes.

Desta feita, pela interpretação do art. 1.723 do CC brasileiro à luz da referida decisão do STF, deve-se entender que estão incluídos no conceito de companheiros, também, aqueles dos quais decorre uma união estável homo afetiva.

Acontece que a equiparação das uniões homo afetivas como uniões estáveis não resolvera outro problema, que aqui nos é afeto, qual seja o tratamento dado as uniões estáveis em matéria sucessória.

O Direito brasileiro tratou a união estável, em questão sucessória, inicialmente – previamente ao Código Civil de 2.002 – em legislação extravagante[141]. Por ocasião do advento do CC de 2.002, o tratamento sucessório foi conduzido ao art. 1.790 do qual se lê:

---

[141]A união estável começou a ser tratada juridicamente na Lei nº 8.971 de 1994 e posteriormente foi trabalhada na Lei nº 9.278 de 1996, tendo esta última se preocupado, de maneira muito embrionária, com um tratamento sucessório pelo qual se instituía uma meação sobre os bens adquiridos na constância da convivência, "a título oneroso, considerando-os fruto do trabalho e da colaboração comum, salvo se houvesse estipulação contrária em contrato escrito, ou se a aquisição dos bens se desse com o produto de outros anteriores ao início da união (sub-rogação)". Conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 620.

> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
> I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
> II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
> III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
> IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Em que pese se tratar de uma previsão legislativa expressa e mais completa que as legislações anteriores, desde sua entrada em vigor a referida normatização foi objeto de críticas profundas. Tais críticas se baseavam principalmente no tratamento diferenciado dado aos cônjuges e aos companheiros, que para efeitos do direito de família, possuíam tratamento semelhante, mas eram afastados pelo direito das sucessões[142].

O Supremo Tribunal Federal novamente, em seu papel de guardião da Constituição, foi acionado. Por ocasião do Julgamento do Recurso Extraordinário nº 878694, posicionou-se pela Inconstitucionalidade do supramencionado art. 1790, do CC brasileiro. Explica o relator da disruptiva decisão, ministro Luís Roberto Barroso[143], que "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1829 do CC/2002.". Concluindo seu voto nas seguintes diretrizes:

> Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1829 do Código Civil de 2.002.

Por consequência da referida decisão, novos rumos devem ser estruturados para a sucessão do companheiro sobrevivo, colocando-o em total e irrestrita comparação ao

---

[142]Nesse sentido: SANTOS, Bernardete Schleder dos. RUVIARO, Heloísa Missau. KESSLER, Márcia Samuel. O Cônjuge e o Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro e a Violação do Princípio da Equidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/225.pdf>. Acesso em: 03/11/2016.

143 STF. Rext 878694 – MG. Relato: Minsitro Luis Roberto Barroso. Voto do relator. p. 26.

cônjuge sobrevivo, aplicando-se a leitura de todas as disposições sucessórias de igual maneira. Assim, toda legislação que tratar do cônjuge – em matéria sucessória – se aplicará ao companheiro.

Por conclusão lógica, desta feita, assume o companheiro também a posição de herdeiro necessário por força de equiparação ao cônjuge, devendo suceder nos moldes do artigo 1829 do CC brasileiro na sucessão legítima, e recebendo as proteções da sua legítima em decorrência do seu enquadramento como herdeiro necessário. Ressalta-se que só parece possível tal enquadramento em virtude da equiparação e da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC brasileiro, uma vez que havendo tratamento diferenciado para essa classe de sucessíveis, nos pareceria inviável verificar o companheiro – não expressamente previsto no rol de herdeiros necessários – como digno da proteção de uma legítima.

Desta feita, todo raciocínio aqui discutido sobre o cônjuge na condição de herdeiro necessário – como a sujeição à colação, possibilidade de redução e igualação – serão tratadas também como situações as quais se sujeitará o companheiro.

Por fim, ainda tratando da situação sucessória do cônjuge – e consequente do companheiro – resta tratar do que dispõe o art. 1.830 do CC brasileiro, que expressa somente ser reconhecido

> [...] direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornaria impossível sem culpa do sobrevivente.

Vários problemas surgem a partir do citado dispositivo legal que, mais uma vez, se distancia da realidade jurídica atual. Entretanto, no que concerne ao momento do presente estudo, duas são as situações que merecem análise por repercutirem diretamente na posição de legitimários e no cálculo da legítima: primeiramente a questão da culpa mencionada no referido artigo e, posteriormente, a perda da qualidade de herdeiro necessário do cônjuge nessa situação.

Quanto à culpa, deve-se atentar que esse instituto já foi base para avaliação de uma série de direitos no ramo do Direito de família, tendo com origem o Direito canônico e a família como base da sociedade, buscava-se culpar aquele que pretendia desfazer esse vínculo familiar. Ocorre que profundas foram as inovações do Direito

civil e, dentro de um contexto atual, não é cabível a avaliação da culpa em sede matrimonial. Com explica NEVARES[144]:

> A busca por um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nesta ótica, sendo a família uma instituição, merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída através do matrimônio, a própria dissolução matrimonial já era um fato danoso por si só.

Ocorre, porém, que a evolução histórica alterou esse panorama. Atualmente a culpa não é mais objeto de discussão em questão familiar, em que pese a previsão de culpa – equivocadamente – presente no Código Civil de 2002. Coube a doutrina e jurisprudência retirar a repercussão da culpa sobre as situações previstas nos arts. 1.572 e 1.573 do CC brasileiro.

Em que pese essa superação doutrinária e jurisprudencial[145] da culpa no Direito de família, há que se enfrentar a questão da culpa no Direito das sucessões. Entra-se, então, na chamada "culpa mortuária", pretendida no art. 1830 do CC brasileiro. Sobre essa, valem as mesmas considerações da culpa pelo fim da sociedade conjugal, não fazendo sentido sua aplicação pela mesma ordem de razões do afastamento da culpa no Direito de família. Afinal, as situações são semelhantes com o agravante de que se trata de culpabilizar pelo fim de uma relação antiga – ao menos mais de 02 anos de separação – e da qual um dos envolvidos já está falecido – o autor da herança.

Desta feita, sobre esse primeiro ponto, só resta concluir que não deve ser a culpa objeto de análise, nem mesmo para aplicação do art. 1830 do Código Civil. Não se afasta, porém, a aplicação do artigo, mas somente do elemento culpa.

Assim, não será reconhecido o Direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se ao tempo da abertura da sucessão estivessem separados judicialmente, ou separado de corpos há mais de 02 (dois) anos.

Eleva-se, então, a segunda questão atinente ao cônjuge decorrente do art. 1.830 do código em análise: o cônjuge nas situações do referido artigo também perderá sua

---

[144]NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 158.

[145]No sentido de superação de discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal: STJ. Terceira Turma: Recurso Especial Nº 466.329 – Rs (2002/0101677-0); Relatora: Ministra Nancy Andrighi., data do julgamento: 22 de junho de 2004; STJ. Quarta Turma – Resp 467184. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 05 de dezembro de 2002.

condição de herdeiro legitimário, e em consequência seu direito à legítima? A resposta a tal questionamento advém da interpretação cuidadosa do próprio art. 1.830 em consonância com os art. 1.845 e 1.846, todos do mesmo Código Civil brasileiro.

Explicita o art. 1.830 que a consequência da separação judicial ou da separação de corpos por mais de 02 (dois) anos é causa de não reconhecimento dos direitos sucessórios do sobrevivo. A expressão em destaque não se enquadra na previsão do art. 1.814 do CC brasileiro, que trata dos excluídos da sucessão. Ou seja, para que se aplicasse a exclusão da sucessão o herdeiro precisaria, antes de tudo, exercer a condição de herdeiro. Acontece, ao que parece, que o cônjuge separado de fato, ou de corpos, há mais de 02 (dois) anos nem mesmo se enquadra na condição de herdeiro, por não lhe ser reconhecida essa posição.

Nessa linha de raciocínio, a expressão "direitos sucessórios" é ampla e alcança todos os reflexos sucessórios de uma sucessão aberta – sucessão legítima, sucessão testamentária e legados. Assim, parece ser o cônjuge, enquadrado no art. 1.830, uma espécie de não-herdeiro e, portanto, será considerado como se nunca estive existido para fins sucessórios. Por sequência de conclusões, não tendo qualquer direito sucessório, não será considerado o cônjuge separado judicialmente ou de fato há mais de 02 (dois) anos herdeiro, e, portanto, nem mesmo incidirá a previsão do art. 1.845, que em que pese tratar do cônjuge como herdeiro necessário (não poderá abarcar um cônjuge que nem mesmo é herdeiro).

De maneira específica no tratamento do cônjuge – e por equiparação do companheiro –, tem-se uma última problemática com reflexos no cálculo do pagamento da legítima e, por se tratar de estudo comparado, o ponto seguinte ganha ainda mais relevância pela diferença com que é tratado no Direito português e no Direito brasileiro. Trata-se do Direito de habitação conferido ao cônjuge e ao companheiro sobrevivo.

Revela o art. 2103º-A do Código Civil português:

> Artigo 2103.º-A
> (Direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do recheio)
> 1. O cônjuge sobrevivo tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.
> 2. Salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1093.º, caducam os direitos atribuídos no número anterior se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano.

> 3. A pedido dos proprietários, pode o tribunal, quando o considere justificado, impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução.

Percebe-se pela obrigatoriedade de torna aos co-herdeiros que o direito de habitação e uso do recheio constitui uma vantagem ao cônjuge, que deverá ser levada em consideração por ocasião do pagamento de sua quota hereditária. Assim, a questão é protetiva ao cônjuge sobrevivo que, querendo, poderá exercer direito especial na partilha no que diz respeito à casa de morada da família e seu recheio[146]. Não se trata, porém, de obrigar que o bem utilizado como morada da família seja destinado ao cônjuge, em espécie de legado por conta da legítima. O que se configura é uma preferência para o exercício do Direito de habitação e de uso do recheio, ainda que o direito real de propriedade seja configurada em favor de outro herdeiro. Atenta-se, ainda, que o dispositivo legal obriga a devolução de tornas em caso de superação da quota hereditária do cônjuge, o que constrói uma clara situação de imputação do Direito real de habitação e de uso do recheio na quota hereditária do cônjuge que, se superada, obrigará em tornas e não em redução. Se não for preenchida, mantém o cônjuge o direito de receber outros bens para pagamento da totalidade da sua quota hereditária[147].

Ocorre, entretanto, que o Direito sucessório brasileiro constitui situação diversa para o Direito real de habitação do cônjuge. Este também fará jus ao Direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem imóvel a ser inventariado[148]. Como explica VENOSA[149],

> Este código no art. 1.831, estabelece esse direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, "qualquer que seja o regime de bens". Com isso corrige injustiça, pois nem sempre o cônjuge sob outro regime que não o da comunhão universal estaria protegido com bens a herança, a ponto de ter um local para residir.

Concorda-se com a posição do autor sobre a correção da injustiça, questiona-se, porém, o possível nascimento de outra injustiça.

Primeiramente, uma diferença evidente é a não previsão do direito de uso do recheio, o que parece ser um lapso do legislador, uma vez que não parece razoável

[146]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 354.

[147]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 354.

[148]Conforme art. 1.831 do Código Civil brasileiro.

[149]VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 1409.

conferir ao cônjuge o direito de habitação e permitir que o recheio seja concedido a outro herdeiro – o que, provavelmente, inviabilizaria o próprio exercício da habitação. Todavia, essa diferença não traz importância ao objeto do estudo, uma vez que só alteraria a valor do direito recebido.

A preocupação que realmente releva como possível injustiça, aqui, é quanto ao reflexo desse direito no cálculo da herança. Isso porque o dispositivo normativo brasileiro expressamente prevê que a concessão do Direito real de habitação ao cônjuge sobrevivo se dará sem prejuízo do que lhe caiba na herança. Desta feita, parece claro que a opção foi por beneficiar o cônjuge com o direito real de habitação, sem que esse direito lhe seja imputado na quota hereditária. Assim, o valor da nua-propriedade do bem da família será levado em consideração para cálculo da herança, e será, inclusive, partilhado. Entretanto, o Direito real de habitação será mantido em favor do cônjuge sem qualquer prejuízo na herança. Em questão exemplificativa construir-se-á a seguinte situação:

Um autor da herança deixa um *relictum* de 100, representado pelo único bem imóvel utilizado para moradia do casal, que era patrimônio particular do *de cujus*. Tendo deixado, ele, um cônjuge sobrevivo e dois descendentes. A legítima global da herança será de 50 – 1/2 da herança total – por não existirem liberalidades sujeitas à colação. Assim, caberá a cada herdeiro, por sua quota hereditária, 1/3 do referido bem. Ocorre, entretanto, que em virtude do Direito real de habitação previsto no art. 1.831, o cônjuge será mantido no imóvel, exercendo direito de habitação enquanto vida tiver, ao passo que os herdeiros serão proprietários, mas não poderão usufruir do bem.

Em virtude da já citada previsão do art. 1.831 – "sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança" – o cônjuge, na condição de herdeiro necessário, tais quais os descendentes, será claramente beneficiado, sem necessidade de tornas aos demais herdeiros, mesmo que claramente o seu direito de habitação provoque uma diminuição na quota hereditária dos descendentes em questão, ficando assim dividida a herança:

I) ao cônjuge sobrevivo: 1/3 da herança somado ao Direito real de habitação;

II) aos descendentes: 1/3 para cada um da herança, somente.

Seria, ao que tudo indica, hipótese de considerar que os descendentes deveriam receber mais de 1/3 cada da nua-propriedade para equivaler ao Direito real de habitação.

Como mera tentativa de elucidar a solução que se propõe, ter-se-ia algo como:

I) ao cônjuge sobrevivo, caberia 1/4 da nua propriedade e o Direito real de habitação;

II) aos descendentes, caberia 3/4 para os dois da nau propriedade, ou obrigar-se-ia a torna do cônjuge em favor dos descendentes nos moldes do Direito português.

Essa proposição, porém, é meramente especulativa e dependente de alteração legislativa do Código Civil, de forma que não se pretende, aqui, uma interpretação *contraio legis* do art. 1.831, nem tampouco desconsiderar a expressão "sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança". Parece, nesse sentido, desarmoniosa com a igualação dos quinhões hereditários a previsão do referido artigo.

Restrições específicas da legítima

A legítima é porção protegida da herança que cabe aos herdeiros necessárias. Essa situação já é consolidada e foi motivo de explicação anterior do presente ensaio. Ocorre que o legislador brasileiro, em posição específica, permitiu que o autor da herança instituísse sobre bens da legítima cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, conforme o caput do art. 1.848, do CC brasileiro: "Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima [...]".

Opera-se, neste momento, uma clara relativização da proteção da legítima que causa diversos questionamentos sobre seu cálculo. Assim

> O CC 1848 estabelece a possibilidade de o bem da legítima ser gravado pelo testador com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, excepcionalmente: apenas incide quando exista justa causa. Em outras palavras, o que determina a validade da cláusula não é mais a vontade indiscriminada do testador, mas a existência de justa causa para a restrição imposta voluntariamente pelo testador. Pode ser considerada justa causa a prodigalidade, ou a incapacidade por doença mental, que diminuindo o discernimento do herdeiro, torna provável que esse dilapide a herança. [...][150]

[150]NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código Civil comentado. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1548-1549.

De início, já se verifica que a proteção da legítima de que trata o art. 1.846 do CC em comento é afastada em parte. Afinal, restringir a alienação de determinado bem – talvez não seja o caso da incomunicabilidade e impenhorabilidade – não é outra coisa, se não restringir os poderes sobre a coisa.

O legislador optou por um abrandamento da proteção integral da legítima global permitindo, pela interpretação *a contrario* do art. 1.830, que o autor da herança, por disposição testamentária realiza a imposição de uma inalienabilidade, incomunicabilidade ou impenhorabilidade sobre o bem destinado à legítima.

Não se trata, aqui, de condenar a norma em questão por desrespeitar a proteção à legítima, em que pese ser plausível a análise de não condizer com a natureza da legítima essa espécie de restrição. O que cabe, portanto, é verificar como essas restrições podem afetar no cálculo da legítima.

Como já dito, a legítima corresponde à metade dos bens da herança – conforme art. 1.846 do CC brasileiro –, e o legislador brasileiro optou por permitir que um bem que será utilizado para pagamento da legítima contenha as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade ou impenhorabilidade[151]. Com isso, não seria o herdeiro necessário prejudicado pela destinação deste bem ao pagamento da legítima?

Esse questionamento possui condão, antes de tudo, contabilístico, ou seja, a imposição dessas restrições diminuirão o valor do bem. Exemplificando: o autor da herança deixou somente um bem de valor 50. Tendo gravado o referido bem de cláusula de inalienabilidade por saber que seria utilizado para o pagamento da legítima de seus dois filhos "A" e "B". Ocorre que o *de cujus* havia realizado uma doação a "B", ainda em vida, no valor de 50 como adiantamento da herança. Sendo a legítima objetiva no valor de 50[152], "B" já teria sua legítima – quitada por ocasião da doação – e "A" receberá um bem também no valor de 50. Questiona-se, entretanto, se um bem gravado

[151]"As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade são cláusulas restritivas à propriedade. A inalienabilidade impede a alienação do bem. Já a impenhorabilidade impede que o bem seja dado como garantia de credores no processo de execução, ou seja, veda a alienação indireta. E, por fim, a incomunicabilidade, embora não ofenda diretamente o direito de propriedade pois os atos de disposição permanecem possíveis, impede que o bem se comunique na comunhão de bens entre cônjuges, independente do regime de bens escolhido." ARCOVERDE, Helena Monte. As cláusulas restritivas de propriedade, impostas por testamento ou doação, à luz da Constituição de 1988 e do Direito Civil Constitucional. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. p. 11.

[152]O valor de 50 como legítima global se dá porque o valor total da herança é de 100, constituído por 50 do bem deixado pelo autor da herança e 50 do *donatum* referente a liberalidade recebida por "B" e sujeita à colação.

de inalienabilidade poderá ser considerado em seu valor integral? Ainda que exista justa causa para essa restrição, não estaria "A" sendo prejudicado e tendo sua legítima subjetiva sendo paga parcialmente?

O que parece razoável e juridicamente consistente é entender que qualquer restrição de poder sobre uma propriedade consistirá em redução do próprio Direito de propriedade – é o que acontece, por exemplo, com a constituição de usufruto em favor de terceiro – e, por conseguinte, consistirá na redução do valor daquela propriedade. Desta feita, reduzindo-se os poderes centrais da propriedade previstos no art. 1.228 do Código Civil brasileiro, deverá essa restrição ser levada em conta para fins de aferição do valor do bem.

Desta feita, a opção do autor da herança por, mediante justa causa, gravar de inalienabilidade ou impenhorabilidade, um bem a ser utilizado no pagamento da legítima deverá levar em conta a diminuição do valor do bem em virtude da restrição sob pena de ferir o princípio da intangibilidade da legítima e acabar por não efetuar o pagamento integral da legítima subjetiva do herdeiro necessário.

O mesmo não parece se aplicar pela imposição de cláusula de incomunicabilidade, uma vez que por sua natureza e finalidade, não gera repercussão direta sobre o valor do bem. Devendo-se, por óbvio, analisar o caso concreto para ter a certeza de que não ocorre qualquer diminuição – ou aumento – do valor do bem, de forma que não sendo o caso, pode-se desconsiderar a incomunicabilidade para efeitos de cálculo do valor do bem e consequente cálculo do valor total da herança.

3.4 A INOFICIOSIDADE

Para compreender, então, como se procede a questão relativa à proteção da legítima no Direito brasileiro, adentra-se às situações que trazem relevância para o tema, tratando-se inicialmente da inoficiosidade e das reduções dela decorrente.

O Código Civil brasileiro, como proteção a legítima dos herdeiros necessários, prevê no art. 1.846. que "Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.". Dessa previsão legal nascem duas esferas de proteção: a proteção da legítima contra as deixas testamentárias que atinjam a legítima, reforçada pelo § 1º do art. 1.857, do CC brasileiro; e a proteção contra as doações já realizadas em vida pelo autor da herança, realizadas tanto em favor dos

herdeiros necessários prioritários – sujeitas a colação – como as doações não sujeitas à colação. Ocorre, porém, que a previsão legislativa expressa parece ter se atido somente a proteção contra as deixas testamentárias, colocando-as, quando atingirem a legítima, como passíveis de redução. As doações em vida, por outro lado, deverão ser, primeiramente, consideradas inoficiosas para, posteriormente, serem reduzidas.

Aparentemente se trata somente de mudança de inclusão da nomenclatura "inoficiosa", já que ambas estariam sujeitas à redução. Porém, o Direito brasileiro, por uma construção sistemática, acabou por criar um duplo regime de sujeição das liberalidades à redução[153], que pode ser sistematizado nas seguintes situações:

I) As liberalidades *causa mortis* – deixas testamentárias – feitas às pessoas que não sejam herdeiros necessários prioritários serão restringidas pela legítima, de modo que caso superem a parte disponível da herança (metade desta), serão reduzidas até que possam ser comportadas pela quota disponível, sendo fixados os valores para essa verificação no momento da abertura da sucessão. Aplicando-se, para tanto o art. 1.857, § 1º do CC brasileiro.

II) As liberalidades em vida – doações – feitas a indivíduo que não seja herdeiro necessário prioritário estarão sujeitas à inoficiosidade, e consequente redução quando o valor da liberalidade superar a metade do patrimônio do *de cujus* no momento da realização da liberalidade. Aplicando-se para tanto, analogicamente o art. 2.004, do CC[154] brasileiro ao tratar da colação.

Aparentemente o que se criou foi um duplo regime de proteção à legítima a partir de liberalidades diversas com momentos diversos de aferição de valor. Essa parece ser a posição de Arnoldo Wald[155]:

> É preciso salientar que o critério para redução das disposições testamentárias em favor de herdeiros necessários não é o mesmo aplicável em relação às doações inoficiosas. São reduzíveis as quotas de herdeiros que ultrapassam a parte disponível, ou seja, a metade dos bens do falecido, no momento da abertura da sucessão, após a dedução das despesas do funeral e dos débitos. São inoficiosas e reduzíveis, por esse motivo, as doações em que o doador

[153]A opção pela expressão duplo regime decorre da existência de duas possibilidades para verificação da necessidade de redução, e não dos valores da redução. Uma liberalidade poderá ser reduzida por ser inoficiosa – doações em vida não sujeitas à colação – ou porque atingiram a legítima objetiva dos herdeiros necessários – demais liberalidades; por outro lado o valor da redução será sujeito a só um regime de aferição, qual seja o valor do bem na abertura da sucessão.

[154]Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.

[155]WALD, Arnoldo. Direito Civil> direito das sucessões. v. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.

> diminuiu o seu patrimônio de mais da metade do que lhe pertence no momento em que fez a doação. Nota-se, pois, que são diferentes os momentos em que se aprecia o patrimônio do falecido para reduzir as disposições testamentárias e as doações feitas em vida.

Desperta aqui, então, a maior crítica que se deve fazer ao regime sucessório brasileiro de proteção à legítima, e que instiga ainda mais o desenvolvimento de uma nova perspectiva sobre a sucessão necessária – e sobre a legítima no Direito brasileiro. A problemática de um duplo sistema de aferição de liberalidades, constrói, por sua vez, um duplo sistema de aferição da legítima, como se essa devesse ser calculada em momentos distintos para ser protegida.

Não se trata, aqui, de calcular duas legítimas diversas, mas sim de uma proteção que se afigurará em dois momentos diversos. Exemplificando, tem-se que se um auto da herança, ainda em vida, possuir o patrimônio de 100 e resolve fazer uma doação no valor de 70. Essa doação seria inoficiosa por transpor a parte disponível do patrimônio. Assim, ainda em vida, o indivíduo é tolhido do seu direito de dispor do patrimônio por uma quota legítima fictícia[156]. A inoficiosidade é uma proteção, portanto, da legítima ainda em vida do autor da herança, mas surtirá efeitos, entretanto, somente por ocasião da abertura da sucessão. O que se aplica, portanto, é o art. 2.007 do Código Civil brasileiro, que prediz:

> Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.
> § 1o O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.
> § 2o A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.

Deve-se atentar, que, em que pese estar dentro do capítulo destinado à colação, não se trata, aqui, somente das doações sujeitas à colação. O texto legal não traz uma qualificação dizendo que se trata de doação sujeita à colação. Dessa forma, toda doação que superar 1/2 do patrimônio do *de cujus* – o que "o doador poderia dispor, no momento da liberalidade" – será considerada inoficiosa e, portanto, sujeita à redução.

[156]Diz-se fictícia a quota hereditária, pois não se sabe nem mesmo se, por ocasião da sua morte, existirão herdeiros necessários.

Soma-se ao supracitado dispositivo legal a normatização do art. 549 do mesmo CC brasileiro, que prediz: "Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento". Pelo somatório interpretativo dos dispositivos legais citados é que se configura o instituto da inoficiosidade que, de maneira ampla, será aplicável a todas as doações imputáveis na quota disponível – mas não se deve confundir com a possibilidade de redução das deixas testamentárias.

A crítica que se tece nessa linha de pensamento é, portanto, quanto ao momento de aferição da inoficiosidade. Afinal, em sentido estrito à declaração de inoficiosidade de uma doação, e sua consequente redução, não há outra finalidade, se não a proteção da legítima esperada pelos herdeiros necessários prioritários. Por isso, verificar a inoficiosidade no momento da liberalidade é desconsiderar que todo efeito jurídico da inoficiosidade, qual seja a redução, somente será relevante por ocasião da morte.

Assim, um indivíduo que, como no citado exemplo, possua um patrimônio de 100, e tenha realizado uma doação de 70, concretizaria uma doação nula em 20, passível de redução, por força do art. 549 combinado com o art. 2007, ambos do CC brasileiro. Pensemos, todavia, que por ocasião da morte do referido indivíduo, este já constituíra um patrimônio de 400. Assim, a legítima dos herdeiros necessários será de 200 e 200 (compõem a parte disponível da herança), não tendo realizado deixas testamentárias e tampouco outras doações. Nem mesmo a disponibilidade de uma quota de 200 poderá abarcar a referida doação que será considerada inoficiosa, uma vez que seu valor ultrapassara a parte disponível fictícia calculada à época da liberalidade, conforme o § 1º do art. 2.007 do CC brasileiro.

Pelo exposto, deverá o beneficiário da liberalidade, restituir o excesso ao *monte mor* da herança, preferencialmente em espécie, ou não existindo o bem, poderá restituir em dinheiro. Entretanto, o valor da restituição será apurado com base no valor do bem ao tempo da abertura da sucessão. Criando-se, aqui, mais um momento de aferição de valores, dessa forma o excesso de 20, caracterizado no exemplo acima, que tornará a doação inoficiosa, deverá ser restituído proporcionalmente à valorização do bem. Assim, se o bem que ao tempo da liberalidade valia 70, passe a valer 140, na data da abertura da sucessão, a restituição devida pelo beneficiário da liberalidade será de 40.

A questão toma contornos, ainda maiores, quando se adentra na seara processual, tratando assim da "Ação de redução de doação inoficiosa" ou "Ação

declaratória de nulidade de doação inoficiosa". O fato da averiguação da inoficiosidade se dar no momento da liberalidade faz com que, imediatamente após a liberalidade, já se possa ter certeza que se trata de doação inoficiosa. Assim, parte da doutrina firma o entendimento que não seria necessária nem mesmo a morte para que se proceda a ação de redução por inoficiosidade. Nessa esteira de pensamento manifesta-se Flávio Tartuce[157]:

> Repise-se que, no que concerne ao prazo para a ação de redução da doação inoficiosa, este autor filia-se ao entendimento de sua imprescritibilidade. Isso porque o caso é de nulidade absoluta que, nos termos do art. 169 do CC, não se convalesce pelo decurso do tempo. Repise-se, ademais, que como a demanda pode ser proposta a qualquer tempo, não há necessidade de se aguardar o falecimento do doador para a propositura da ação de redução.

O autor apoia duas situações na nulidade absoluta da parte que transpôs a quota disponível do patrimônio: primeiro a ação seria imprescritível e poderia ser proposta a qualquer tempo, mesmo em vida do doador. Quanto à primeira conclusão do referido autor, não se pretende esmiuçar aqui questão processual, deve apenas referir que não é o posicionamento doutrinário nem jurisprudencial majoritário, já tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado pela aplicação do prazo prescricional de 10 anos do art. 205 do CC brasileiro[158]. A segunda situação por ele levantada serve como argumento de apoio à aferição da inoficiosidade no momento da liberalidade, isso porque ao verificar, desde já, que se trata de liberalidade nula em parte, os herdeiros necessários prioritários poderiam, então, exigir a redução, evitando-se, assim, um problema posterior a ser discutido – que traria transtornos e atrasos ao próprio inventário e na partilha.

Parece ser este também o posicionamento das doutrinas e jurisprudências mais atuais, o que segundo VENOSA[159] "atende melhor à dicção legal, que manda apurar naquele momento o valor da doação, além de não submeter o negócio a desnecessária incerteza por longo período".

---

[157]TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 1488.

[158]STJ. REsp 254.894/SP. Relator: Min. Castro Filho. 3ª turma. Julgado em: 09 de agosto de 2005. Diário da Justiça de 12 de setembro de 2005. p. 314. e ainda STJ. REsp 259.406/PR. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª turma. Julgado em: 17 de fevereiro de 2005. Diário da Justiça de 04 de abril de 2005. p. 314.

[159]VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. v. 3. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 120.

Esses argumentos, contudo, não parecem ser suficientes para justificar a opção legislativa questionável do Código Civil brasileiro, por motivos diversos, quais sejam:

I) A possibilidade de ação anulatória ou de redução de doação inoficiosa ainda em vida contraria o art. 2.007, §2º, do CC brasileiro, que prevê que as reduções serão feitas pelos valores apurados na abertura da sucessão, criando-se assim uma dependência da abertura da sucessão para a realização da redução[160].

II) A redução da inoficiosidade tem como objetivo precípuo a proteção da parte indisponível do patrimônio que futuramente consistirá na legítima. Existe, aqui, um elemento de mera expectativa de direito por parte dos herdeiros necessários prioritários. Essa expectativa não parece dar ao herdeiro legitimidade ativa sobre a ação anulatória, uma vez que poderá acontecer de o mesmo vir a repudiar a herança, ser deserdado, ou até mesmo morrer antes do doador, de forma que terá sido desfeita uma doação – ainda que em parte – por interesse de herdeiro que nem mesmo participará da sucessão.

III) A opção legislativa pela aferição de inoficiosidade no momento da liberalidade é ineficaz como proteção aos herdeiros, isso porque, basta que o doador realize sequencialmente uma série de doações, sempre correspondendo a menos da metade do seu patrimônio, para que as mesmas não sejam consideradas inoficiosas. O doador que possui um patrimônio de 1000 poderá realizar uma doação de 500, após algum tempo realiza outra doação de 250, passado mais algum tempo realizará uma doação de 125, algum tempo depois realiza outra liberalidade no valor de 62,5, e posteriormente, outra no valor de 31,25, e assim continuamente até ter se desfeito de quase todo seu patrimônio, não tendo, todavia, realizado qualquer doação inoficiosa, e por isso nenhuma delas estará sujeita à colação.

IV) E o derradeiro argumento reside na atecnicidade do legislador ao optar pela aferição de inoficiosidades no momento da liberalidade. Diz-se isso porque não existe, ainda, uma legítima real e calculável contabilmente. Essa só passa a existir como legítima global de valor determinado com a abertura da sucessão (conforme art. 1.847 do CC brasileiro). Desta feita, as doações realizadas em vida e não sujeitas à colação só afetariam a legítima se calculadas a partir da abertura da sucessão, evitando-se, assim, a situação já trazida anteriormente pela qual uma doação – expressão de vontade do autor

[160]Uma contraposição a esse argumento seria a redução em espécie pela devolução da própria coisa, ou de parte dela, desde que comporte divisão cômoda. Entretanto, não nos parece o caso de, ainda assim, aceitar a redução de inoficiosidades em vida por poderem ser essas reduções evitadas como se verá adiante.

da herança – tranquilamente imputável na quota disponível, será considerada inoficiosa, pois ao momento da liberalidade – que pode ser cronologicamente muito distante do momento da abertura da sucessão –, ela transpôs a metade do patrimônio. Ao mesmo tempo, o inverso também prova a ineficácia dessa técnica de verificação de inoficiosidade. Se o autor da herança, por ocasião da liberalidade, possuía um enorme patrimônio e doou bens que correspondiam a metade desse, teremos uma doação que não será inoficiosa. Se, porém, pelos desígnios da vida, todo o patrimônio restante foi dilapidado, por ocasião da abertura da sucessão, os herdeiros irão ter como suas quotas hereditárias um valor ínfimo, enquanto observarão um terceiro desfrutar de grande patrimônio constituído a partir de doação feita pelo autor da herança.

V) Um último argumento de ordem prática é a própria dificuldade de verificação da inoficiosidade e levantamento de valores da época da liberalidade. Como deverão os herdeiros proceder para verificar qual era o patrimônio do autor da herança na época da liberalidade? Que dados concretos conseguiram para fazer essa determinação? Toda essa dificuldade pode chegar a inviabilizar a própria proteção da inoficiosidade.

O regime jurídico de reduções

Nesse ponto do estudo já é perceptível o tratamento diferenciado que foi dado para a inoficiosidade. Esta se trata somente de uma verificação contabilística, realizada no momento da liberalidade. A redução, por sua vez, é instituto que supera a inoficiosidade e se opera tanto nos casos desta, como em outros casos. Sistematizando a aplicação da redução no Direito sucessório brasileiro tem-se:

I) A redução das doações não sujeitas à colação e consideradas inoficiosas;

II) A redução das deixas testamentárias – a título de herança e legado – realizadas em favor daqueles que não são sucessíveis necessários prioritários;

III) A redução das doações sujeitas à colação;

IV) A redução das deixas testamentárias realizadas em favor de herdeiros necessários prioritários.

Primeiramente, quanto à redução das doações não sujeitas à colação, aplica-se um regime específico da inoficiosidade conforme já explicado anteriormente. Apurar-se-á se ocorreu a inoficiosidade e em quanto a doação superou o valor indisponível do

patrimônio ao tempo da doação. Ocorre, porém, que a redução não se dará pelo excesso apurado a aquele tempo, e sim pela atualização do valor ao momento da abertura da sucessão. Faz-se necessária uma operação de atualização do valor do bem doado para o momento da abertura da sucessão, e consequente atualização do valor da parte inoficiosa. No caso de uma doação de um bem no valor de 50 ao tempo da liberalidade, inoficiosa em 30, proceder-se-á a atualização do valor para a data da abertura da sucessão, de forma que se o bem se valorizou para 100, a redução por inoficiosidade será de 60. Em outra mão, se o bem se desvalorizou para 25, a redução por inoficiosidade restringir-se-á a 15.

Resta entender que a redução obedecerá a ordem do §2º do art. 2.007 do CC brasileiro, priorizando a restituição do próprio bem ou parte dele; caso não seja possível por inexistir o bem à data da abertura da sucessão, deverá se proceder a redução pelo pagamento em dinheiro, por parte do donatário, ao espólio na proporção da inoficiosidade. Vale ressaltar que um dos objetivos que se pretende no presente ensaio pela construção embrionária de uma teoria da imputação é exatamente evitar que a referida doação, mesmo considerada inoficiosa, precise ser reduzida, mesmo quando se tratar de doação feita a indivíduo estranho à sucessão.

Em um segundo momento, serão também reduzidas as deixas testamentárias feitas a aqueles que não são herdeiros necessários prioritários. Estas liberalidades serão reduzidas quando não forem comportadas pela quota disponível da herança. Abusando o *de cujus* do seu direito de dispor por morte, e realizando mais deixas que a metade da herança, proceder-se-á a redução até que só restem deixas no limite do que é imputável na quota disponível. A problemática advinda dessa situação se refere à ordem de redução a ser exercida. Prevê o art. 1.967 do CC brasileiro:

> Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.
> § 1o Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.
> § 2o Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

A interpretação a ser feita do § 1º do dispositivo retro transcrito parece um favorecimento dos legados em detrimento das deixas testamentárias a título de herança. A proposta é que se calcule toda a massa de disposições testamentárias, constituindo um só montante do qual se verificará se transpõe, ou não, a parte disponível da herança. Percebe-se que, aqui, não se enquadra a problemática do momento de aferição de valores, afinal por se tratar de testamento, e portanto disposição com eficácia *post mortem*, o valor a ser considerado será o apurado na abertura da sucessão. Se a totalidade das deixas testamentárias excederem a quota disponível, será necessário que se inicie a redução. Inicialmente, reduzir-se-ão as deixas a título de herança, em quanto for suficiente e proporcionalmente. A proporcionalidade ordenada no referido artigo indica que todos as deixas a herdeiros instituídos serão reduzidas proporcionalmente ao valor da deixa realizada, o que não se pode confundir com igualdade nas reduções. Desta maneira, aqueles que receberam maiores deixas a título de herança terão maiores reduções, até que seja suficiente ao total enquadramentos das deixas testamentárias na quota disponível.

Poderá ocorrer, no entanto, que nem mesmo a redução total – exclusão da liberalidade – seja suficiente para extinguir qualquer excesso. Nesse caso, passar-se-á à redução dos legados feitos a terceiros que não herdeiros necessários legitimários. A redução dos legados seguirá o mesmo princípio da proporcionalidade na redução, de forma que será necessário verificar quais legados são mais valorosos, e reduzir-lhes proporcionalmente ao seu valor[161].

3.5 A COLAÇÃO

Transpondo-se as questões do Direito sucessório brasileiro sobre inoficiosidade e redução, e entendido o tratamento específico das reduções adentra-se um ponto nevrálgico para o presente estudo, qual seja o tratamento jurídico da colação e consequente igualação. A importância do instituto reside na sua influência direta no tratamento da legítima e no cálculo dela.

[161]A opção por reduzir-se primeiramente às deixas testamentárias e posteriormente os legados comunga com a opção do Direito português. "No seio das disposições testamentárias, as deixas a título de herança reduzem-se antes dos legados (cf. art. 2171º), o que é coerente com a natureza do legado enquanto encargo geral da herança" PINHEIRO, Jorge Duarte. O Direito das Sucessões Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 391.

Primeiramente, sobre a colação deve-se verificar que também no Direito brasileiro se trata um retorno dos bens doados aos herdeiros necessários. Como define o art. 2.002 do Código Civil brasileiro:

> Art. 2.002. 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.

Percebe-se que o dispositivo legal já se digna a indiciar, primordialmente, a função do instituto, qual seja, a igualação das legítimas. Para isso, conferirão – retornarão fictamente – os bens que receberam em vida por doação. No mesmo sentido se conceitua a doutrina ao tratar que a

> Colação é ato pelo qual os herdeiros descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum no inventário as doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegados, para que sejam conferidas e igualadas as respectivas legítimas (CC arts. 2.002 e 2.003). É dever imposto ao herdeiro, pois a doação de ascendentes a descendentes "*importa adiantamento do que lhes cabe por herança"*(CC, art. 544)[162].

O conceito doutrinário já indica a profunda relação da colação com a legítima, indicando, assim, que se deve levar em consideração, antes de tudo, que as doações feitas a herdeiros necessários legitimários constituem adiantamento do que lhes cabe pela legítima[163]. Desta feita, realizando o autor da herança uma doação a seu sucessível legitimário prioritário, presumir-se-á que a doação foi feita com o adiantamento da legítima de modo que, por ocasião do inventário, deverá o bem ser levado à colação.

Por isso, antes da própria análise do comportamento da colação, é válida a análise profunda da presunção e adiantamento da legítima nas doações entre ascendentes e descendentes e entre cônjuges.

A presunção de adiantamento da legítima do art. 544 do Código Civil brasileiro

[162]GONÇALVES, Carlos Roberto. E-book. Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

[163]Conforme art. 544 do CC brasileiro.

Ao prever que a doação de ascendentes a descendentes, bem como a doação de um cônjuge ao outro presume o adiantamento da legítima, o legislador acaba por criar uma presunção plenamente afastável pela expressão de vontade do doador. Assim querendo, poderá o autor da liberalidade afastar a presunção de adiantamento de legítima, o que se dará por expressões que possam significar a dispensa da colação. Como explica Carlos Maximiliano

> a dispensa de colação há de ser expressa. Não basta a presumida, nem a virtual: por exemplo, a decorrente do fato de ser a liberalidade manual, ou efetuada pro meio de interposta pessoa. Entretanto, não se exigem expressões sacramentais; basta ficar evidente o intuito de libertar a obrigação de conferir.

Assim, pode o autor da liberalidade afastar a colação e por consequência afastar a presunção de adiantamento da legítima, mesmo se utilizando de expressões como "dispensada de colação", "não comportando adiantamento de legítima" ou ainda "a doação deverá ser imputada na parte disponível da herança" ou ainda "a doação se com intuito de beneficiar o herdeiro perante os outros".

Não se vê como possível, aqui, uma posição intermediária: não pode o autor somente afastar o adiantamento da legítima e, ainda assim, o donatário ser obrigado a colacionar. Tendo afastado a presunção de adiantamento da legítima, por consequência afastou-se a colação, uma vez que essa, como já explicado, tem como fim a tentativa de igualação de quinhões.

Essa finalidade da colação se dá pela própria sistemática do Direito sucessório sobre o qual reside atualmente o princípio norteador da igualdade dos quinhões, a ser aplicado sempre que não for diferente a vontade do autor da herança – expressa[164]. Assim, deixando claro o autor da herança, tanto na própria liberalidade, quanto em testamento – conforme art. 2.006 do CC brasileiro – que deseja afastar a colação, esta liberalidade será analisada como uma liberalidade feita a favor de terceiro estranho a sucessão – imputável, portanto, na quota disponível da herança[165].

Em que pese a aparente simplicidade da previsão do art. 544 de presunção de adiantamento da legítima, algumas ponderações são necessárias sobre o tema.

---

[164]GONÇALVES, Carlos Roberto. E-book. Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

[165]As questões inerentes aos excessos e aplicação da teoria da imputação subsidiária ao direito brasileiro serão analisadas futuramente, mas são plenamente relacionáveis a situação de doação feita a herdeiro necessário mas dispensada de colação.

Especificamente sobre a previsão de presunção de adiantamento da legítima só nas doações para descendentes e cônjuge, já se observa uma opção legislativa específica que exclui os demais herdeiros necessários – nomeadamente os ascendentes – da presunção. A doação feita ao descendente ou ao cônjuge presume adiantamento da legítima, mas aquela feita ao ascendente não. Assim, mesmo que nada venha a manifestar o autor da liberalidade, não será considerada uma doação sujeita à colação aquela feita a um ascendente. Parece clara a extração desse raciocínio do disposto nos arts. 544, 2.002 e 2.003 do Código Civil: estão os ascendentes, portanto, excluídos de qualquer margem de presunção de adiantamento da legítima[166].

Ocorre, porém, que mesmo não sendo possível presumir o adiantamento da legítima a ascendente deve-se questionar: poderá o autor da liberalidade – no ato liberalidade ou por testamento – expressar sua vontade de que a doação feita ao ascendente configure adiantamento de legítima? Não é, aqui, situação de se discutir a obrigatoriedade de colação para fins de igualação, mas tão somente a possibilidade de que, em virtude de uma alegação tão expressa quanto a que afasta a presunção de adiantamento da legítima, a vontade do autor da herança possa preponderar, e a doação feita ao ascendente possa ser imputável na legítima subjetiva deste. É o que parece aceitar Venosa, em análise extensiva do pensamento, quando trata:

> A colação, embora inserida dentro das disposições acerca do inventário e da partilha, refere-se tão só aos descendentes, herdeiros necessários. Nada está a impedir, contudo, ao doador, que imponha o dever de colacionar a um herdeiro instituído; porém, aqui a sede é de exame da vontade do manifestante do negócio jurídico.

E completa:

> Nossa lei impõe aos descendentes sucessíveis o dever de colacionar. O cônjuge também tem esse dever, se concorrer na herança com descendentes, como vimos. Estão livres dessa obrigação os demais herdeiros necessários, ao contrário de outras legislações. Os demais herdeiros da ordem de vocação legítima e os herdeiros testamentários estão livres da obrigação, salvo se o testador dispôs em contrário. (grifo nosso)

O autor parece, então, entender que até mesmo o herdeiro instituído por vontade do autor da herança – herdeiro testamentário – poderia ser obrigado a colacionar.

[166]Posição trazida por toda doutrina, especialmente: VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 2068 – 2069.

Interpretando tal pensamento, aprece compreensível que se poderia obrigar até aquele que não é herdeiro necessário a colacionar, com muito mais razão poderia obrigar aquele que sendo herdeiro necessário não foi obrigado pela lei a realizar esse procedimento. Será caso de uma colação não em virtude de lei, mas como cláusula do negócio jurídico firmado entre as partes que, a nosso ver, parece plenamente possível ao ascendente, e não a herdeiro instituído como diz o autor supra. Afinal, se a intenção da colação é a igualação de legítimas – como menciona o próprio autor[167] – não há que se utilizar o instituto em situação que não se tenha legítima para questionar – caso de herdeiro instituído.

Sabendo que a presunção só poderá advir da lei, já é afastada a possibilidade de permitir qualquer presunção do ascendente, mesmo por analogia aos demais herdeiros necessários – não parece ter deixado o legislador brecha para essa equiparação. Porém, propõe-se uma cisão de três situações jurídicas diversas relacionadas à colação: a declaração de quota a ser imputada à doação a ascendente; a colação e a igualação. Realizando-se um pequeno afastamento dos institutos e permitindo uma individualização deles, parece possível concluir basicamente:

I) As doações feitas aos descendentes e cônjuge herdeiros necessários prioritários[168], serão presumidamente entendidas como adiantamento da legítima e, portanto, estarão sujeitas à colação, exceto quando o autor da liberalidade manifestar desejo diverso.

II) As doações aos ascendentes herdeiros necessários prioritários não estará sujeita à presunção do art. 544 do CC brasileiro, mas poderão ser colocadas como adiantamento de legítima por manifestação expressa do autor da liberalidade, o que gerará a necessidade imputação da doação na legítima subjetiva do beneficiário, e obrigarão, por consequência, a colação dos bens para fins de verificação da necessidade de reduções. Não será aplicável, entretanto, a igualação.

III) A igualação só será aplicada quanto às legítimas dos descendentes e do cônjuge, de forma que caso só existam ascendentes a suceder como herdeiros necessários, não será necessário proceder a igualação entre as legítimas, mesmo que

[167]VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 2069-2070.

[168]Só é considerada para fim de colação a doação feita a aquele que era ao tempo da liberalidade herdeiro legitimário prioritário, nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.

tenha sido feita doação a um deles, com manifesta expressão de vontade do autor da herança de que se trate de adiantamento de legítima.

O cônjuge na colação

Outro problema nascido da temática das colações é o tratamento jurídico dado ao cônjuge para aplicação desse instituto. Para entendimento das questões inerentes à colação do cônjuge, novamente valer-se-á da divisão didática da colação lato sensu em três situações: a presunção, a colação – como obrigação de conferir – e a igualação.

Primeiramente, o Direito brasileiro em semelhança ao Direito português deu ao cônjuge, após evolução legislativa, a condição de herdeiro necessário, inserindo-o, inclusive, na primeira ordem de vocação hereditária em concorrência com os descendentes, em segunda, em concorrência com os ascendentes, e em terceira exclusivamente. Essa colocação, que se demonstra no art. 1.829, I, do Código Civil brasileiro é a primeira fase de análise do tratamento dessa classe de sucessível, tendo sido por muito tempo objeto de profundo debate e questionamento – e indecisão – pela doutrina e jurisprudência brasileira. Diz o texto legal:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
> III – ao cônjuge sobrevivente;
> IV – aos colaterais.

A leitura do inciso I do artigo acima é a grande fonte de debates sobre a condição sucessória do cônjuge, basicamente se extraem três situações:

a) A primeira pela qual o cônjuge, caso pelo regime da comunhão universal de bens, irá sempre concorrer com os descendentes, sem qualquer afetação de sua meação;

b) Uma segunda situação pela qual o cônjuge, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, só figurará como herdeiro dos bens particulares do autor da herança, ou seja, aqueles nos quais não possui meação.

c) A terceira situação seria do cônjuge casado pelo regime da separação de bens, que no Direito brasileiro possui duas espécies de configuração: a separação legal e a separação consensual. O artigo parece tratar da situação da separação legal ao utilizar a expressão "obrigatória". Diz-se "parece" pois são neste momento surgiram as grandes ponderações. Antes de tudo, a redação do dispositivo demonstrou-se claramente equivocada em uma remissão ao art. 1640, parágrafo único do Código Civil, que não trata do referido regime, e sim da imposição de realização de pacto antenupcial em caso de regime diferente do regime legal[169]. Só este deslize já foi suficiente para gerar interpretações diversas para se questionar se a separação obrigatória seria mesmo a obrigação legal.

Soma-se a isso à dualidade de tratamento dado ao mesmo regime jurídico matrimonial, de forma que um indivíduo casado pelo regime da separação legal teria no seu cônjuge um herdeiro em concorrência com seus descendentes, ao passo que o casamento pelo regime da separação convencional de bens – onde houve opção dos nubentes pelo regime[170] –, o cônjuge estaria excluído da condição de herdeiro na primeira classe sucessória, ficando restrito a receber herança caso não existissem descendentes, entrando na concorrência com os ascendentes.

Quanto a esse problema, ainda na vigência do Código Civil de 1.916 o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em entendimento sumulado – Súmula 377 – pela possibilidade de compartilhamento dos aquestos mesmo no regime da separação legal de bens, de forma que o cônjuge receberia como herdeiros nos bens adquiridos na constância do enlace matrimonial. Assim, percebe-se que se trata de problema já com origens históricas. A entrada em vigor do Código Civil de 2.002, entretanto, combaliu a eficácia da citada súmula, posto que aproximava demais ao regime da Comunhão

---

[169]Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

[170]Em sede explicativa Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf: "O regime de separação de bens pode ser legal ou convencional: É legal quando a lei assim o obriga e convencional quando as partes convencionam pela separação de bens e o fazem no pacto antenupcial. (...) no regime de separação legal de bens, já vimos, suas várias hipóteses veem elencadas no art. 1.641 do CC "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de setenta anos; III – de todos que dependem, para casar, de suprimento judicial". É de relembrar que a Lei. N. 12.344/2010 alterou o inciso II do referido artigo, aumentando para 70 anos a obrigatoriedade da separação de bens". MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

Parcial de Bens, correndo o risco de enquadrá-los no mesmo conjunto de efeitos jurídicos[171].

Outro problema se deu na interpretação da sucessão do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens. A interpretação literal do artigo não deixa clara a incidência da sucessão do cônjuge herdeiro, isso porque o artigo menciona que a ausência de bens particulares impediria que esse cônjuge concorre-se na herança. Porém, não diz se, existindo bens particulares, o cônjuge herdará somente os bens particulares ou todos os bens que compõem o acervo hereditário do falecido, ou ainda somente os bens comuns, devendo os particulares servirem só como elemento para nascimento do direito de herdar.

Ocorre que, para a solução das duas problemáticas – ao menos em questão prática –, o Superior Tribunal de Justiça[172] brasileiro resolveu se manifestar no sentido de unificar a aplicação do regime sucessório do cônjuge consolidando que, quando aplicável o regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge somente herdará em concorrência com os descendentes nos bens particulares deixados pelo autor da herança e quando esses existirem. Quanto ao regime a separação de bens, o STJ se manifestou por uma equiparação entre a separação legal e a separação convencional, de forma que, existindo o regime da separação de bens, qual seja sua forma de instituição, fará com que o cônjuge não herde nem em bens comuns, e tampouco em bens particulares, retirando do mesmo, sua condição de herdeiro.

Interessa, nesse momento, verificar a implicação da situação sucessória do cônjuge na sua relação com a colação. Assim, é importante definir: o cônjuge é herdeiro necessário, entretanto, para verificar sua condição de herdeiro necessário prioritário deverá ser analisado o regime de bens pelo qual rege-se o casamento. Não sendo herdeiro com direito a legítima, não incidirá sobre o cônjuge qualquer das questões atinentes à presunção de adiantamento de legítima, das obrigações da colação e dos benefícios igualação. Portanto, são situações em que o cônjuge deverá ter sobre si a colação: quando concorrer com descendentes e for casado pelo regime da comunhão universal de bens, ou casado pela comunhão universal e existirem bens particulares os quais herdará.

---

[171]COELHO, Ricardo. A Ineficácia da Súmula 377 do STF Frente ao Novo Código Civil Brasileiro. Disponível em: < https://ricardobcoelho.jusbrasil.com.br/artigos/142844238/a-ineficacia-da-sumula-377-do-stf-frente-ao-novo-codigo-civil-brasileiro >. Acesso em: 18 de abril de 2016.

[172]STJ. Resp. nº 992.749. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 10 de maio de 2.011.

Inicia-se, então, uma nova fase de análises de questões atinentes ao cônjuge e sua relação com a colação, na qual se analisará a sujeição do cônjuge à obrigação de colacionar e a possibilidade de beneficiamento do mesmo pela igualação.

Diz o art. 2.002 do CC brasileiro que os descendentes quando concorrem na herança de ascendente comum estão obrigados a colacionar. Não está expressa, aqui, a obrigação do cônjuge de colacionar. Parece o dispositivo legal, com semelhança ao que ocorreu em Portugal na reforma do Código Civil, deixou de constar o termo cônjuge. O art. 2.003 do mesmo diploma legal, por sua vez, trata que a colação "tem por fim igualar, na proporção estabelecida nesse código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente", lembrando por ocasião da igualação da figura do cônjuge. Desta feita, cabem, assim, considerações sobre a obrigatoriedade do cônjuge de colacionar.

Em primeira análise, retoma-se o desmembramento do conceito maior de colação em três fenômenos distintos: a presunção de adiantamento da legítima, a colação *stricto senso* e a igualação. Separados os três fenômenos, supera-se facilmente a questão quanto à presunção de que as doações feitas ao cônjuge sejam em caráter de adiantamento da legítima, pela simples aplicação do art. 544 do CC brasileiro[173].

Adentra-se, portanto, a questão da obrigação do cônjuge de retornar o bem para efeitos de colação. Nascem, à vista disso, duas possibilidades avistáveis – ou deve colacionar ou não deve colacionar:

I) Pode-se, por interpretação literal do art. 2.002 extrair que o cônjuge não está obrigado a colacionar, afinal, o dispositivo legal destinado a indicar os obrigados a colacionar não menciona essa figura sucessória. Dessa forma, e valendo-se da mesma interpretação literal o cônjuge teria as doações em seu benefício como presuntivos adiantamentos da legítima e poderia se beneficiar da igualação, nos moldes dos arts. 544 e 2.003 do CC brasileiro, respectivamente. Pode-se questionar se é caso de lapso do legislador ou omissão proposital do cônjuge – tal como já se elucidou por ocasião da mesma análise no Direito português[174]. Fora, inclusive, proposto projeto de lei com vistas a sanar a omissão do art. 2.002 em virtude do novo Código Civil de 2.002, entretanto, o referido projeto que propunha a colocação da expressão "o cônjuge

[173]Discutir-se-á em momento oportuno se seria o caso de aplicação da teoria da imputação subsidiária por mencionar o citado dispositivo legal o adiantamento do que cabe por herança, e não só como legítima.

[174]Corroboram com essa interpretação DANELLUZI, Maria Helena Marques Braceiro. Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 09. e ainda

sobrevivente, quando concorrer com os descendentes"[175], teria reparado, assim, qualquer dúvida sobre a sujeição do cônjuge à colação. Ocorre, porém, que o referido projeto nunca foi votado e a alteração legislativa não se procedeu.

II) Segunda possibilidade interpretativa se dá à luz do sistema jurídico. Assim, interpretando a ausência do cônjuge como um mero lapso ou lacuna jurídica, a interpretação conjunta dos artigos 544. 2.002 e 2.003 é capaz de comutar o espaço deixado pelo legislador. Nesse raciocínio, ocorrerá a sujeição do cônjuge à colação, obrigando-se em virtude do conjunto de normas que indicam essa suscetibilidade. Nesse sentido, posiciona-se de maneira veemente Regina Beatriz Tavares da Silva[176], ao escrever:

> Numa interpretação sistemática, teleológica de nosso Código Civil, considerando, ainda, o estatuído nos arts. 544 e 2.003, não tenho dúvida de opinar que o cônjuge, em regra, deve trazer à colação o valor das doações que recebeu em vida do outro cônjuge

O embate aqui elucidado caberá sob os mesmos argumentos e correntes trabalhados na análise do Direito português, podendo entender que o legislador foi relapso e deixou de constar o cônjuge, ou entendendo que a omissão foi proposital e deve ser preenchida. O Direito brasileiro, por sua doutrina, parece ter se inclinado fortemente pela obrigação do cônjuge de colacionar, ainda que omisso o art. 2.002 do CC, de certa forma diminuindo qualquer problemática com relação à igualação. Sendo obrigado a colacionar, não há motivo para que se aplique plenamente, também, o art. 2.003, possibilitando que o cônjuge – herdeiro necessário prioritário – se equipare por completo ao descendente.

A ausência do legislador é factual no art. 2.002 do CC brasileiro. O que se discute é se ele realmente não deveria estar ali previsto ou foi esquecido. A teoria do lapso legislativo está fortalecida no Direito brasileiro e sendo solucionado pela interpretação sistemática. Cabe, entretanto, uma breve crítica sobre o apoio irrestrito nessa teoria. O Código de Processo Civil Brasileiro, tendo recentemente entrado em vigor, trata da temática das colações em seus artigos 639 a 641. Ocorre que mesmo após 14 anos da entrada em vigor do Código Civil, e após 14 anos de enfrentamento

[175]VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 2069.

[176]SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1021

doutrinário e jurisprudencial sobre a sujeição, ou não, do cônjuge à colação, o Código de Processo Civil atual prestou-se a utilizar somente a expressão herdeiro, sem esclarecer o real alcance da colação. Não se sabe se a intenção do legislador fora não se intrometer na esfera de discussão do Direito material, ou omitir-se para não enfrentar a questão.

Por fim, interessante é uma percepção sob o viés temporal das doações. É sabido que o valor da doação é auferido, para fins de verificar a inoficiosidade desta, no momento da liberalidade (Art. 2.004 e 2.005, do Código Civil brasileiro). Ocorre, porém, que o cônjuge – sob a interpretação extensiva já analisada – só passou a posição de herdeiro necessário e sujeito à colação por ocasião do advento do Código Civil brasileiro de 2.002. Assim questiona-se, com base nos critérios temporários de aplicação da lei sucessória, uma doação ao cônjuge, realizada na vigência da do Código Civil de 1.916 que não previa – em cabida interpretação extensiva – a colação do cônjuge, estará sujeita a colação?

Levando em conta um código civil atual como brasileiro, em termos históricos, deve-se perceber que é plenamente possível a ocorrência do supracitado caso. Assim, o autor da herança doou em 2000 um bem a seu cônjuge que presumidamente será adiantamento de legítima. Ocorre que a abertura da sucessão só se deu em 2.005. A regra ampla de aplicação do direito sucessório no tempo está prevista no art. 1.787 do CC brasileiro que prevê: "Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela". Assim, a sucessão será regulada pela lei da data da morte do *de cujus*. Aplicando o dispositivo legal ao exemplo trazido, aplicar-se-á a sucessão em comento as normas do Código Civil de 2.002, incluindo-se as normas relativas à colação e obrigatoriedade de colacionar.

Ocorrem, porém, que a aplicação do raciocínio supra, cria situação incompatível com a livre manifestação de vontade do autor da liberalidade, isso porque, ao tempo da liberalidade não era o cônjuge herdeiro necessário prioritário com deveres de colacionar, não podendo o autor da liberalidade manifestar-se por um eventual desejo de dispensa de colação. Não teria base jurídica para tanto.

Assim, entende-se que aqui é o caso da aplicação do parágrafo único do art. 2.005 do CC brasileiro, valendo-se, mais uma vez de uma interpretação analógica. Diz o referido artigo:

> Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.
>
> Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário. (grifo nosso)

Com isso, se os descendentes que na época não eram herdeiros necessários não devem colacionar, na mesma situação incorre o cônjuge donatário que ao tempo da liberalidade – em virtude da lei – não era herdeiro necessário prioritário.

Desta feita, desobriga-se de serem levados à colação os bens doados ao cônjuge antes da vigência do Código Civil brasileiro de 2.002, afastando-se o art. 1.787 do CC brasileiro quanto à colação por duas linhas argumentativas: pois essa situação acarretaria a incapacidade do autor da liberalidade à época prever a dispensa de colação, e pela aplicação analógica do art. 2.005, parágrafo único, do CC brasileiro ao caso do cônjuge.

4 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Passa-se, em derradeiro, ao momento de construção de uma aplicação específica da imputação como solução e problemas específicos do Direito brasileiro. A construção de uma teoria da imputação própria passa, entretanto, pela desconstrução de uma série de fatores já estruturados no ordenamento jurídico pátrio.

O que se propõe, então, é uma análise técnica daquilo que se pode fazer pela simples importação das teorias da imputação subsidiária e ex-se a partir de interpretações e preenchimentos de lacunas do Direito brasileiro. Soma-se a isso uma análise mais profunda pela qual a aplicabilidade de uma teoria da imputação exigiria alterações legislativas que possibilitariam a resolução de problemas pela aplicação pura e simples de técnicas de imputação.

Como já discutido anteriormente, um passo inicial indispensável à construção da visão de imputação no Direito brasileiro é a análise da legítima a partir da sucessão necessária como modo independente de regime sucessório, como se passa a construir.

4.1 LINHAS GERAIS DE UMA TEORIA INDEPENDENTE DA SUCESSÃO NECESSÁRIA

O ordenamento jurídico brasileiro, em matéria sucessória, fez a opção pela proteção da legítima, ocorrendo, entretanto, que não tratou da sucessão necessária em separada da sucessão legítima. Prova isso a própria organização interna do Código Civil brasileiro que trata dos herdeiros necessários como uma parte da sucessão legítima. Dessa forma, trata o TÍTULO II do Código Civil brasileiro – "Da sucessão legítima", sendo o capítulo II deste título responsável por tratar "Dos Herdeiros Necessários".

Em caminho diverso, posicionou-se o legislador português tratando no "TÍTULO II – Da Sucessão Legítima", ao passo que no "TÍTULO III – Da sucessão legitimária", ambos do Código Civil português. Pode-se entender que se trata de uma mera peculiaridade organizativa das codificações. Entretanto, uma análise do tratamento demonstra exatamente o que se vislumbra pelos títulos: o Direito português equipara as sucessões legítima e legitimária como modalidades sucessórias, enquanto o Direito brasileiro coloca a sucessão necessária – ou os herdeiros necessários – como parte da sucessão legítima.

É inclusive nesse sentido que a doutrina brasileira se posiciona. Nas palavras de Walter Moraes[177]

> o regime jurídico da sucessão necessária tem de penetrar todas as divisões do direito das sucessões, muito embora seja ela mesma, instituto da sucessão legítima e não da sucessão testamentária

A doutrina portuguesa, entretanto, enaltece a independência à sucessão legitimária, tanto pela previsão positivada nos art. 2156º e seguintes do Código Civil português, como pela própria análise que é feita do Código Civil português de 1867, que em semelhança com o Código Civil brasileiro só previa como modalidades sucessórias a sucessão testamentária (art. 1739º ao 1967º), e a sucessão legítima (art. 1968º ao art. 2008º). Mesmo a ausência da previsão expressa não impediu a doutrina de analisar as disposições do *codex*, e construir a sucessão legitimária que posteriormente

[177]MORAES, Walter. Programa de Direito das Sucessões: Teoria Geral e Sucessão Legítima. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1980. p. 118.

seria tratada expressamente na legislação. De acordo com o que explica Galvão Telles, essa formulação

> [...] não impedia de através dela buscar uma diversa realidade subjacente, chegando no fim de contas à conclusão de que, mau grado as aparências, a sucessão legitimária possuía *efectiva autonomia substancial*.

É sobre este mesmo espírito, oposto ao que se inclinou a doutrina brasileira, que se busca analisar a possibilidade da sucessão necessária possuir tratamento independente perante à sucessão legítima.

Ressalta-se, primeiramente, o art. 1756 do Código Civil brasileiro, que expressa que "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". Desta feita, só existem duas fontes para o fenômeno sucessório – lei e vontade do autor. Assim, a sucessão legítima decorre da lei, enquanto a sucessão testamentária decorre da vontade do autor da herança. Poderia esse texto legal refutar a independência que se pretende aqui; não o faz, entretanto, pois a sucessão necessária – a exemplo da sucessão legitimária – também tem sua origem na lei, sendo a natureza da norma jurídica que estatui cada uma diferente. Em explicação: a sucessão legítima decorre de normas de natureza disponível, ou seja, ao dizer que na ausência de ascendentes e descendentes o cônjuge receberá toda a herança (Art. 1829, III do Código Civil brasileiro), a disposição legal não é injuntiva, de forma que a opção do *de cujus* por deixar toda a herança legítima por disposição testamentária a terceiro, impediria que se cumprisse a vocação hereditária do cônjuge. É essa a natureza da sucessão legítima, e ela só será aplicada se o autor não optar por dispor de todos os seus bens para depois da morte[178]. Por outro lado, as normas que instituem a herança necessária – ou sucessão necessária, como se optou por nomear no presente estudo – decorre de normas e natureza indisponível, ao ponto de que a própria lei, ao instituir a vocação de herdeiro necessário elabora que "pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Tal previsão não pode ser afastada por nenhuma vontade e, se violada, ensejará a possibilidade de nulidade e redução das liberalidades que contraponham esse preceito legal. Fica nítida a diferença de força e natureza das vocações hereditárias.

[178]TELLES, Inocêncio Galvão. Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 15.

Pelo exposto, parece incongruente tratar uma vocação sucessória mais protegida como subespécie de uma vocação sucessória menos protegida. Pelo que se propõe aqui – assim como realizado pela doutrina portuguesa a luz do Código de Seabra – uma reanálise das disposições legislativas sucessórias a fim de que a sucessão necessária – tal como foi com a legitimária – passe a ser analisada de maneira independente e inclusive prévia.

Soma-se aos argumentos anteriores, a necessidade de que a sucessão necessária passe a ser tratada como modalidade sucessória independente mais três pontos que também serviram ao Direito português, quais sejam: o fundamento de cada uma, as classes de sucessíveis e o objeto.

Quanto ao fundamento de cada uma das modalidades sucessórias, tem-se que a sucessão legítima tem por base duas ordens de justificação, uma que se relaciona aos familiares do *de cujus*, e outra que tem por base a inclusão do Estado como legitimário. Aqui, mais uma vez se importa a doutrina portuguesa, plenamente cabível para o Direito brasileiro: Aos familiares se justifica pela própria natureza da família como entidade fundamental da sociedade e que merece proteção, de forma que a família será chamada à sucessão por ocasião dos vínculos familiares construídos e da "solidariedade social" inerente à esses vínculos[179]. A previsão do Estado como sucessor legítima, por sua vez, é meramente supletiva, ou seja, por ser o último na classe dos sucessíveis legítimos, ao Estado caberá aquela herança que não seria direcionada a qual outro herdeiro legítimo e que não foi direcionada a outrem pelo *de cujus*. É quase uma conclusão lógica que evita, por exemplo, a ocupação pelo particular daquilo que não lhe pertence, trazendo o Estado para ocupar o bem que a nenhum outro caberia.

No que diz respeito às classes dos sucessíveis, em cada modalidade a diferença fica clara pela simples menção dos textos legais: enquanto pelo art. 1829 do Código Civil brasileiro são sucessores legítimos os descendentes, o cônjuge, os ascendentes, os colaterais até quarto grau e o Estado; por sua vez o art. 1.845 explicita que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A breve análise demonstra a diferença de alcance dos institutos que não é meramente casual.

Por um lado, a sucessão legítima alcança os colaterais até 4º grau – conforme art. 1829, IV e art. 1.839 do Código Civil brasileiro – bem como o Estado, essas duas classes de sucessíveis que não são abarcadas como herdeiros necessários demonstram

[179]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 25.

que a sucessão a eles deferida é completamente diferente da sucessão necessária. Incluir o Estado no mesmo âmbito de incidência de um descendente é quase diminuir este ou elevar aquele.

Se não fossem suficientes tais argumentos, cabe ainda a diferenciação entre os objetos de cada uma dessas modalidades sucessórias. Como opina Carvalho Fernandes, a questão da diferenciação de objeto é aspecto meramente formal[180], entretanto nos parece esse ponto adentrar em um elemento interessante que fortalece, quase de maneira definitiva, a necessidade de uma separação entre as duas modalidades sucessórias: a herança como objeto da sucessão recebe contornos diversos de acordo com a modalidade sucessória. Enquanto a sucessão legítima tem se preocupado com a porção de bens existentes à época da abertura da sucessão para que seja transmitida no todo ou em parte – de acordo com a existência ou não de vocação testamentária –, a sucessão necessária necessita para chegar ao conceito de herança que se leve em consideração todas as liberalidades realizadas pelo autor da herança em vida ou por morte[181]. Em síntese a herança como objeto da sucessão legítima é a porção de bens em poder do *de cuius* por ocasião de sua morte, bem como suas dívidas; a herança como objeto da sucessão necessária são os bens, as dívidas e as liberalidades realizadas pelo falecido, ou seja, o *relictum* e o *donatum*[182].

Em sede comparativa, quando se trata da sucessão voluntária, parece claro que essa deve ser tratada como espécie independente de sucessão uma vez que a vocação sucessória decorre da vontade do *de cujus* e não da lei. Nos parece, entretanto, que olhando sob a ótica do objeto de cada uma das modalidades sucessórias, o objeto da sucessão testamentária se distancia da sucessão legítima, tanto quanto o objeto da sucessão necessária.

Por essa série de fundamentos já consolidados no Direito português – a ponto de gerar uma nova redação legislativa – se propõe a mesma construção para o Direito sucessório brasileiro. Não há necessidade, aqui, de modificação legislativa expressa ou da elaboração de um novo código civil – ainda que desejável. Basta, neste momento, a construção doutrinária da sucessão necessária nos moldes que se expôs, permitindo ao

[180]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 359.

[181]FERNANDES, Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 400.

[182]Importante aqui destacar que o art. 2.002, parágrafo único, do Código Civil brasileiro expressamente prevê que as doações colacionáveis são computadas na legítima sem interferir, entretanto, na parte disponível. Demonstrando uma evidente diferenciação das duas parcelas da herança que confirma a necessidade de diferenciação da modalidade sucessória prevista a cada uma.

intérprete e aplicador da norma que se valha de uma independência da sucessão necessária, a fim de proceder toda sistemática de imputação e redução por inoficiosidade – específica da sucessão necessária – sem influência direta da sucessão legítima que a nosso ver se dará, quando aplicável em momento posterior.

O cálculo das legítimas subjetivas sob a ótica da independência da sucessão necessária

A construção de um tratamento individualizado para a sucessão necessária faze surgir questionamentos quanto ás garantias trazidas pelo próprio código civil brasileiro a determinados herdeiros que se enquadra na condição de necessários.

O art. 1.832 do Código Civil como primeira análise, determina:

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

Existe pela previsão legal espécie de reserva destinada ao cônjuge de modo a, claramente beneficiá-lo frente aos demais herdeiros. A referida norma, todavia, concentra-se na sucessão legitimária, que quando analisada em unicidade com a sucessão necessária – o que se refuta por este estudo – poderia fazer crer que tal reserva envolva inclusive a legítima dos herdeiros necessários.

No mesmo problema incorre a reserva do art. 1.837 do CC brasileiro, que prevê:

> Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

ao tratar do cônjuge como privilegiado em detrimento dos ascendentes que comportam a mesma classe de sucessíveis necessários.

Não se deve confundir a maleabilidade dos quinhões hereditários previstos na sucessão legitimária como a rigidez das legítimas destinas a sucessão necessária. Do mais, reside aqui mais um motivo para se afastar as modalidades sucessórias em comento.

Parece convincente entender que, se analisadas como modalidades sucessórias independentes, as regras acima só se refeririam a sucessão legítima. Em outras palavras, a reserva de ¼ em concorrência com descendentes e de 1/3 em concorrência com ascendentes só seriam aplicadas ao cônjuge na parte disponível da herança.

Em estruturação do raciocínio acima, a legítima objetiva seria dividida igualmente entre os herdeiros necessários prioritários, e somente a partes disponível após feitas as imputações nela imputáveis, seria repartida com a proteção das supracitadas reservas.

Parece esse um raciocínio distante da prática brasileira, mas o mesmo se adequa justamente à proteção da legítima de maneira que possa ser igualada entre os herdeiros necessários. Uma vez que esses, sob a égide da sucessão necessária, guardam o mesmo grau de importância, devendo aquilo que lhes cabe como legítima ser igualmente dividido.

4.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Superada a necessidade de uma análise independente da sucessão necessária, o que poderá se dar por evolução legislativa ou por evolução doutrinária, poder-se-á passar ao segundo passo, qual seja um tratamento especial das práticas de imputação no Direito sucessório brasileiro. Verificar-se-á se o Direito brasileiro já aplica práticas de imputação, como funciona, e, por fim, a viabilidade de importação de outras práticas no intento de construir uma regra de imputação sistematizada sobre o fenômeno sucessório na sucessão necessária.

Insiste-se, aqui, na necessidade prévia do entendimento da sucessão necessária como modalidade sucessória singular e não adstrita à sucessão legítima. Faz-se isso sob pena de, não se conferindo esse status à sucessão necessária, incorrer na aplicação unitária do fenômeno sucessório, o que inviabilizaria certas técnicas de imputação focadas em uma questão primordial a preservação da vontade do autor da herança em consonância com a proteção efetiva da legítima.

Passa-se, então, a análise de cada uma das questões relacionadas a imputação no Direito brasileiro.

A imputação prevista no Código Civil brasileiro.

Em que pese a doutrina civilista brasileira não se dedicar à análise de técnicas de imputação – não se encontra facilmente nem menção a esse instituto – não se pode deixar de analisar que o Código Civil, entretanto, não deixou de consagrar de alguma forma este instituto.

Com a leitura de dispositivos legais como o art. 544 do Código Civil brasileiro, no qual se lê: "Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança", parece ter o legislador se preocupado em um direcionamento da liberalidade à quota hereditária, de maneira vaga, não explicitando a qual quota hereditária – disponível ou indisponível –, mas de alguma forma ocorre o direcionamento e, portanto, a liberalidade deverá ser enquadrada. O que se vislumbra é, dessa forma, uma previsão de imputação.

No mesmo sentido, aparece a previsão do art. 1.849 do CC brasileiro, como uma proteção à legítima deixa claro que se o testador deixar a parte disponível, não se perde o direito à legítima, indicando por uma interpretação excludente que essa deixa precisa se concentrar na outra parte da herança, ou seja, a parte disponível. Esse direcionamento, parece, mais uma vez uma implantação de técnica de imputação.

De maneira muito clara confirma o raciocínio acima o parágrafo único do art. 2.005, ao mencionar:

> Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.
> Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

É evidente uma obrigação de se imputar – inclusive se utilizando do termo – na quota disponível as doações feitas a descendente que não era herdeiro necessário prioritário.

Tais exemplos demonstram que o Direito sucessório brasileiro se vale da imputação para a organização do pagamento de quinhões. Não resta clara a aplicação do instituto da imputação, bem como suas nuances, nos parece, em razão da interpretação da sucessão necessária em unidade com a sucessão legítima, de forma que um instituo

tão caro à sucessão necessária acaba por passar despercebido quando realizadas as operações contábeis da sucessão legítima.

Outra conclusão que nos parece viável é a implantação no sistema sucessório brasileiro da técnica da imputação subsidiária em certo ponto. Assim pode ser entendido, por exemplo, o conteúdo do art. 2005 do CC brasileiro já citado ao mencionar a expressão "contanto que não a excedam", o que aparenta uma permissão de imputar na quota indisponível a mesma doação se exceder a quota disponível. No mesmo sentido, o parágrafo 3º do art. 2007 do CC brasileiro parece reforçar a aplicação da imputação subsidiária, permitindo que se efetue redução somente após a aplicação da imputação nas duas quotas – disponível e indisponível[183].

Sabendo, então, da existência da imputação como instituto sucessório no Direito brasileiro e da aparente permissão legislativa sobre a aplicação da imputação subsidiária, passa-se à análise estrutural das questões de imputação no Direito brasileiro. Tudo isso com a finalidade de confeccionar um embrião teórico quanto ao sistema de imputação de liberalidades.

4.2.1 A imputação das liberalidades em vida

Como organização da imputação no Direito brasileiro, inicialmente analisar-se-á o fenômeno da imputação das liberalidades em vida. A subdivisão se dará por cada um dos fenômenos que possuem reflexo sucessório, a fim de se verificar em qual quota e que forma a liberdade será imputada.

A doação a descendente herdeiro necessário prioritário sujeita à colação e dispensada de colação

Primeiramente, quanto à doação feita pelo autor da herança ao descendente que seja, à época da doação, presuntivo herdeiro necessário pode-se analisar três situações diversas. Tal doação poderá ser sujeita à colação, não sujeita à colação ou dispensada de colação por vontade do doador. É o primeiro caso que se analisa agora.

183 Nesse sentido: DELFIM, Priscila Martins. A Relevância das Liberalidades na Sucessão Legitimária: breve estudo microcomparado do direito português e brasileiro. Dissertação de Mestrado. FDUL. Orientador: Carlos Pamplona Corte-Real. Lisboa, 2014. p. 56-57.

Quanto às doações sujeitas à colação feita a descendentes herdeiros necessários prioritários, tem-se a aplicação do art. 544 em comunhão com o art. 2.002 do CC brasileiro de forma que, presumindo-se que a doação seja um adiantamento da legítima, a mesma deverá ser imputada na quota indisponível da herança, especificamente na legítima subjetiva do donatário.

É esse o entendimento que parece se extrair do antigo Código Civil brasileiro de 1.916 em seu art. 1171, que predizia: "Art. 1.171 – A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima"[184]. Percebe-se que nesse Código Civil, o legislador expressava que a doação constituiria adiantamento da legítima, ao contrário do Código Civil atual que prevê o adiantamento da herança.

Essa modificação nos parece profundamente significativa no que tange a prática da imputação. Sob a guarida do Código de 1.916, poder-se-ia concluir que se a doação feita a descendente constituía adiantamento da legítima, seria na própria legítima imputado. Assim, ficaria clara a imputação na legítima subjetiva do donatário.

Ocorre, porém, que a opção legislativa pela mudança do texto legal abre espaço a três possíveis interpretações, as quais passa-se a analisar:

I) O art. 544 do CC brasileiro, mesmo diante do novo texto, direcionaria a doação entre ascendente e descendente à imputação na legítima – quota indisponível – pois o referido artigo deve ser interpretado à luz do instituto da colação – art. 2.002 do CC brasileiro –, que tem por intuito igualar a legítima. Assim, a doação seria imputada na legítima subjetiva do donatário para que, por ocasião da colação, os demais herdeiros necessários possam se valer da igualação de suas legítimas. Provoca-se, aqui, um alargamento da legítima.

II) O art. 544 do CC brasileiro, ao refutar a palavra "legítima" e optar pelo termo herança fez com que a doação de ascendente a descendente passasse a ser imputada na quota disponível, uma vez que se trata de adiantamento de herança, e não da legítima propriamente dita. Desta feita, existiria uma incongruência entre o art. 544 e o instituto da colação.

III) Uma terceira interpretação que aparenta maior razoabilidade e harmonia com a sistemática do Código Civil trata da possibilidade de que o art. 544 seja uma matriz geral – genérica – das doações entre descendentes e ascendentes. Dessa forma,

184 Sobre a previsão no Código Civil de 1.916 ver: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clovis Bevilaqua. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. p. 274.

ao mencionar que presume adiantamento da herança, o legislador englobou tanto a situação de doações sujeitas a colação, quanto as doações não sujeitas ou dispensadas de colação. O legislador, por uma previsão genérica, procurou esclarecer que as doações entre ascendentes e descendentes sempre serão imputadas na herança, na legítima subjetiva, ou no quinhão hereditário advindo da quota disponível.

Essa interpretação permite uma percepção mais ampla do art. 544, de forma que as doações sujeitas à colação, e portanto passíveis de igualação, serão imputadas na quota indisponível. As doações entre ascendente e descendente dispensadas de colação, serão imputadas na quota disponível, mas serão do donatário como um avantajamento desejado pelo autor da herança.

Outra noção importante quanto à imputação das doações de ascendente a descendente herdeiro necessário prioritário consiste na possibilidade de aplicação da imputação subsidiária. Ou seja, uma vez que a doação deverá constituir adiantamento da herança, a mesma poderá ser imputada na quota indisponível – se sujeita a colação –, mas preenchendo a quota, poderá o excesso ser imputado na quota disponível. Da mesma forma, a doação dispensada de colação nos moldes do art. 2.005 do CC brasileiro, deverá ser imputada na quota disponível. O excesso, entretanto, poderá ser imputado na quota disponível, uma vez que o próprio artigo diz que seriam imputados na quota disponível, contanto que não a excedam.

Existe, aqui, a possibilidade de uma interpretação diversa pela qual a doação que, dispensada de colação, exceder a parte disponível passaria automaticamente a ser colacionável. Ou seja, a dispensa de colação realizada pelo autor da herança seria suplantada pelo fato da doação transpor a parte disponível. A cláusula de dispensa de colação seria desconsiderada e o donatário obrigado a colacionar – e, por conseguinte, a imputação da doação passaria a ser realizada na quota indisponível.

Essa interpretação aguarda alguma coerência com a linguística utilizada no artigo. Entretanto, nos parece que entender que uma doação dispensada de colação, imputável na quota disponível por vontade do autor da herança, ser totalmente imputada porque acabou por transpor a quota disponível, seria uma desconsideração total da vontade do falecido que, claramente e expressamente, queria beneficiar aquele herdeiro. Dessa forma, pela aplicação plena da imputação subsidiária nos moldes já analisados, a doação dispensada de colação que transpor a parte disponível deverá ser, ainda assim imputada nesta, e somente o excesso irá para a parte indisponível.

É nessa esteira que prevê o art. 2.007, §3º do CC brasileiro:

> Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.
> § 1o O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.
> § 2o A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.
> § 3o Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível.
> […] (grifo nosso)

O texto do referido dispositivo parece – pelo seu *caput* – tratar de qualquer doação feita pelo autor da herança, e no §3º então parece construir uma regra geral de imputação das doações a herdeiros necessário. Tanto as colacionáveis, quanto as dispensadas de colação devem ser imputadas subsidiariamente antes de se tratar de qualquer aspecto de redução. É nesse dispositivo legal que reside nossa conclusão quanto às doações a herdeiros necessário: todas as doações a herdeiros necessários estarão sujeitas à imputação subsidiária, quando colacionáveis primeiro na quota indisponível, e depois na disponível, quando dispensadas de colação, primeiro na quota disponível e posteriormente na quota indisponível.

Aproveita-se o negócio jurídico em respeito ao princípio da conservação dos negócios jurídicos e fortalece-se a vontade do *de cujus* como primordial a interpretação das doações de maneira global.

A doação a descendente herdeiro necessário prioritário não sujeita a colação

Quando se trata de doação não sujeita à colação, ou seja, aquela que a própria lei preferiu excluir da obrigatoriedade – art. 2.010 e 2.011 – deve-se questionar: serão tais doações imputáveis na quota disponível ou nem mesmo serão consideradas para aspectos sucessórios?

A letra da lei acaba por criar um regime de não sujeição à colação, não deixando claro uma possível analogia com o regime da dispensa de colação. Assim, não resta claro que a não sujeição é uma determinação direta de imputação na quota disponível,

ou se tais doações são estão dispensadas da conferência de bens – colação –, mas deverão ser imputadas na quota disponível.

Sob a ótica dos descendentes, cita-se o exemplo de um pai que realiza em favor de seu descendente despesas de altíssimo vulto com seu casamento. O art. 2.010 do CC brasileiro não sujeita tal doação a colação. Colocando em valores, o autor da herança possuía à época do casamento uma patrimônio e 100, tendo gasto 70 com o casamento de um de seus descendentes , sendo que possuía dois outros filhos.

A porção indisponível do patrimônio à época da liberalidade era 50, de forma que essa porção foi atacada em 20 por uma doação realizada pelo autor da herança. Não estando obrigado o referido herdeiro a conferir tal doação, parece que deverá a mesma ser imputada na quota disponível, e para tanto será considerada inoficiosa em 20.

Valendo-se novamente da importação da teoria do Direito português, é aplicável aqui o mesmo raciocínio das doações não sujeitas a colação, qual seja, nas lições de Pamplona Corte-Real[185], as doações deverão imputadas na quota indisponível mesmo que não estejam sujeitas a colação caso não exista por parte da análise do negócio jurídico a possibilidade de extrair a vontade do autor da herança. Diz-se isso, pois não é clara aqui a vontade do autor da herança de avantajar esse herdeiro, nada foi expressado nesse sentido, deforma que a dispensa de colação acaba por criar para ele uma vantagem que não pode ser extraída do desejo do donatário.

Faz-se mister ressaltar que esse debate importado ao Direito brasileiro tem como pressuposto de aplicação toda a construção da teoria da sucessão necessária independente e da imputação, isso porque aqui a imputação é entendida como instituto desligado da colação.

Feito esse alerta, a doação não sujeita à colação exigiria um exame global das práticas de liberalidades a fim de que se pudesse extrair a vontade do autor da herança, não sendo possível fazê-lo, deveriam tais doações ser primeiramente imputadas na quota indisponível, e subsidiariamente na quota disponível. Tal conclusão nos remete novamente à proteção do negócio jurídico – não se tratando de proteção a vontade do autor da herança, pois essa não é cognoscível –, mas principalmente se protege, aqui, a liberdade do autor da herança de dispor por morte, sem que tais doações passem a restringir sua quota disponível com base em presunções não previstas em lei.

[185]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 308.

Como análise própria do Direito brasileiro, reforça essa posição a prórpia previsão do art. 544 já citado, uma vez que deixa expresso que toda doação de ascendente a descendente deverá ser imputada na herança – no sentido global como já explicado. Assim, mesmo a doação não sujeita à colação será sujeita a imputação na quota indisponível, realizando uma importação da teoria da imputação ex-se – já analisada – para o direito brasileiro aos moldes do que fora feito por Pamplona Corte-Real para o Direito português.

Por argumento derradeiro, não se pode aplicar por simples analogia o regime das doações dispensadas de colação para as doações não sujeitas, por serem elas profundamente diferentes em relação a origem do afastamento da colação. Enquanto a dispensa decorre de manifestação de vontade, a não sujeição decorre de norma legal expressa e taxativa, são assim tão opostas como a sucessão legal e a sucessão testamentária.

A doação ao cônjuge e ao companheiro herdeiro necessário prioritário sujeita e não sujeita à colação

Alterando-se a figura do descendente donatário para o cônjuge donatário, duas considerações iniciais são indispensáveis.

Primeiramente, conforme já elucidado para efeitos do Direito brasileiro sucessório e em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal, não há mais qualquer distinção jurídica possível no tratamento do cônjuge e do companheiro. Dessa forma, por essa equiparação completa inclusive em matéria sucessória, todas as considerações expostas quanto ao cônjuge serão válidas para aquele convivente em união estável.

A segunda consideração é quanto às diversas correntes de sujeição, ou não, do cônjuge à colação. Essa análise – já trabalhada anteriormente – gera repercussões profundas na maneira de imputar as liberalidades realizadas em favor do cônjuge/companheiro. Por se tratar da tentativa de construção de uma teoria da imputação, faz-se aqui a opção pelo entendimento de que o cônjuge, mesmo a despeito da previsão legal expressa, estará sujeito à colação[186].

[186]Posição essa em comunhão com a doutrina majoritária apoiadas nos argumentos já tratados por ocasião da análise da colação no direito brasileiro. Nesse sentido: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1021.

Partindo desse pressuposto, aplicar-se-á ao cônjuge/companheiro que tenha direitos sucessórios como herdeiro necessário prioritário, todas as regras de imputação trabalhadas para os descendentes.

Em síntese, tem-se que: as doações sujeitas à colação feita ao cônjuge/companheiro herdeiro necessário prioritário, deverão ser imputadas prioritariamente na quota indisponível, e o eventual excesso será imputado na quota disponível; as doações dispensadas de colação feitas ao cônjuge/companheiro herdeiro necessário prioritário deverão ser imputadas prioritariamente na quota disponível e o excesso deve ser imputado subsidiariamente na quota indisponível.

A única peculiaridade a ser levantada é quanto as doações não sujeitas à colação do art. 2.010 e art. 2.011 do CC brasileiro. Tais doações rementem-se somente à uma relação entre ascendente e descendente, de modo que não se pretende, aqui, uma interpretação extensiva ou analógica dos citados artigos a fim de incluir o cônjuge/companheiro. Sendo a sujeição à colação a regra, suas exceções devem ser expressas, de forma que não se aplica ao cônjuge/companheiro no Direito brasileiro as considerações já feitas sobre imputação de doações não sujeitas à colação.

A doação a ascendente herdeiro necessário prioritário

Às doações aos ascendentes na posição de herdeiros necessários prioritários, por não estarem sujeitas à colação, poderiam fazer presumir que deveriam ser imputadas diretamente na quota disponível. Não se pode esquecer, porém, que a construção de uma teoria da imputação pressupõe a independência desse instituto frente à colação e aos demais institutos a ele relacionados.

Não parece razoável que, ao tentar construir uma teoria própria de um instituto simplesmente, o mesmo seja submetido a uma dependência e subordinação com outro instituto. Assim, robustecendo a independência da imputação, pensa-se possível que a doação feita ao ascendente seja imputada primordialmente em sua quota indisponível e subsidiariamente na quota disponível, pela aplicação do art. 2.007, § 3º do CC brasileiro.

Por esse raciocínio, nos mesmos moldes da doação não sujeita à colação, o autor da herança poderia manifestar sua vontade pela indicação de imputação da liberalidade na quota disponível de maneira expressa ou essa vontade poderia ser exprimida pela

análise do conjunto de liberalidades. Assim, ficando claro, ou ao menos sendo possível extrair algum elemento que indique a vontade do autor da herança em avantajar seus ascendentes, respeitar-se-ia esse desejo imputando-se primeiramente a doação na quota disponível, e subsidiariamente na legítima subjetiva. Não sendo possível, entretanto, extrair a vontade do *de cujus*, deverá a imputação da doação a ascendente ocorrer primeiramente na quota indisponível, preservando-se o direito de dispor por morte e não ocupando a quota disponível com liberalidades que não se sabe exatamente qual seria o desejo do autor. Aqui se aplica exatamente o mesmo raciocínio das doações a descendentes não sujeitas à colação, afinal as doações a ascendentes nada mais são do que doações não sujeitas a colação, por integridade lógica o mesmo tratamento jurídico seria dispensado, realizando-se o mesmo procedimento de importação da teoria da imputação ex-se.

A doação a terceiro estranho a sucessão e a doação a herdeiros necessários não prioritários

No que se trata das doações feitas a sujeitos estranhos ao fenômeno sucessório, a construção da teoria da imputação se mostra facilitada. Não existindo nenhum direito à legítima por parte desses indivíduos, só restará a quota disponível para a imputação das liberalidades.

No mesmo sentido, dar-se-á a imputação de doação feita a herdeiro necessário não prioritário, ou a um herdeiro que não seja herdeiro necessário. É essa a interpretação que se extrai do artigo 2.005, parágrafo único do CC brasileiro:

> Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.
> Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

O referido dispositivo legal trata somente dos descendentes, não é difícil, porém, verificar que o mesmo raciocínio será aplicado a qualquer herdeiro necessário não prioritário, afinal estes não possuem nem mesmo uma expectativa da legítima e, portanto, são plenamente equiparáveis a pessoas estranhas a sucessão.

O que se pode questionar, entretanto, é quanto à superveniência de fato novo que transforme o donatário em herdeiro necessário prioritário. Pensemos em um ascendente que, ao receber uma doação de seu filho, não era herdeiro necessário prioritário, pois este filho possuía descendentes. Ocorre, porém, que os referidos descendentes morreram antes da abertura da sucessão, restando somente o ascendente do autor da herança como herdeiro necessário. Presumir-se-á, também, imputada na parte disponível a doação a esse ascendente, que posteriormente se tornou herdeiro necessário. Afigura-se coerente entender que tal doação também será imputada na parte disponível, o que se figura por duas percepções:

I) Conforme raciocínio anterior, só seria imputada na quota indisponível do ascendente a doação que não se pudesse extrair qual era a vontade do autor da herança. Ao doar a um parente – ascendente – que não figura como herdeiro necessário prioritário e plenamente possível extrair que tal liberalidade visava um beneficiamento do parente, afinal, não poderia constituir adiantamento de herança a aquele que nem mesmo era herdeiro prioritário. Ou seja, o autor da herança não poderia saber que aquele se tornaria seu herdeiro prioritário. Resta facilitada a acepção da vontade do *de cuius*.

II) Por simples analogia ao parágrafo único do art. 2.005 do CC brasileiro. O descendente é ali mencionado na condição de herdeiro necessário, mesma posição assumida pelo ascendente no exemplo trazido. Não se vê razão que possa afastar a analogia entre os dois casos.

Assim, a superveniência da condição de herdeiro necessário prioritário não retira a imputabilidade da doação na quota disponível.

Questiona-se, por finalização desse tema, se seria possível a aplicação da imputação subsidiária também para esse caso, de forma que a doação feita a aquele que não era herdeiro necessário prioritário possa, caso exceda a parte disponível, ser imputada na sua legítima subjetiva surgida após a morte do autor da herança.

Tomando por base o mesmo aproveitamento dos negócios jurídicos que permeiam a lógica da imputação subsidiária, não se vê impedimento imputação subsidiária na quota indisponível do donatário herdeiro. Reduzir-lhe a doação inoficiosa que superou a parte disponível não teria qualquer efeito prático, posto que o mesmo passaria agora a ter direito a receber nova porção da herança. Parece, razoável, portanto, que se aplique aqui a previsão do próprio art. 2.007, § 3º, do CC brasileiro, de modo a

interpretar – pela leitura da totalidade do artigo – que não se deve realizar redução da doação quando for possível imputar a liberalidade nas quotas existentes. Assim, não tendo mencionado o tempo da liberalidade como requisito para tanto, poderá o herdeiro necessário donatário se valer dessa previsão, imputando-se a doação primeiro na quota disponível (aqui a ordem é inversa da doação a descendente), e subsidiariamente na sua legítima subjetiva.

O problema particular do Direito brasileiro que surge aqui é a possibilidade dos demais herdeiros, antes do ascendente, se tornar herdeiro necessário prioritário, e questionarem judicialmente essa doação por ação de anulação de doação inoficiosa.

Como já dito, o Direito brasileiro aceita a propositura dessa ação ainda em vida do doador. Com isso, a doação feita ao ascendente poderá ser anulada na parte que for considerada inoficiosa, por força do art. 548 do CC brasileiro. Essa situação, sem comparação no Direito português, precisa ser resolvida sob égide do Direito contratual.

Conforme já analisada, a referida ação consiste em ação que visa proteger a integridade de um contrato de doação que possui uma limitação qual seja ado art. 544 do CC brasileiro. Tendo sido deferida a anulação/redução da parte inoficiosa da doação ao ascendente, deverá esse devolver, na forma do art. 2.007 § 2º do CC brasileiro, a parcela da doação. Não deverá essa redução ser questionada ou entendida como inválida caso o ascendente passe a ser herdeiro necessário prioritário futuramente, já que o direito de requerer a redução previsto no art. 548 é um direito pessoal dos herdeiros necessários prioritários da época – e que exercido já gerou seus efeitos, retroagindo à época da liberalidade.

A partilha, portanto, ocorrerá com a imputação na legítima do ascendente somente do valor da doação já realizada, considerada a redução ocorrida, nos moldes do que já analisava Clóvis Bevilaqua em análise do art. 1.788 do Código Civil brasileiro de 1916 "Quando, em vida do doador, tiver sido, por acção competente, declarada a nullidade da doação, na parte inofficiosa, já não haverá mais necessidade de a conferir na liquidação da herança". Assim, não gerará efeitos para imputação a redução ocorrida ainda em vida do doador.

A doação a herdeiro renunciante ou excluídos

Entre as possíveis situações de liberalidades feitas em vida pelo auto a herança, resta a possibilidade da realização de liberalidade a herdeiro necessário prioritário que, por ocasião da abertura da sucessão, optou por renunciar a herança ou, ainda, aquele que foi excluído da herança.

Inicialmente, é fundamental esclarecer que não se trata, aqui, da mesma situação jurídica. Aquele que renunciou a herança exerceu um direito de escolha previsto no art. 1.806 do CC de forma que sua parte passa a acrescer a dos herdeiros da mesma classe, na forma do art. 1.810 do CC brasileiro. *In verbis*: "Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente".

Sobre o herdeiro renunciante, deve-se analisar algumas situações que geram repercussão quanto à imputação. Primeiramente só trará efeitos sobre a imputação a renúncia de herdeiro que tenha recebido doação por parte do autor da herança – independente da sujeição ou não a colação. Dito isso, passa-se a analisar cada uma das possibilidades advindas da renúncia e da exclusão da sucessão.

O art. 2.008 do CC brasileiro específica: "Art. 2.008. Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível". Cria-se, assim, a obrigação de colacionar independente de renúncia ou exclusão. Antes de adentrar à questão da imputação dessa liberalidade, é questionável a redação do referido artigo na menção ao herdeiro como "aquele que renunciou a herança". Afinal, o dispositivo legal trata somente daqueles que possuíam liberalidades colacionáveis ou inclui também aqueles que, recebendo uma doação dispensada ou não sujeita à colação, renunciaram a herança?

Pode-se entender que o legislador, por essa redação do artigo, resolveu penalizar o herdeiro necessário prioritário que receberá uma doação com dispensa de colação, por ter renunciado a herança ou dela sido excluído será obrigado a colacionar o bem. Por outro lado, é cabível uma interpretação mais restritiva pela qual o dispositivo legal buscou somente esclarecer que para aqueles que já estavam sujeitos a colação, essa não restará desobrigada pela renúncia ou exclusão da sucessão. A decisão sobre tais interpretações aprece depender da parte final da norma em comento, que trata da finalidade dessa obrigação de conferir.

A norma obriga que o renunciante e o excluído confiram os bens a fim de "repor o que exceder o disponível". Essa finalidade indica que a obrigatoriedade de colação se

dá com intuito de verificar o preenchimento da parte disponível, ou seja, todas as doações a herdeiros renunciantes ou excluídos deverão ser conferidas[187], para que se tenha certeza de que essa liberalidade poderá ser comportada pela parte disponível.

Não se trata, pois, de anular a doação feita ao herdeiro renunciante ou excluído, mas somente de requisitar que o mesmo compareça ao fenômeno sucessório indicando que a liberalidade a ele feita será imputada na quota disponível, e o eventual excesso deverá ser considerado passível de redução. Como analisa Clovis Beviláqua[188], por ocasião do art. 1.790 do Código Civil brasileiro de 1.916, correspondente parcial do art. 2.008 em análise

> O rigor, como que o codigo Civil estabelece o princípio da egualdade das legítimas, exige que o co-herdeiro confira a doação recebida, ainda que se abstenha da herança, pois a liberalidade póde ser tal que absorva a porção disponível do doador e mais a parte, que ao descendente deveria caber como legítima; neste caso, sem a conferência, ficariam desfalcadas as legítimas dos outros, e o beneficiado, abstendo-se da herança, teria, por antecipação, maior legítima dos que os outros.

Ocorre, todavia, que essa análise se dá sobre um texto legal que continha a expressão "para fim de repor a parte inofficiosa", em detrimento da atual "para fim de repor o que exceder o disponível". Essa diferença é fundamental, principalmente em uma tentativa de importação da juridicidade portuguesa.

Sob a ótica dos Código Civil de 1.916, seria viável a construção para o renunciante ou excluído de uma legítima ficta, que seria considerada somente para fins verificação de inoficiosidade – tal como se propôs anteriormente – de forma que, um autor da herança que deixasse um *relictum* de 100, sendo um *donatum* de 60, referente à uma doação a um de seus 5 filhos, tendo esse donatário renunciado a herança proceder-se-ia seguinte operação:

a) A legítima objetiva de 1/2 da herança seria de 50. A legítima subjetiva de cada herdeiro, incluindo o renunciante seria de 10.

b) A imputação ocorreria da liberalidade seria efetiva primeiramente na parte disponível de 50, produzindo um excesso de 10.

---

[187]Salienta-se aqui a diferenciação já realizada anteriormente quanto ao fenômeno da conferência e da igualação, ambos configurando partes de um fenômeno maior qual seja a colação.

[188]BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clovis Bevilaqua. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958. p. 1019.

c) O excesso da liberalidade seria imputado na legítima subjetiva fictícia do renunciante de modo que a quota hereditária comportaria toda a doação, não sendo necessária qualquer devolução.

Essa previsão já trabalhada na ótica de Pamplona Corte-Real[189] como uma proteção aos repúdios – renúncias – fraudulentos poderia ser, a nosso ver, aplicada por ocasião do Código Civil anterior, pois a terminologia "parte inofficiosa" abriria espaço para tal interpretação, ainda que se saiba ser essa uma construção teórica a partir de uma análise própria pela qual a inoficiosidade seria evitada a partir de uma imputação subsidiária.

Entretanto, o novo texto legal parece impedir essa mecânica de imputação em uma legítima ficta. Ao restringir que a conferência de bens a ser realizada pelo herdeiro renunciante ou excluído tem como finalidade repor o que exceder o disponível, parece que a lei afasta a imputação subsidiária com a criação de uma legítima fictícia, de modo que a doação ao herdeiro renunciante passaria a ser tratada como doação feita a terceiro estranho à sucessão que será exclusivamente imputada na quota disponível, caso haja excesso esse deverá ser reposto ao *monte mor*. Utilizando-se do mesmo exemplo construído acima, as operações de imputação se dariam na seguinte forma:

a) A legítima objetiva de 1/2 da herança seria de 50. A legítima subjetiva de cada herdeiro seria de 12,5, uma vez que o renunciante não será nem mesmo considerado como herdeiro não compondo o cálculo da legítima.

b) A imputação ocorreria da liberalidade seria realizada exclusivamente na parte disponível de 50, produzindo um excesso de 10.

c) Esse excesso deveria ser reposto em espécie ou dinheiro ao espólio, a fim de que fosse protegida a legítima dos herdeiros necessários.

Entende-se, aqui, o posicionamento já trabalhado da doutrina portuguesa. Porém, a ausência de um dispositivo semelhante ao art. 2.114, n. 2 do Código Civil português impede uma interpretação tão extensiva a ponto de dar aso a criação de uma legítima subjetiva.

Para lidar com a situação de eventuais renúncias de herança fraudulenta, a mera proteção do art. 2.008 do CC brasileiro é suficiente, de forma que, um renunciante, ao

[189]CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões, Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 317.

optar pela renúncia, ficará sujeito à parte disponível da herança de modo que sua liberalidade seja suficientemente ali enquadrada.

Em contraposição à construção feita acima, revela-se o art. 640 do Código de Processo Civil brasileiro, do qual se extraí:

> Art. 640. O herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que obteve do doador.
> § 1o É lícito ao donatário escolher, dentre os bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros.
> § 2o Se a parte inoficiosa da doação recair sobre bem imóvel que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará que sobre ela se proceda a licitação entre os herdeiros.
> § 3o O donatário poderá concorrer na licitação referida no § 2o e, em igualdade de condições, terá preferência sobre os herdeiros.

Como se vislumbra em uma estranha opção de palavras – aceitável para o Código de Processo Civil de 1973, mas imprecisa para o atual CPC – o legislador processual optou novamente pela expressão "parte inoficiosa", deixando claro no § 1º que mesmo o renunciante faria jus à uma legítima. Legítima essa que, caso fosse preenchida os excessos seriam, ainda, comportados pela quota disponível, em uma clara opção pela sistemática da imputação subsidiária.

Não é muito compreensível que o legislador do CPC 2015 tenha retomado a expressão já superada do Código Civil de 1916 "parte inoficiosa" em detrimento de "o que exceder a quota disponível". Parece que a simples cópia do código processual civil anterior impediu o legislador de verificar a evolução terminológica, no mesmo sentido comportou-se o §1º que como cópia *ipsis litteris* §1º do art. 1.015 do CPC de 1973, que prevendo a imputação da doação colacionável feita a herdeiro necessário primordialmente em sua quota indisponível, fortaleceu a teoria de criação de uma legítima ficta capaz de comportar parte ou totalmente a doação.

É aceitável que se aplique essa situação em virtude da previsão expressa dessa imputação subsidiária – legítima ficta, e posteriormente quota disponível – na legislação processualista. Não se deixa, todavia, de se manter a visão baseada no *códex* civilista de que essa prática seria afastável por todos argumentos já apresentados. Trata-se, ao que parece, de uma falta de percepção crítica do *códex* processual civil que se destoa do conteúdo do diploma civil material.

4.2.2 A imputação das liberalidades *mortis causa*

O próximo passo na organização do fenômeno da imputação no Direito brasileiro concerne às liberalidades decorrentes da morte do autor da herança, ou seja, as deixas testamentárias a título de herança e de legado.

No Direito brasileiro, o tratamento diferenciado de tais liberalidades guarda maior razão no fato de que as liberalidades feitas em vida poderão ser verificadas já no momento da liberalidade, ao passo que as liberalidades por morte, por óbvio, só poderão ser analisadas pela abertura da sucessão.

Como explica o art. 1.857 do CC brasileiro, as pessoas poderão dispor da totalidade de seus bens ressalvada, quando houver, a legítima dos herdeiros necessários, situação na qual o direito de testar – dispor para depois da morte – estará adstrito a parcela disponível da herança.

A partir de uma análise independente da sucessão necessária, as disposições testamentárias terão efeitos para verificar se a sucessão necessária não restará prejudicada pelo que o autor da herança fez constar em seu testamento. Dessa forma, realizar-se-á a mecânica de imputações de tais liberalidades com o fim precípuo de verificar se fora respeitada a legítima dos herdeiros necessários.

Para tanto, serão analisadas em sedes diversas as duas naturezas de deixas testamentárias: as deixas a título de herança, ou seja, de caráter geral, e as deixas a título de legado, pela individualização do bem deixado.

A deixa testamentária a título de herança em favor de herdeiro necessário prioritário

As deixas testamentárias a título de herança podem ser feitas livremente tanto aos próprios herdeiros necessários, bem como a quem o autor da herança tiver desejado deixar um título de herdeiro. Assim, podem ser beneficiários da deixa os próprios herdeiros ou terceiros estranhos a sucessão.

Desta feita, a organização da imputação de liberalidades mortis causa a título de deixa testamentária deverá ser feita na quota disponível quando realizada em favor de terceiro estranho à sucessão. Não há espaço para direcionamentos diversos dessa deixa, uma vez que ao terceiro, só existirá a quota disponível como parcela hereditária. Nesse

sentido, verificar-se-á a quota disponível da herança de forma que a deixa testamentária deverá ser enquadrável nessa, e os excessos serão reduzíveis na forma do art. 1967 do CC brasileiro.

Tais excessos serão reduzíveis proporcionalmente às quotas de todos os herdeiros instituídos, não se tratando aqui de uma ordem de preferência entre os herdeiros instituídos, exceto quando o próprio testador se manifestar no sentido de proteger alguns herdeiros ou legatários[190].

A real problemática a ser analisada é a deixa testamentária a título de herança feita a herdeiro necessário prioritário. Nessa situação, o Código Civil brasileiro se mostrou omisso quanto ao procedimento a ser efetivado. A disposição do art. 1.967 faz uma simples previsão genérica ao utilizar a terminologia "As disposições que excederem a parte disponível". Essa terminologia genérica acaba por gerar a interpretação de que qualquer disposição testamentária – inclusive nos legados que serão futuramente tratados – que superar a metade da herança que constitua a parte disponível deverá ser reduzida. Por essa interpretação generalista, tanto a deixa feita ao herdeiro necessário, quanto aquela destinada a terceiro, será reduzida se transpuser a parte disponível.

Claramente trata-se de posicionamento que desconsidera a vontade do testador em uma interpretação generalista. Como já foi dito, é perceptível a tentativa da codificação sucessória de aproveitar a vontade do autor da herança, os negócios jurídicos sem geral, entretanto, sem gerar qualquer prejuízo a legítima.

Por essa linha de pensamento não guarda nenhuma razão efetuar a redução de uma deixa testamentária que tenha ultrapassado a quota disponível quando essa for direcionada a um herdeiro necessário prioritário. Se foi desejo do autor da herança reverter aquela quota hereditária por testamento a aquele determinado herdeiro, faz-se cumpri tal vontade conferindo a ele o que for possível da quota disponível – parte livre – e o excedente seja imputado na quota indisponível – em sua legítima subjetiva. Assim, o herdeiro receberá a vantagem pretendida pelo autor da herança, e ainda fará jus à sua legítima subjetiva naquilo que não restou preenchido pelo excesso da imputação na quota disponível.

[190]Conforme art. 1.9767, § 2º do CC brasileiro.

Na prática, um autor da herança que deixou 5 filhos, com relictum de 100 e uma deixa testamentária de 55 a um dos descendentes, terá a seguinte configuração sucessória:

a) A legítima global será de 1/2 da herança, ou seja, 50 e a legítima subjetiva de cada herdeiro será de 10.

b) A deixa testamentária será imputada na quota disponível, e seu excesso (05) será imputado na legítima subjetiva do herdeiro beneficiário. Respeita-se no que for possível a vontade do autor da herança e não se faz necessária qualquer redução de deixa testamentária. O herdeiro beneficiário ainda fará jus a 5 de pagamento pelo que lhe falta preencher da legítima.

A razão de aplicação desse raciocínio e a possibilidade de que o mesmo seja, desde já, aplicado no Direito brasileiro se dá por dois motivos:

I) Uma aplicação instituto da imputação subsidiária, que conforme já se discutiu, parece ter sido a opção do Direito brasileiro no art. 2.007, § 3º do Código Civil e um segundo motivo;

II) Por uma interpretação extensiva do art. 2.007, §2º in fine, ao tratar da aplicação subsidiária da redução de disposições testamentárias na redução de doações. O que se propõe é que a proximidade dos institutos revelada por esse artigo também sirva para sanar a falta de previsão legal que resolva o problema da imputação na redução de deixas testamentárias. Com isso, permitir-se-á a aplicação subsidiária das normas de colação no que tange as reduções testamentárias e, assim – aplicando o já citado art. 2.007, §3º do CC brasileiro –, as deixas testamentárias feitas a herdeiros necessários prioritários só seriam reduzidas caso não fossem comportadas pela quota disponível e pela quota indisponível, nessa ordem.

Pelas razões acima, somadas à defesa da vontade do autor da herança e o aproveitamento do negócio jurídico do testamento, entende-se por viável a imputação das deixas testamentárias a herdeiros legitimários, primeiro na parte disponível da herança, posteriormente imputa-se o excesso na legítima subjetiva do herdeiro e, por fim, caso ainda subsista excesso, esse deverá ser reduzido na forma do art. 1.967 do CC brasileiro.

Caso coexistam deixas testamentárias a herdeiros necessários e terceiros estranhos a sucessão, não aprece possível a luz do art. 1967 do CC beneficiar um em

detrimento do outro, posto que o dispositivo legal ordena a redução proporcional das deixas testamentárias dos herdeiros instituídos.

Poder-se-ia entender que somente aqueles que não eram herdeiros legais e foram instituídos por ocasião do testamento que deveriam ter sua deixa reduzida. Não guarda razão esse pensamento, pois mesmo os herdeiros necessários quando beneficiários de uma deixa testamentária passam a ser herdeiros testamentários instituídos. Principalmente se analisado o fenômeno a partir as três modalidades sucessórias – necessária, legitimária e testamentária –, como se faz neste ensaio. O que o caput do art. 1.967 deseja explicitar é que qualquer um que receber uma deixa testamentária estará sujeito à redução proporcional até que seja suficiente para a proteção da parte indisponível.

Sob à luz da imputação subsidiária que se propôs anteriormente, o cálculo dessas reduções é dificultado, não sendo, porém, inviabilizado. A sequência de etapas para simultaneamente aplicar a imputação subsidiária e as reduções na forma do art. 1967 será:

I) Calculada a herança reservar-se-á a legítima que será 1/2 desta, bem como a parte disponível correspondente à outra metade.

II) Será calculado o somatório total de todas as deixas testamentárias feitas – incluindo os legados.

III) Verificando-se que as deixas testamentárias superam a parte disponível da herança, tomar-se-ão somente as deixas a título de herança verificando-se quanto, proporcionalmente, deverá ser reduzido de cada uma, para que não se ofenda a legítima global.

IV) Verificado o montante a ser reduzido de cada uma, tomar-se-á somente o que deverá ser reduzido das deixas feitas a herdeiros necessários prioritários.

V) Essa parte que deveria ser reduzida será imputada na legítima subjetiva dos beneficiários de tais deixas, reduzindo-se somente às deixas feitas a quem não é herdeiro necessário prioritário.

Trazendo essa sistemática em um caso prático o que se configura é: um autor da herança deixou um *relictum* de 400, possuindo 5 descendentes, deixou a um deles – herdeiro "A" – uma deixa testamentária no valor de 100 e a outro – herdeiro "B" – uma deixa no valor de 100, por fim o autor da herança, no testamento, faz ainda a um

terceiro, estranho à sucessão, uma deixa testamentária no valor de 200. Aberta a sucessão, dar-se-á o fenômeno sucessório nos seguintes moldes:

I) A herança possui um valor total de 400, de forma que a legítima objetiva dos herdeiros necessários será de 200, constituindo uma legítima subjetiva de 40 para cada herdeiro. A parte disponível da herança também será de 200.

II) Partindo-se as operações de imputação o total de deixas testamentárias será de 400, o que não será comportado pela parte disponível. Faz-se necessário verificar proporcionalmente a redução a que se sujeitará cada uma das deixas até que sejam comportadas pela quota disponível.

III) As reduções proporcionais que seriam necessárias seriam: redução de 50 na deixa testamentária ao filho "A"; redução de 50 na deixa testamentária ao filho "B"; redução de 100 na deixa testamentária ao terceiro não herdeiro.

IV) Pela proposta apresentada, não seria necessário que os herdeiros necessários "A" e "B" pratiquem essa redução, de forma que o equivalente a redução poderá ser imputado na sua quota disponível, devendo o beneficiário estranho a sucessão, entretanto, reduzir sua deixa em 100.

Poder-se-ia, por essa conclusão, entender que o terceiro beneficiado acaba por sair prejudicado em relação aos herdeiros necessários, o que no fundo não se revela verdadeiro uma vez que somente se evita a redução daqueles, imputando o excesso em quota que a eles já caberia. Ainda que se entenda, aqui, um benefício, não há que se tratar tal questão como um problema, afinal como transcorrido por todo esse ensaio, são sim os herdeiros necessários detentores de privilégios em relação aos demais sucessores. Foi assim que a lei decidiu por tratar.

A deixa testamentária em favor de sucessível necessário não prioritários

Quanto às deixas testamentárias em favor daqueles que não serão sucessíveis necessários prioritários, em parte já se tratou acima. Não sendo privilegiados pela condição de herdeiros necessários, não há qualquer outra quota para imputação de liberalidades.

Desta forma, resta somente a quota disponível para as devidas imputações de maneira que qualquer excesso deverá ser reduzido obedecendo-se a regra do art. 1.967,

§ 1º do CC brasileiro – seguindo sempre a preferência pela proteção aos legados, em detrimentos das deixas de herança.

Não se vislumbra, aqui, qualquer maneira de dar sobrevida a liberalidade *mortis causa* pretendida pelo autor. Só existindo a quota disponível, a liberalidade que atinge a legítima deverá ser reduzida, proporcionalmente na medida necessária ao perfeito enquadramento da mesma na quota disponível.

O legado em favor de herdeiro necessário prioritário

Quanto se tratar de legado, faz-se significativo um recorte inserido no Direito comparado de que se valeu toda a análise até o presente momento.

A legislação brasileira, no que tange aos legados, não previu duas figuras fundamentais relacionadas à legítima, quais sejam o legado por conta e o legado em substituição da legítima. De forma que o Código Civil brasileiro parece, inclusive, se opor a essa prática pela leitura do art. 1.849. Diz-se que a deixa de legado não tira do herdeiro necessário o direito à legítima.

A legítima parece, portanto, protegida das deixas de legado e testamentárias. Ressalvamos, aqui, o raciocínio já trazido de que as deixas testamentárias poderiam ser imputadas na legítima, salvando-se a deixa de reduções. Assim, propõe-se, agora, a aplicação do mesmo raciocínio supra trazido às deixas testamentárias a título de herança em favor de herdeiros necessários. Com isso, obedecida a ordem de redução do art. 1.967, § 1º do CC brasileiro, realizar-se-á a seguinte sequência de operações sucessórias:

I) Calcula-se a legítima com base na herança total;

II) As deixas testamentárias serão imputadas na quota disponível, de forma que excedendo-a realizar-se-á a operação proposta anteriormente de imputação das deixas em favor de herdeiros necessários na legítima subjetiva destes, e as deixas em favor de terceiros serão reduzidas;

III) Não sendo possível a operação acima, e mesmo com todas as reduções restando ainda legado a ser imputado, deverão os mesmos sofrerem a mesma prática de imputação qual seja: calcula-se o excesso dos legados, verificasse quais legados foram

feitos em favor de herdeiros necessários imputando os excessos desses legados na legítima subjetiva; por fim os excessos dos legados a terceiros serão reduzidos.

É clara aqui a aplicação idêntica do que se propôs nas deixas testamentárias a herdeiros necessários e os motivos são equivalentes: proteger a vontade do autor da herança, aproveitando ao máximo suas disposições de última vontade.

Especificamente no tratamento do legado deve-se ressaltar a disposição do art. 1.968 do diploma civilista brasileiro, que prescreve:

> Art. 1.968. Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente.
> § 1o Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.
> § 2o Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.

O que propõe a prescrição legal é que se evite redução quando o bem imóvel for passível de divisão. Primeiramente, essa autorização legal – não se compreende como uma obrigação legal[191] – demonstra o espírito legislativo de se evitar a redução de liberalidades, em defesa da explicitação de vontade do *de cujus*.

O que mais releva, entretanto, é a previsão expressa no § 2º do referido artigo. Essa disposição legal cria espécie de preferência na titularidade do bem permitindo à imputação do restante do bem na legítima do herdeiro necessário que recebeu parte dele por legado. Assim, um herdeiro necessário que recebera como legado um andar de um bem imóvel composto por dois andares, terá preferência para ficar com a totalidade do prédio. A regra de imputação que se destaca é que esse restante será imputado na legítima do herdeiro, não deixando o mesmo de fazer jus à parte que restar livre da quota disponível.

Em última instância, no que remonta aos legados, eleva-se a possibilidade de concessão do mesmo a título de alimentos ou de usufruto. Previstos nos artigos 1.920 e 1.921 do CC brasileiro, tais legados guardam peculiaridade em sua imputação devido à

[191]Não trata o código de norma injuntiva, isso porque é norma de intuito benéfico à divisão cômoda da herança. Percebendo os autores se tratar a previsão legal de modelo de divisão que prejudique a divisão do bem, não há motivação para a aplicação, devendo prevalecer a vontade dos herdeiros, no que não contrarie a vontade do autor da herança.

própria natureza da prestação pretendida que se consiste em prestação periódica – no caso de alimentos – e Direito real sem tempo definido – no caso de usufruto. Em ambas situações, o que se destaca é a imprevisibilidade do tempo de duração do legado.

O problema parece estar, então, em contabilizar o valor desses legados para efeitos de imputação. Não importa aqui, por enquanto, o destinatário do legado, mas a aferição do valor do mesmo.

Em se tratando de alimentos, parece aplicável a mesma proposição de Pamplona Corte-Real para o Direito português ao tratar da cautela sociniana. Percebe-se que não se trata de importar este instituto, não previsto para o Direito brasileiro, mas simplesmente de verificar como se deve tratar legados de alimentos ou usufruto que atinjam a legítima.

A grande questão, entretanto, é: como saber se tais encargos atingiram ou não a legítima? A resposta para essa questão passa, necessariamente, pela quantificação de tais liberalidades, o que se demonstra como tarefa complexa, mas para a qual se propõe uma solução a seguir.

Incialmente, para a quantificação do usufruto conferido por força do art. 1.921 do CC brasileiro tem-se duas opções: o usufruto conferido por tempo determinado e aquele conferido de maneira vitalícia, consequência da própria falta de termo para o mesmo. Se indica aqui uma alusão a aspectos contábeis da prática jurídica da qual se pode utilizar para contabilizar tais formas de usufruto.

A prática tributária, por convenção, tem estipulado para o usufruto um valor equivalente a 50,00% (cinquenta por cento) do valor da propriedade do bem. É o que se extrai das diversas previsões legislativas tributárias das Unidades Federativas brasileiras que, como responsáveis por legislar sobre o tema, entendem quase que de maneira uníssona que o usufruto terá como base de cálculo tributário a metade do valor do bem[192].

Não é clara a opção legislativa por essa valoração, principalmente porque as referidas legislações estaduais não fazem distinção entre usufruto por tempo

[192]Nesse sentido: AUA. Denise Amin Miguel Feres. Parecer nº 01/2000. Procuradoria de Sucessões. In: Revista de Direito Processual Geral. v. 53. Rio de Janeiro: PGE, 2000. p. 253; SEFAZ-ES. Parecer Normativo Nº 01/2009. Disponível em: <http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/pareceres%20normativos/2009/parecer%20normativo%2001-2009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 17/02/2.017. Em sentido diverso posicionou-se a legislação do estado de São Paulo no art. 11 do Decreto 45.837 de 04 de junho de 2001, que institui em 1/3 (um terço) do valor do bem a base de cálculo quando se tratar de usufruto.

determinado ou vitalício, o que dificulta mais ainda o entendimento da opção. Buscando entender que se trata de opção de ordem prática que viabilize a quantificação do usufruto para fins tributários poder-se-ia analogicamente quantificar o legado de usufruto – não importa por qual tempo fosse – como o equivalente à metade do valor do bem gravado de usufruto.

Assim, existindo uma quota disponível de 100, e deixado um legado de usufruto vitalício sobre bem que valha 200, esse usufruto poderia ser plenamente imputado na quota disponível, não deixando a nua-propriedade de ser repartida na forma da lei.

Não se trata da melhor solução de ordem crítica posto que, como já dito, é imprecisa essa valoração do usufruto como correspondente à metade do valor de uma propriedade. Entretanto, por ordem prática e pelas previsões legislativas tributárias já comentadas, parece a opção mais coerente com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se mencionar o legado de alimentos, previsto no art. 1.920 do Código Civil brasileiro, percebe-se ainda maior complexidade na contabilização do mesmo devido ao grande número de elementos englobados por essa expressão – "sustento, a cura, o vestuário e a casa [...] além da educação, se ele for menor". Não se pretende, aqui, mencionar qualquer fórmula inquestionável de cálculo prévio dessa obrigação de caráter vitalício, não se pode esquivar, entretanto, nos casos práticos de se vincular a critérios de quantificação da obrigação alimentar. Tais cálculos podem passar pelos mais diversos aspectos, sendo o principal deles a expectativa de vida de forma que se possa calcular o *quantum* referente à obrigação, ainda que de maneira presuntiva. Trata-se de uma difícil construção a partir de diversos elementos analisáveis somente no caso específico, papel esse que caberá ao juiz para efeitos de verificar questões atinentes a excesso no legado. A dificuldade, porém, não poderá ser óbice definitivo à quantificação do legado de alimentos, posto que é passo indispensável à proteção da legítima.

Quantificado o legado – tanto o usufruto como os alimentos – pelos critérios próprios que podem passar pelos aqui sugeridos, retoma-se a sistemática de imputação de forma a enquadrar tais liberalidades. É aqui que se revela que a quantificação é a etapa mais difícil da imputação de tais legados. Uma vez quantificados, basta que sejam imputados nas formas anteriormente propostas: quando feitos em favor de herdeiros necessários prioritários, serão imputados na quota disponível, e posteriormente na

legítima; sendo legado em favor de terceiro, imputa-se o legado na quota disponível e seu excesso será reduzido. Tal redução parece possível tanto pela limitação do tempo de prestação do legado de alimentos ou da persistência do usufruto, quanto pela diminuição do valor da prestação alimentar.

Não se pode, pela legislação brasileira, valer-se da cautela sociniana de maneira que, quantificado o legado de alimentos ou de usufruto, poderiam os herdeiros necessários optar pela entrega da quota disponível como pagamento desse legado quando os mesmos atingirem as legítimas. Em que pese tal solução prevista no art. 2.164º do CC português, ter um critério prático interessante, por evitar que os herdeiros se mantenham compromissados com prestações periódicas, ou relacionado a um bem cujo usufruto esteja em favor de outrem, a legislação brasileira não previu tal prática.

Vislumbra-se, aqui, uma oportunidade de construção doutrinária de maneira a importar para o Direito brasileiro a prática da cautela sociniana, o que a nosso ver parece de imediato possível por uma questão de ordem lógica, que será aplicável, entretanto, somente a legados feitos a terceiros ou herdeiros não necessário: se o legado de alimentos ou usufruto – bem como os demais que a esses se equiparem em natureza –, serão imputados na quota disponível e o restante será reduzido, não há possibilidade de que a legítima seja atingida em sua integridade quantitativa. Dessa forma, permitir que os herdeiros optem por não cumprirem prestações sucessivas ou manterem o usufruto entregando a quota disponível, simplesmente adiantará o efeito do próprio legado, facilitando, entretanto, a vida dos herdeiros necessários que, recebendo sua legítima, poderão não mais se preocupar com os encargos dos legados.

Poder-se-ia questionar se a prestação de alimentos não se perdurar pelo tempo calculado se não estariam os herdeiros necessários sendo prejudicados. A resposta é negativa. Isso porque as legítimas foram integralmente pagas, de forma que a sucessão necessária foi plenamente efetivada. O único prejuízo por parte dos herdeiros que optaram por entregar a parte disponível da herança é na esfera da sucessão legítima, que por sua vez e pela construção de independência entre as sucessões aqui construída não goza de intangibilidade. Seria uma opção dos herdeiros que eventualmente saíram prejudicados – ou deixaram de receber – algo que receberiam por ocasião da sucessão legítima, mas fora sua própria opção que afastou esse recebimento, um risco em troca da tranquilidade de não se preocupar com os legados de alimentos ou usufruto.

Não parece viável a implantação do mesmo raciocínio aos legados de alimentos ou de usufruto feito aos herdeiros necessários, posto que esses, ainda que preencham toda quota disponível, poderão ser imputados subsidiariamente na quota indisponível, a fim de se preservar a proteção da vontade do testador. Nos parece, entretanto, necessária a aceitação do herdeiro necessário do legado, com a intenção de que não se configure hipótese de mácula da intangibilidade qualitativa da legítima.

5 CONCLUSÃO

Toda a trajetória comparativa resulta, invariavelmente, em uma perspectiva micro comparada. Em que pese não ter sido esse o viés central, a utilização da importação de teorias e normas acaba por caracterizar, de alguma forma, uma perspectiva micro comparada entre Brasil e Portugal. Relação essa que serviu de base a um somatório de conclusões.

Antes de mais, deve-se ressaltar que a análise da sucessão legitimária do Direito português e suas problemáticas próprias demonstram uma necessidade profunda de debate e estudo dos fenômenos dali emanados, como a definição de uma forma própria de cálculo de herança – preferencialmente unificada –, a possibilidade de sujeição do cônjuge à colação, dentre outras questões já discutidas pela doutrina, e outras que se levantam. Não se ocupou o presente trabalho, entretanto, da busca de soluções finalísticas sobre os vários embates doutrinários existentes no Direito sucessório português. A análise desses serve como pressuposto de amadurecimento do Direito sucessório lusófono para que, servindo de base às construções propostas no Direito brasileiro, possa se justificar as importações teóricas.

Outro ponto que se concretiza a partir da análise do Direito sucessório português é a proximidade jurídica com o ordenamento jurídico brasileiro, fruto da própria história e que, mesmo sendo próximos, guardam pontos de divergência que, inclusive, influenciam diretamente na criação de uma teoria nacional – brasileira – de imputação.

Nesse sentido, desabrocham várias perspectivas conclusivas sobre o Direito sucessório brasileiro, a legítima, as liberalidades, a colação, a inoficiosidade e a imputação.

Quanto ao Direito sucessório brasileiro, de maneira ampla, o que se vislumbra é a deficiência qualitativa da análise doutrinária sobre os temas de difícil interpretação. Fruto de uma dependência jurídica da manifestação jurisprudencial, a doutrina pouco se atém às questões complexas afetas ao Direito sucessório. Configura-se uma espécie de inércia doutrinária frente aos desígnios complicados dos regimes sucessórios brasileiros de modo que, aparentemente, somente a manifestação jurisprudencial poderia solver as dúvidas existentes.

Quanto ao cálculo de herança, já há em decorrência da importação do Direito português uma conclusão possível: o Direito brasileiro aplica para o cálculo da herança a Escola de Coimbra, ou seja, existe uma ordem de operações contabilísticas para o cálculo da herança. Assim, primeiro se apura o *relictum*, abatem-se as dívidas e posteriormente aplicam-se as doações. A diferenciação que se entendeu possível é a realização de uma operação que não remeta uma herança deficitária a 0,0 (zero), ou seja, se as dívidas foram superiores ao *relictum*, poder-se-ia somar o *donatum* ao saldo negativo, como uma espécie de abatimento – o que a Escola de Coimbra não alcança em sua teoria.

Superada tal fragilidade do tratamento dado à seara sucessória no Direito Civil brasileiro e as questões contabilísticas, tem-se nas questões relacionadas às modalidades sucessórias a primeira – de duas – grande proposta evolutiva para a sistemática sucessória brasileira, qual seja o tratamento dos herdeiros necessários do art. 1.845 do CC brasileiro por uma modalidade sucessória própria, a qual optou-se por chamar de "sucessão necessária". A criação de uma modalidade própria para tratar dos herdeiros necessários configura – em alusão à sucessão legitimária do Direito civil português – a emancipação do tratamento jurídico dado à legítima, não como mera reserva legal da herança, mas como uma porção da herança que será objeto de uma modalidade sucessória própria, e que merece tratamento específico por suas características e peculiaridades. O resultado proposto é o rompimento da sucessão necessária com a sucessão legítima, ainda que não seja essa a percepção de uma visão superficial do *códex* civilista brasileiro. Busca-se, aqui, uma superação da deficiente estruturação da codificação para, a exemplo da análise doutrinária portuguesa sobre o Código de Seabra, afastar a sucessão necessária e aprofundá-la, ainda que o código não a preveja como modalidade sucessória individual. Exerce aqui o pensamento doutrinário o papel de romper com o formalismo e entender o que a normatização busca revelar.

A linha argumentativa que permite a individualização da sucessão necessária se dá sobre quatro aspectos:

a) A natureza das modalidades, sendo a sucessão legítima de natureza disponível, ao passo que a sucessão necessária é inafastável.
b) O fundamento de existência de cada uma das modalidades, de maneira que a sucessão legítima se fundamenta em uma passagem de patrimônio, ao passo que a sucessão necessária terá como fundamento a proteção dos parentes próximos nomeados herdeiros necessários.
c) A terceira diferenciação está nos próprios sujeitos que podem figurar em cada modalidade sucessória, assim a sucessão legítima comporta os descendentes, o cônjuge, os ascendentes, os colaterais e ainda o estado. A sucessão necessária, por sua vez, só se dará aos descendentes, ao cônjuge e ao ascendente.
d) E, por derradeiro, os objetos das duas modalidades sucessórias são diferentes em sua essência. A sucessão legítima tem como objeto todos os bens deixados pelo *de cujus* por ocasião da abertura da sucessão, ao passo que a sucessão necessária leva em consideração todas as liberalidades realizadas pelo autor da herança, tanto em vida como por ocasião da morte.

Essa construção de uma teoria independente da sucessão necessária foi construída como passo fundamental da construção da teoria da imputação no Direito brasileiro. Chegar ao ponto de analisar a imputação pede o passo anterior de se aceitar, mesmo ao despeito da organização formal do Código, que a sucessão necessária é modalidade própria.

Aceitando-se esse ponto, passa a ser possível a efetivação da didática de imputação das liberalidades no Direito brasileiro que irá ser organizar na seguinte forma, de acordo com a liberalidade e seu destinatário:

a) A doação a descendente herdeiro necessário prioritário sujeita à colação e dispensadas de colação, liberalidade que obrigará a imputação da liberalidade na quota indisponível e subsidiariamente na quota disponível, quando se tratar de doação sujeita à colação e o caminho inverso, no caso de doação dispensada de colação.
b) A doação a descendente herdeiro necessário prioritário não sujeita à colação; que será imputada na quota disponível e seu eventual excesso poderá ser imputado na legítima do donatário para aproveitamento das doações.

c) A doação ao cônjuge e ao companheiro herdeiro necessário prioritário sujeita e não sujeita à colação. Quando sujeita à colação, as doações ao cônjuge e companheiro serão imputadas prioritariamente na quota indisponível e, posteriormente, na quota disponível, e em caso de doação dispensada de colação o caminho inverso, tal como proposto na doação a descendente. Não se esconde, aqui, a evidente equiparação do cônjuge como herdeiro necessário com posição idêntica ao descendente.

d) A doação a ascendente herdeiro necessário prioritário. Surge diferença no tratamento de descendente devido a sua não sujeição a colação. As doações, que nunca serão colacionáveis, deverão ser imputadas na quota disponível, podendo seu excesso ser imputado na quota indisponível. Equipara-se, aqui, à doação feita ao descendente herdeiro necessário prioritário, que não está sujeita a colação.

e) A doação a terceiro estranho à sucessão e a doação a herdeiros necessários não prioritários. As duas figuras citadas comportam a mesma posição no fenômeno sucessório de maneira que, não havendo legítima, só restará a imputação na quota disponível com eventual redução decorrente de excessos.

f) A doação a herdeiro renunciante ou excluídos. No caso de herdeiro necessário prioritário renunciante ou excluído, inclina-se pela posição pela posição de aceitação da criação de uma legítima ficta para a imputação, colação e eventual igualação, das doações a ele realizadas por ocasião do art. 640 do CPC brasileiro. Não se deixa de questionar a dicotomia entre a norma processual e a norma de Direito material civil, de maneira que a norma processual – a qual se opta por aplicar – só merece aplicação por ser norma mais recente.

g) A deixa testamentária a título de herança em favor de herdeiro necessário prioritário. A qual deverá ser imputada, em regra, na quota disponível com possibilidade de imputação subsidiária na legítima. Deve-se atentar apara a possibilidade manifestação de vontade do *de cujus* em sentido diverso o que poderá ser respeitado, providenciando-se, inclusive, uma imputação na legítima com imputação subsidiária na quota disponível.

h) A deixa testamentária em favor de sucessível necessário não prioritário, será imputada na quota disponível, pela razão lógica de inexistência de legítima para imputação.

i) O legado em favor de herdeiro necessário prioritário, como última problemática de imputação necessita de uma análise de vontade do auto da herança, em consonância com as deixas testamentárias a título de herança realizadas pelo falecido – de maneira que o legado seja imputado na quota disponível e seu excesso na legítima, exceto quando se auferir a vontade diversa do autor da herança. Guarda-se as peculiaridades dos casos de legado de usufruto e de alimentos que se sujeitarão a mesma prática de imputação com peculiaridades na valoração dos mesmos.

Sendo pelo verificado, é plenamente aplicável a imputação subsidiária no Direito brasileiro, o que se extrai dos mais diversos artigos do Código Civil, possibilitando, no mesmo sentido, a importação e aproximação com a aplicação desse instituto no Direito português.

Por fim, nos termos já ditos se estrutura a teoria da imputação no direito brasileiro, tomando-se para essa criação a base legal, as divergências doutrinárias, a evolução histórica e a importação de teorias, a fim de que a partir de uma evolução do Direito sucessório brasileiro possa-se aplicar na prática a construção aqui realizada.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Anais dos Congresso do IBDFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2.016.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da Família e das Sucessões**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ARAÚJO, Rejane de Fátima. **Auditórios e Argumentação em Teoria do Desenvolvimento Econômico**. [Em linha], p. 14. [Consult. 04 Jan. 2016]. Disponível em: WWW:<http://www.anpec.org.br/encontro2007/artigos/A07A045.pdf>.

ARCOVERDE, Helena Monte. **As cláusulas restritivas de propriedade, impostas por testamento ou doação, à luz da Constituição de 1988 e do Direito Civil**

Constitucional. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AUA. Denise Amin Miguel Feres. **Parecer nº 01/2000**. Procuradoria de Sucessões. In: Revista de Direito Processual Geral. v. 53. Rio de Janeiro: PGE, 2000.

BAROSA, Paula. **Doações Entre Cônjuges**: enquadramento jus-sucessório. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Limites da Renúncia e da Transação Judicial e Extrajudicial.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. v. 57. Jul-Dez. 1997

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clovis Bevilaqua. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. ver. atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha**. Imputação de Liberalidades**. Em: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga. Coord. António José Moreira. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAVES, Antônio. **Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 95. ano 2000. p. 100-103.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito civil, Família, Sucessões**. v. 5. 5. ed. rev. atual. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Ricardo. **A Ineficácia da Súmula 377 do STF Frente ao Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < https://ricardobcoelho.jusbrasil.com.br/artigos/142844238/a-ineficacia-da-sumula-377-do-stf-frente-ao-novo-codigo-civil-brasileiro >. Acesso em: 18 de abril de 2016.

CORTE-REAL, Carlos Adelino de Andrade Pamplona. **Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Curso de Direito das Sucessões**, Lisboa: Quid Juris, 2012.

CUNHA, Paulo. **Direito das Sucessões** – Sucessões Legitimárias. v. III. Lisboa, 1947.

DANELLUZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DELFIM, Priscila Martins. **A Relevância das Liberalidades na Sucessão Legitimária: breve estudo microcomparado do direito português e brasileiro**. Dissertação de Mestrado. FDUL. Orientador: Carlos Pamplona Corte-Real. Lisboa, 2014.

DIAS, Cristina Araújo. **Lições de Direito das Sucessões**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade e o Nexo de Imputação da Obrigação de Indenizar**: Reflexões Para Um Colóquio Brasil-Portugal. In: Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 1, nº 1. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. E-book**. Direito Civil Brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao Código Civil**. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Org. **Pequeno Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2015.

LÉVAY, Emeric. **A Codificação do Direito Civil Brasileiro Pelo Jusrisconsulto Texeira de Freitas**. In: Revista Justiça e História. v. 2. n. 3. Rio de Janeiro: Tribunal de Jsutiça do Rio de Janeiro, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Walter. **Programa de Direito das Sucessões**: Teoria Geral e Sucessão Legítima. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NETTO, Sérgio de Oliveira. **Critérios Solucionadores do Conflito de Leis que Sucedem no Tempo**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/702490.>. Acesso em: 19/02/2.017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. Lisboa: AAFDL, 2013.

PITÃO, José Antônio de França. **A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português**. 4. ed. rev. atual. e aumentada. Almedina: Lisboa, 2005.

RAMIREZ, Paulo Nuno Horta Correia. **O cônjuge sobrevivo e o instituto da colação**. Coimbra: Almedina, 1997.

SANTOS, Bernardete Schleder dos. RUVIARO, Heloísa Missau. KESSLER, Márcia Samuel. **O Cônjuge e o Companheiro no Direito Sucessório Brasileiro e a Violação do Princípio da Equidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/225.pdf>. Acesso em: 03/011/2017.

SEFAZ-ES. **Parecer Normativo Nº 01/2009**. Disponível em: <http://www.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/pareceres%20normativos/2009/parecer%20normativo%2001-2009.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 17/02/2.017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense,2004

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de Direito das Sucessões**. v. 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

STF. **Rext 878694** – MG. Relator: Minsitro Luis Roberto Barroso. Voto do relator. 2016.

STJ. Quarta Turma – **Resp 467184**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 05 de dezembro de 2002.

STJ. **REsp 254.894/SP**. Relator: Min. Castro Filho. 3ª turma. Julgado em: 09 de agosto de 2005. Diário da Justiça de 12 de setembro de 2005.

STJ. **REsp 259.406/PR**. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª turma. Julgado em: 17 de fevereiro de 2005. Diário da Justiça de 04 de abril de 2005.

STJ. **Resp. nº 992.749**. 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 10 de maio de 2.011.

STJ. Terceira Turma: **Resp. nº 466.329** – Rs (2002/0101677-0); Relatora: Ministra Nancy Andrighi., data do julgamento: 22 de junho de 2004

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. E-book.4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v. 6. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões**: Noções Fundamentais, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. Livro Digital. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. v. 3. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: direito das sucessões, vol 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.