



Doutrina



A PARTILHA EM VIDA NO CÓDIGO CIVIL

ENSAIO PRELIMINAR

Pelo Dr. José António Barreiros

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação seguiu um percurso de que apenas se publicam os elementos que, já a findar o período fixado como seu termo oficial, foi possível coligir com algum nexo e elaboração suficiente.

Reunindo portanto as inúmeras aparas de uma rede de pesquisa que se concebeu possivelmente com excessiva complexidade, ficou o seguinte itinerário:

Primeiro, tentou-se questionar o instituto da partilha em vida no contexto teórico da afectação de interesses, ponto que não mereceu, contudo, o desenvolvimento mínimo que seria desejável e que aguardará outra colaboração teoreticamente mais fundamentada.

Seguidamente, houve a preocupação de pesquisar, embora seguindo uma metodologia puramente empírica e livresca — o que é a todos os títulos uma forte limitação epistémica a que o jurista raramente escapa — o fenómeno da partilha em vida tal como surge no contexto sociológico. Ainda aí, nesse esforço

de inteligibilidade da matéria, se sentiram, contudo, as deficiências mais marcadas da elaboração teórica que se exigiria logo para a primeira parte deste trabalho. Assim, houve que limitar a reflexão àqueles poucos e dispersos contributos que a Etnologia trouxe, no contexto único das situações agrárias, preterindo, portanto, a formalização e generalização dos princípios aí elaborados, a todas as outras situações em que, na generalidade, fosse possível localizar o fenómeno de afectação de interesses que, como adiante se dirá, nos fornece a geratriz conceitual ordenadora da matéria em estudo.

Foi possível, então, lançar brevemente os olhos por aquilo a que, como por hábito repetido e nada repensado, a atestarem-nos a maioria das publicações jurídicas recentes, se chamaria a história do instituto. Do ponto de vista relevante para este trabalho, haveria contudo, que fazer mais do que, como aqui fica, o simples recurso a uma via descritiva das soluções definidas pelo Direito pretérito quanto à matéria que ora nos ocupa.

O mesmo se diga, quanto à parte referente ao Direito Comparado, onde há a acrescentar a especial dificuldade de recurso a ordenamentos jurídicos que estruturalmente são por vezes bem diversos daquele que subjaz à Ordem Jurídica portuguesa. Tivemos que nos limitar a um método puramente descritivo que, além disso, houve que articular cuidadosamente, com todas as referências que, ao longo do texto sequente, se fizeram às soluções do mesmo Direito.

Finalmente, tomando já especialmente o Direito Português, perseguimos a sua trajectória histórica no período que medeia entre o início e o termo de vigência do Código de Seabra, o que nos forneceu, conjuntamente com todos os dados formulados anteriormente, elementos para uma última parte, a qual, por imperativo da epígrafe deste trabalho, se quis desenvolvida e mais cuidada.

Assim se procurou elaborar, embora com todos os inconvenientes de umas bases limitadas e inaproveitadas, o estatuto jurídico da partilha em vida.

2. CONTEXTO SOCIOCULTURAL

- 2.1. Objectivos da investigação e enquadramento.
- 2.2. O modelo psicológico-sucessório: a afectação de bens.
- 2.3. Características essenciais da afectação de bens.
- 2.4. Localização díspar dos casos de afectação.
- 2.5. Sistematização da investigação.
- 2.6. O contributo da Antropologia. Casos paradigmáticos de afectação de bens.
- 2.7. A tese da partilha em vida como subsistência histórica do sistema vincular.

2.1. O objectivo deste trabalho seria *prima facie* o estudo do regime legal aplicável à figura tipificada no art.º 2029.º do Código Civil sob a epígrafe e *nomen juris* partilha em vida.

Uma consideração intuitiva e empírica logo nos advertiu, contudo, do facto da tipologia legal não corresponder inteiramente ao extenso painel de variantes que, do ponto de vista das realidades práticas, permite proceder a uma regulação de interesses afins àqueles que a assim chamada partilha em vida pretende tutelar; ulteriores leituras, já no campo do Direito estrangeiro, confirmaram-nos tal ideia permitindo-nos, por outro lado, considerar novos instrumentos jurídicos que, gizados em contextos culturais diversos, procuravam, a seu modo, solver problemas ainda próximos daqueles de que nos ocupávamos.

O contexto epistemológico estava assim enunciado. No seu âmago, o tipo legal em análise surgia-nos como perfeitamente delimitado e específico. Resultava de tudo isto, contudo, uma evidente necessidade. A ter que construir, em todo o pormenor necessário, o regime legal aplicável a uma figura legislativamente definida em termos restritos e parcelares, haveria que ter em consideração, contudo, todas as figuras afins que, embora não explicitamente pertencentes à *fattispecie* legal, a ela se ativessem num nexo de característica vizinhança conceitual.

Tal consideração e tratamento, se bem que não consolidados nos termos de uma teoria rigorosamente axiomatizada, susci-

tariam, pelo menos, um esforço de teorização de suficiente generalidade. Foi por isso, necessário buscar a geratriz sociocultural comum a todas as formas jurídicas assim analisadas.

2.2. Para tal, partimos de um conjunto de considerações que, embora formuladas empiricamente, nos pareceram corresponder ao modelo psicológico comumente sentido pelos proprietários aquando da decisão-limite quanto ao destino *post-mortem* do património que reuniram em vida.

Assim expressámos tais considerações:

Perante a morte, os vivos procuram regular os seus interesses. Na generalidade, podem estar ou não conscientes de que uma certa quota do seu acervo hereditário tem um destino legalmente fixado, destinando-se aos herdeiros legitimários. Seja como fôr, quanto ao conjunto de interesses de que julgam ter livre disponibilidade podem optar:

— ou por uma regulação unilateral desses interesses, regulação essa que produzirá os seus efeitos a partir da morte, e que se consubstanciará numa forma jurídica chamada testamento;

— ou por uma regulação contratual, mediante acordo com os presumidos herdeiros, acordo que pode ser estendido àqueles que, de algum modo, venham a assumir uma ulterior posição relevante no que respeita à trajectória futura de tais interesses de cuja regulação se trata.

Este segundo tipo de regulação será escolhido quando os vivos, em geral, e cada *de cuius* em particular, tiverem razões, ou para duvidar da eficácia e perenidade de uma regulação do primeiro tipo (vocação voluntária, unilateral, mediante forma testamentária), ou para preferirem uma regulação, na qual os futuros sucessores possam ser chamados à negociação e ponderação do acto que, conjuntamente, irão transacionar.

Ora esta preferência manifesta-se normalmente naqueles casos em que os interesses em causa estejam afectos a uma determinada finalidade ou em que, de algum modo, o *de cuius* pretenda affectá-los a essa finalidade.

2.3. A referida afectação de bens vem, nestes casos a concretizar-se, pois, do ponto de vista da regulação de interesses *causa mortis*, mediante um sistema que tem pelo menos, as seguintes características:

- a) garante a unidade mínima dos bens, evitando o seu excessivo parcelamento em resultado da partilha;
- b) atribui certos bens a um tipo determinado de herdeiros, cabendo aos outros bens de tipo diverso, ou em regra dinheiro;
- c) garante a efectividade da afectação acordada para momento posterior à morte do *de cuius*.

2.4. Tal sistema sucessório pode ser localizado em contextos socio-culturais distintos e em pontos díspares da história humana.

É certo que os exemplos mais flagrantes são ainda, aqueles que se situam no âmbito das relações de produção agrárias. Não é de admirar, portanto, que os casos mais paradigmáticos de partilha em vida surjam precisamente referidos na divisão entre vivos de bens fundiários, casos em que o *de cuius* estará mais interessado em manter a regularidade do cultivo e a unidade fundiária, do que em permitir arranjos circunstanciais que, definidos posteriormente pelos herdeiros, acabem por destruir o património que a todos garante o sustento e a sobrevivência.

Devemos, no entanto acautelar-nos quanto a uma visão simplista das realidades que nos leve a rejeitar a possibilidade de encontrar casos típicos de afectação de interesses — e até, restritamente, de partilha em vida — em contextos socio-económicos distintos, característicos de outras formas de apropriações e do tráfico mercantil que o modo de produção capitalista definiu.

2.5. A parte seguinte do nosso texto procurará acompanhar a investigação de natureza antropológica, na descrição que

esta nos fornece actualmente dos sistemas sucessórios referentes à transmissão *causa mortis* dos bens agrários.

2.6. A Antropologia, ponderando os vários sistemas sucessórios ao nível dos bens agrários, concluiu que, perante a morte, o *de cuius* que deseje regular o destino do seu património, sabe em geral, que não poderá efectuar uma divisão geométrica dos bens por todos os herdeiros, pois isso significaria a destruição da unidade mínima de cultivo, que é a base da produtividade da terra. Assim, tais bens fundiários e outros que a eles se ligam por um nexo de pertença explícita (adubos, animais, máquinas, etc.) terão que ser atribuídos, em bloco, a um dos herdeiros (ou a um número restrito em compropriedade), em termos tais que a utilização da terra e a exploração possam ser salvaguardadas. A ter que ser assim, haverá não só que compor as quotas hereditárias dos demais, mas também preservar a perenidade da regulação de interesses, formalizando o acto e estruturando-o em termos de acordo de todos os interessados e com intervenção do próprio *de cuius*, cuja autoridade sobre os filhos poderá ser elemento decisivo na efectivação do acto.

Foi precisamente neste contexto que os trabalhos dos antropólogos e de alguns juristas de vocação etnológica, vieram situar alguns esquemas sucessórios vigentes ainda nos nossos meios rurais.

Mantêm-se, é certo, sistemas sucessórios de tipo não comunitário, nos quais o direito de propriedade é atribuído, por morte do seu titular, a todos os beneficiários da herança.

De facto, segundo a exposição fundamental de Jorge Dias,⁽¹⁾ em algumas regiões, onde a tradição da apropriação individualista do solo é muito antiga e coincide com um enorme aumento demográfico, a propriedade atomizou-se extraordinariamente. Nessas regiões há, por vezes, o costume de repartir por cada filho, não a propriedade, mas cada parcela que a constitui.

(1) Jorge Dias, *Algumas considerações acerca de estrutura social do povo português em Ensaio Etnológicos*, p. 136.

«Um pai com cinco campos e cinco filhos pode deixar uma quinta parte a cada um».

Pelo contrário, em outras regiões, a preocupação básica é manter a *casa* de lavoura indivisa, através de um sistema que, nos seus contornos gerais, se aproxima bastante do sistema morgadio.

Sucedem, porém, que o sistema não é unitário, devendo distinguir-se dois tipos básicos de soluções: por um lado, um tipo de solução rígida, característica de economias pobres e de fraco desenvolvimento, a que se opõem sistemas mais flexíveis, em zonas de maior desenvolvimento económico-social.

Vejamos cada uma separadamente.

Começando pelo *sistema rígidos*, temos como paradigma razoável, a aldeia comunitária de *Rio de Onor*, monografada por Jorge Dias.

«A unidade básica da estrutura social rionoresa não é propriamente a família nuclear, mas a *casa*, isto é, o conjunto de haveres que servem de substrato a família extensa. A casa deve ficar indivisa, pois só assim se mantém a família também indivisa, visto a casa ser a base da sustentação familiar». (2).

A indivisão da casa é alcançada através do expediente do casamento de um só varão primogénito em cada família. Assim:

«Para que a casa se mantenha una, é necessário que só case um dos filhos varões do casal. Quando o chefe de família começa a sentir-se velho, consente no casamento de um dos filhos, em geral o primogénito. Este continua a viver em casa dos pais com a mulher e os filhos. Os irmãos e irmãs mantem-se celibatários e ajudam nos trabalhos do campo e da casa, com excepção de alguma rapariga que tenha casado e viva com a família do marido.

(...) Tal quadro, raras vezes se apresenta tão completo, porque os casamentos são tardios e os filhos que sobrevivem não são muito numerosos.

(2) Jorge Dias. *Algumas considerações acerca de estrutura social do povo português*, pp. 130-131.

A partir da guerra de 1914-18, a influência do exterior, sobretudo como consequência do serviço militar obrigatório, quebrou a tradição, e alguns filhos não respeitam os usos e costumes e constituíram família à parte»⁽³⁾.

Este sistema que localizamos em Rio de Onor é pois característico de uma estrutura social comunitária e de uma economia de fracos recursos.

O sistema sucessório é aqui, portanto, um instrumento destinado a garantir: *a*) a unidade da casa; *b*) uma dimensão desejável para a família; *c*) um equilíbrio demográfico satisfatório.

A tendência para a manutenção da casa era — como observou Jorge Dias⁽⁴⁾, — consciente.

A atribuição dos bens integrantes da casa — móveis ou imóveis — a algum ou alguns dos sucessíveis impedia a pulverização das heranças pelos seus beneficiários, permitindo que os bens passassem indivisos de geração para geração. Por vezes elaboravam-se soluções engenhosas e com o seu quê de curioso, como, por exemplo, aquela que Jorge Dias refere na sua monografia:

«Havia (...) numa casa, onde, por morte de vários membros da família, ficaram só dois irmãos. Estes viveram sós durante alguns anos. Por fim, combinaram qual deles se havia de casar, para terem uma mulher em casa e continuarem a família. Dito e feito; um deles arranjou noiva, casou e a mulher ajudou os dois a fazer boa casa, sem que daqui nascessem conflitos ou aborrecimentos»⁽⁵⁾.

Para além da unidade da casa, o sistema sucessório existente em Rio de Onor permite, ainda que por via indirecta, a manutenção de uma dimensão familiar desejável e, consequentemente, um satisfatório equilíbrio demográfico. De facto, co-

⁽³⁾ Jorge Dias, *Algumas considerações acerca de estrutura social do povo português*, p. 131.

⁽⁴⁾ Jorge Dias, *Rio de Onor — comunitarismo agro-pastoril*, p. 135.

⁽⁵⁾ Jorge Dias, *Rio de Onor*, p. 135.

mo descreveu Jorge Dias (*) — de cuja explicação nos devemos socorrer nesta matéria —: «De acordo com (...) (o) princípio de subordinação à *casa*, a família não pode ultrapassar certos limites. O núcleo familiar é o casal e os filhos podendo-se-lhes juntar os tios paternos, pois os direitos de sucessão (descendência) são patrilineares. Se o casal chega a idade relativamente avançada, ou se morre um dos esposos e a casa necessita de prover à sua continuidade, os pais consentem no casamento de um dos filhos. Estes casamentos eram, em geral, tardios, a fim de evitar a prole numerosa cujo apetite seria superior à capacidade de produções das terras. Os outros não casavam e ficavam a viver na casa a que pertenciam. Pode, pois, haver casas, cuja família é constituída pelo primitivo casal e irmãos do pai, os filhos do casal, um dos quais formou novo casal, e os filhos deste. Chegam-se assim a juntar três gerações. Estamos, portanto, em face da chamada *extended family*, formada por duas famílias nucleares com tios e filhos solteiros (...). Contudo, os casamentos tardios, e o facto de só casar um filho, traz como consequência, famílias pouco numerosas e as sucessões tão afastadas, que são raros os casos em que as três gerações vivem sob o mesmo tecto, sobretudo na geração actual, onde a tradição se observa menos e as novas famílias podem criar um lar independente».

Quanto ao *sistema flexível*, é, como dissemos, característico de regiões com um maior desenvolvimento económico e social. A flexibilidade resulta da existência de um número mais amplo de soluções e da inexistência de restrições à liberdade de reprodução, em favor de qualquer filho. Tomemos o caso do Barroso:

«No Barroso, o pai escolhe um filho para seu sucessor e procura favorecer os outros, encaminhando-os de preferência para a vida sacerdotal ou para profissões liberais ou ajudando-os a emigrar. Não é raro que irmãos obrigados a perder os

(*) Jorge Dias, *Rio de Onor*, p. 134-135.

seus direitos sobre a terra, continuem a ajudar o irmão lavrador e os sobrinhos, com vista ao engrandecimento da propriedade. Há exemplo de alguns filhos celibatários emigrarem para o Brasil, África, França ou Estados Unidos e daí ajudarem a consolidar a casa paterna. Outras vezes, procuram constituir eles próprios uma família independente, e vão enviando durante anos dinheiro, para os parentes lhes irem comprando terrenos na terra natal. Quando atingem o objectivo desejado, regressam à administração dos seus bens» (1).

Quanto às *terras da Maia*, o sistema é mais complexo. Tomando as informações que nos são fornecidas por Andrea da Cunha e Freitas (2) :

«Quando do casamento, um dos cônjuges traz para o casal os bens rurais, o outro traz dinheiro. Este dote em dinheiro, que se chama *entrada*, é entregue aos pais do que traz a terra em dote e destina-se a compôr a legítima dos irmãos ou dos outros filhos, legítima essa que a disposição da quota disponível a favor do futuro senhor da casa sempre reduzia de um terço e hoje de metade. É *entrada nova* a do noivo ou noiva, *entrada velha*, a do cônjuge, pai ou mãe, que trouxe dinheiro para o casal. Quase sempre os dotadores reservam para si o usufruto dos bens dotados, no todo ou em parte».

Modernamente e para evitar encargos fiscaes, segundo nos informa Francisco Veloso, costumam arrendá-los aos dotados, a longo prazo — 19 anos em regra.

O mesmo se pratica quanto às doações e sucessões.

Os filhos excluídos da herança do casal ficam prejudicados.

«Além de ficarem excluídos de metade da herança, por virtude da atribuição da quota disponível ao filho indicado para suceder na casa da lavoura, este usufrui-a livremente em vida dos donatários e mais tarde recebe-a na sua totalidade.

(1) Jorge Dias, *Algumas considerações acerca da estrutura social do povo português*, p. 134.

(2) Eugénio de Andrea da Cunha e Freitas, *Costumes tradicionais da Maia — dotes, doações e sucessões*.

«Só à morte dos velhos se farão partilhas e se o beneficiário da doação tiver de entregar algumas terras para compôr a legítima dos irmãos, só o faz daquelas que menos lhe interessam e que previamente desvalorizou, cortando lenha e matos, etc. Faz-se a partilha destas por meio de licitação entre os herdeiros, exceptuando o senhor da casa, que já tem a sua legítima preenchida pelas melhores propriedades, que antes havia escolhido à sua vontade»⁽⁹⁾.

Mais ainda, uma vez que os valores matriciais da propriedade rústica são bastante baixos, as tornas que os filhos não beneficiados venham a receber estão subvalorizadas.

A estes filhos só resta o caminho da emigração, de uma profissão no comércio ou na indústria, como assalariados ou, no caso de terem recebido dinheiro para uma *entrada*, um casamento com herdeiro ou herdeira de outra casa de lavoura.

É curioso que:

«A tendência a manter a casa indivisa só se refere à casa agrícola e não a outros bens de fortuna. Informam-nos de que na Maia há famílias que, a par da antiga casa de lavoura, desenvolveram pequenas ou importantes indústrias, bem mais lucrativas do que a exploração da terra. Pois em alguns casos o primogénito herdou a casa de lavoura, conforme a tradição, enquanto os mais novos foram beneficiados, recebendo a fábrica, muito mais valiosa»⁽⁹⁾.

Também um inquérito elaborado pelo *Centro de Estudos de Direito Civil* da Faculdade de Direito de Lisboa nos trouxe alguns dados relevantes para a questão. (Trata-se de um Centro de Estudos criado no âmbito da Faculdade de Direito de Lisboa antes de 25/4/74, hoje desaparecido).

O referido inquérito, que traduz o conhecimento prático e sociológico do instituto jurídico da partilha em vida, foi enviado a juizes, notários e advogados de certas regiões do País, nomeadamente daquelas onde se presumia a existência frequente de casos de partilha em vida.

(9) *Ibidem*, p. 134.

O objectivo do questionário foi o apuramento de dados respeitantes às seguintes questões:

- a) conhecimento de casos de partilha em vida, na vigência do Código de Seabra e na do novo Código Civil;
- b) regiões de ocorrência dos referidos casos, antes e depois da vigência do Código Civil de 1966;
- c) meio económico-social (rural ou urbano, economicamente débil ou abastado) de ocorrência dos referidos casos;
- d) razões motivadores da prática do acto (afecção patrimonial conveniente para a preservação do património familiar, necessária por impossibilidade do ascendente, concretização da vontade do autor da herança, prevenção de litígios);
- e) eventualidade de o doador garantir a sua subsistência e instrumento jurídico escolhido para tal (usufruto, encargo de sustentação);
- f) existência de partilhas feitas por ambos os cônjuges;
- g) casos de impugnação judicial da partilha em vida;

Os dados finais referentes às respostas apuradas não foram até agora objecto de publicação.

Para os efeitos deste trabalho, limitar-nos-emos, explicitamente, a três das questões formuladas.

Assim, quanto ao saber-se se, normalmente, as partilhas em vida são feitas só por um dos cônjuges ou, diversamente, por ambos, o inquérito veio mostrar que, de facto, era este último sistema — o de partilha conjuntamente feita por ambos os cônjuges — o mais praticado. Assim, num total de 161 respostas (note-se que o total de respondentes ao inquérito foi de 181),

86 assinalaram casos de partilha feitos por ambos os cônjuges, enquanto que 24 apenas acusaram ter conhecimento de casos de partilhas feitas só por um dos cônjuges; 52, no entanto, responderam ter conhecimento de casos de partilhas em vida, umas vezes feitas só por um dos cônjuges, outras vezes por ambos.

No que se refere à reserva da própria subsistência do doador, o inquérito veio assinalar que essa reserva era assaz frequente, naqueles casos em que a doação havia abrangido a totalidade dos bens presentes. De 142 respostas à questão, 111 afirmaram que o doador reservou sempre a sua subsistência, nenhum apontou um caso em que o doador não tivesse reservado essa subsistência, enquanto que para 31 dos representantes essa reserva verificava-se «numas hipóteses sim, noutras não».

Complementarmente, o inquérito demonstrou que, nos casos em que o doador assegurou a sua subsistência, o meio escolhido para o fazer foi a reserva de usufruto, sendo também numerosos aqueles casos em que os inquiridos informaram a ocorrência de encargos de sustentação, em benefício do doador.

Assim 182 respostas (dado eivado de lapso manifesto, já que, como foi dito, o número total de respostas ao inquérito foi de 181), 98 acusaram casos de reserva de usufruto, 20 de encargo de sustento e 64 a ocorrência, umas vezes de uma forma (usufruto), outras vezes de outra (sustento).

Noutros pontos, a merecer ulterior desenvolvimento, tiveram interesse os dados fornecidos pelo inquérito do Centro de Estudos de Direito Civil. De facto, ele permitiu, embora com muitas dúvidas, já que a metodologia concretamente seguida é merecedora de alguns reparos, verificar que a partilha em vida é um acto característico de economias rurais débeis, nada excluindo, contudo, a sua ocorrência em meios rurais abastados. As regiões de maior frequência do acto são, entre outras, o Minho, a Beira Litoral, a Estremadura, Beira Alta e Alentejo.

2.7. Conforme vemos, esta estrutura jurídico-sucessória é análoga aquela que, sob o modo de produção feudal, se conhecia sob o nome de *vinculação* ou *sistema do morgadio*.

No entanto, não cremos ser possível sem mais afirmar que o sistema da partilha em vida ainda hoje vigente nos nossos meios rurais, seja uma mera reminiscência do sistema dos morgados, um autêntico sistema de morgadio popular.

De facto, quer-nos parecer que a trajectória histórica do morgadio, se não pode extrapolar, sem mais, para além do tempo de existência histórica da nobreza senhorial enquanto classe politicamente dominante. Falar em morgadio popular, realmente, só por uma irresistível anexação semântica se poderá explicar.

Tal como atrás ficou esboçado, o fenómeno de base que analisamos é a afectação de interesses, característico das relações de produção enquanto ponderadas na sua perspectiva diacrónica e da sua necessária sobrevivência para além da morte do primitivo apropriante.

Neste contexto, o morgadio surge-nos como um instrumento jurídico, com uma localização histórica perfeitamente situada, e com um tempo de vida bem determinado. Sucede, porém, que a decadência e extinção da nobreza terratenente como classe dominante, e o surgimento da burguesia como nova classe possidente, bem como o próprio surgimento de novas formas de riqueza ligadas ao comércio e às finanças, não poderiam eliminar, sem mais, um instrumento jurídico cuja ductibilidade havia prestado os seus serviços aos antigos senhores.

Os novos apropriantes teriam também — tal como têm — que solver o problema da regulação dos seus interesses e bens para além da morte, e de lhes garantir uma trajectória histórica pré-formatizada prosecutora de uma afectação patrimonial que lhes fosse favorável.

Negamos pois que a partilha em vida seja uma mera reminiscência ou reflexo do sistema dos morgadios. Diversamente, cremos ser mais plausível entender o sistema do morgadio como uma forma histórica de realização de afectação de bens, sendo a partilha em vida outra forma, historicamente distinta de concretização da referida afectação.

É certo que ambas as figuras têm traços estruturais análogos, o que não é para admirar, já que substancialmente ser-

vem como instrumentos de prossecução de uma mesma finalidade. Não nos parece, contudo, possível afirmar que, dada tal analogia, uma — a partilha em vida — seja mera degenerescência de outra — o morgadio.

De facto, só a falta de informação e de elaboração teórica nesta matéria leva os Autores a considerarem que o fenómeno referido se situa na trajectória histórica do morgadio, de que representaria uma simples degenerescência popular.

Mais correcta nos parece, pois a síntese de F. Velozo:

«O morgadio (...) morreu, enquanto determinação forçada de herdeiro, e cremos que nunca mais ressuscitará. Mas o nosso povo continua a procurar, em certas regiões, não obstante a atmosfera contrária das leis, através da disposição a favor de um só dos herdeiros, considerado mais idóneo, muitas vezes o filho mais novo, manter a unidade e viabilidade da exploração, cuja dissolução acarreta a miséria de todos».

3. HISTÓRIA DA PARTILHA EM VIDA

- 3.1. O Papiro de Tebtynis.
- 3.1. A primeira fase do Direito Romano.
- 3.3. A divisão *parentum inter liberos*.
- 3.4. A cisão entre a divisão e o testamento.
 - 3.4.1. *Divisio inter liberos*
 - 3.4.2. *Divisio por acto entre vivos*.
- 3.5. O acto particional com Constantino e Teodósio.
- 3.6. A figura antes de Justiniano.
- 3.7. As Novelas de Justiniano.
- 3.8. A *Divisio inter vivos*.
- 3.9. O Antigo Direito Português.
- 3.10. As Ordenações Filipinas.
- 3.11. Mello Freire.
- 3.12. A Tese da atribuição a Valasco.
- 3.13. A síntese de Lobão.
- 3.14. Coelho da Rocha.
- 3.15. Consagração jurisprudencial da colação em vida do doador.
- 3.16. A Revisão de 1930 do Código Civil de Seabra.
 - 3.16.1. Nova redacção dos preceitos sobre colação.
 - 3.16.2. O esclarecimento da nota officiosa do Ministério da Justiça.
 - 3.16.3. O § 6 do artigo 2107.º do Código Civil de Seabra.
 - 3.16.4. Últimas resistências à admissibilidade da figura: Cunha Gonçalves.

3.1. A história do instituto jurídico da partilha em vida está praticamente ainda por fazer.

No que se refere ao sistema socio-cultural português, na sua perspectiva diacrónica, é relevante para o seu estudo a parte referente às sucessões nomeadamente a sua evolução histórica desde o Direito Romano. Ora esta compreensão global não nos é possível alcançá-la neste texto, pelo que nos limitaremos a alguns traços extremamente genéricos.

Isto não invalida que, em sistemas sociais e culturais diversos do latino se não haja verificado a existência de uma figura de características estruturalmente análogas.

Assim Vincenzo Arangio-Ruiz recolheu num papiro de Tebtynis de 13 de Junho de 138 DC um caso típico de divisão feita pelo ascendente em favor de alguns dos seus filhos e de uma neta, na qual se convencionou que os beneficiados, sucedendo nos créditos mas não nos débitos, suportariam as despesas do funeral. Neste pacto houve filhos que não foram contemplados, porque já haviam sido beneficiados com prévias doações, enquanto que outros receberam na divisão entre vivos um quinhão menor do que o dos respectivos irmãos.

3.2. Mas a trajectória histórica do instituto da partilha em vida entronca, no que se refere ao sistema português em dois institutos característicos do Direito Romano de que são a *divisio inter liberos* e o *testamentum inter liberos*.

A génese destes dois institutos só se assinala, contudo, numa fase algo adiantada do Direito Romano. Como escreveu Bonnet⁽¹⁾:

«(...) nos princípios primordiais da legislação romana, os ascendentes, sem exceptuar aqueles que tinham descendentes sob o seu poder, não tinham privilégios de espécie alguma quanto à distribuição do património entre os filhos: só o podiam realizar por uma aplicação ordinária do direito comum, nem mais nem menos do que os outros cidadãos, através de legados indi-

(1) Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, I, p. 8.

viduais, os quais só poderiam produzir os seus efeitos na medida em que fossem integrados num testamento com todas as solenidades requeridas para a sua validade».

3.3. Só ulteriormente, é que se veio a implementar o *testamentum inter liberos*.

A sua origem remonta ao Direito Romano Imperial, estando consagrado num fragmento 20, § 3 D., *familiae erciscundae* 10,2, no qual diz Ulpiano que:

«Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onere aeris alieni pro modo possessionem distribuit, non videri simplecem donationem, sed patris supremi iudicii divisionem, Papinianus ait».

Nesta fase do ordenamento jurídico romano previa-se unicamente um acto divisório de efeitos *port-mortem* ⁽²⁾, uma *divisio parentum inter liberos*.

Originariamente ⁽³⁾ o acto só podia ser praticado com a intervenção do *arbiter familiae erciscundae*, em cuja *adiudicatio* se concretizava a atribuição projectada pelo chefe de família. A falta de requisitos formais típicos do testamento dava lugar a uma sucessão *ab intestato* não tendo ⁽⁴⁾ que basear-se em testamento anterior. Além disso ⁽⁵⁾ qualquer desconformidade com os chamamentos da vocação *ab intestato* não o invalidavam, desde que respeitadas as legítimas.

3.4. Foi ulteriormente com Justiniano e com a finalidade de se dirimirem as questões derivadas da ausência de forma testamentária é que se introduziram de modo explícito certas diferenças na concepção da figura, levando à cisão entre a *divisio inter liberos* e o *testamentum inter liberos*.

(2) Roca Sastre, *Partición de herencia por acto inter-vivos*, in *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 389.

(3) Degni, *Divisione di ascendente*, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 12, p. 1186.

(4) Lino Rodríguez Arias Bustamante, *Efectos de la partición inter-vivos que regula el art.º 1056 del Código Civil*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XXIII, p. 503.

(5) *ibidem*.

3.4.1. A *divisio parentis inter liberos* é⁽⁶⁾ uma divisão feita pelo pai entre os filhos, disposição meramente distributiva, designando coisas singulares e não quotas cuja designação supõe aliás, seja na forma da *heredis institutio* ou da *sucessão ab intestato*.

Caracteriza-se pela ausência de forma obrigatória, podendo concretizar-se num testamento, em codicilos, em mera disposição oral ou na pré-distribuição de legados entre os herdeiros. Tem como objecto os bens hereditários e, eventualmente, créditos e débitos. Admite-se a divisão parcial. Deve respeitar a parte dos herdeiros necessários. Além disso, o cumprimento da vontade paterna pode efectuar-se mediante intervenção do *arbitrarius familiae exercundae* que segue as instruções do defunto, ou mediante um acto privado.

3.4.2. Quanto à *divisio* por acto *inter vivos*, tratava-se de um acordo seguido de tradição que⁽⁷⁾ segundo Papiniano se aproximava da permuta, tendo por objecto todos os bens hereditários e sendo concluído em vista de futura sucessão. A *divisio* era *iusta causa usucapionis*.

3.5. Na evolução do sistema veio a admitir-se com Constantino (L. 2 C. Theod. fam. exercisc.) a possibilidade de o acto particional ser outorgado pela mãe fora de qualquer forma testamentária. Além disso, e mau grado o novo regime formal aplicado aos codicilos, manteve-se a liberdade de forma, princípio que só com as Novelas de Justiniano foi alterado. Com Teodósio (L. 21 § 1 C. de Test.) o direito foi generalizado a todos os ascendentes sem distinção de sexo.

3.6. No momento da compilação justiniana⁽⁸⁾, a figura tinha características imprecisas. Formalmente, era um mero acto

(6) Pasquale Voci, *Diritto Hereditario Romano*, II, p. 476 e segs.

(7) *ibidem*.

(8) Bonnet, ob. cit., p. 16.

de distribuição. Quanto à substância, porém, o seu estatuto oscilava entre as regras jurídicas aplicáveis à sucessão legítima e aquelas vigentes quantos aos actos dispositivos a título gratuito. De um ponto de vista material, a partilha definida pelo ascendente gozava, no momento, da vantagem resultante de a manifestação de vontade do disponente não estar onerada pela exigência de forma solene testamentária, sendo eficaz qualquer que fosse a forma adoptada. Ou seja, faltando totalmente ao acto a forma testamentária, este, mesmo assim, impunha-se ao juiz, sendo eficaz face a este; no caso de ter revestido forma testamentária embora imperfeita o acto valia por si próprio, independentemente do recurso ao juiz.

3.7. O objectivo das Novelas de Justiniano foi o de introduzir alguma clareza na regulamentação da figura em causa. A matéria constava das Novelas 18 (cap. 7) e 107 (cap. 3).

A *Novela 18* estatuiu, como regra de princípio, que o ascendente se devia sujeitar, tanto quanto possível, às normas de Direito Comum vigentes portanto, para o testamento ordinário. No caso de impossibilidade prática de tal sujeição, consagrava a falada lei a necessidade de, pelo menos, ficarem descritos os bens a partilhar, sendo o documento redigido e assinado pelo disponente ou por todos os seus filhos^(*).

Foi a *Novela 107* que fundou legislativamente o *testamentum inter liberos*. As formalidades deste tipo testamentário não divergiam, no fundamental, daquelas que oneravam a sucessão *ab intestato*, salvo no que se refere à exigência de data, nome dos filhos, de as quotas serem escritas *propria manu* pelo testador, e de a proporção na qual os filhos seriam chamados à sucessão ser escrita por extenso. Além destas regras substantivas gizadas para o acto testamentário em si, eram também aplicáveis ao *testamentum inter liberos* certos outros preceitos estruturados para o acto particional ínsito ao testamento. Entre estas

(*) *ibidem*, pp. 20-21.

regras, avulta aquela que estabelece a necessidade de a parte atribuída a cada filho dever ser manuscrita⁽¹⁰⁾.

Com as Novelas, o ascendente passou a ter faculdade legal de alterar, via testamentária, a vocação legal no que se refere aos seus descendentes, procedendo — quer optasse pela vocação testamentária quer optasse pela vocação *ab intestato* — a uma partilha meramente distributiva e não atributiva.

3.8. Foi numa última fase de evolução histórica de evolução do Direito Romano que veio a ganhar forma jurídica a figura da *divisio* por acto entre vivos, figura cuja consagração legislativa se fez mediante uma explícita excepção à regra proibitiva dos pactos sucessórios.

3.9. Também o Antigo Direito Português consagrou a figura da partilha feita em vida, pelos pais, em favor de seus filhos.

Nas palavras de Lobão:

«He sentimento commu de todos os DD. [Doutores] que os pais podem tanto por acto entre vivos, como por ultima vontade, dividir os seus bens por seus filhos, ainda com desigualdade, contando que a cada hum fique salva a legítima, que não pode gravar-se».

3.10. Quanto às partilhas, já as Ordenações Filipinas estabeleciam no seu livro IV, título 96 («como se hão de fazer as partilhas entre os herdeiros»), § 6.º, o seguinte:

«E se por morte do pay, ou mãy ficarem muitos filhos, e algum for menor de vinte e unico annos, poderão os outros irmãos partir per sy, e por elle, com o pay, ou mãy que vivo ficar, com authoridade do juiz a que pertencer, e depois que tiverem partido, darà o Juiz Partidor, que parta pelo menor, com os outros irmãos que forem de idade cumprida, e valerà a partilha assi feita».

(10) *ibidem*, pp. 21-23.

3.11. Desenvolvendo, Mello Freire escreveu que ⁽¹¹⁾:

«Fiunt autem bonorum partitiones vel ab ipsis heredibus aextrajudicialiter, et amica pace per conventiones, quae utique servari debent, et in scripturam redigi, si summan excedant ordinatione lib. 3. tit. 59. definitam: vel partitores et divisores a judice dados de eorum consensu: vel judicialiter, coheredibus in judicium vocatis, lataque sententiam, juris ordine servato, Ord. lib. 4. tit. 96 § 18.; vel ab testatore, qui bene potest familiam suam pro arbitrio inter heredes dividere, salva eorum legitima. Valasc. *de partit.* cap. XX».

3.12. Como se vê, na concepção de Mello, a admissibilidade da figura remontava a Valasco, *de partitionibus*, cap. 20.

Ora tal paternidade foi contraditada por Lobão, nas suas *Notas a Mello* onde escreveu ⁽¹²⁾:

«Quanto à (...) tese: Eu não velo em Valasc. de Part. C. 20. provada esta tese: No cap. 21. tracta das partilhas feitas pelo Pai em vida entre os filhos; porém no n.º 27. diz = «hujusmodi partitiones factas a parentibus in vita, et assignationes legitimarum inter filios familias non omnino securas, et stabilis esse, quin possint revocari usque ad mortem; nec omnino ex eo emancipatis ad petendum de novo Legitimas ex bonis postea auctis, nisi adjecto pacto jurato de ulterius non succedendo, concessa ad hoc licentia a Rege cum expressa derogationis Legis Regiae. Et ita vidi in praxi servatum».

3.13. Em 1828, com o *Tractado das Obrigações Recíprocas*, de Lobão, temos uma exposição concisa dos problemas básicos da partilha em vida, focados na perspectiva do Direito então em vigor.

⁽¹¹⁾ Mello Freire, *Institutiones*, livro 3 (De iure rerum) título 12 (De bonorum partitionum et collationibus) § 3 (Partitiones quibus modis instituantur).

⁽¹²⁾ *Notas a Mello*, parte III, título XII, § 3, n.º 5.

3.14. Ulteriormente, também Coelho da Rocha⁽¹³⁾, considera:

«(...) sustentável o costume de algumas terras, principalmente entre lavradores, de nomearem os paes a um dos filhos toda a casa com obrigação de compor os outros a dinheiro, ainda mesmo nos bens que não são de praso. Com o mesmo fundamento se sustenta a opinião de Val. de part. cap. 19, n.º 25 de modo o pae póde consignar a terça em certos bens da herança, não obstante ser combatida por Lobão, Acç. Summ. Diss. 5, § 18».

3.15. Além deste consenso doutrinal, foi na jurisprudência e já no âmbito da vigência do Código Civil de Seabra, que se estabeleceu o entendimento favorável à tese segundo a qual o nosso Direito admitia a figura da partilha feita entre vivos, pelo pai em favor de seus filhos.

Tal entendimento, não se generalizou, contudo, pacificamente. Efectivamente, podemos listar entre outros:

- a) como decisões favoráveis à admissibilidade da figura: *Ac. STJ de 4/12/1883; Ac. Rel. Porto de 23/6/1889; Ac. Rel. Porto de 23/1/1923; Ac. STJ de 1/6/1923; Ac. Rel. Porto de 30/11/1927; despacho do juiz da 1.ª Vara Cível do Porto de 16/6/1928; Ac. STJ de 6/7/1928; Ac. Rel. Porto de 14/11/1928; Ac. STJ 8/3/1929; Ac. Rel. Porto de 1/3/1930; Ac. Rel. Porto de 6/8/1930;*
- b) como decisões contrárias à referida admissibilidade: *Ac. STJ de 11/2/1910; Ac. Rel. Porto de 21/1/1928; Ac. STJ de 15/1/1929; Ac. Rel. Porto de 1/3/1930;*

O ponto básico gizava em torno da questão que consistia em saber se a colação era ou não admissível em vida do doa-

(13) Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, 7.ª ed.ª § 387, p. 393.

dor, sendo a partilha em vida tomada como um caso específico de colação em vida do doador. Toda a problemática residia no saber-se se a lei admitia ou não tal variante de colação.

3.16. Perante estas dificuldades, em 1930 e aproveitando a oportunidade de revisão do Código Civil — que o *Decreto n.º 19126 de 15/12/1930* veio a concretizar — legislou-se no sentido de elaborar um preceito no qual a doutrina e a jurisprudência pudessem construir, sem margem para dúvidas, uma figura do tipo da partilha em vida.

3.16.1. Efectivamente, o Decreto n.º 19126 alterou e interpretou vários artigos do Código Civil de Seabra e, nomeadamente, no que respeita às doações, os artigos 2098.º (noção de colação), 2101.º (dispensa presumida de colação), 2107.º (como se faz a colação), 2108.º (colação de bens comuns doados por ambos os cônjuges), 2113.º (doação que exceda a legítima do donatário, etc.

A nova redacção dada ao art.º 2107.º do Código Civil de 1867, nomeadamente a criação de um § 6.º para o referido artigo, implicou que a doutrina, com pouca margem para dúvidas, passasse a entender que, após a entrada em vigor do referido preceituado legal, nada obstava a que a colação se fizesse em vida dos doadores. E mais, que dada a natureza interpretativa do referido § 6.º, nada obstava à sua aplicação retroactiva, nos termos do art.º 8.º do Código Civil. Esta tese da aplicação retroactiva do preceito legal contido no falado § 6.º foi primeiramente esboçada no Acórdão do STJ de 1/10/1946, tendo sido posteriormente confirmada pelos acórdãos do mesmo Tribunal de 8/3/1949 e 30/11/1951; no mesmo sentido sancionaram os arestos da Relação do Porto de 23/4/1951 e 20/7/1956.

3.16.2. De facto, já na nota oficiosa do Ministério da Justiça relativa ao Decreto n.º 19126, que praticamente reproduzia o Relatório do Projecto de Reforma do Código Civil elaborado pelo Advogado António Pinto de Mesquita se declarava que

o § 6.º «(...) regula o caso muito frequente de todos os co-herdeiros concordarem no acto de doação ou depois, mas em vida do doador, no valor dos bens doados e na fixação da parte que a cada um pertence nesse valor. Não envolve isto renúncia a herança de pessoa viva, pois é restrito a determinados bens e é de toda a conveniência que a lei admita como válidos esses acordos, que evitam questões e concorrem para a manutenção das casas agrícolas, que são verdadeiros casais de família e obstam à divisão e pulverização da propriedade rústica» (14).

E mais, segundo a mesma nota oficiosa, uma das bases em que assentava a reforma do instituto das colações era «(...) d) acatar os acordos entre todos os interessados sobre fixação do valor dos bens doados e da parte que a cada qual caiba nesse valor».

3.16.3. Efectivamente, o § 6.º do art.º 2107.º do Código Civil digido:

«No acto das doações ou posteriormente pode, com intervenção de todos os interessados fixar-se em documento autêntico o valor dos bens doados e a parte que a cada um deles deve caber nesse valor, e, no caso de não se fazerem logo os respectivos pagamentos, tomar-se-ão em consideração quando eles se realizarem, as oscilações do valor da moeda entre essa data e a do acordo».

3.16.4. A admissibilidade da colação em vida do doador, ou melhor (15) da convenção feita no acto de doação ou posteriormente, mas em vida do doador, pela qual se determinasse o valor dos bens doados a um ou a vários dos herdeiros legítimos, para o efeito de serem logo pagas as tornas devidas ou de as mesmas serem satisfeitas por morte do doador com a possível correcção de valores, ficou, portanto, ponto decididamente assente.

(14) p. 82.

(15) *Revista dos Tribunais*, n.º 1375, p. 98.

A este consenso generalizado opunha-se, embora isoladamente, Cunha Gonçalves que considerava ⁽¹⁶⁾ o referido preceito legal impossível de contemplar uma hipótese como a que havia sido decidida pelo Ac. do STJ de 8/3/1929 ao confirmar o Ac. da Relação do Porto de 14/11/1928, i.e., uma hipótese paradigmática de partilha em vida.

De facto, segundo o tratadista referido, a inviabilidade de um acto do tipo da partilha em vida resultava da impossibilidade legal de participação no acto de doação de outras pessoas que, não sendo o doador e os donatários, interviessem a título de «outros interessados numa futura e hipotética colação».

Especificamente no respeitante ao § 6.º do art.º 2107.º do Código Civil de 1867, Cunha Gonçalves reputava o preceito de confuso e impossível...

4. VANTAGENS E INCONVENIENTES DA PARTILHA EM VIDA

- 4.1. As vantagens da partilha em vida.
- 4.2. Os inconvenientes.
- 4.3. As propostas para a eliminação do instituto.

4.1. Ponderemos agora as vantagens da partilha em vida, nomeadamente as seguintes ⁽¹⁾ :

- a) a partilha em vida permite evitar discórdias entre os filhos, que normalmente surgem quando

⁽¹⁶⁾ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 754.

⁽¹⁾ Sobre este ponto pode ver-se, entre outros: Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., III, p. 898; Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, IV, n.º 2293; Baudry-Lacantinerie, *Des donations entre vifs et des testaments*, III, n.º 1309; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, I, 82; Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, tomo VII, pp. 233 e segs; Linossier, *Le partage des successions conjondues*, p. 90; Despax, *Les partages d'ascendant, paix de familles ou guerre de succession?*, Dalloz, 1959, ch., p. 245.

da morte do ascendente e os herdeiros pretendem efectuar a divisão dos bens que haviam pertencido ao respectivo progenitor;

- b) o acto permite atender às aptidões e condições pessoais de cada um dos descendentes, facultando ao ascendente a faculdade de atribuir certos bens àqueles dos filhos que mais possibilidades tenham de os explorar. Exemplificando, o filho lavrador receberá a quinta, o filho lojista o estabelecimento comercial, etc.;
- c) de um ponto de vista macro-económico, a partilha em vida impede a pulverização da propriedade fundiária, facultando a transmissão integral da exploração económica familiar. Este acto permite pois, uma efectiva operação de emparcelamento com a vantagem de se efectuar numa zona puramente civilística e não compulsória.

É aliás importante notar ⁽²⁾ que a transmissão integral das explorações comerciais e industriais é economicamente tão relevante quanto a transmissão unitária das explorações agrícolas. Diga-se o mesmo quanto à cultura literária, onde a partilha em vida pode funcionar como instrumento jurídico necessário à prevenção do fraccionamento de bibliotecas e colecções de interesse artístico e científico ⁽³⁾;

- d) do ponto de vista dos interesses do ascendente, o acto particional entre vivos facultalhe um meio de se subtrair ao encargo de uma exploração para a qual já não se sente capaz;

⁽²⁾ Contra Voirin, *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la loi du 7 février 1938 sur les partages d'ascendant*, Dalloz, 1938, n.º 14, ch. VII, p. 31.

⁽³⁾ Isto mesmo foi considerado no contexto do Direito Italiano (Anteprojecto do Código Civil, Relatório, p. 83).

- e) para todos os compartilhantes, o acto tem a vantagem de os poupar às despesas de uma partilha sucessória ordinária. Como considerou Beudant⁽⁴⁾ «efectuando ele mesmo e por antecipação, a partilha dos bens, o ascendente torna inútil uma ulterior intervenção da justiça: poderá, portanto, (...) evitar os inconvenientes e as despesas da partilha judiciária».

4.2. Mau grado as referidas vantagens, a partilha em vida comporta, por vezes, inúmeros inconvenientes, de entre os quais convirá registar:

- a) o facto de o acto, que foi gizado para evitar discórdias entre os filhos, fomentar crescentemente invejas e desavenças familiares quando o pai, pretendendo em vida libertar-se dos bens do seu património, dividindo-o pelos filhos, topa com insuspeitadas dificuldades na atribuição de certos bens a algum dos descendentes mais capacitado para os explorar;
- b) o facto de o acto particional poder⁽⁵⁾ dar origem a preferências cegas, a hábeis combinações das quais resulta uns filhos receberem vantagens que lhes são atribuídas em detrimento dos irmãos. Ou seja, na fórmula expressiva de Berlier na sua resposta ao Conselho de Estado de França (sessão de 27/Ventôse/ano XI): «a partilha é um acto favorável quando a sua origem não está manchada pelo desejo de fazer fraude à lei: nada mais louvável entre filhos não avantajados; nada mais perigoso entre os filhos cuja condição deixa de ser igual já que isso é quase sempre um meio de enganar a natureza e a lei»;

(4) *Ob. cit.*, VII, p. 233.

(5) *Ob. cit.*, I, 85.

- c) além disso, acontece frequentemente que os filhos dão o seu acordo à partilha mas sob reserva mental, vindo ulteriormente a tornarem-se ingratos, esquecendo as liberalidades recebidas do pai e chegando ao excesso de cometerem crimes para se libertarem do encargo de pagamento das rendas a que se obrigaram face aos respectivos ascendentes. Foi ponderado esta triste realidade que um autor do Antigo Direito Costumeiro Francês escreveu que «qui le sien donne avant mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir».

4.3. Perante as referidas desvantagens, não causará estranheza que certa doutrina se interrogue quanto a saber se não seria mais curial para o legislador eliminar pura e simplesmente a figura, deixando subsistir o regime jurídico-sucessório de Direito Comum. Isto mesmo foi focando no contexto do Direito Italiano, onde Degni⁽⁶⁾ escreveu que «a divisão de ascendente propunha-se a finalidade principal de evitar discórdias entre os irmãos na divisão do património do seu ascendente (...) embora acontecesse muitas vezes que fosse causa de maiores litígios demonstrando a experiência que não havia outro acto que mais perturbasse a paz e a concórdia das famílias, de tal modo que, bem se poderá dizer que um instituto que pela sua natureza pareceria dever ser um instrumento de paz tornou-se uma verdadeira máquina de guerra»⁽⁷⁾. No âmbito do Direito Espanhol também Roca Sastre⁽⁸⁾ acha que a doação-partilha não é uma instituição recomendável, pelo que não é conveniente implantá-la em Espanha onde, aliás, é discutível se está ou não legislativamente consagrada uma figura deste tipo.

(6) Degni, *Divisione di ascendente*, Nuovo Digesto Italiano, vol. 12. p. 1186.

(7) No mesmo sentido Baudry-Lacantinerie, *cit.* Ainda no contexto do Direito Italiano, Brunelli e Zapulli, *Il libro delle successioni e donazioni*, p. 460, apolam a supressão legislativa da *divisione di ascendenti* feita pelo novo Código Civil Italiano. No mesmo sentido D'Amelio e Barassi.

(8) Roca Sastre, *Partición de herencia por acto inter vivos*, em *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 394.

Mesmo sem atingir os extremos destas atitudes, o próprio Bonnet (*), que no contexto do Direito Francês estudou com largo desenvolvimento a figura em análise escreveu: «aconselhamos, portanto, a só excepcionalmente se recorrer à partilha entre vivos, *quia melius est ut filii rogent parentes quam illos respicere in manus filiorum suorum* (Eccles. XXXIII, 22) e respeitar na prática do acto escrupulosamente a regra da igualdade; acusar abertamente a mínima vantagem que receba um dos descendentes; estipular, a título de preferência e quanto ao pagamento de pensão ou de prestações anuais um direito real de gozo, uma reserva de usufruto com retenção de parte dos bens, tão indispensável ao seu bem estar material, quanto à independência e dignidade do seu carácter (...)».

5. O ESTATUTO JURÍDICO DA PARTILHA EM VIDA NO DIREITO COMPARADO

- 5.1. Objectivo do capítulo.
- 5.2. Limitações do trabalho.
- 5.3. Direito Francês.
- 5.4. Direito Espanhol.
- 5.5. Direito Italiano.
- 5.6. Direito Holandês.
- 5.7. Direito Alemão.
- 5.8. Direito Suíço.
- 5.9. Direito Brasileiro.
- 5.10. Direito Mexicano.
- 5.11. Direito Guatemalteco.
- 5.12. Direito Panamiano.
- 5.13. Direito Venezuelano.
- 5.14. Direito Argentino.

5.1. A finalidade da feitura deste capítulo não será a descrição dos problemas e das soluções jurídicas que o Direito Estrangeiro tem levantado e dado ao tema que nos ocupa, já que nas partes seguintes deste trabalho nos socorreremos com algum detalhe dos contributos do referido Direito Comparado.

(*) *Ob. cit.*, I, 90.

5.2. Limitar-nos-emos a um enunciado básico daqueles pontos fundamentais da regulamentação jurídica dos ordenamentos legislativos estrangeiros focando, empiricamente, ora uma particular faceta da trajectória histórica do sistema legal (caso do Direito Francês) ora alguns dos aspectos mais imediatamente polémicos da interpretação da lei (caso do Direito Espanhol). Em alguns pontos a descrição do sistema legal não ultrapassará a mera transcrição dos preceitos pertinentes que, deste modo, ficarão arquivados para ulterior elaboração, mais capacitada.

A) *Direito Francês*

5.3. Tomemos, antes de mais, o caso do *Direito Francês*. A figura da partilha em vida tem, no que se refere ao Direito Francês uma longa tradição, entroncando-se no instituto da *démision de biens* típica do antigo Direito Costumeiro. O acto era muito frequente na Normandia, Borgonha e Bretanha, sendo praticado, sobretudo, entre indivíduos de fracos recursos⁽¹⁾.

A *démision de biens* era⁽²⁾ uma disposição pela qual um homem, motivado pelo afecto do sangue, com o objectivo de imitar a ordem natural das sucessões e de prever o caso da morte, despojava-se, sendo vivo, da universalidade de todos os seus bens para contemplar, por antecipação, os seus herdeiros presuntivos e torná-los, deste modo, possuidores actuais e proprietários dos bens de uma sucessão futura, da qual eles só têm a esperança».

Não se tratava de uma doação entre vivos nem sequer de uma doação *causa mortis*, mas antes de um puro e simples abandono de bens em favor dos presumidos herdeiros do disponente. O demitido reservava-se, usualmente, o usufruto dos bens ou uma renda vitalícia. O acto de demissão não comportava partilha de espécie alguma, pelo que o demitido devia dar os bens a todos os que a lei chamava à sua sucessão e do

(1) Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendant*, I, p. 22.

(2) Ferriere, *Dictionnaire de droit et de pratique*, p. 620.

mesmo modo pelo qual ela realizava essa vocação. A atribuição era universal, referente, portanto, à totalidade do património, de efeitos entre vivos imediatos, mau grado a sua natureza de acto de última vontade. Daqui resultava o corolário segundo o qual o demitido se devia reputar ficticiamente morto no dia da prática do acto.

Foi no Código Civil de Napoleão que a figura da partilha em vida veio a merecer consagração legislativa, na forma de divisão de ascendente feita em favor dos descendentes.

Vejamos os preccitos legais do Código :

Art. 1075. Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfans et descendans, la distribution et le partage de leurs biens.

Art. 1076. Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour object que les biens présens.

Art. 1077. Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront compris conformément à la loi.

Art. 1078. Si le partage n'est pas fait entre tous les enfans qui existeront à l'époque du décès et les descendans de ceux prédécédés, le partage sera nul pour de tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit pour les enfans ou descendans qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

Art. 1079. Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

Art. 1080. L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée».

Este regime jurídico sofreu em 1938 uma primeira alteração substancial com a lei de 7/2/1938, que, aliás, se ocupou também de outras matérias.

A referida lei resultou de um longo processo legislativo que remontou aos anos imediatamente anteriores à Primeira Grande Guerra Mundial⁽³⁾ e que visava a definição de regras jurídicas que facultassem maior elasticidade e segurança à partilha de ascendente. Assim, foram alterados no Código Civil os seguintes pontos:

- a) *paridade dos lotes*: eliminou-se a regra de necessidade de igualdade *en nature* na composição dos lotes;
- b) *omissão de descendente*: restringiu-se a solução da nulidade, prevista no art.º 1077.º, àqueles casos em que não existam, no momento da abertura da sucessão, bens suficientes para integrar a parte do filho omitido;
- c) *rescisão por causa de lesão*: estabeleceu-se que a lesão seria apreciada segundo o valor dos bens no momento da doação-partilha e, no caso de rescisão, que as disposições entre vivos seriam tratadas como liberalidades em avanço de legítima;
- d) *avantajamento de um dos compartilhantes*: estabeleceu-se que a acção permitida para impugnar a partilha era uma verdadeira acção de redução

(3) *Dalloz hebdomadaire*, 1938, 4.ª, p. 353.

e não de rescisão, donde decorria, como consequência, a reposição da parte de reserva do compartilhante omitido e a faculdade de o avantejado efectuar a restituição em numerário;

- e) *prescrição da acção*: unificaram-se os prazos de prescrição do direito à acção de redução, de rescisão, e de nulidade por omissão.

Foram, portanto, alterados na sua redacção os art.ºs 1075.º, 1076.º, 1077.º, 1078.º, e 1080.º que ficaram assim redigidos:

Art. 1075. Le père et la mère et les autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens, sans être tenus de se conformer aux art. 826 et 832 du Code Civil.

Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments.

Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents».

Art. 1076. Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi.

Art. 1077. Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, et s'il n'existe pas au moment de l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour constituer la part des héritiers qui n'y ont pas reçu leur lot, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

Art. 1078. La rescision du partage fait par l'ascendant ne pourra être prononcée que si celui qui la demande a subi une lésion de plus du quart.

Pour juger s'il y a lésion dans le partage fait entre vifs, on estime les biens suivant leur valeur à l'époque de l'acte.

Le défendeur à l'action en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en usant de la faculté accordée par l'article 891.

Lorsque la rescision du partage fait par acte entre vifs aura été prononcée, comme aussi dans le cas de nullité prévu par l'article 1077, les enfants ou descendants qui viendront au nouveau partage feront le rapport des biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, suivant les règles prescrites par les articles 855 et suivants.

Art. 1079. S'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grande que la loi ne le permte, celui ou ceux des copartagés qui n'auront pas reçu leur réserve entière pourront demander la réduction à leur profit du lot attribué au préciputaire.

Le défendeur peut arrêter le cours de l'action en offrant d'abandonner aux demandeurs, soit en nature, soit en numéraire, ce qui excède la quotité disponible jusqu'à concurrence de ce qui leur manque pour compléter leur part dans la réserve.

Art. 1080. L'enfant qui, pour une des causes exprimées dans les deux articles précédants, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais d'estimation, et il les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si sa réclamation n'est pas fondée.

L'action ne peut être introduite qu'après le décès de l'ascendant qui a fait le partage, ou du survivant des ascendants s'ils ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse.

Elle n'est plus recevable après l'expiration de deux années à compter dudit décès.

Ainda no mesmo ano de 1938, mas alguns meses depois, o *Decreto de 17/6/1938* veio de novo alterar o estatuto jurídico substantivo aplicável à partilha em vida, dando nova redacção ao art.º 1075.º do Código Civil. A finalidade da lei foi a adequação deste preceito legal à nova redacção dada ao art.º 832.º do Código Civil que o referido Decreto também modificou.

Deste modo, uma vez que a regra da paridade dos lotes (na forma de igual valor/conteúdo variável) se tornou um princípio geral de Direito Comum, o falado art.º 1075.º-1 teve que deixar de exprimir aquilo que já não era um facto excepcionalmente permitido.

Assim, o art.º 1075.º ficou assim redigido:

Art.º 1075. Les père et mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens.

Mais recentemente, a lei de 20/7/1940 de novo alterou a redacção do citado art.º 1075.º acrescentando-lhe duas alíneas:

«Les partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaire avec les formalités, conditions et règles prescrits pour les donations entre vifs les testaments.

Les partages faits par acte entre vifs ne pourront avoir pour object que les biens présentes».

Por último, o art.º 11.º da *Lei de 3/7/1971* modificou substancialmente os preceitos aplicáveis a esta matéria.

De um ponto de vista formal, o capítulo VII dedicado às partilhas feitas pelos ascendentes ficou dividido em três partes distintas: uma primeira onde se enunciavam regras gerais comuns à doação-partilha e ao testamento-partilha e duas outras partes distintas cada uma delas dedicada a estas duas referidas formas de partilha de descendente.

Na parte geral (art.ºs 1075.º, 1075.º-1, 1075.º-2 e 1075.º-3) as inovações fundamentais registaram-se quanto à indexação das tornas e quanto à intangibilidade por lesão.

No que se refere ao estatuto específico das doações-partilha (art.ºs 1076.º a 1078.º-3) a lei alterou a regulamentação jurídica anterior no que se refere às regras de forma, quanto às acções de que se podem socorrer os compartilhantes e quanto à determinação das datas de avaliação dos bens.

Quanto à forma, manteve-se a admissibilidade da doação-partilha feita conjuntamente por ambos os cônjuges e admitiu-se a possibilidade de prática de uma doação-partilha efectivada em duplo acto.

No que respeita às acções de que a doação-partilha era passível a nova regulamentação jurídica, visando garantir uma maior estabilidade à figura, suprimiu as três acções que o anterior Direito previa — i.e., a acção de rescisão por lesão de mais de um quarto, a acção de nulidade por omissão de um filho e a acção especial de redução prevista no art.º 1079.º — substituindo-as por uma única acção de redução, embora sujeita a um regime específico.

Finalmente, quanto ao problema da data de avaliação dos bens, o art.º 1078.º manteve o princípio segundo o qual, salvo convenção em contrário, os bens compreendidos na doação-partilha são avaliados no momento da prática do acto, exigindo, contudo, certas condições.

É esta, portanto, a redacção actualmente em vigor dos preceitos referentes à partilha de ascendente à face do Código Civil:

CHAPITRE VII

Des partages faits par les ascendants

Art. 1075. Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens.

Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas

et des testaments dans le second, sous réserve de l'application des dispositions qui suivent.

Art. 1075-1. Le partage fait par un ascendant ne peut être attaqué pour cause de lésion.

Art. 1075-2. Les dispositions de l'article 833-1, premier alinéa, sont applicables aux soultes mises à la charge des donataires, non obstant toute convention contraire.

Art. 1075-3. Si tous les biens que l'ascendant laisse au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront attribués conformément à la loi.

SECTION PREMIÈRE

Des donations-partages

Art. 1076. La donation-partage ne peut avoir pour objet que des biens présents.

La donation et le partage peuvent être faits par actes séparés pourvu que l'ascendant intervienne aux deux actes.

Art. 1077. Les biens reçus par les descendants à titre de partage anticipé constituent un avancement d'hoirie imputable sur leur part de réserve, à moins qu'ils n'aient été donnés expressément par préciput et hors part.

Art. 1077-1. Le descendant qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier.

Art. 1077-2. Les donations-partages suivent les règles des donations entre vifs pour tout ce qui concerne l'imputation, le calcul de la réserve et la réduction.

L'action en réduction ne peut être introduite qu'après le décès de l'ascendant qui a fait le partage ou du survivant des ascendants en cas de partage conjonctif. Elle se prescrit par cinq ans à compter dudit décès.

L'enfant non encore conçu au moment de la donation-partage dispose d'un semblable action pour composer ou compléter sa part héréditaire.

Art. 1078. Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les enfants vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent.

Art. 1078-1. Le lot de certains enfants pourra être formé, en totalité ou en partie, des donations, soit rapportables, soit préciputaires, déjà reçues par eux de l'ascendant, eu égard éventuellement aux emplois et remplois qu'ils auront pu faire dans l'intervalle.

La date d'évaluation applicable au partage anticipé sera également applicable aux donations antérieures qui lui auront été ainsi incorporées. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

Art. 1078-2. Les parties peuvent aussi convenir qu'une donation préciputaire antérieure sera incorporée au partage et imputés sur la part de réserve du donataire à titre d'avancement d'hoirie.

Art. 1078-3. Les conditions dont il est parlé aux deux articles précédants peuvent avoir lieu même en l'absence de nouvelles donations de l'ascendant. Elles ne sont pas regardées comme des libéralités entre les descendants, mais comme un partage fait par l'ascendant.

SECTION II

Des testaments-partages

Art. 1079. Le testament-partage ne produit que les effets d'un partage. Ses bénéficiaires ont qualité d'héritiers et ne peuvent renoncer à se prévaloir du testament pour réclamer un nouveau partage de la succession.

Art. 1080. L'enfant ou le descendant qui n'a pas reçu un lot égal à sa part de réserve peut exercer l'action en réduction conformément à l'article 1077-2.

B) *Direito Espanhol*

5.4. Vejamos agora o regime legal vigente no âmbito do *Direito Espanhol*.

Na análise do referido Direito devemos considerar, cumulativamente, o Direito Comum compilado no Código Civil e os Direitos Forais. Neste nosso trabalho limitar-nos-emos ao estudo do Direito Positivo Comum.

Tomando tal Direito, vemos que no livro III do Código Civil de 1888 («De los diferentes modos de adquirir la propiedad»), título III («De las successiones»), capítulo VI («De la colación y partición») sección segunda («De la partición»), establece o art.º 1056.º que :

«Quando el testador hiciera por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se passará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herderos forzosos.

«El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

Relacionado com este preceito está o do art.º 1271.º-2, onde se dispõe que:

«Sobre la herancia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objecto sea praticar entre vivos la división de um caudal conforme al artículo 1.056».

A doutrina espanhola tem discutido a interpretação a dar a estes preceitos.

A tese mais generalizada vê neles a consagração de um negócio jurídico unilateral de natureza gratuita⁽⁴⁾ cujo escopo seria a divisão ou partilha de bens, negócio no qual se verificaria uma verdadeira aproximação ou até absorção entre o acto *inter vivos* e o acto *mortis causa*⁽⁵⁾ salientando-se, contudo, a sua estrutura testamentária, com produção de efeitos *post-mortem*. Ou seja, a partilha feita em vida pelo testador, mesmo quando seguir a forma de acto entre vivos, só se concebe tendo em vista uma verdadeira partilha sucessória, ou seja partilha que só produzirá efeitos por morte do causante.

Dada a referida aproximação entre os actos *inter vivos* e *causa mortis*, e discutindo-se ainda, tanto a nível doutrinal como jurisprudencial se a faculdade de o testador realizar a partilha exige necessariamente que o acto de divisão seja «amparado» por testamento anterior, simultâneo ou posterior, os defensores da doutrina ainda dominante vão neste dominante⁽⁶⁾.

A partilha feita pelo testador apenas é permitida em favor dos seus herdeiros testamentários. Daqui resulta que, segundo

(4) Lino Rodríguez Arias Bustamante, *Efectos de la partición «inter vivos» que regula el art.º 1056 del Código Civil*, Revista general de Legislación y Jurisprudencia, tomo XXIII, p. 318.

(5) *Ibidem*, p. 327.

(6) Este ponto de vista está expresso, por exemplo em Albaladejo, *Sólo el testador puede partir la herancia (...)*, em *Estudios*, p. 317; Castán Tobenás, *Derecho Civil Español Comum y Foral*, VI, vol. III, p. 280; Berdejo — Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, I, p. 272.

No mesmo sentido, Sanchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, VI, vol. III; Manresa, *Commentario el Códice Civil Español*, VII; Mucius Scaevola, *Código Civil*, XVIII e XX.

Berdejo-Rebullida (1) «se a distribuição de bens se afastar essencialmente da vocação testamentária, favorecendo herdeiros distintos dos instituídos, a partilha, se for testamentária, representará um novo testamento revogatório do anterior, e se for fora de testamento, poderá ser impugnada como inexistente, com base no próprio art. 1056 e da exigência jurisprudencial de que a partilha seja amparada por um testamento anterior ou posterior».

Na síntese de Castán Tobeñas, a doutrina tradicional entende que, à face do Direito Civil Espanhol, a partilha feita pelo testador é um negócio jurídico *mortis causa*, mesmo quando o acto é celebrado *inter vivos*, passível de ser feito em testamento ou fora dele, exigindo-se neste último caso testamento anterior ou posterior, revogável, acto caracteristicamente unitário, mau grado a sua realização em dois momentos distintos, realizando uma função divisória, mas contendo uma instituição a título universal de herdeiro, salvo manifestação em contrário do testador, sendo permitida a intervenção dos herdeiros na prática dos actos de partilha e na celebração de pactos sucessórios instrumentais, bem como a concessão pelo causante, de entregas provisórias e revogáveis de certos bens.

Esta doutrina tem, contudo, sido recentemente contestada por Autores que defendem estar legalmente consagrada nos preceitos legais em referência, uma figura cuja estrutura se aproximaria da *partilha de ascendente* do Direito Francês.

São, contudo, bem variáveis as teses dos adversários daquela posição tradicional e — ainda hoje — dominante. Efectivamente, a diversidade de pontos de vista centra-se em torno das seguintes questões:

- a) se a figura jurídica consagrada no art.º 1056 do Código Civil espanhol tem carácter divisório ou dispositivo;
- b) se é elemento essencial da referida figura a elaboração, simultânea ou posterior, de testamento;

(1) *Ob. cit.* p. 273.

- c) se no caso de não haver lugar a testamento o causante se deve — ou não — ajustar às normas legais referentes à sucessão *ab intestato*;
- d) qual a natureza jurídica da figura da partilha feita pelo testador face à estrutura do fenómeno jurídico-sucessório.

O carácter dispositivo-divisório do acto de partilha feita pelo testador foi defendido Marín Lázaro. Para este Autor, a lei espanhola consagraria uma figura do tipo da partilha de ascendente de natureza estruturalmente contratual, de efeitos irrevogáveis, para cuja validade seria desnecessário testamento anterior ou posterior ao acto. Além disso, o causante não estaria sujeito às regras de sucessão *ab intestato*.

Também Díez Picazo ⁽⁸⁾ defende, contra o entendimento maioritário, que o art.º 1056.º do Código Civil espanhol consagra um contrato, cujo objecto seria a herança futura de um dos contraentes (pacto sucessório) irrevogável, em que não se verificaria a designação de herdeiro, mas antes a distribuição do caudal hereditário entre os herdeiros já designados, ou, nos termos do art.º 1271.º do referido Código, um contrato de distribuição ou divisão.

Nem toda a doutrina defende, porém, a natureza translativa da figura jurídica prevista no art.º 1056.º Assim, afirmando a desnecessidade de testamento, Roca Sastre ⁽⁹⁾, De Buen ⁽¹⁰⁾, R. Arias ⁽¹¹⁾ rejeitam, contudo, o alcance dispositivo da partilha.

«Uma partilha com efeitos em vida — escreve Roca Sastre ⁽¹²⁾ ou seja com transmissão imediata de bens e que no fundo é uma doação, é coisa estranha ao Código Civil, o que não impede que o causante que queira desprender-se em vida dos

⁽⁸⁾ Díez Picazo, *Lecciones de Derecho Civil*, IV — *Derecho de Sucesiones*, p. 397.

⁽⁹⁾ Roca Sastre, *Partición de herencia por acto intervivos*, em *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 397.

⁽¹⁰⁾ De Buen, *ob. cit.*

⁽¹¹⁾ Rodrigues Arias, *ob. cit.*, p. 307.

⁽¹²⁾ *Ob. cit.* p. 387.

seus bens possa distribuí-los entre aqueles que sejam os seus sucessores, outorgando-lhe as correspondentes doações *inter vivos*».

Coisa semelhante diz Vallet de Goytisoló para quem é legal, embora não por força do art.º 1056.º do Código Civil, a total distribuição do património de uma pessoa mediante doações *inter vivos* declaradas não colacionáveis, ou também mediante doações *mortis causa*, com ou sem entrega de bens, desde que reservado um mínimo nos termos do art.º 624.º Ora nestes casos, afirma o Autor citado, não há verdadeiramente divisão de herança mas mera distribuição entre vivos do caudal actual do doador, distribuição essa realizada mediante actos entre vivos ou mediante uma série de doações *mortis causa*, sem que em qualquer dos casos, os donatários mereçam o atributo de herdeiros.

Idêntica atitude tem mantido a jurisprudência que, aliás, insiste na exigência de testamento, anterior ou posterior ao acto de partilha como elemento essencial à caracterização da figura. Efectivamente, segundo os Tribunais espanhóis, nomeadamente em face das sentenças de 13/3/1903 e de 6/3/1945, o acto particional deve ser apoiado num testamento. Assim, em particular, uma sentença do Supremo Tribunal proferida em 6/3/1945 decidiu que «a partilha regida pelo art.º 1056.º terá que ter o seu apoio num testamento de que seja complemento, de tal modo que terá de entender-se que o acto de distribuição não solene (*partilha*) recebe uma força e convalidação formal do acto de disposição solene (*testamento*). Considerou efectivamente, a referida sentença que «embora o art.º 1056.º do Código Espanhol admita que o causante possa realizar partilha dos seus bens de duas maneiras diferentes, por acto *inter vivos* ou por disposição de última vontade, não remete como o faz o Código Napoleónico quanto à primeira destas modalidades, para o regime específico das doações *inter vivos* nem permitir entender que seja acto entre vivos a que o texto legal se refere já que numa técnica rigorosa, para discriminar os actos *inter vivos* e os *mortis causa* há que atender à sua finalidade e ao tempo em que o acto

ou negócio deverá produzir o seu efeito típico ou definitivo, de tal modo que serão negócios *mortis causa* os destinados a regular as relações jurídicas depois da morte do sujeito do negócio, e sobre esta base, a divisão do património é fundamentalmente, um acto *mortis causa* que tem clara finalidade sucessória, como o confirma o próprio art.º 1056.º do Código Civil, ao pôr em todo o caso como limite à eficácia da partilha feita pelo testador o não prejudicar a legítima dos herdeiros forçados, se ao menos se permitir que este acto *mortis causa* vá ligado, por uma espécie de justaposição de elementos, a uma declaração de vontade emitida dentro do molde próprio dos actos *inter vivos* sem perder com isso a sua natureza, nem dar sequer ao negócio particional (complexo quanto aos seus elementos integrantes mas não quanto à sua natureza substancial) o carácter misto que costuma atribuir à doação-partilha os intérpretes do Código Francês e do Italiano de 1865 quando, ao procurar fixar a fisionomia dessa instituição (que já foi qualificada de paradoxo jurídico), dizem que nela se descobrem os caracteres substanciais da doação *inter vivos*, combinados estreitissimamente com os caracteres próprios da sucessão hereditária que lhe serve de causa».

Quanto à segunda parte do art.º 1056.º do Código Civil Espanhol, alguns Autores têm acentuado o carácter redundante de tal preceito. Há, contudo, quem sustente que a referida segunda parte do artigo contempla um caso especial de partilha feita pelo testador.

«Interpretando literalmente o art.º 1056-2.º, o pai poderia dispor em testamento como fora dele. Mas a finalidade deste preceito é modificar a regulação das legítimas, e não as regras formais sobre disposições *mortis causa* e a modalidade nele prevista excede em muito uma mera partilha; evita-se precisamente com tal modalidade a divisão, e normalmente a comunidade hereditária, embora hipotética, ao eliminarem-se os co-herdeiros sem que o preceito deixe de ter virtualidade: este, além disso, fala exclusivamente em «dispor». Parece, pois, que o pai poderá usar da faculdade de partir (...) para estes fins distintos

da própria partilha, mas então, não na forma chamada *inter vivos*, quer dizer, fora de testamento». (13)

Além disso, os comentadores têm notado que o preceito da lei não exige que o filho a quem seja adjudicada a exploração agrícola, industrial ou fabril, tenha de pagar do seu próprio pecúlio, em metálico, a legítima dos restantes filhos. A lei limita-se a facultar ao testador que essa porção seja satisfeita desse modo. Se na herança houver «metálico» (bens pecuniários) o pagamento será efectuado com tais bens; não havendo, haverá que proceder à venda de bens e terá que impor-se ao filho favorecido a obrigação de proceder ao pagamento (14).

Tem igualmente sido levantados problemas de interpretação quanto ao saber-se do carácter puramente demonstrativo da tipologia legal («exploração agrícola, industrial ou fabril»), da possibilidade de exercício da faculdade prevista na lei pelo ascendente em favor de ulteriores descendentes, da susceptibilidade de atribuição dos bens a título de legados para obviar à aplicação do art.º 1084.º (responsabilidade solidária dos herdeiros), da possibilidade de os legitimários afastados da exploração terem alguma garantia sobre os bens hereditários (15), da eventual extensão do benefício previsto neste preceito do art.º 1056-2 em favor dos filhos naturais, concorrendo com outros naturais (não com legítimos), da possibilidade legal de qualificação dos legitimários como credores do herdeiro, da restrição da faculdade prevista no artigo em referência aos casos em que haja uma exploração de tipo empresarial (16) (17).

Além disso, embora a jurisprudência exclua a necessidade de a partilha se apoiar em regras jurídicas referentes à sucessão *in intestato*, admite, contudo, que o testamento se limite a uma pura remissão para as referidas regras.

(13) Berdejo — Rebullida, *ob. cit.* p. 282.

(14) Veja-se Bonnet y Ramón, *ob. cit.* p. 384.

(15) Luis Díez Picazo, *Lecciones de Derecho Civil — Derecho de Sucesiones*, pp. 542-543.

(16) Berdejo — Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, I, pp. 282, 283.

(17) Vidé as sentenças de 6/3/17, 6/5/53, 29/10/60, 28/6/61.

O problema que consiste em determinar qual a natureza jurídica da figura prevista no art.º 1056.º do Código Civil espanhol, é tudo menos pacífico, como se deduz do conceito polémico *supra* referido.

A doutrina tem discutido, pois, qual a verdadeira característica do acto (18), estando ainda ilíquido o saber se se trata:

- a) de uma sucessão antecipada, cuja abertura se efectuaria (embora ficticiamente) no momento da doação *inter vivos*;
- b) de uma acto de natureza ambivalente consoante o momento considerado (teoria dos dois momentos). Assim, antes da morte do causante, tratar-se-ia de doação *mortis causa*, com carácter imediato e actual, independentemente do facto de o doantário chegar à sucessão do doador; depois da morte do causante, o acto ganharia pleno significado sucessório-divisório;
- c) de uma doação-divisão tendo em vista a futura sucessão, de um acto que assumiria simultaneamente uma natureza declarativa e dispositiva, no qual o dividir seria um mero extremo pelo qual se cumpriria e aperfeiçoaria o dispor;
- d) de uma doação-divisão colectiva com causa sucessória.

Além destas regras jurídicas de alcance geral, há que levar em conta preceitos específicos de certas situações, como as referentes ao património familiar e às explorações familiares e unidades-tipo. Esta matéria pertence ao domínio da sucessão excepcional ou extraordinária que, além de englobar fenómenos como a vinculação («mayorazgos»), títulos nobiliárquicos e grandezas, patronatos e capelas («capellanías»), vem a abranger,

(18) Bustamante, artigo cit. p. 327.

mais recentemente, novas formas de vinculação *lato sensu* como as já referidas, e outras como, v.g., as que sujeitam as casas de renda económica. ⁽¹⁹⁾

Quanto ao *património familiar*, estabelecem os arts. 12.º, 13.º e 16.º da Lei de 15/7/1952 que, morrendo o titular do referido património, este passará necessariamente ao herdeiro forçado, ou, faltando este, ao herdeiro designado no testamento. O património ficará afecto ao pagamento das legítimas até ao limite máximo correspondente a um terço do seu valor, ficando as quotas legitimárias reduzidas a esse montante.

Quanto às *explorações familiares*, unidades-tipo de aproveitamento agrícola provenientes da concentração de parcelas, diz a lei que o testador haverá que deixar em testamento a parcela indivisível a um único herdeiro que, caso contrário, será adjudicada por licitação entre os co-herdeiros ou em hasta pública, se nenhum destes quiser concorrer (Lei de 15/7/1945, art.º 4.º-1; Lei de 14/4/1962, art.º 2.º; Lei de 8/11/1962, art.º 73.º-3).

C) *Direito Italiano*

5.5. No *Código Civil Italiano de 1865*, previa-se no Livro III, título II, secção VIII, art.º 1044.º e segs. o instituto da *divisione di ascendente*, que era especificamente regulado pelos seguintes preceitos:

«*Articolo 1044* — Il padre, la madre e gli altri ascendenti possono dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile.

«*Articolo 1045* — Queste divisioni possono farsi per atto tra vivi, o per testamento colle stesse formalità, condizioni e regole stabilite per le donazioni o per i testamenti.

Le divisioni fatte per atto tra vivi non possono comprendere che i beni presenti.

⁽¹⁹⁾ *Inter alia* veja-se Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comum y Foral*, tomo VI, vol. III, pp. 280 e segs.

«*Articolo 1046* — Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni lasciati dall'ascendente al tempo della sua morte, i beni non compresi sono divisi in conformità della legge.

«*Articolo 1047* — A interamente nulla la divisione, nella quale non siano state compresi tutti i figli che saranno chiamati alla successione e i discendenti dei figli premorti.

In questo caso tanto i figli o discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli che vi ebbero parte, possono promuoverne una nuova.

«*Articolo 1048* — La divisione fatta dall'ascendente può essere impugnata, se dalla medesima o dalle altre disposizioni fatte dall'ascendente risulti che sia leso nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra vivi può altresì essere impugnata per lesione oltre il quarto a norma dell'articolo 1038. (*)»

«*Articolo 1049* — Il figlio che per alcuna delle cause espresse nel precedente articolo impugna la divisione fatta dall'ascendente, deve anticipare le spese della stima, e soccombendo nel giudizio definitivo sarà condannato nella spese medesime e in quelle della lite.»

A divisão de ascendente podia fazer-se por dois modos: através de acto *inter vivos* ou mediante testamento. Em qualquer dos dois casos, apenas era permitida aos ascendentes, podia abarcar todos os filhos ou descendentes e compreender a própria quota disponível.

A divisão de ascendente por acto entre vivos seguia a forma e o regime substantivo das doações. Era necessária a aceitação de todos os descendentes. O acto produzia efeitos tanto em vida como por morte do doador. Quanto aos efeitos produzidos em

(*) *Articolo 1038*. Le divisione possono rescindere per causa di violenza o di dolo.

Può altresì aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi prove de essere stato leso nella divisione oltre il quarto. La semplice omissione di un oggetto della eredità non dà luogo all'azione di rescissione, ma soltanto ad un supplemento alla divisione.

vida do ascendente, podiam distinguir-se os efeitos nas relações entre os descendentes e o ascendente, dos efeitos nas relações entre os descendentes divisionários.

A divisão de ascendente feita por testamento seguia as regras formais dos testamentos e o regime substantivo da sucessão testamentária: o acto era sempre revogável, não produziria efeitos senão a partir da morte do ascendente, nem era admissível doação conjunta dos dois ascendentes no mesmo acto. A divisão via testamentária era título de vocação hereditária: com a aceitação da herança, cada filho recebia a parte que lhe cabia.

O sistema era estruturalmente idêntico àquele que estava estabelecido no Código Napoleónico.

O *novo Código Civil Italiano de 1942*, porém, alterou profundamente esta matéria. Efectivamente, no Livro II («Delle successioni»), título IV («Della divisione»), cap. I («Disposizioni generali») do novo Código Civil, o art.º 734.º refere-se à «divisione fatta dal testatore», onde se estabeleceu que:

«Il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile.

«Se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non risulta una diversa volontà del testatore».

Neste campo, o novo Código foi largamente inovador porquanto aboliu a divisão de ascendente por acto entre vivos, estendendo, na trajectória do Direito Romano, a qualquer testador a faculdade de operar uma «divisão qualificada»⁽²⁰⁾ entre os chamados.

A nova legislação italiana, projectou-se, portanto, nesta matéria, em dois sentidos distintos:

- a) por um lado, pela eliminação da antiga divisão *inter liberos*;

(20) Gallerani, *ob. cit.* p. 104.

- b) por outro lado, pela ampliação do âmbito da figura da divisão feita pelo testador para além do pressuposto da parentela.

A ideia já constava do Projecto de Código Civil, cujos art.ºs 330.º e art.º 334.º estipulavam:

Art.º 330.º Il testatore può dividere o distribuire i suoi beni fra i suoi coeredi comprendo nella divisione anche la parte non disponibile. Può altresì stabilire particolari prescrizioni per la formazione dei lotti. Queste prescrizioni sono vincolative per gli eredi, salvo che l'effetivo valore delle quote apparisca contrario all'intenzione del testatore (...).

«Art.º 334.º Se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo dele sua morte, i beni in essa non compresi sone divisi in conformità alla legge».

Segundo o relatório que acompanhamos, o articulado seguia o sistema estabelecido no Código Civil Suíço.

As razões que levaram o legislador italiano a abandonar o clássico sistema da *divisione di ascendente* e consagrar formalmente o sistema da *divisione operata dal testatore* foram, segundo os trabalhos preparatórios da *Relazione Guardasiglli*:

- a) por um lado, a dificuldade de sistematização dogmática do instituto, dado o seu carácter anómalo, a inviabilidade de conciliar inteiramente o conceito de acto *inter vivos* com o conceito de divisão e sucessão hereditária;
- b) além disso, a possibilidade de se atingir finalidade idêntica à da divisão *inter vivos*, através de divisão *mortis causa*, ou mediante actos de doação.

A mutação legislativa não significou, contudo, a proibição prática de doação feita pelo ascendente em favor dos descendentes. Tal como escreveu Cassuli ⁽²¹⁾, «o ascendente pode actualmente, dar também os seus bens aos descendentes, repartindo-os entre si, mas o acto terá de enquadrar-se entre as doações e já não constituirá divisão». No mesmo sentido foi o entendimento jurisprudencial. Assim a Cass. Civ. em 21/4/1949 ⁽²²⁾. Explicitamente, a Cass. Civ. — 2.ª Secção em 23/5/1962 sentenciou que «o vigente Código Civil, inovando na matéria, negou reconhecimento à divisão de ascendente por acto entre vivos; por outro lado, tal falta de reconhecimento não se refere ao aspecto substancial da disposição, mas apenas ao seu aspecto formal e, mais precisamente, ao meio técnico ou o instrumento jurídico para a concreta actuação da intenção negocial; é, portanto, consentida a repartição dos bens entre os filhos através de uma ou mais disposições gratuitas efectuadas a seu favor pelo progenitor».

A *divisione disposta dall testatore* consagrada, portanto, na nova lei civil, caracteriza-se pela possibilidade de inclusão da quota disponível, necessidade de englobar todos os co-herdeiros, obrigatoriedade de o testador concretizar um plano de divisão, admissibilidade de partilha parcial, sendo que quanto aos bens omitidos vale, salvo declaração em contrário — da parte do testador — a aplicabilidade do sistema legal referente à sucessão legítima ⁽²³⁾, necessidade de inclusão de todos os herdeiros legítimos sem o que a partilha será nula, pelo que origina uma nova divisão amigável ou judicial, admissibilidade do recurso pelos herdeiros lesados, à acção de redução no caso de lesão.

Segundo a doutrina maioritária, este tipo de divisão configura-se como uma instituição de herdeiro e não como uma designação de legado. Também a jurisprudencia ⁽²⁴⁾, alinhou neste entendimento.

⁽²¹⁾ Vincenzo — Rodolfo Cassuli, *Divisione ereditaria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, p. 56.

⁽²²⁾ *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, p. 534.

⁽²³⁾ Gallerani, *ob. cit.*, p. 106. Ver o art.º 734.º-2 do Código Civil.

⁽²⁴⁾ Citada em Gallerani (nomeadamente App. Bari de 17/6/1947; Cass. de 16/8/1948; App. Firenze de 8/2/1950; Trib. Terni de 21/2/1956).

D) *Direito Holandês*

5.6. Também o *Código Civil Holandês de 1967* estabelece no seu art.º 1167.º que :

«O pai, a mãe e outros ascendentes, podem fazer por testamento ou por documento público notarial, entre os seus filhos e descendentes a distribuição e partilha dos seus bens».

E) *Direito Alemão*

5.7. Do mesmo modo o *Direito Alemão*, no § 2048 do Código Civil preceitua que :

«O *de cuius* pode, por disposição de última vontade, adoptar determinações para a partilha. Pode, particularmente, ordenar que a partilha tenha lugar de acordo com o critério equitativo de um terceiro. A disposição adoptada pelo terceiro com fundamento na determinação não é vinculante para os herdeiros se for evidentemente iníqua. A disposição terá lugar, nesse caso, por sentença».

Segundo este sistema, as disposições do *de cuius* relativas à partilha podem ser feitas por testamento, mesmo que não contenha instituição de herdeiro ou mediante disposição num contrato de herança, sendo neste caso unilateral.

F) *Direito Suíço*

5.8. O *Código Civil Suíço* estabelece também no seu art.º 668.º :

«Le disposante peut, par testament ou pacte successoral, prescrire à ses héritiers certaines règles pour le partage et la formation des lots.

Ces règles sont obligatoires pour les héritiers sous réserve de rétablir, le cas échéant, l'égalité des lots à laquelle le disposant n'aurait pas eu l'intention de porter atteinte.

L'attribution d'un object de la succession à l'un des héritiers n'est pas réputée legs, mais simple règle de partage, si la disposition ne révèle pas une intention contraire de son auteur».

G) *Direito Brasileiro*

5.9. No que respeita aos sistemas legislativos da América Latina, começando pelo *Brasil*, regista-se que, no que respeita a este país, a partilha em vida não entrou pacificamente no âmbito do seu Direito ⁽²⁵⁾. Contra a sua admissibilidade se pronunciou *inter alia* Clóvis Belivaqua que nele via uma fonte permanente de discórdias.

De qualquer modo, o Código Civil brasileiro veio a consagrar a figura no seu art.º 1776.º, que estatui:

«É válida a partilha feita pelo pai, por acto entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários».

Como se vê a legislação brasileira admite, no âmbito da partilha feita pelo ascendente, duas figuras distintas:

- a) a partilha em vida feita por acto de doação (doação-partilha);
- b) a partilha em vida feita por via testamentária (testamento-partilha).

H) *Direito Mexicano*

5.10. No *Código Civil Mexicano*, dispõe o art.º 1771.º:

«Si el autor de la herencia hiciera la partición de los bienes en su testamento a ella deberá estarse salvo derechos de tercero».

I) *Direito Guatemalteco*

5.11. Estatui o art.º 1098.º do *Código Civil da Guatemala*:

«El dueño de los bienes puede hacer la partición de ellos por acto entre vivos, siempre que se respeten y aseguren los derechos de las personas que deben ser alimentadas».

⁽²⁵⁾ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXIV, p. 389.

J) *Direito Panamiano*

5.12. No *Código Civil do Panamá* dispõem os arts. 912.º e 913.º:

«Art.º 912.º Cuando el testador hiciera por acto entre vivos partición de sus bienes, se passará por ella, en cuanto no sea contraria a las leyes.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una exploración agrícola, industrial o fabril, podrá disponerlo así, sin perjuicio de las asignaciones alimenticias.

«Art.º 913.º El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero en todo caso a la partición precederá la formación del inventario de los bienes de la herencia, de conformidad con el Código Judicial».

K) *Direito Venezuelano*

5.13. No *Código Civil Venezuelano*, a partilha feita pelos ascendentes está regulada nos arts. 1126.º a 1132.º

«Art.º 1126.º El padre, la madre y demás ascendientes pueden partir y distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, aun comprendiendo en la partición l aparte no disponible.

«Art.º 1127.º Estas particiones pueden hacerse por acto entre vivos o por testamento, com las mismas formalidades, condiciones y reglas establecidas para las donaciones y testamentos.

Las particiones por acto entr evivos no pueden comprender sino los bienes presentes.

«Art.º 1128.º El ascendiente puede hacer partición sin sujetarse a la regla del artículo 1075.º

«Art.º 1129.º Los copartícipes se considerarán entre si como herederos que hubieren hecho la partición de la herencia. Están obligados al pago de las deudas, se deben saneamiento y gozan de los privilegios que la ley acuerda a los copartícipes.

«Art.º 1130.º Si en la partición no se han comprendido todos los bienes que a su muerte ha dejado el asciente, los omitidos se participarán con arreglo a la ley.

«Art.º 1131.º Es nula la partición en que no se han comprendido todos los hijos y descendientes de los premuertos llamados a la sucesión.

En este caso, así los hijos y descendientes a quienes no se ha hecho adjudicación, como aquellos a quienes se ha hecho, pueden promover una nueva partición.

«Art.º 1132.º La partición hecha por el asciente, puede atacarse si resulta de la partición, o de cualquiera otra disposición hecha por el asciente, que alguno de los comprendidos en aquélla ha padecido lesión en su legítima.

Si la partición se hace por acto entre vivos, puede también atacarse por causa de lesiones que pase del cuarto, según el artículo 1120.º».

L) *Direito Argentino*

5.14. Vejamos, por último, o que establece o *Direito Argentino* quanto a esta matéria, nos arts. 3514.º e segs. do Código Civil, onde o assunto está exhaustivamente regulado.

CAPÍTULO VI

De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes

3514. El padre y madre y los otros ascientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes,

y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones.

3515. Los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores, pueden autorizarlos para que hagan los inventarios, tasaciones e particiones de sus bienes extrajudicialmente, presentándolas después a los jueces para su aprobación.

3516. La partición por donación sólo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos. Esta partición necesita ser aceptada por los herederos.

3517. La partición por donación entre vivos no puede ser hecha bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, ni con el cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerla, ni bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición.

3518. La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes. Los que el ascendiente adquiriera después, y los que no hubiesen entrado en la donación, se dividirán a su muerte, como está dispuesto para las particiones ordinarias.

3519. Cuando el ascendiente efectúa la partición por donación entre vivos, entregando a los descendientes todos los bienes presentes, los descendientes están obligados al pago de las deudas del ascendiente, cada uno por su parte y porción, sin perjuicio de los derechos de los acreedores para conservar su acción contra el ascendiente.

3520. La responsabilidad de los descendientes por las deudas del ascendiente, no tiene lugar cuando los acreedores encuentran en poder del ascendiente, bienes suficientes sus créditos.

3521. La partición por donación entre vivos puede ser revocada por acción de los acreedores del ascendiente, con las solas condiciones requeridas para revocar los actos por título gratuito.

3522. La partición por donación entre vivos es irrevocable por el ascendiente; pero puede revocarse por inexecución de las cargas y condiciones impuestas, o por causa de ingratitud.

3523. Sea la partición por donación entre vivos, o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o alguno de sus hijos, la parte de los bienes que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora.

3525. La partición, sea por donación entre vivos, se apor testamento, sólo puede tener lugar entre los hijos y descendientes legítimos y naturales, observándose el derecho de representación.

3526. La partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedade conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos.

3527. No habiendo manifiestamente gananciales en el matrimonio, la partición por el testamento deve comprender non sólo a los hijos legítimos y naturales, y a sus descendientes si aquéllos no existen, sino también al cónyuge sobreviviente.

3528. Si la partición no es hecha entre todos los hijos legítimos y naturales, que existan al tiempo de la muerte del ascendiente, y los descendientes de los que hubiesem fallecido y el cónyuge sobreviviente en el caso artículo anterior, será de ningún efecto.

3529. El hijo nacido de otro matrimonio del ascendiente, posterior a la partición, y el hijo póstumo, anulan la partición. La exclusión de un hijo existente al tiempo de la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre los otros herederos.

3530. Para hacer la partición, sea por donación o por testamento, le ascendiente debe colacionar a la massa de sus bienes, las donaciones qui hubiese hecho a sus descendientes, observándose respecto a la colación lo dispuesto en el capítulo III de este título.

3531. La partición hecha por testamento está subordinada a la muerte del ascendiente, el cual durante su vida puede revocarla. La enajenación que él hiciera en vida, de alguno de los objetos comprendidos en la partición, no la anula si quedan salvas las legítimas de los herederos a quienes esas cosas estaban adjudicadas.

3532. La partición por testamento hace cargar a los herederos con todas las obligaciones del testador.

3533. La partición por testamento tiene los mismos afectos que las particiones ordinarias. Los herederos están sometidos, los unos hacia los otros, a las garantías de las porciones recibidas por ellos.

3534. La extensión de esta garantía debe referirse a la época de la muerte del ascendiente. Si éste, después de la partición por testamento, hubiese enajenado objetos que hacian parte de la porción de uno de los descendientes, le es debida la garantía de los objetos enajenados.

3535. Los hijos y descendientes entre los cuales se ha hecho una partición por donación entre vivos, y sus herederos o sucesores, están autorizados a ajercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confiera a los unos respecto de los otros, y pueden demandar la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones desde la evicción de ellas.

3536. La partición por donación o testamento, puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión sólo puede intentarse después de muerte del ascendiente.

3537. Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

3538. La confirmación expresa o tácita de la partición por el descendiente, al cual no se le hubiese llenado su legítima, no importa una renuncia de la acción que se le da por el artículo anterior.

(Continua)