

CONTRATOS ENTRE ASCENDENTES E DESCENDENTES: REGRAS DE PROTEÇÃO AOS QUINHÕES LEGITIMÁRIOS

Thalles Ricardo Alciati Valim¹⁻²

Resumo: Este artigo busca evidenciar a finalidade das regras presentes nos arts. 496, 533, 544 e 549, mediante uma interpretação sistemática dessas normas. Pretende-se mostrar que a proteção aos quinhões legitimários e à legítima é a *ratio essendi* dos quatro preceitos legais. Uma vez demonstrada, a tese servirá como argumento para a definição da concepção de “descendentes” que subjaz ao conceito apresentado por essas regras e, ainda, para solução de outras questões que se põem à luz da redação dos artigos. Chega-se à conclusão de que, por se proteger os quinhões hereditários, os “descendentes” a que se referem os artigos estudados excluem de seu conceito os descendentes por afinidade.

Palavras-chave: Venda de ascendente a descendente - Troca entre ascendente e descendente - Doação de ascendente a descendente - Proteção aos quinhões legitimários.

CONTRACTS BETWEEN ASCENDANTS AND DESCENDANTS: PROTECTIVE RULES FOR THE INHERITANCE

¹ Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e pela *Université de Lyon* (França).

² O presente artigo é fruto de pesquisa desenvolvida para o seminário por nós apresentado na disciplina “Direito de Família: Diálogos”, ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante o 1º semestre de 2017, sob a coordenação dos professores Gilselda M. F. N. Hironaka e José Fernando Simão. Agradeço aos colegas que participaram do debate e externaram suas impressões. Um agradecimento especial é devido a Maurício Baptistella Bunazar e a João Pedro de Biazzi, que leram cuidadosamente a versão final do artigo e contribuíram com suas críticas e sugestões.

RIGHTS

Abstract: This article aims to make clear the purpose of the rules contained in sections 496, 533, 544 and 549 of the Brazilian Civil Code, through a systematic interpretation of these norms. We intend to show that the protection of the descendants' inheritance rights is the *ratio essendi* of the four norms. Once it is proved, this thesis will serve as an argument for the definition of the conception of "descendants" that lies under the concept presented by these rules. We come to the conclusion that, because these rules intend to protect the descendants' inheritance rights, the "descendants" the sections make reference to excludes from its concept the descendants by affinity.

Keywords: Sale from the ascendant to the descendant - Exchange between the ascendant and the descendant - Donation from the ascendant to the descendant - Protection of the descendants' inheritance rights.

Sumário: 1. Introdução – 2. Contratos onerosos: venda e troca de ascendente a descendente – 2.1. Venda de ascendente a descendente: o fundamento do art. 496 – 2.1.1. A Tese da Harmonia Familiar – 2.1.2. A Tese das Simulações – 2.1.3. A Tese da Igualdade dos Quinhões – 2.2. Venda de ascendente a descendente: o art. 1.132 do Código Civil de 1916 – 2.3. Venda de ascendente a descendente: o prejuízo aos herdeiros-descendentes – 2.4. A venda por interposta pessoa – 2.5. A troca ou permuta entre ascendentes e descendentes – 3. Contratos gratuitos: doações de ascendente a descendente – 3.1. As doações inoficiosas – 3.1.1. Doações inoficiosas a terceiros – 3.1.2. Doações a descendentes – 4. Contratos entre ascendentes e descendentes: semelhanças e dessemelhanças – 5. A concepção de "descendentes" decorrente de interpretação sistemática – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



proteção à igualdade dos quinhões legitimários e à parte legítima³ é um dos valores que o direito privado brasileiro consagra. Nesse sentido, diversas regras são dispostas para que não haja fraudes, simulações ou outros meios de dissipação ou ocultação patrimonial, com intento de se esquivar das regras sucessórias que garantem aos herdeiros necessários um quinhão hereditário por lei (quinhão legítimo ou legítimo).

De acordo com Luciano de Camargo Penteado, a ideia de se reservar uma parte da herança aos herdeiros necessários tem a ver com a "garantia da estabilidade patrimonial do núcleo familiar imediato composto por descendentes, ascendentes e cônjuge"⁴. Há, portanto, uma função supraindividual da legítima, nos dizeres de Penteado, com dimensão ética, que impõe limites à autonomia negocial com vistas a efetivar essa garantia.

A proteção à legítima é vista pela doutrina como sustentada por dois fundamentos. Um fundamento moral, pois haveria uma "certa classe de parentes, que o alienante não poderia, sem injustiça, sem um tipo de impiedade, destituir inteiramente de seus bens. (...) Por isso há toda uma sorte de regras introduzidas no interesses desses parentes, a saber: as regras acerca da porção disponível de bens e acerca das reduções [das doações]"⁵.

³ "Herdeiro necessário, portanto, é o parente ou a pessoa (cônjuge, que não é parente do falecido) que reserva o direito a uma parcela mínima – equivalente à metade – do monte hereditário, não podendo ser privado dessa quota por vontade exclusiva do autor da herança, salvo nos casos taxativamente admitidos por lei. Essa parte da herança que lhes é reservada se denomina *quota indisponível*, ou *legítima dos herdeiros necessários*, ou, ainda, *reserva legítima* (conforme o art. 1.847 do CC)". Cf. HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 353.

⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de direito civil: sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79.

⁵ DEMOLOMBE, Charles. *Traité des donations entre-vifs et des testaments*. t. 1. Paris: Durand-Hachette, 1863, p. 7.

Outro fundamento de proteção à legítima é social, já que, ao se conservar um certo patrimônio para a família do *de cuius*, se garante que ela não necessite de ajuda do Estado para sobreviver⁶.

Essa função protetiva pode ser vista no art. 496 do Código Civil, em que se declara anuláveis as vendas de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e do cônjuge, salvo, para este último, no caso de regime de separação obrigatória de bens.

Igualmente, no art. 533, II, do Código Civil, ao excepcionar a incidência das regras do contrato de compra e venda para os contratos de troca ou permuta, dispondo serem anuláveis os contratos de troca entre ascendente e descendente em que haja desigualdade de valores entre os bens trocados, sem anuência dos demais descendentes e do cônjuge.

No que diz respeito às doações, essa proteção é feita por dois mecanismos: (i) antecipação do quinhão legítimo ao donatário-descendente (art. 544 do Código Civil); e (ii) redução por nulidade da parte das doações que exceder o *quantum* disponível (art. 549 do Código Civil).

Essas regras teriam em comum, portanto, a proteção à legítima e aos quinhões dos herdeiros necessários. Entretanto, essa assertiva não é isenta de disputas quanto à sua veracidade. Há quem afirme, sobretudo para o art. 496 do Código Civil, razões outras que não essa⁷.

Busca-se no presente artigo demonstrar que uma interpretação sistemática dessas regras só pode ter por conclusão que a sua razão é a proteção aos quinhões legítimos. Ademais, que

⁶ DEMOLOMBE, Charles. *Traité des donations entre-vifs et des testaments*. t. 1. Paris: Durand-Hachette, 1863, p. 7-8.

⁷ NADER, Natal. Venda de ascendente a descendente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197; SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 110.

só essa interpretação permite que se chegue à concepção mais coerente do que se deve entender por “descendentes” no suporte fático dessas normas. Entendendo por descendentes tanto aqueles a quem cabe dar anuência, quanto os que figuram como compradores, permutantes e donatários.

2. CONTRATOS ONEROSOS: VENDA E TROCA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE

Os contratos onerosos paradigmáticos são a compra e venda e a permuta; este último tendo dado origem, inclusive, ao primeiro⁸. São, também, contratos bilaterais e sinalagmáticos que, por sua natureza sinalagmática, não viriam a causar prejuízo aos descendentes de um dos contratantes.

Entretanto, a possibilidade de fixação de desproporção entre as prestações pela vontade dos próprios contraentes pode servir para fraudar a igualdade dos quinhões legítimos dos descendentes-herdeiros. Não à toa, portanto, o legislador brasileiro editou regras tendentes a evitar essa situação para ambos os tipos contratuais.

2.1. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE: O FUNDAMENTO DO ART. 496

No que concerne à compra e venda, o art. 496 do Código Civil afirma ser “anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. Esse dispositivo não possui equivalente em muitos países, tendo sido originário das tradições célticas e visigóticas, de acordo com Otavio Luiz Rodrigues Junior⁹.

⁸ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 135.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 167.

A questão acerca do fundamento do art. 496 encontra algumas correntes. No presente artigo, trataremos de três dessas correntes: (i) a *Tese da Harmonia Familiar*; (ii) a *Tese das Simulações*; e (iii) a *Tese da Igualdade de Quinhões*. A utilização dessas denominações se dará apenas para a simplificação do argumento.

2.1.1. A TESE DA HARMONIA FAMILIAR

A regra que hoje se encontra no art. 496 do Código Civil já estava presente nas Ordenações Manuelinas e Filipinas – embora, não, nas Afonsinas¹⁰ – Livro IV, Título LXXXII, e Livro IV, Título XII, respectivamente. Em ambas, começa-se a dispor acerca da proibição afirmando que a intenção era a de "evitar muitos enganos e demandas"¹¹.

Por isso, a tese de que a razão da regra era a de evitar o conflito familiar angariou adeptos, tendo, no Brasil, defensores como Pontes de Miranda¹²; Natal Nader¹³ e, mais recentemente, José Fernando Simão¹⁴. Duvidamos, contudo, que a expressão “enganos e demandas” possa ser interpretada exclusivamente no sentido de manutenção da harmonia familiar. Parece-nos que “engano” seria, com muito mais facilidade, associado a burla, a

¹⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p. 19-32, 2000, p. 27.

¹¹ PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. v. 3. ed. fac-sim. da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1984, p. 227-228; _____. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. fac-sim. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 791-792.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 79

¹³ NADER, Natal. Venda de ascendente a descendente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197

¹⁴ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 110.

simulação, do que à ideia de se evitar conflitos no seio familiar.

Inicialmente, Pontes de Miranda parece concordar com o fundamento de se evitar simulações (*Tese das Simulações*) ao dizer que "o que se quer evitar é que se doe, como se de venda ou troca se tratasse, porém dispensou-se qualquer prova da simulação". Mais adiante, contudo, emenda: "o fundamento é o de pré-excluir *enganos e demandas* entre ascendentes e descendentes, o que estava explícito nas Ordenações Filipinas, Livro Iv, Título 12, mais, portanto do que evitar dissimulação de doações"¹⁵.

Embora concorde com a *Tese da Igualdade dos Quinhões*, José Fernando Simão não acredita que ela exclua a *Tese da Harmonia Familiar*: "A simples desconfiança, ainda que infundada, é suficiente para fazer brotar o litígio familiar, que, muitas vezes, remonta a questões da infância e adolescência mal resolvidas e que se revelam presentes na vida adulta. É o estremecer de relações já frágeis e intensas por natureza que a lei pretende evitar"¹⁶.

2.1.2. A TESE DAS SIMULAÇÕES

No *Esboço de Código Civil* de Teixeira de Freitas, mais precisamente em seu art. 1.986, dizia-se ser permitida a venda de pais e mães a filhos ou netos. Fazia-se, contudo, a ressalva de que a venda poderia ser anulada caso houvesse simulação de venda e dissimulação de doação, quando se provasse não ter havido "pagamento de preço algum, ou que o preço pago foi inferior à metade do justo valor do imóvel vendido". Mais recentemente, a tese de que o artigo tem por objetivo impedir simula-

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 78 e 79.

¹⁶ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 110.

ções fraudulentas encontrou adeptos como Washington de Barros Monteiro¹⁷, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ e Paulo Lobo¹⁹.

Essa é a corrente majoritária na doutrina portuguesa²⁰. Mesmo antes da edição do Código Civil de 1867, Coelho da Rocha afirmava que se objetivava evitar fraudes²¹. Em Portugal, o Código Civil também prevê regra semelhante à do art. 496, por influência das Ordenações, em seu artigo 877.º, quando se diz: "Os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda; o consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado ou seja recusado, é susceptível de suprimento judicial."

Percebe-se que, consonante com o disposto nas Ordenações Filipinas, manteve-se a previsão de suprimento judicial quando houver recusa ou impossibilidade do consentimento dos demais descendentes. Por isso, a regra liga-se mais à prova do prejuízo do que no direito brasileiro, já que a recusa injustificada deverá ser provada mediante a ausência de prejuízo à legítima e, por conseguinte, a inexistência de simulação²².

Pela aproximação da regra do art. 877.º com a simulação, a doutrina também admite a incidência daquela em hipóteses de

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 41.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234.

¹⁹ LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80

²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 3. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 40; VENTURA, Raul. Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, v. 2, 1983, p. 272-273; PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 150; GALVÃO TELLES, Inocêncio. Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 39, 1979, p. 516.

²¹ COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de direito civil português*. 3. ed. t. 2. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, p. 628.

²² VENTURA, Raul. Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, v. 2, 1983, p. 273.

venda por interposta pessoa²³. Entretanto, Inocêncio Galvão Telles discorda dessa aplicação. Segundo ele, a regra, que acredita devesse ter sido extirpada do sistema por se tratar de “velharia” das Ordenações, deveria ser interpretada restritivamente, já que houve alteração da redação do artigo, quando comparado com o seu análogo no Código Civil de 1867, retirando a previsão das vendas por interposta pessoa²⁴.

2.1.3. A TESE DA IGUALDADE DOS QUINHÕES

A *Tese da Igualdade dos Quinhões* sustenta ser a equivalência dos quinhões legítimos entre os herdeiros necessários, quando descendentes, o verdadeiro objetivo do art. 496 do Código Civil de 2002. Manuel Borges Carneiro, ainda no século XIX, parecia aderir à *Tese da Igualdade dos Quinhões*, ao formular regra semelhante à presente no art. 496 do Código Civil de 2002 proibindo a venda de pai a filho "havendo outros filhos que devam ser seus herdeiros"²⁵.

Na *Consolidação das Leis Civis*, a proibição figurava em seu art. 582, § 1º: “Não podem vender: § 1º. Os pais aos filhos, aos netos, e aos mais descendentes; sem consentimento dos outros filhos, ou descendentes.”

Teixeira de Freitas, ao comentar a proibição, afirmava ser “aplicável a todos os ascendentes, de um e de outro sexo; porque a razão della foi evitar fraudes, em prejuízo dos herdeiros

²³ Nesse sentido: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 3. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41; PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 151; VENTURA, Raul. Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, v. 2, 1983, p. 268-269.

²⁴ GALVÃO TELLES, Inocêncio. Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 39, 1979, p. 522.

²⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. v. 2. Lisboa: Sousa Neves, 1867, p. 214.

descendentes”²⁶.

Clóvis Beviláqua, em comentários ao art. 1.132 do Código Civil de 1916, já sustentava ter sido esta a intenção da regra, por ele mantida no primeiro Código Civil brasileiro, muito embora projetos anteriores, como o de Coelho Rodrigues tivessem-na excluído. Dizia ele que "a razão desta proibição é evitar que, sob o color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas”²⁷.

Na doutrina brasileira é a tese majoritária, encontrando adeptos em Agostinho Alvim²⁸, Luiz da Cunha Gonçalves²⁹, J. M. de Azevedo Marques³⁰, Moraes Mello Junior³¹, Débora Gozzo³², Silvio Venosa³³, Otavio Luiz Rodrigues Junior³⁴, José Osório de Azevedo Junior³⁵, Luciano de Camargo Penteado³⁶ e

²⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. ed. fac-sim. da 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 368, nota 84.

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 245.

²⁸ ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 62-63.

²⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. v. 8. t. 2. anotado por José Geraldo Rodrigues de Alckmin. Rio de Janeiro: 19[?], p. 667.

³⁰ MARQUES, J. M. de Azevedo. Venda de bens de ascendentes a descendentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

³¹ MELLO JUNIOR, Moraes. Venda de imóvel por ascendente a um descendente sem o consentimento dos demais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

³² GOZZO, Débora. Venda a descendente. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 86.

³³ VENOSA, Silvio. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23.

³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 172.

³⁵ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

³⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de direito civil: sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79.

José Fernando Simão³⁷.

José Fernando Simão, embora admita ser a proteção à legítima um dos fundamentos do art. 496, acredita ser insuficiente para explicar a existência do preceito legal:

Esse fundamento reflete o espírito da norma. Se o objetivo único fosse evitar doações simuladas por meio de compra e venda, ao dispositivo seria inútil em razão da previsão genérica do art. 167 do CC cuja sanção para os negócios simulados é a da nulidade.

Ademais, se o objetivo fosse apenas evitar fraude à igualdade entre herdeiros, a utilidade do dispositivo seria questionável, pois já dispõe o ordenamento de regra que veda a doação inoficiosa (“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”).³⁸

Não concordamos com essa posição. A razão de ser da proibição da venda de ascendente a descendentes é a proteção à igualdade dos quinhões legitimários entre herdeiros descendentes. Contudo, a regra não é apenas *protetiva*, mas *preventiva*, nos dizeres de Inocêncio Galvão Telles³⁹. Ou seja, pouco importa se,

³⁷ José Fernando Simão é adepto tanto da *Tese da Harmonia Familiar* quanto da *Tese da Igualdade de Quinhões*, pois, embora concorde que uma das razões seja a proteção à legítima, defende como necessária razão a de se “evitar ou potencializar conflitos familiares”: “A simples desconfiança, ainda que infundada, é suficiente para fazer brotar o litígio familiar, que, muitas vezes, remonta a questões da infância e adolescência mal resolvidas e que se revelam presentes na vida adulta. É o estremececer de relações já frágeis e intensas por natureza que a lei pretende evitar.” Cf. SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 110.

³⁸ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 111.

³⁹ “Enquanto pois as normas dos arts. 579.º, 876.º, 953.º e 2.192.º e 2.198.º são normas de *fundo* (chamemos-lhes assim, à falta de designação melhor), proibindo actos pelo que eles têm em si da (*sic*) criticável, as dos arts. 877.º e 1.714.º, n.º 2, são meras normas *instrumentais* ou *preventivas*, que não reprovam propriamente os actos a quem dizem respeito mas apenas pretendem acautelar o *perigo* de sob eles se acobertarem *liberalidades* subtraídas à incidência de certas cautelas legais.

“Eis uma profundíssima diferença de situações que não se pode esquecer e menosprezar”. Cf. GALVÃO TELLES, Inocêncio. Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*,

no caso concreto, houve ou não prejuízo à legítima dos descendentes-herdeiros. O legislador fez uma opção por facilitar a proteção dos demais descendentes, que teriam dificuldades em comprovar o acordo simulatório, mediante a existência de um negócio simulado e outro dissimulado. Nesse sentido, afirmam Pires de Lima e Antunes Varela que a intenção foi “evitar uma simulação, difícil de provar, em prejuízo das legítimas dos descendentes”⁴⁰.

Isso não significa que a regra tenha por objetivo *sancionar* simulações, mas *evitá-las*. De qualquer forma, nada impede a incidência do art. 167 do Código Civil, caso tenha havido, de fato, simulação. Nesta hipótese, tendo os descendentes condições de provar a maquinação, poderão optar pela ação de declaração de nulidade⁴¹.

Aliás, a aproximação da simulação com a venda de ascendente a descendente foi feita, no Brasil, dentro de um contexto hoje não mais presente. Não havia, no Código revogado, sanção expressa à proibição da venda de ascendente a descendente sem consentimento dos demais herdeiros, como será visto no item seguinte.

Concordamos com Otavio Luiz Rodrigues Junior quando afirma que o fundamento da *paz familiar* é “tão correto quanto genérico”, já que a função de todo o Direito é a promoção da paz, a solução de conflitos⁴². Poder-se-ia argumentar que essa é a finalidade de quase todas as normas contidas no Código Civil.

Aliás, se as doações de ascendente a descendente são válidas, embora tenham consequências no Plano da Eficácia

v. 39, 1979, p. 545.

⁴⁰ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 150.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193-194.

⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 171.

quando da abertura da sucessão do doador, não faria sentido dizer que o fundamento da anulação das vendas é a manutenção da harmonia familiar. Com efeito, atos gratuitos, de liberalidade, são benefícios escancarados em detrimento dos demais descendentes. Mesmo quando importem em adiantamento do quinhão hereditário, é inegável que há vantagem em se receber, *desde já*, aquilo que só se adquiriria em sucessão. É provável, portanto, que as doações causem muito mais discórdia entre os descendentes do que as vendas, presumivelmente onerosas. Mesmo assim, quanto às primeiras, não houve cominação de nulidade ou invalidade. Nem se cogitou de exigir consentimento dos demais descendentes.

Otávio Luiz Rodrigues Junior ressalta que as objeções ao argumento são no sentido de que é possível ao testador deixar soma maior a um determinado descendente, desde que não infringindo a legítima dos demais. No entanto, afirma ele, essa não é a questão tratada pelo art. 496, mas sim a de preservar a “paridade válida dessas mesmas frações do acervo”. Ou seja, é evitar o intento ilegal de desequilíbrio entre as frações, não o legalmente aceito⁴³.

2.2. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE: O ART. 1.132 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 retirou a possibilidade, contida nas Ordenações, de suprimento do consentimento dos descendentes quando a venda fosse hígida⁴⁴. Com isso, não caberia verificar a existência de prejuízo efetivo aos herdeiros, já que o mecanismo de manutenção da venda foi claramente descartado pelos legisladores de 1916 e 2002.

⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 172. No mesmo sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19-20.

⁴⁴ GOZZO, Débora. Venda a descendente. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 83.

O Código revogado apresentava, ainda, redação algo obscura, vedando a venda, sem impor expressamente a sanção, se de nulidade ou anulabilidade. Surgiu, então, um profícuo debate doutrinário acerca da natureza da sanção imposta. Os postulantes da anulabilidade aproximavam-se, portanto, da tese de vedação às simulações (já que o vício era, no Código de 1916, causa de anulabilidade do negócio jurídico). Os que preferiam a nulidade, sustentavam-na pela própria fraude à lei.

Com a discussão, o STF chegou a editar em 1963 a Súmula 152, que dizia que "a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos a contar da abertura da sucessão". A referida Súmula prestigiava a orientação no sentido de anulabilidade, aproximando a hipótese do art. 1.132 da figura da simulação.

Entretanto, seis anos depois, a Súmula 494 do STF veio a revogar a anterior, prevendo "prescrição" vintenária para a ação contra venda entre ascendentes e descendentes. Consolidou-se, portanto, o entendimento de que a sanção cominada era a de nulidade, distanciando-a do instituto da simulação, o qual era previsto à época como vício suscetível de anulabilidade.

2.3. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE: O PREJUÍZO AOS HERDEIROS-DESCENDENTES

A solução para a questão da sanção à violação do dispositivo legal veio com o Código Civil de 2002, que fez clara opção pela anulabilidade. Entretanto, a simulação passou a ser sancionada como nulidade do negócio jurídico simulado. Desde então, parece não ser mais necessário aproximar o art. 496 das hipóteses de simulação. Quem ainda o faz, se esquece do contexto histórico em que surgiu o debate. Portanto, a *Tese das Simulações* perdeu força com a promulgação do atual Código.

No entanto, algumas questões ainda não estão assentes.

José Fernando Simão cogita de duas situações que poderiam ensejar dúvidas acerca da extensão e da aplicação da regra: (i) uma venda perfeita e hígida, em que há efetiva entrega de preço justo ao ascendente mediante a tradição ou registro da coisa; (ii) uma venda simulada escondendo verdadeira doação ao descendente⁴⁵.

Como bem colocado, as duas questões levantadas dizem respeito à relevância da aferição do efetivo prejuízo aos demais herdeiros-descendentes em decorrência da venda a um descendente. Quanto a isso, surgem duas correntes. A primeira aponta para a necessidade de se verificar a comprovação do prejuízo aos demais herdeiros⁴⁶. A segunda acredita ser desnecessária a prova de prejuízo, mesmo nos casos de simulação, pois o art. 496 absorveria as hipóteses específicas de venda a descendente por interposta pessoa⁴⁷.

No que diz respeito à hipótese de uma venda perfeita e hígida, é comum se questionar quanto à injustiça de se tratar de igual modo as vendas verdadeiras e aquelas simuladas ou fraudulentas. Ocorre, entretanto, que a alegação não tem fundamento. Enquanto no primeiro caso, o prazo decadencial, de dois anos (art. 179), impedirá a anulação a qualquer tempo da venda realizada; no segundo, em virtude do vício de nulidade por fraude à lei ou por simulação, os descendentes sempre poderão

⁴⁵ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 105.

⁴⁶ Seguem essa corrente, na doutrina nacional: MARQUES, J. M. de Azevedo. Venda de bens de ascendentes a descendentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137, AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59, PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de direito civil: sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 86, RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 354.

⁴⁷ Seguem essa corrente, na doutrina nacional: LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 39. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 79-80.

atacar o negócio jurídico (art. 169).

De qualquer forma, o art. 496 não proibiu, em toda e qualquer hipótese, as vendas de ascendentes a descendentes, mas apenas aquelas em que se faltou o consentimento dos demais herdeiros. A razão é que, enquanto as doações a descendentes importam em adiantamento de quinhão legítimo e, portanto, devem ser conferidas e colacionadas, os negócios jurídicos onerosos escapam dessa verificação. Ela deve ser feita, portanto, no momento da conclusão da venda.

A segunda hipótese aventada, de venda simulada escondendo verdadeira doação a descendente, permite a incidência tanto do art. 167, provando-se a simulação, quanto do art. 496, sem prová-la. Na primeira hipótese, o ônus probatório é maior, mas é compensado pela sanção de nulidade, muito mais severa, não permitindo o convalidamento e a confirmação. Na segunda, os descendentes não precisam provar a simulação e, por isso, a sanção é mais leve, de anulabilidade. Nada impede a incidência de ambas as regras e a opção, aos descendentes, de pedir a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico. A escolha por uma ou outra dependerá da possibilidade de se conseguir provar a simulação e, ainda, do momento em que se deseja atacar o negócio jurídico⁴⁸. Decorridos dois anos da conclusão da venda, restará apenas a hipótese de declaração de nulidade por simulação.

2.4. A VENDA POR INTERPOSTA PESSOA

Se não se discute ser anulável a venda direta de ascendente a descendente, por interpretação do art. 496, já não se tem tanta certeza que a mesma sanção deverá ser imputada quando a

⁴⁸ “A simulação não se dá *ipso facto*. Carece de prova e de demonstração. Elementos como o tempo que medeia entre as duas transações e a divergência entre a finalidade visada e a declarada são indicativos da nulidade operada”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194.

venda ocorrer através de terceira pessoa.

Nesta hipótese, poderá haver duas situações distintas: i) a venda a um terceiro (testa-de-ferro), que permanecerá com o bem em seu nome, mas que transmitirá ao descendente do alienante a posse do imóvel; ii) a venda a um terceiro que, em seguida, revenderá o bem ao descendente. No primeiro caso, estamos diante de uma simulação relativa por interposta pessoa, prevista no art. 167, I, § 1º, do Código Civil. No segundo, haverá fraude à lei.

Há autores na doutrina nacional que criticam a referência a simulações, afirmando que a venda por interposta pessoa só pode se configurar por fraude à lei⁴⁹. Entretanto, não vemos razão em negar a possibilidade de que a primeira hipótese venha a ocorrer, como o próprio dispositivo legal, de maneira geral e abstrata, prevê no art. 167.

De qualquer forma, embora conceitualmente as hipóteses de fraude à lei e de simulação sejam diversas, a sanção prevista pelo legislador nacional é a de nulidade tanto num caso quanto noutro. Razão pela qual trataremos dos dois casos simultaneamente. Quando fizermos menção à simulação, será possível entender a afirmação para a fraude à lei e vice-versa.

Na doutrina portuguesa, é majoritária a tese que admite a interpretação extensiva do dispositivo, abrangendo também os casos de venda por interposta pessoa⁵⁰. Os autores que assim o fazem interpretam o artigo contrariamente à sua história legislativa. Em Portugal, o Código Seabra, revogado, previa expressa-

⁴⁹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; MELLO, Marcos Bernardes de. A venda de ascendente a descendente por terceiros é causa de nulidade? *Revista Consultor Jurídico*, 19.09.2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-19/venda-ascedente-descendente-terceiros-causa-nulidade>>. Acesso em 25.05.2017.

⁵⁰ VENTURA, Raul. Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, v. 2, 1983, p. 271-272; PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 151; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 3. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 41.

mente a aplicação da proibição às vendas de ascendente a descendente, “quer feitos directa, quer por interposta pessoa”⁵¹. No Código atual, contudo, não há qualquer referência às vendas indiretas, contrariamente ao que ocorre em outros artigos proibitivos de vendas e outros negócios jurídicos contido no diploma português, em que se prevê expressamente a aplicação. Por isso, Inocêncio Galvão Telles foi um crítico da corrente majoritária, propugnando a interpretação restritiva do artigo 877.º do Código Civil português⁵².

Há, entretanto, uma certa razão para a interpretação extensiva do art. 877.º. Como vimos, em Portugal, a tese preponderante é aquela que fundamenta a proibição nas simulações. A aproximação dos dois institutos é tanta que não faria sentido retirar da incidência do artigo uma hipótese específica de simulação somente por não ser objetiva (com relação ao negócio jurídico celebrado), mas subjetiva (com relação às partes). Ademais, a previsão de suprimento judicial do consentimento dos demais herdeiros parece, de fato, aproximar muito as duas hipóteses, já que permite a discussão quanto ao efetivo prejuízo aos quinhões legítimos.

Nenhuma dessas circunstâncias encontra-se presente no Código Civil brasileiro. Não temos previsão de suprimento judicial⁵³; com o advento do Código Civil de 2002 a tese das simulações perdeu força e admite-se a independência do regime do art. 167 em relação ao do art. 496.

⁵¹ Código Civil Português de 1867, art. 1567.º, *caput*: “Os contractos de compra e venda, quer feitos directamente, quer por interposta pessoa, com quebra das disposições contidas nos artigos antecedentes, serão de nenhum effeito”. Cf. PORTUGAL. *Código Civil portuguez*. 2. ed. oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 266).

⁵² GALVÃO TELLES, Inocêncio. Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 39, 1979, p. 524.

⁵³ Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 47. Contra: AZEVEDO JR: 2005, p. 59; MARQUES: 2011, p. 137.

Assim sendo, parece-nos que, no Brasil, não caberia resolver a hipótese de venda por interposta pessoa – seja em caso de simulação, seja de fraude à lei – mediante aplicação do art. 496. É caso de nulidade do negócio jurídico, que necessitará da prova da simulação ou da fraude⁵⁴.

No que diz respeito à fraude, Washington de Barros Monteiro apresenta exemplos de meios de prova da venda por interposta pessoa:

Por exemplo, a proximidade das alienações, a falta de recursos do comprador, a inexistência de lucro no exíguo espaço de tempo em que foi proprietário, a declaração de pagamento anterior e a concessão de vantagens desusadas ao vendedor, que não era pessoa de suas relações, fazem presumir tratar-se de negócio simulado (*Revista dos Tribunais*, 166/232 – 169/567). Da mesma forma, é indicativa de simulação a outorga das escrituras no mesmo dia e no mesmo cartório, continuando o ascendente a residir no imóvel alienado (*Revista dos Tribunais*, 144/204). Outrossim, também constitui indício de simulação o adquirente não tomar posse da coisa que comprou (*Revista Forense*, 199/138).⁵⁵

2.5. A TROCA OU PERMUTA ENTRE ASCENDENTES E DESCENDENTES

O art. 533, II, do Código Civil prevê regra ligeiramente diversa para a hipótese de troca entre ascendentes e descendentes. Há, no entanto, a mesma *ratio* em ambos os dispositivos, qual seja a proteção à legítima e aos quinhões legitimários dos descendentes⁵⁶. A sanção permanece sendo de anulabilidade. No

⁵⁴ “A simulação, no entanto, absorve a mera venda sem consentimento, pois há um elemento novo: o intuito de fraude”. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194.

⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 50-51.

⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 534-535; ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1917, p. 794; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 147.

entanto, o suporte fático é distinto. Para se anular a troca entre ascendentes e descendentes realizada sem consentimento dos demais herdeiros há um requisito objetivo: a desigualdade⁵⁷ de valores das coisas permutadas⁵⁸⁻⁵⁹. Além disso, não se prevê que o consentimento deva ser expresso, razão pela qual poderá ser tácito⁶⁰.

Da leitura do artigo se percebe que o legislador decidiu impor um suporte fático mais restrito para a sua incidência. Otávio Luiz Rodrigues Junior assim explica a distinção de regimes:

Na compra, dispensa-se o problema da desigualdade, pois o legislador intuiu que o dinheiro é extremamente susceptível de gasto e perda; a substituição de bens tangíveis do patrimônio do ascendente por pecúnia impede o rastreamento eficiente dessa entrada, pois o dinheiro não é *carimbado*. Se pais e filhos simplesmente trocam entre si coisas dinerárias, a rigor, esses receios seriam substancialmente reduzidos. Os exemplos de negócios com esses caracteres assim o comprovam: (a) o apartamento da mãe é permutado com a casa de um dos filhos; (b) o par de abotoaduras do avô é trocado pela caneta-tinteiro do neto. Em havendo igualdade na representação econômica desses objetos, reputar-se-ão lícitas as trocas⁶¹.

No entanto, assim como na venda, não haverá necessidade de se provar prejuízo efetivo à legítima dos demais herdeiros. Basta a existência de desigualdade de valores entre as coisas permutadas por ascendente e descendente sem o consentimento

⁵⁷ A desigualdade deverá ser relevante. "A diferença inexpressiva de valores entre as duas coisas não é suficiente para invalidar a permuta". Cf. LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238-239.

⁵⁸ LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

⁵⁹ A desigualdade deve representar uma diminuição para o patrimônio do ascendente. Caso contrário, não deverá ser invalidado o negócio, já que não haverá prejuízo aos demais herdeiros, do mesmo modo como não se permite a anulação de venda de descendente a ascendente. Nesse sentido: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 536; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

⁶⁰ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

⁶¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 535.

dos demais descendentes e do cônjuge.⁶²

3. CONTRATOS GRATUITOS: DOAÇÕES DE ASCENDENTE A DESCENDENTE

Não é recente a preocupação com os contratos de doação e uma possível ofensa à legítima. As doações historicamente foram sendo restringidas. As primeiras limitações às doações parecem ter se originado na *lex Cincia de donis et numeribus*, em 204 a.C. , embora não se ligassem à proteção da legítima. Os autores apontam, como possíveis motivos por detrás do plebiscito, as tentativas de fomentar o comércio e de evitar a compra de influência política⁶³.

As primeiras limitações às doações com objetivo de se resguardar o quinhão hereditário vieram com a *querela inofficiosae donationis*. Na primeira metade do século III d.C., Alexandre Severo concede uma ação equiparável à da *querela inofficiosi testamenti* para a anulação da doação que violou a quota legítima⁶⁴.

O ápice das restrições foi alcançado com a Revolução Francesa. À medida que o regime revolucionário foi recrudescendo, a preocupação com o fim do direito de primogenitura dos nobres e com uma possível punição dos herdeiros que participaram da Revolução fez com que, em 1793, se proibissem todos os testamentos e as doações retroativamente à data de 14 de julho de 1789⁶⁵.

É verdade que logo depois essas restrições foram sendo abrandadas, chegando ao que hoje é previsto no *Code Civil* de

⁶² LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238-239.

⁶³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 482-483.

⁶⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 396.

⁶⁵ HYLAND, Richard. *Gifts: a study in comparative law*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 4.

modo similar ao nosso, mas com quinhões legitimários variáveis a depender do número de descendentes. De toda sorte, ficou na lei aquela noção de “hostilidade contra as liberalidades”⁶⁶.

3.1. AS DOAÇÕES INOFICIOSAS

Com relação aos contratos onerosos, como vimos, o mecanismo de proteção é preventivo, cominando a sanção de anulabilidade para os negócios celebrados sem o consentimento dos demais herdeiros, aos quais se confere essa prerrogativa para a verificação de existência ou não de prejuízo a seus quinhões.

Já no caso dos gratuitos, o mecanismo de proteção é a colação, momento em que há a verificação de todos os valores doados pelo *de cuius* em vida. Com isso, surgiu o conceito de doação *inoficiosa*. A *inoficiosidade* tem a ver com o descumprimento do *ofício* de ascendente. Ainda em Roma, no final da República, houve um forte repúdio àqueles que faleciam e deserdavam injustificadamente parentes próximos. Para a sociedade de então, o testador devia observar um dever de afeição (*officium pietatis*) para com eles. O testamento que descumprisse esse dever era tido como *inofficiosum*⁶⁷. Surge, então, a *querela inofficiosi testamenti*, permitindo a anulação do testamento sob a justificativa de que o testador estava em um estado de quase-insanidade (*quasi non sanae mentis fuisse*) ao violar esse *officium pietatis*. No século III d. C., a *querela inofficiosae donationis* estendeu essa garantia concedida a alguns parentes para as doações⁶⁸.

⁶⁶ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français: donations et testaments*. t. 5. avec le concours de André Trasbot. Paris: LGDJ, 1933, p. 1.

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 760.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 762.

Segundo Agostinho Alvim, "O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai"⁶⁹. Nesse sentido, as doações inoficiosas foram conceituadas como sendo aquelas que prejudicavam a legítima⁷⁰.

A doutrina contemporânea faz referência a doações inoficiosas apenas a terceiros, não a herdeiros, já que, pelo sistema atual, as doações a estes últimos são válidas mas importam adiantamento de legítima (art. 544). No entanto, de acordo com o sentido originário do termo, tanto as doações a terceiros quanto a herdeiros, em prejuízo dos demais herdeiros, deveria ser considerada inoficiosa⁷¹.

Há, contudo, a diversidade de regulamentação, pois as doações feitas a terceiros são regidas pelo art. 549, considerando-se nulas naquilo que excederem à parte disponível no momento da doação. Por outro lado, as doações feitas a descendentes são consideradas como adiantamento de legítima, de acordo com o art. 544.

3.1.1. DOAÇÕES INOFICIOSAS A TERCEIROS

O art. 549 afirma ser nula "a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento". Desta regra podemos extrair três conclusões: i) a sanção para a doação inoficiosa é de nulidade⁷²; ii) a

⁶⁹ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 165.

⁷⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. ed. fac-sim. da 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 298, nota 14. Assim, também, no *Esboço de Código Civil*, art. 2.175: "Reputar-se-á doação inoficiosa aquela cujo valor exceder a terça de que o doador podia dispor; e a tal respeito se procederá conforme se regular no Livro 4º deste Código". Cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 385.

⁷¹ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 165.

⁷² ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 177; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

nulidade será parcial, apenas referente ao que exceder à parte disponível⁷³; iii) a parte disponível será calculada no momento do aperfeiçoamento da doação⁷⁴.

Por se tratar de nulidade, não caberá convalidação⁷⁵. Portanto, pouco importa se, nulo o negócio à época de sua celebração porque excedente ao que se podia dispor, não houver prejuízo à legítima em virtude de enriquecimento posterior do doador⁷⁶. Agostinho Alvim era contrário a essa posição, fazendo interpretação analógica com a venda *a non domino*. Segundo ele, se, na venda feita por quem não era dono, ocorreria convalidação do negócio jurídico pela aquisição da propriedade posterior pelo alienante, não haveria razão para negar o mesmo resultado às doações inoficiosas⁷⁷.

Contudo, os problemas são diversos. Na venda *a non domino* não estamos diante de um negócio nulo, pois a separação dos planos de direito obrigacional e real não requer o poder de disposição da coisa no momento do aperfeiçoamento da venda⁷⁸. Ela é válida e eficaz. Contudo, há ineficácia quanto à transferência da propriedade. Caso o alienante adquira a propriedade, ocorrerá a pós-eficacização do negócio de disposição. Nesse ponto, o art. 1.268, § 1º do Código Civil de 2002 foi feliz quanto à redação. No Código revogado, dizia-se considerar “*revalidada a transferência*”. O dispositivo atual afirma considerar-se “*realizada a transferência*”, a indicar a operação no Plano da Eficácia.

A opção pela verificação do montante disponível no mo-

⁷³ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 165; LOBO, Paulo. p. 333.

⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. Comentários ao art. 549. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2014, p. 564.

⁷⁶ LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334.

⁷⁷ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 183.

⁷⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

mento da conclusão do negócio foi uma inovação do Código Civil de 1916⁷⁹, que privilegiou a segurança jurídica, já que nem mesmo o doador saberia se o negócio feito seria válido caso a parte disponível só fosse calculada na abertura da sucessão⁸⁰. Por isso, o empobrecimento posterior não será capaz de invalidar o negócio jurídico⁸¹. Não se exclui, contudo, a possibilidade de revogação da doação, pelo doador, por ingratidão, quando o donatário se recuse a lhe prestar alimentos⁸².

Quando, na tentativa de ofender à legítima dos herdeiros, o doador fizer doações sucessivas, todas válidas no momento da conclusão do negócio jurídico, o artigo que permitirá a sua invalidade não será o art. 549, mas o art. 2.007, § 4^o⁸³. O referido dispositivo afirma que, ao serem várias as doações a *herdeiros necessários*, serão elas reduzidas a partir da última, até que se elimine o excesso.

Embora o dispositivo faça menção apenas a herdeiros necessários, pela *ratio* da norma ser exatamente a mesma, de proteção à legítima, há aplicação analógica às doações válidas a terceiros. Entretanto, cremos que isso só será possível quando, entre as doações feitas, houver uma coligação contratual⁸⁴, cujo

⁷⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 279.

⁸⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 280; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XLVI. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 253.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XLVI. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 254; LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334.

⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos inominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139; ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 185.

⁸⁴ “Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (ex-

fim concreto seja fraudar a lei. A identidade de fins torna os negócios jurídicos coligados⁸⁵. Como afirma Pontes de Miranda, "[c]om doações sucessivas não se pode dispor do que seria indisponível com um só ato"⁸⁶. Nesse caso, por aplicação do art. 166, IV, do Código Civil, em conjunto com o art. 2.007, § 4^a, poderão ser reduzidas, desde a última até a eliminação do excesso.

3.1.2. DOAÇÕES A DESCENDENTES

As doações feitas a descendentes serão inoficiosas quando ultrapassarem a parte disponível, somado o quinhão legítimo do donatário. Somente nesse caso o art. 549 incidirá, determinando a nulidade daquilo que ultrapassar esse montante.

Quando as doações se mantiverem abaixo desse limite, o dispositivo incidente será o art. 544, que dispõe importar em adiamento de legítima as doações feitas de ascendente a descendente e de um cônjuge a outro.

Essa regra não comina sanção de invalidade (nulidade ou anulabilidade) às doações feitas de ascendente a descendente, algo que distingue-as das vendas e permutas. Entretanto, isso se justifica devido ao instituto da colação⁸⁷, que tem por finalidade igualar os quinhões hereditários dos herdeiros necessários e que só contempla os negócios gratuitos, conforme já mencionado.

Por isso, a doação feita de ascendente a descendente,

presso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca". Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

⁸⁵ "Na relação entre as partes, quando a regulamentação de interesses que se teve em vista com os dois negócios, seja concebida como uma unidade econômica, basta esse nexos funcional para fazer com que o desenvolvimento e as vicissitudes de um dos negócios, se repercutam sobre o negócio a ele ligado". Cf. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 2. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 186.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XLVI. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p. 255.

⁸⁷ LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 311.

desde que não viole o preceito do art. 549, tornando-se inoficiosa, é válida, mas a atribuição patrimonial *importará* adiantamento do que caberia ao donatário por herança.

Ao qualificar a atribuição patrimonial, o legislador decidiu tratar da matéria no Plano da Eficácia ao invés de no Plano da Validade. A causa de atribuição patrimonial desses negócios jurídicos é *causa donandi*⁸⁸. Entretanto, tendo em vista que a doação pode servir para antecipar os efeitos sucessórios, essa causa deve ser qualificada. O doador poderá qualificá-la, caso queira, como pertinente à parte disponível, seja no próprio negócio jurídico de doação (art. 2.005), seja em disposição testamentária (art. 2.006)⁸⁹. No seu silêncio, o legislador presumiu que a *causa donandi* diz respeito ao quinhão que caberia ao donatário.

Entretanto, não se deve interpretar literalmente o art. 2.005 quando diz haver “dispensa da colação” para as doações a que o doador determinar que saiam da parte disponível. Pontes de Miranda já apontava que a terminologia é equívoca⁹⁰. O dever de colacionar não pode ser pré-excluído pelo doador, pois ele é de direito cogente, para estabelecimento da igualdade de quinhões entre os herdeiros necessários:

Não há dispensa; há inclusão no quanto disponível do que *teria* de ser colacionado. Pela incluíbilidade na metade presumível não sofre as consequências da desigualdade nas deixas a herança legítima necessário. O que o decujo estabelece é que só se verifique se o valor que o herdeiro necessário recebera ou

⁸⁸ Vale ressaltar que causa de atribuição patrimonial não se confunde com as causas da obrigação e do negócio jurídico, nem depende da “teoria da causa”, desenvolvida sobretudo no direito civil francês e italiano, para a sua sustentação. A causa de atribuição patrimonial diz respeito à qualificação da transferência patrimonial. São espécies de causa de atribuição patrimonial: *causa donandi*, *causa credendi* e *causa solvendi*. Sobre isso, conferir, dentre outros: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 78-80; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 342.

⁸⁹ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 102-103; SANSEVERINO, p. 115; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 310.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 312.

vai receber cabe na quota disponível e se considere livre de qualquer medida de igualização⁹¹.

A colocação do problema no Plano da Eficácia tem aspectos relevantes em comparação com problemas semelhantes que tratamos no item anterior. Quando mencionamos a hipótese de doações a terceiros válidas quando da sua celebração, porque não ofendiam à parte de que o doador poderia dispor naquele momento, concluímos que o eventual empobrecimento do doador não permitiria uma invalidação posterior do negócio jurídico.

Contudo, o mesmo não ocorre nas doações de ascendente a descendente. Nestas, estamos tratando da qualificação da causa de atribuição patrimonial dentro do Plano da Eficácia. Por isso, a doação feita a um dos descendentes sempre poderá ter sua *causa donandi* requalificada em virtude de algum fator de eficácia posterior. Assim, de acordo com o nosso exemplo, caso um pai doe a um de seus filhos a parte de que poderia dispor, mencionando sua vontade quanto a isso, o negócio jurídico será válido. Entretanto, tendo ocorrido posterior empobrecimento do pai, os demais filhos poderão reduzir a doação. Não por invalidação, mas por força do art. 544, alterando a *causa donandi* por acontecimento superveniente. Assim, essas doações entrarão provisoriamente na parte disponível. Contudo, o montante da parte disponível só é calculado ao final da *colação*, mediante procedimento posterior de *imputação*. Tendo sido ultrapassado, forçará a redução das doações que foram feitas afastando-se a antecipação da reserva legítima⁹².

É o que afirma Carlos Maximiliano:

Calcula-se a cota disponível tomando por base os bens que constituíam o patrimônio do falecido no dia da sua morte, ava-

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 312.

⁹² Carlos Maximiliano também distingue imputação de colação, cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. III. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 396.

liados em relação àquela data. Somente para verificar se a doação a estranhos ou a herdeiros não descendentes é inoficiosa, funda-se o cômputo no valor da fortuna do doador na época da doação. No tocante à dádiva a herdeiros descendentes, o valor dos bens que a compõem, é o do momento da liberalidade, porém a cota disponível se calcula pelo método acima exposto, isto é, em relação ao patrimônio e ao respectivo valor no dia do óbito⁹³.

De acordo com o nosso exemplo, um pai de dois filhos, cujo patrimônio é de $8x$, doou a um deles $4x$, indicando tratar-se de doação quanto à parte disponível. A doação é válida à luz do art. 549. Entretanto, diante de seu empobrecimento superveniente, não restou nada a ser partilhado entre os herdeiros quando da abertura da sucessão. Na colação, por ter indicado como oriundo da parte disponível o bem doado, este entrará, temporariamente, nessa parte. Ao se somarem as partes disponível e legítima ($zero+4x$), o espólio terá $4x$ a ser partilhado. Só nesse momento, de *imputação*, será calculada, em definitivo, as quotas disponível e indisponível. Por força do art. 1.789, o *de cujus* poderia ter deixado a um de seus filhos, como parte disponível, apenas $2x$, representando metade da herança. Assim, haverá redução da doação de um quarto, equivalente a x , para preservação do quinhão hereditário devido ao outro filho.

Para bem distinguir essas duas etapas, Pontes de Miranda faz uma útil distinção entre *colação* e *imputação*. A primeira seria apenas o cálculo contábil das supostas partes disponível e legítima, de acordo com o que fora doado aos descendentes e o que restou no acervo hereditário, com o objetivo de *igualar os quinhões* dos herdeiros necessários. A imputação, etapa superveniente, é que definirá *a parte indisponível* que deverá ser respeitada no momento da abertura da sucessão. Segundo ele, “se houve total afastamento do princípio do adiantamento, a igualização tem de ser feita a despeito da falta de dever de colação, no

⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. III. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 411-412.

tocante à indisponibilidade”⁹⁴.

Note-se que, mesmo se houver empobrecimento super-veniente, será útil ao doador afastar a imputação na quota indisponível. No exemplo acima, caso nada dissesse, o valor inteiro referente à doação seria redistribuído entre os descendentes. No primeiro momento, da colação, ele seria colocado *in totum* na parte indisponível, restando nada na disponível. No momento de imputação patrimonial, quando ocorresse o cálculo definitivo do limite a dispor, nada haveria para ser reduzido na parte disponível calculada durante a colação. Caberia, a cada filho, $2x$ ⁹⁵.

Reforça a tese de que o art. 544 apenas trata de qualificação da atribuição patrimonial um outro dispositivo do Código Civil. O art. 2.005, parágrafo único, dispõe que *presumir-se-á “imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário”*. Percebe-se, portanto, tratar-se de *presunção* acerca da imputação da atribuição patrimonial, ora na parte disponível, ora na reserva hereditária.

Destarte, não se trata de invalidade da doação. Quando feita a descendentes, será sempre provisória a atribuição

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 318.

⁹⁵ “Há *dois* momentos em que se procede à verificação dos valores que caibam na parte disponível dos bens do dador: a) o momento da doação, que é o da verificação do valor daquilo de que o doador, *ao doar*, poderia dispor; b) o momento da abertura de sucessão, em que se verifica se aquilo de que o doador dispôs não feriu a legítima. A regra jurídica do art. 1.176 do Código Civil, a despeito da referência a conceito de direito das sucessões (‘de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento’), é de direito das obrigações, regra jurídica contratual. A regra jurídica do art. 1.721, como a do art. 1.722, é de direito das sucessões, razão por que, *em geral*, o valor dos bens é o do momento da conferência” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 330). No mesmo sentido: “Mas a dispensa da colação não tem valor e força por si mesma e só valerá e terá o respectivo efeito se o bem doado estiver dentro da parte disponível;. No que excederem à parte disponível, as doações são sujeitas à redução”. Cf. VELOZO, Zeno. Comentários ao art. 2.005. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2179.

patrimonial. Considera-se que a doação foi antecipação dos efeitos da sucessão. Nesse sentido, afirma Agostinho Alvim:

Segundo pensamos, é desnecessário dar ao art. 1.176 uma interpretação radical, capaz de ocasionar injustiças, uma vez que ele tem outra função. Acreditamos que não estaria na intenção do legislador enfraquecer o direito à reserva tendo em vista a incolumidade da legítima, através da nossa legislação de todos os tempos⁹⁶.

4. CONTRATOS ENTRE ASCENDENTES E DESCENDENTES: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS

Pela análise das regras do Código Civil que fazem menção aos contratos entre ascendentes e descendentes, é possível se perceber a identidade de fins a que elas se prestam. Tanto as regras presentes nos arts. 496 e 533, II, mediante a sanção de anulabilidade, quanto as regras de inoficiosidade da doação (art. 549) e antecipação presumida de quinhão legitimário (art. 544), têm grande conexão com as regras do direito sucessório⁹⁷ e evidenciam mecanismos de proteção da reserva legítima.

A doação inoficiosa tem sanção mais severa, de nulidade, por ser um ato gratuito e, portanto, mais suscetível de causar prejuízo à legítima mediante a deterioração patrimonial do doador. Por outro lado, também garante que, no momento da abertura da sucessão, ainda seja possível atacar o negócio jurídico, pouco importando o tempo decorrido.

A anulabilidade, imputada às vendas e permutas de ascendente a descendente, permite a verificação da efetiva onerosidade do negócio jurídico, não chegando ao ponto, contudo, de colocá-lo em eterna suspeição, já que correrá contra o direito potestativo de anulação prazo decadencial de dois anos.

Por fim, nas doações válidas entre ascendentes e descendentes, porque não violadoras da legítima, haverá presunção de

⁹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 171.

⁹⁷ LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

imputação da causa de atribuição patrimonial, prescindindo de consentimento dos demais descendentes⁹⁸. Como o ato gratuito em vida do doador para seus herdeiros presumidos muito se assemelha a uma disposição em vida da herança, antecipando a legítima⁹⁹, há a provisoriedade da atribuição patrimonial, que se consolidará ou será requalificada no momento de abertura da sucessão.

5. A CONCEPÇÃO DE “DESCENDENTES” DECORRENTE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Desde as Ordenações Manuelinas, as regras acerca das vendas realizadas entre pais e filhos, e avôs e netos, estendiam-se a “outros descendentes”. Entretanto, havia a ressalva de que o consentimento deveria ser dado por aqueles que “ouverem de seer herdeiros do dito vendedor”¹⁰⁰. Percebe-se, pela limitação aos herdeiros, que já se indicava a proteção da legítima como razão da norma.

Como vimos, a regra foi transposta para o Código Civil de 1916 e, por conseguinte, para o atual art. 496, sem, contudo, restringir o alcance quanto: i) aos descendentes que figurarão como compradores; ii) e aos descendentes cujo consentimento é exigido pela lei¹⁰¹.

Com relação à figura do comprador, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, foi aventada a hipótese de incidência da norma proibitiva quando as vendas fossem feitas a parentes

⁹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 188-189.

¹⁰⁰ PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. v. 3. ed. fac-sim. da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1984, p. 227-228.

¹⁰¹ As mesmas observações feitas nesse item para as vendas de ascendente a descendente valem para as trocas, por identidade de fundamento das normas e pela redação semelhante dos artigos.

por afinidade, como entre sogro a nora, sogro a genro e assim por diante.

Débora Gozzo apontava incidir o art. 1.132 do Código revogado nessas vendas, em virtude da fácil alienação desses bens ao cônjuge-descendente do vendedor. Em alguns casos, argumentava, quando o casal fosse casado em comunhão universal de bens, haveria a comunicação automática, por força do próprio regime, ao descendente do vendedor¹⁰². No mesmo sentido, baseando-se em doutrina portuguesa de Dias Ferreira, Agostinho Alvim afirmava ser possível a venda a genro ou nora apenas quando fossem viúvos¹⁰³.

José Fernando Simão concorda com essa posição, afirmando que não caberia distinguir onde a lei não estabeleceu discrimen entre parentesco consanguíneo e civil, de um lado, e por afinidade, de outro. Ademais, segundo ele, se um dos fundamentos da norma é a harmonia familiar, não faria sentido restringir a proibição quando a venda fosse apenas a certos membros da família¹⁰⁴.

Entretanto, já afastamos a harmonia familiar como fundamento das proibições. Comprovando-se que a razão da norma é a proteção à legítima, não há por que incluir, na concepção de descendentes a que faz menção os artigos 496 e 533, II, do Código Civil, os parentes por afinidade, já que não são herdeiros necessários do vendedor¹⁰⁵. O parentesco por afinidade não tem

¹⁰² GOZZO, Débora. Venda a descendente. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

¹⁰³ ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 67. No mesmo sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27; MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 44; NADER, Natal. Venda de ascendente a descendente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

¹⁰⁴ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 109.

¹⁰⁵ DIAS, Theodomiro. Venda de ascendente a descendente: negócio realizado sem o

interesse direto para o direito das sucessões. Sua principal função é servir como critério para certas hipóteses de impedimentos matrimoniais, constituindo-se em um vínculo perpétuo¹⁰⁶.

No que diz respeito a possível comunicação patrimonial em virtude do regime de bens do casal, a questão se resolve mediante a comprovação de fraude à lei¹⁰⁷, quando for uma venda por interposta pessoa, não pela aplicação da norma restritiva¹⁰⁸. Deverá ser comprovado o intento fraudulento em se aproveitar dos efeitos legais do regime de bens com o objetivo de burlar o art. 496 ou o art. 533, II.

Outrossim, o argumento de que não se deveria distinguir onde a lei não especifica não se aplica pelo fato de estarmos diante de regra restritiva da autonomia negocial, cuja interpretação deve ser estrita. Não caberia nem mesmo analogia nessas hipóteses¹⁰⁹.

Ademais, se reconhecêssemos que a norma tem por finalidade a manutenção da harmonia familiar, permitindo sua incidência nas vendas de ascendente a descendentes por afinidade, teríamos, *a fortiori*, que incluir a exigência do *consentimento* dos demais descendentes *por afinidade*. Na prática, isso tornaria quase impossível uma venda entre ascendentes e descendentes.

Nesse ponto, José Fernando Simão não admite a extensão do *placet* aos descendentes por afinidade¹¹⁰. Entretanto, se a

consentimento dos outros descendentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

¹⁰⁶ HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 349.

¹⁰⁷ Otavio Luiz Rodrigues Junior fala em simulação por interposta pessoa, mas acreditamos que nessa caso se trata de fraude à lei. De qualquer modo, o efeito é o mesmo: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 184.

¹⁰⁸ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p.

¹¹⁰ SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da

razão da norma é a harmonia familiar e, em virtude disso, as vendas entre ascendente e descendente por afinidade deveriam ser anuladas, não haveria motivo para se interpretar restritivamente com relação ao consentimento. Também, aqui, a lei não distingue e, portanto, não caberia a restrição.

A resposta, portanto, tanto para o comprador quanto para aqueles de cujo consentimento depende a higidez do negócio, encontra-se no reconhecimento de o fundamento do artigo ser a proteção à legítima e aos quinhões legitimários. Só serão chamados a consentir os descendentes de grau mais próximo¹¹¹, excluindo-se os por afinidade¹¹², por serem apenas os primeiros considerados prováveis futuros herdeiros. Igualmente, apenas as vendas feitas a descendentes por parentesco civil e consanguíneo dependerão do *placet* dos demais descendentes.

Por maior razão, não cabe invalidar a venda feita por sogro ou sogra a noivo ou noiva de descendente seu, que nem parente por afinidade é. Embora, novamente, todas essas hipóteses possam configurar venda por interposta pessoa¹¹³.

Com relação às doações, o art. 544 do Código Civil opera, como dissemos no Plano da Eficácia e, por isso, faz expressa menção de que a atribuição patrimonial é antecipação “do que lhes cabe por herança”. Portanto, aí, já há restrição apenas

regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 110.

¹¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 173. No mesmo sentido: NADER, Natal. Venda de ascendente a descendente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 199; SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014, p. 108.

¹¹² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 177.

¹¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008, p. 184. Contra: GOZZO, Débora. Venda a descendente. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 87.

aos prováveis herdeiros necessários quando da celebração do negócio jurídico. Tanto assim é, que o art. 2.005, em seu parágrafo único, presume imputada na parte disponível as doações feitas a descendentes que, no momento do ato, não seriam chamados à sucessão na qualidade de herdeiros necessários.

Poder-se-ia sustentar, como alguns fizeram com as vendas a descendentes por afinidade, que em casos de doação a genro ou nora, a depender do regime de bens, haveria doação disfarçada ao cônjuge-descendente que é herdeiro necessário. As mesmas razões que apontamos para refutar o argumento quando analisamos o art. 496 servem para afastar essa hipótese do âmbito de aplicação do art. 544.

Na doutrina, já se cogitou acerca da necessidade de colação dos bens doados pelo *de cujus* ao cônjuge de herdeiro necessário. Clóvis Bevilacqua ressaltava que, se fossemos seguir o direito comparado, a resposta teria de ser negativa¹¹⁴. De fato, as legislações costumam afastar expressamente esse dever de colação. O art. 849 do Código Civil francês é expresso ao dizer que “as doações e legados feitas ao cônjuge de um esposo herdeiro são tidas como realizadas com dispensa de colação”.

Por outro lado, Clóvis Bevilacqua fazia distinção de acordo com o regime de bens do casal. Se fosse casado por separação de bens, não haveria imputação à legítima. Se fosse em comunhão universal, sim¹¹⁵. Contudo, parece que essa solução não seria adequada, pois se confunde meação com direito sucessório. Quanto a isso, é explícito o Código Civil português, na alínea 3ª do art. 2.107.º: “A doação não se considera feita a ambos os cônjuges só porque entre eles vigora o regime da comunhão geral”.

Portanto, o problema deve ser resolvido pelos institutos

¹¹⁴ BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 448.

¹¹⁵ BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 448. No mesmo sentido: VELOZO, Zeno. Comentários ao art. 2.002. In: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2174-2175.

da simulação ou da fraude à lei, mediante interposta pessoa. De qualquer forma, ao doar ao genro ou à nora, deve-se observar o limite estabelecido pelo art. 549, para que os demais descendentes não sejam prejudicados em seus quinhões¹¹⁶. Tem razão, portanto, Carlos Maximiliano, quando diz que:

A colação é instituto sucessório apenas; jamais sofre a repercussão das normas concernentes ao regime matrimonial. O beneficiado não confere as dádivas recebidas, porque não herda, e ao que herda não outorgaram doações. O prejuízo dos coherdeiros não é grande; porque a liberalidade prevalece até o limite da cota disponível; equivale, pois, a um legado, ou a uma dádiva com a dispensa da colação. Toda vez que o pai pretendesse prejudicar outros sucessores, bateria fazer uso desta prerrogativa: dispensar ou legar¹¹⁷.

De fato, não há sentido em submeter o cônjuge ao dever de colacionar as doações recebidas de seu sogro ou sua sogra. De qualquer forma, as doações deverão observar os limites que impedem a inoficiosidade. Assim, se indiretamente o doador quis beneficiar um filho em detrimento dos demais, só o conseguirá até o limite da parte disponível, como permite a lei de forma direta.

6. CONCLUSÕES

Demonstrou-se no presente artigo que o fundamento das regras restritivas de vendas e permutas a descendentes, assim como das regras de limitação às doações de ascendentes a descendentes, têm por escopo a proteção à legítima. É verdade que a própria lei permite a desigualdade de quinhões entre herdeiros, uma vez que o testador poderá dispor livremente da parte disponível. No entanto, o que se repudia é a desigualdade quanto ao mínimo patrimonial exigido juridicamente para cada herdeiro

¹¹⁶ Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 338-339.

¹¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. III. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 402.

necessário. Ou seja, quanto aos quinhões legitimários.

Por isso, essas regras devem ser interpretadas de maneira sistemática. As hipóteses previstas nos artigos 496, 533, II, e 544 não incidem quando os contratos forem celebrados com descendentes por afinidade, já que nunca figurariam como herdeiros necessários. O mecanismo de proteção à legítima, quando ocorrer doações a terceiros – nesse caso, incluem-se os descendentes por afinidade –, é o de nulidade da doação inoficiosa por aplicação do art. 549.

De qualquer forma, as doações inoficiosas, por serem nulas, não convalidarão. Entretanto, as doações válidas a terceiros não se tornarão nulas por empobrecimento posterior do doador. Quando isso ocorrer, não haverá qualquer desigualdade entre os herdeiros necessários, já que o donatário não é chamado a suceder.

Contudo, sendo o donatário descendente, caso a doação seja válida por observância do art. 549, ainda assim haverá o mecanismo de proteção previsto pelo art. 544, imputando a atribuição patrimonial na parte legítima e sujeitando-a à colação para que se igualem os quinhões hereditários. Mesmo quando o doador tiver expressamente disposto tratar-se de uma alienação imputada à parte disponível, essa imputação será provisória por se reputar a um limite que só poderá ser verificado em momento posterior à colação, quando o montante da herança será definido e, por conseguinte, a reserva legítima.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1917.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- _____. *Da doação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p. 19-32, 2000.
- AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 2. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 10. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
- _____. *Direito das sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000.
- CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. v. 2. Lisboa: Sousa Neves, 1867.
- COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de direito civil português*. 3. ed. t. 2. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares; MELLO, Marcos Bernardes de. A venda de ascendente a descendente por terceiros é causa de nulidade? *Revista Consultor Jurídico*, 19.09.2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-19/venda-ascendente-descendente-terceiros-causa-nulidade>>. Acesso em 25.05.2017.
- FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. ed. fac-sim. da 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v. 2. ed. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio. Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 39, 1979, p. 513-562.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOZZO, Débora. Venda a descendente. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- HYLAND, Richard. *Gifts: a study in comparative law*. New York: Oxford University Press, 2009.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 3. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2013
- LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. III. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, J. M. de Azevedo. Venda de bens de ascendentes a descendentes. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz

- Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO JUNIOR, Moraes. Venda de imóvel por ascendente a um descendente sem o consentimento dos demais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Venda de ascendente a descendente. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 39-55.
- NADER, Natal. Venda de ascendente a descendente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de direito civil: sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Doação com encargo e causa contratual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français: donations et testaments*. t. 5. avec le concours de André Trasbot. Paris: LGDJ, 1933.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- _____. _____. t. XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- _____. _____. t. XLVI. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- _____. _____. t. LV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. v. 3. ed. fac-sim. da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1984.
- _____. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. fac-sim. v. 3. Brasília: Senado Federal,

2004.

- _____. *Código Civil português*. 2. ed. oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código Civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROSEVALD, Nelson. Comentários ao art. 549. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2014
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SIMÃO, José Fernando. Venda de ascendentes a descendentes: razão de ser da regra. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1, ano 1, São Paulo, out./dez. 2014.
- _____. *Direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VENTURA, Raul. Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 43, v. 2, 1983.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta & Co., 1992