

A PARTILHA EM VIDA NO CÓDIGO CIVIL (*)

Pelo Dr. José António Barreiros

6. DELIMITAÇÃO; QUALIFICAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.

- 6.1. Razão de ordem.
- 6.2. Algumas figuras afins.
- 6.3. Partilha em vida e sucessão contratual.
- 6.4. Partilha em vida e doações.
- 6.5. Natureza jurídica da figura da partilha em vida.
 - 6.5.1. A tese da abertura antecipada da sucessão.
 - 6.5.2. A tese da dupla natureza do acto.
 - 6.5.3. Carácter complexo e compósito do acto.
 - 6.5.4. Idem. Desenvolvimentos.
 - 6.5.5. A partilha em vida e outros actos particionais.

6.1. Na parte seguinte do presente trabalho, estudaremos, sucessivamente, as seguintes questões:

- a) delimitação da figura da partilha em vida, tal como se encontra tipificada no art.º 2029.º do Código Civil, face a outras figuras afins;

(*) Continuação do número anterior.

- b) relações entre a partilha em vida, os pactos sucessórios e as doações;
- c) natureza jurídica da partilha em vida.

A consideração destes problemas e a interrelação das informações obtidas na tentativa de os solver, implicarão uma perspectiva relevante para as partes ulteriores desta nossa investigação.

6.2. O rápido percurso feito pelo Direito Comparado, e no qual colhemos elementos de utilidade para a ilustração do presente trabalho, trouxe-nos a consciência de que, na realidade prática, a figura que a nossa lei tipifica como partilha em vida, conhece uma série de cambiantes jurídicas distintas, através das quais os particulares procuram concretizar uma regulação de interesses de natureza sucessória, realizada embora antecipadamente, em vida do ascendente. Esta ideia pode, neste momento, completar-se com a panorâmica alcançada pela leitura sociológica que fizemos no capítulo n.º 2.

Perante este quadro diversificado, o modelo expresso no art.º 2029.º do Código Civil apresenta-se-nos como perfeitamente delimitado. De acordo com o falado modelo, a partilha em vida é um acto de doação, em favor de algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários, tendo como objecto todos ou parte dos bens do ascendente, e no qual os donatários — que, à letra do preceito, não são todos os filhos — pagam ou prometem pagar aos não donatários as partes que respectivamente lhes caberiam nos bens doados.

Em face desta figura assim tipificada, devemos considerar como figuras afins, num nexó de vizinhança mais ou menos explícita, as seguintes :

- a) doações conjuntas, feitas sucessivamente em favor dos vários filhos, caso em que a partilha resulta de uma série de actos dispositivos ⁽¹⁾ ;

(1) Veja-se a *Revista de Notariado e de Registo Predial*, 23.º p. 83.

- b) venda simulada feita aos herdeiros, com preços pagáveis no momento da morte, acrescidos dos juros devidos (2);
- c) partilha feita pelos filhos, após doação feita pelo ascendente. Ver a propósito o *duplo acto*, quando referirmos a questão da necessidade de partilha;
- d) doação feita pelo ascendente em favor de todos os descendentes. Esta figura, característica dos sistemas de divisão de ascendente, aparta-se da partilha em vida tipificada no art.º 2029.º, em que os donatários são algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários. Veremos, aquando do estudo da necessidade de participarem todos os presumidos herdeiros legitimários, a especificidade desta figura;
- e) partilha feita pelo testador. Esta figura é, em regra, admitida pelos vários ordenamentos legislativos, cumulativamente com a doação-partilha. Tivemos ocasião de sumariar este ponto aquando da descrição detalhada do estatuto da partilha em vida segundo o Direito Comparado. Para já, deve notar-se que a partilha feita pelo testador é um acto de natureza testamentária, onde se consubstancia uma divisão entre os descendentes, cujos efeitos jurídicos só se começarão a produzir aquando da abertura da sucessão. Não englobámos neste nosso estudo esta figura, que terá melhor cabimento no contexto de uma análise referente à sucessão testamentária. O argumento justificativo para tal exclusão devemo-lo à própria *fattis-*

(2) No contexto do Direito Francês pode ver-se a propósito desta figura Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 577; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, XXIII, p. 15; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, I, p. 367. No âmbito do Direito Espanhol Roca Sastre, *Partición de herencia por acto inter vivos*, em *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 395.

pecie legal, onde se refere em termos de exclusividade aquilo que é communmente conhecido como doação-partilha.

Houve no próprio seio da Comissão Revisora, o propósito explícito de afastar a consagração legislativa de uma partilha com efeitos *causa mortis*. São, a este respeito, suficientemente elucidativas as Actas da referida Comissão, donde consta que ⁽³⁾ :

«A Comissão pronunciou-se seguidamente sobre a escolha entre a solução consagrada no Anteprojecto, consistente em reduzir a possibilidade destes pactos a doações entre vivos (doações que por conseguinte produzem efeito imediatamente e abrangem só bens presentes) e a solução dos Profs. Gomes da Silva e Pires de Lima no sentido de atribuir a estes pactos natureza de actos *mortis causa* (que não dêem, portanto, possibilidade aos beneficiários de dispor dos bens ainda em vida do autor da sucessão) circunscritos a bens presentes, correspondendo ao instituto, admitido noutras legislações, da divisão de ascendente.

«O Prof. Galvão Telles chamou a atenção para os inconvenientes dos pactos sucessórios que, não implicando imediata privação dos bens, podem ser realizados sem a suficiente ponderação. Por outro lado, é prática frequente fazer-se a doação universal com reserva de usufruto, ou com o encargo para o donatário de cuidar do doador na saúde e na doença, e não conviria ir mais longe. Finalmente, referiu um artigo do Anteprojecto ⁽⁴⁾ pelo qual se obtêm resultados quase idênticos aos da partilha antecipada, sem os inconvenientes dos pactos sucessórios: o artigo 167.º que regula o legado em substituição da legítima. O testador que pretende partilhar os seus bens para evitar questões entre os herdeiros legitimários, atribui a cada um bens determinados em preenchimento da respectiva legítima, podendo fazer o mesmo quanto à quota disponível; a partilha ficará assim feita em testamento, sem o inconveniente da irrevoco-

⁽³⁾ *Trabalhos preparatórios*, p. 174.

⁽⁴⁾ Corresponde ao art.º 2165 do actual Código Civil.

gabilidade inerente aos pactos sucessórios. É claro que a substituição da legítima pelo legado está dependente da aceitação dos herdeiros, que têm direito à legítima em substância (§ 2.º) e isso pode frustrar o objectivo do testador. Mas em grande número de casos esta solução será satisfatória.

«O Prof. Gomes da Silva respondeu que as doações *inter vivos*, além do inconveniente de produzirem grandes alterações no património do doador, também podem ser realizadas levemente se o pai ou o ascendente estiver na convicção (o que muitas vezes sucede) de que o acto é *mortis causa* e de que os donatários não venderão os bens doados enquanto ele for vivo. A doação *inter vivos* tem ainda a desvantagem de, no caso de morrer um dos filhos, obrigar a nova transmissão e ao pagamento de imposto sucessório. Quanto à solução resultante do artigo 167.º do Anteprojecto, o Prof. Pires de Lima observou que, além de resolver parcelarmente o problema, não está nos hábitos, o que pode fazer cair a disposição no esquecimento.

«O Prof. Manuel de Andrade entende que o problema em causa tem de ficar em aberto porque depende da questão, que foi deixada em suspenso, de saber se devem ou não abrir-se mais excepções ao princípio da invalidade dos pactos sucessórios. O Prof. Vaz Serra também acha que o admitir-se ou não esta doação *mortis causa*, é assunto que depende dos termos gerais em que for consagrada a instituição contratual.

«O Senhor Ministro esclareceu que a proposta apresentada se refere a doações *mortis causa* circunscritas a bens presentes, o que as afasta do regime normal dos pactos sucessórios, podendo portanto, ser já discutida.

«Foi posta à votação a proposta de alteração apresentada pelos Profs. Gomes da Silva e Pires de Lima no sentido de alterar o § 1.º, consagrando a figura de partilha antecipada por acto *mortis causa*. A Comissão rejeitou esta proposta, mantendo-se portanto o carácter de doação *inter vivos*»;

- f) partilha em vida outorgada em convenção antenupcial. Teremos ocasião, em certos momentos deste trabalho, de focar o estatuto jurídico espe-

cial deste tipo de variante, na qual a *divisio inter liberos* se concretiza aquando ou a pretexto do casamento de algum dos presumidos herdeiros legitimários do *de cuius*.

O carácter perfunctório e empírico da presente análise afastou o tratamento geral e sistemático de todas estas figuras, o qual podia ser alcançado, como se enunciou na Introdução, sob a geratriz metodológica da noção de afectação de interesses. Houve, pois, unicamente o propósito de, tanto quanto possível e ainda que de modo esparso e ocasional, referir algumas destas variantes, e isso apenas quando pareceu oportuno fazê-lo.

6.3. Segundo a construção jurídica elaborada pelos juristas da Baixa Idade Média e que ainda hoje colhe inúmeros sufrágios, existem três tipos distintos de pactos sucessórios: os pactos aquisitivos, os renunciativos e os pactos *de hereditate tertii*.

Os teóricos do Direito, recorrendo aos conceitos dicotómicos de actos entre vivos/actos *causa mortis*, discutem ainda se estes três tipos parcelares não são meros elementos integrantes de uma tipologia mais geral, ou se, pelo contrário, só podemos considerar pactos sucessórios em sentido estrito os pactos aquisitivos que se caracterizariam pela sua pertença a uma tipologia correlata com aquela outra referida, sendo portanto actos *mortis causa*.

A nossa lei não definiu o que entende por pactos sucessórios, limitando-se a uma enumeração dos tipos de sucessão contratual. Dispõe efectivamente o art.º 2028.º-1 do Código Civil que «há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta».

Busquemos uma noção de pacto sucessório como elemento integrante da sucessão contratual. Note-se, aliás, a diferença entre os conceitos de pacto sucessório e de sucessão contratual. Como escreveu Roca Sastre ⁽³⁾, «o conceito de contrato ou pacto

(3) *Ob. cit.*, p. 341 do II volume.

sucessório é mais amplo do que o de sucessão contratual. Aquele é todo o pacto ou contrato que se refira à matéria sucessória e abarca três manifestações típicas de contrato de instituição ou legado, contrato de renúncia e contrato sobre herança de terceiro. Por seu lado, a sucessão contratual ajusta-se apenas ao primeiro tipo de contrato, quer dizer, só recolhe uma daquelas três manifestações de contratação sucessória: a instituição de herdeiros ou disposição de legado por via de contrato».

Na sucessão pactícia há uma regulamentação de interesses cujo objectivo é a definição de uma situação jurídica que se estabilize, nos termos definidos, para além da morte, considerada esta como acidente biológico perturbador das relações normais do tráfico dos bens. Essa regulamentação jurídica é efectuada mediante acordo, nisto distinguindo-se da regulamentação jurídico-sucessória realizada unilateralmente, por via testamentária.

As características estruturais básicas da figura são, portanto, duas: por um lado, o tratar-se de uma regulamentação de interesses por causa da morte (*mortis causa, hoc sensu*); por outro, o verificar-se uma transação que define os termos da regulamentação sucessória.

Este tipo de composição de interesses pode desdobrar-se em três tipos diferentes de expedientes técnico-jurídicos:

- a) pactos aquisitivos, confirmativos, de instituição, *de succedendo*, através dos quais se realiza uma instituição contratual de sucessor. É o contrato de herança, *Erbvertrag* do Direito Alemão, ou o *heredamiento* de Aragão e Catalunha;
- b) pactos renunciativos, negativos, de *non succedendo*, *Erbverzicht*, pelos quais alguém renuncia à futura sucessão de pessoa viva;
- c) pactos *de hereditate tertii* ou dispositivos, pelos quais alguém dispõe da sucessão de terceiro, já falecido ou ainda vivo.

Em qualquer dos tipos referidos, a regulamentação de interesses concretiza-se entre duas ou mais pessoas. Nas duas primeiras espécies, o de *cuius* é parte na transacção; no pacto dispositivo o de *cuius* permanece estranho ao acordo, cujo objecto, contudo, é a sua própria sucessão.

Em todos os tipos aludidos, a transacção visa efectuar uma composição de interesses pensada para perdurar para além da morte do sujeito em causa, ou pelo menos, tendo essa morte em referência. Nos dois primeiros casos, a instituição contratual e a renúncia contratual à sucessão são transaccionadas ponderando o de *cuius* a sorte dos seus bens depois da sua morte; igual pensamento terão, por certo, os restantes sujeitos participantes no negócio jurídico-sucessório. No caso, da sucessão pactícia dispositiva, as partes transaccionam o acordo na suposição da defunção de certa pessoa, que, em regra, ignora o acordo.

Em qualquer dos casos, como foi dito, o acordo é celebrado por causa da morte de certa pessoa: neste sentido se pode dizer que o acto é *causa mortis*. Resta, contudo, saber se os seus efeitos jurídicos se produzem antes dessa morte ou só depois dela. Nesta base coloca usualmente a doutrina o critério da distinção entre os actos *mortis causa* e *inter vivos*.

Na intenção dos participantes num acordo de instituição os dois sistemas são possíveis. De facto, os outorgantes podem pretender:

- a) realizar um acto cujos efeitos se iniciem imediatamente, continuando a produzir-se, todos ou alguns desses mesmos efeitos, após a morte do *de cuius*;
- b) celebrar um acordo que, embora transaccionado em via daquele de cuja morte se trata, só produza os seus efeitos aquando da abertura da sucessão, que assim ficaria negociada em vida.

Quanto aos acordos relativos à renúncia de herança ou legado pode dizer-se o mesmo. O efectivo repúdio da sucessão pode ser

contratado quanto a herança não aberta, ou ser exercido — ainda que no contexto de um acto contratual que o incluisse no seu objecto — após a referida abertura sucessória. No primeiro caso havia mera antecipação convencional do direito à renúncia que, no segundo caso, seria exercido imediatamente, embora por força de um contrato no qual o renunciante se obrigasse a tal procedimento.

Finalmente, também a intenção das partes contratantes num pacto dispositivo pode ser ambivalente e assim ficar acordado que a eficácia do acto é diferida para ulterior momento ou, diversamente, que os efeitos do negócio começarão a produzir-se imediatamente.

Fica, portanto, ilustrado que, ao menos na intencionalidade característica dos sujeitos outorgantes num contrato sucessório, a produção dos efeitos do acto tanto pode ter o seu termo inicial em vida do *de cuius*, como em momento posterior ao da sua morte. O mesmo é dizer — ante os termos que a doutrina utiliza na qualificação destas duas figuras — que a sucessão pactícia tanto pode ser considerada no âmbito dos actos entre vivos como no dos actos *mortis causa*.

O raciocínio efectuado não fica prejudicado pelo facto de a lei vigente proibir, estipulando a sua nulidade, os pactos sucessórios, admitindo-os em casos contados. Daí que possamos afirmar que, mesmo que os casos legalmente admitidos de sucessão contratual sejam, à face do nosso Direito, restritos aos actos *mortis causa* — do que nos permitimos duvidar — não seria lícito subtrair a figura ao campo dos actos entre vivos.

Este ponto de vista carece ser demonstrado sendo que a respectiva demonstração implica uma revisão dos próprios termos da dicotomia *inter vivos/mortis causa*.

Nos seus traços estruturais, os actos *mortis causa* caracterizam-se pelo facto de a sua prática pressupor em alguma medida a morte de uma pessoa: são actos praticados na ponderação da morte, no que se opõem aos actos entre vivos cuja prática é efectivada fora daquela suposição.

O critério da distinção é, como se alcança, puramente subjectivo, não havendo outro critério para a concretização da apon-

tada distinção além do recurso à reconstituição da presumida intenção do sujeito agente.

Este ponto de vista, inovador nos quadros dogmáticos, justifica-se ante as dificuldades do entendimento tradicional, para o qual, o critério delimitador da distinção entre ambas as figuras seria o momento da produção dos efeitos decorrentes do acto; e assim, ou o acto produziria os seus efeitos jurídicos em vida do seu agente e seria acto entre vivos ou, pelo contrário, os efeitos só se começariam a produzir após a morte do respectivo agente e neste caso haveria o acto de qualificar-se necessariamente como acto *mortis causa*. Por outro lado, só uma teorização deste tipo nos permite o tratamento teórico de figuras como aquela que ora nos ocupa. De facto, o que há de característico na partilha em vida é a existência de uma regulação de interesses gizada em vida do *de cuius*, destinada a começar a produzir os seus efeitos a partir de então e a manter essa produção para além da sua morte. Um acto desta natureza, que produz efeitos a partir do momento da sua prática, em vida do disponente, e que continua a produzi-los após a defunção do mesmo disponente, cremos dever merecer a qualificação de acto sucessório, sendo de excluir portanto a sua qualificação como de acto entre vivos.

Ora neste contexto, não parecerá esdrúxulo afirmar que a partilha em vida constitui, ao menos de um ponto de vista restritamente teórico que não obteve um mínimo de consagração legislativa, um pacto sucessório.

Assim o tem entendido a quase totalidade da doutrina francesa, que mais realisticamente e, porventura, com maior franqueza afirma que a partilha em vida (divisão de ascendente) é um pacto sucessório excepcionalmente admitido pela lei (*).

Também no contexto do Direito Espanhol, Rodriguez Arias, Marin Lázaro e Diez Picazo perfilham entendimento idêntico. A lei espanhola, contudo, nomeadamente o art.º 1271.º do Código

(*) Veja-se no Direito Francês, Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tomo 3, p. 994; Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, 2.ª ed., tomo VII, p. 254, onde se refere tratar-se de uma tradição que vem desde os trabalhos de Pothier.

Civil refere o art.º 1056.º (que tipifica a partilha em vida) como uma excepção à proibição dos pactos sucessórios. Veja-se também Roca Sastre, para quem o carácter estritamente divisório do acto impede a sua qualificação como acto bilateral dispositivo, logo contra o sucessório.

Igualmente à face do nosso Direito, certa doutrina⁽¹⁾ e alguma jurisprudência referida *infra* apontam tal natureza ao acto de partilha entre vivos.

No entanto, os considerandos anteriores devem ceder ante a tendência legislativa, doutrinária e jurisprudencial de autêntica «caça» aos pactos sucessórios. Talvez por isso seja preferível negar à figura o seu carácter de contrato sucessório, preservando a sua viabilidade legislativa, que o Código Civil de 1966 veio ensaiar, do que afirmar, ainda que com o apoio numa teorização suficientemente elaborada, a aproximação entre os referidos e temidos pactos sucessórios e a partilha em vida.

É que, como vem sendo acentuado repetidamente por alguma doutrina, os pactos sucessórios encerram perigos tais que têm aconselhado os legisladores a não os consagrarem nos respectivos ordenamentos; excepção, claro, para o sistema jurídico germânico, onde a figura goza de uma autonomia e difusão acentuadas. Em tal contexto, bem se poderá demonstrar que as partilhas em vida não implicam os mesmos inconvenientes que os falados pactos sobre sucessão, nomeadamente⁽²⁾ que não fomentam o *votum mortis captandae*, não restauram os princípios feudais de devolução sucessória, não são causa necessária de lesão dos descendentes nem afectam a liberdade de testar do ascendente. Nesta matéria, o preconceito em relação aos pactos sucessórios tem o seu peso. Por isso mesmo a doutrina busca pontos de separação entre as figuras.

Assim, segundo Licurgo dos Santos⁽³⁾, no contexto do Código de Seabra e perante a figura da colação em vida do doador,

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

(2) Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, p. 188.

(3) Licurgo A. dos Santos, *A Colação* — suplemento ao volume XVII do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 436.

antecessora da actual partilha em vida, este instituto distinguia-se dos pactos sucessórios por três razões distintas :

- a) ser restrito a bens determinados e não à totalidade dos bens do ascendente ;
- b) os donatários não terem em vista renunciar aos bens que o doador entretanto adquira ou que já tenha no momento da doação, mas que nela não haja abrangido ;
- c) os donatários partilharem aquilo que é seu, resultado da doação e não bens pertencentes à herança de pessoa viva.

Este ponto de vista corresponde ao entendimento expresso pela jurisprudência. Assim, o Acórdão do STJ de 6/7/1928, proferido em recurso de agravo cível interposto do Acórdão da Relação do Porto de 21/1/1928, decidiu que a partilha de bens doados não constitui pacto sucessório proibido pelo art.º 2042.º do Código Civil de Seabra. Segundo este preceito, ninguém pode, nem sequer mediante acto ante-nupcial, renunciar à sucessão de pessoa viva, ou alienar, ou obrigar os direitos, que eventualmente possa ter à sua herança.

A própria doutrina sancionava este entendimento, mesmo contra argumentos emanados da jurisprudência. Assim, quando o Acórdão do STJ de 15/1/1929 decidiu que a partilha em vida era caracteristicamente um pacto sucessório, sendo como tal proibido pela lei, ao implicar uma quitação antecipada das legítimas dos donatários, a Revista de Legislação e Jurisprudência acentuou que o citado art.º 2042.º do Código Civil (antigo) só tornaria nula a doação se visasse outros bens além dos bens efectivamente doados, quer fossem ou não adquiridos posteriormente ao acto da divisão em vida : e que, ao referirem a inteiração e pagamento das respectivas legítimas, os donatários nada mais fizeram do que reconhecer que a doação havia sido feita com igualdade. Com tal declaração os donatários não renunciaram à herança de pessoa viva, nem deram quitação antecipada das

suas legítimas: cada um deles afirmou apenas que a sua quota nos bens doados era igual à quota distribuída a cada um dos outros interessados.

Também o Acórdão da Relação do Porto de 20/7/1936 entendeu não ser aplicável o § 6.º do art.º 2107.º — que previa no Código de Seabra e como se disse a figura da colação em vida do doador — por força do art.º 2042.º do mesmo Código, quando os donatários tenham em vista renunciar à sucessão em bens do doador, que este, porventura, venha a adquirir depois da doação e que fiquem por sua morte ou em bens que o doador possua ao tempo da doação e nesta não tenham sido abrangidos.

6.4. Por força da qualificação legal, a partilha em vida é uma forma de doação realizada pelo ascendente em favor dos seus presumidos herdeiros legítimos.

Uma análise mais atenta, contudo, far-nos-á duvidar do bom fundamento desta qualificação.

Efectivamente, o acto da partilha em vida, embora suponha a prática de um acto dispositivo e de uma sequente divisão, não tem por característica o espírito de liberalidade que caracteriza a doação. Não há na partilha em vida uma exclusiva intenção de generosidade, espontaneidade ou de benefício dos descendentes. O ascendente efectua uma divisão antecipada entre os seus filhos dos bens que integrariam, ulteriormente, a respectiva quota hereditária. Se bem que os contemplados não tenham, em vida do *de cuius*, direito algum à massa de bens que recebem em partilha, mas uma mera expectativa jurídica, cremos bastar esta esperança juridicamente tutelada para distinguir a situação dos descendentes outorgantes na partilha em vida da situação dos meros donatários que recebem por força da quota disponível do seu doador.

O que há de característico na partilha em vida é a realização de um arranjo de interesses em vida do disponente. É certo que o título de aquisição é — tal como nas simples doações — gratuito; mas esta equiparação de títulos não implica equiparação de conceitos, pois isso nada invalida que, a destriça entre ambas as figuras, se faça por referência a um subcritério, a

apurar. Ou seja, dentro de uma classe geral de actos dispositivos gratuitos, doação e partilha em vida distinguir-se-iam.

Vejamos os pontos de equiparação entre ambos os institutos.

Interpretando o art.º 940.º do Código Civil, a doutrina ⁽¹⁰⁾ define como elementos essenciais para uma noção jurídica de doação: a) a existência de um contrato. b) o espírito de liberdade; c) a verificação de sacrifício do património do disponente; d) o carácter gratuito do negócio; e) a verificação de benefício em favor de outrem.

Ora a natureza contratual da partilha em vida, o sacrifício do património do disponente, o carácter gratuito do negócio e o benefício dos descendentes contemplados são elementos comuns aos dois institutos.

Portanto, é unicamente em face da inexistência de um espírito de liberalidade no acto particional entre vivos que contrariamos a justeza de uma qualificação da partilha em vida como acto de doação. É que, como se referiu *supra*, a partilha em vida implica a atribuição de bens que não se integram exclusivamente na quota disponível. É certo que, como mais adiante se poderá verificar, não é viável distinguir em vida do ascendente a quota disponível da quota indisponível. Mas, mesmo que a atribuição seja imputável numa massa patrimonial homogénea, em que não seja possível concretizar qualquer das duas quotas, ao menos de um ponto de vista teórico é possível afirmar que o ascendente estará, com a referida atribuição patrimonial, a envolver bens aos quais eles teriam direito aquando da abertura da sucessão. Ora é precisamente em função dessa falada destinação necessária dos bens — que o ascendente envolve facultativamente no seu acto de partição entre vivos — que cremos dever acentuar menos a faceta de liberalidade, valorizando a faceta transaccional e de arranjo de interesses no acto da partilha em vida.

Além disso, em face da existência de um acto particional sequente ao acto dispositivo — mas note-se a unidade estrutural característica do acto, tal como a consideraremos *infra* quando

⁽¹⁰⁾ Baptista Lopes, *Das doações*, p. 9.

estudarmos a necessidade de partilha — e perante o carácter sucessório da divisão, cujos efeitos se começam, contudo, a produzir em vida, mais complexa parece ser a natureza do negócio jurídico em estudo. Isso mesmo será imediatamente considerado a pretexto do estudo da natureza jurídica da partilha em vida.

6.5. Encaremos pois, finalmente, a última das questões epigrafadas, e que consiste em saber da natureza jurídica da partilha em vida.

Quanto a este problema, a doutrina não é pacífica. É exemplar o paradigma do Direito Francês, onde a matéria tem merecido um desenvolvimento ímpar.

6.5.1. Para o entendimento dito tradicional ⁽¹¹⁾, a partilha em vida é um caso de abertura antecipada e parcial da sucessão de um ascendente, um caso de pré-sucessão. De acordo com esta teoria, os filhos, em vida do ascendente, não são meros donatários, mas sim verdadeiros herdeiros deste. A partir desta definição, a doutrina procurou extrair, como corolários, os princípios da irrevogabilidade do acto, a dispensa de colação e o termo inicial do prazo de propositura das acções que se contraria desde o momento da prática do acto.

As críticas, porém, fizeram-se sentir sobre tal tese. O ponto verdadeiramente contestado foi a ideia de pré-sucessão. Como considerou Beudant ⁽¹²⁾, segundo a lei, a sucessão abre-se, apenas, no momento da morte do *de cuius*. Ora, segundo o enunciado da teoria da pré-sucessão, cada sujeito teria duas sucessões distintas; uma que se abriria no momento da prática do acto de doação-

⁽¹¹⁾ Desenvolvido a partir de uma sentença da Cassação Francesa (Req. 4/2/1845), publicada no *Dalloz Periodique* 1845/1/49 e citada por Troplong no seu *Commentaire du titre des donations et testaments*, IV, tomo 2, n.º 94. Na doutrina francesa veja-se Laurent, *Principes de Droit Civil*, tomo 15, n.ºs 110 e 120 (Veja-se também o n.º 86). O princípio teve também consagração jurisprudencial. Assim, Angers 25/4/1946, Bordeaux 12/4/1851 e 23/12/1853 respectivamente nos *Dalloz* 1946/11/84, 1852/11/124 e 1854/12/139.

⁽¹²⁾ *Ob. cit.*, p. 252.

-partilha, quanto aos bens que dela fossem objecto; outra que teria o seu termo inicial de abertura no dia da morte do ascendente, quanto aos bens excedentes do seu património. Ou, como ironizou posteriormente Pellegrin ⁽¹³⁾, a antecipação do ascendente não podia transformar um vivo em morto, pelo que não tinha qualquer cabimento falar-se em duas sucessões, mesmo que a primeira fosse, *fictione iuris*, uma pré-sucessão. Ou seja ⁽¹⁴⁾:

«(...) a partilha antecipada não podia ser ao mesmo tempo uma regulamentação antecipada e actual da sucessão. A pré-sucessão negava a antecipação que não consistia em fazer de modo a que um acontecimento futuro se produzisse mais cedo, quer dizer, em transformar o futuro em presente, mas em permitir focar na perspectiva de um acontecimento futuro as relações que tivessem ligado as partes ao acto presente».

6.5.2. Perante estas críticas, a doutrina e a jurisprudência evoluíram, elaborando uma nova teoria jurídica, nos termos da qual, a partilha em vida, que comportaria como elemento actual a doação e como elemento eventual a distribuição dos bens, feita entre os filhos, enquanto herdeiros presumidos, só adquiriria um verdadeiro carácter de partilha quanto aos filhos que, sobrevivendo ao ascendente, aceitassem a respectiva sucessão ⁽¹⁵⁾.

Como consequência directa desta tese resultava que, sendo os filhos em vida de seus pais, meros donatários, não podiam atacar a partilha com fundamentos que suposessem a sua qualidade de herdeiros compartilhantes. Esse estatuto, de herdeiros e

⁽¹³⁾ *Ob. cit.*, p. 23.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁾ Assim na doutrina francesa pode ver-se Genty, *Traité des partages d'ascendants*, p. 214; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tomo 6, n.º 122.

Quanto à jurisprudência, existe o Req. 13/2/1860, em Dalloz, 1860/1/169, após uma série de arestos preparatórios em que se definiu a teoria a partir do entendimento segundo o qual o termo inicial do prazo de propositura das acções contra a partilha em vida seria o momento da abertura da sucessão. Vejam-se como exemplos (citados em Beudant, *ob. cit.*, p. 252, nota 3) Civ. 14/7/1852, Civ. 31/1/1853, Civ. 28/2/1855, Civ. 6/2/1860, respectivamente em Dalloz Periodique 1852/1/203, 1853/1/31, 1855/5/81 e 1860/1/89.

de compartilhantes, só o adquiririam posteriormente, falecido o *de cuius*.

Contra esta teoria, salientaram certos Autores ⁽¹⁶⁾ que a partilha de ascendente nada tem na intenção dos seus autores que possam qualificá-la como acto de efeitos incertos e eventuais; diversamente, os filhos recebem os bens não a título de donatários individuais, mas sim como parte de um lote de partilha.

6.5.3. A teoria modernamente aceite, e que cremos merecer ser acompanhada, vem acentuando o carácter complexo do acto de partilha em vida que além de atribuir aos filhos participantes a qualidade e o estado jurídico de donatários, cria entre eles os mesmos direitos e obrigações recíprocas decorrentes da partilha sucessória ordinária ⁽¹⁷⁾.

Este entendimento é o produto final de uma longa evolução jurisprudencial. Como se disse, a sentença da Cessação francesa de 13/2/1860 definiu que, em vida do ascendente, a doação-partilha seria unicamente uma doação; só morto o *de cuius* teria lugar a partilha. Ora ainda no mesmo ano de 1860, a *Cour de Cassation* em aresto de 7/7/1860 ⁽¹⁸⁾ veio a acrescentar que a partilha em vida confere efectivamente aos descendentes, e em vida do respectivo ascendente, a qualidade de compartilhantes, qualidade essa que lhes abre, desde esse momento, o exercício dos recursos mútuos de garantia assegurados pelo privilégio de compartilhantes. Foi na justaposição lógica destas duas decisões que se veio, finalmente, a estruturar a tese referida. Efectivamente, como demonstrou Beudant ⁽¹⁹⁾ não há contradição alguma entre estes dois acórdãos da Cassação francesa. No

⁽¹⁶⁾ *Inter alia*, Aubry et Rau, *ob. cit.*, p. 569 do XI Volume.

⁽¹⁷⁾ Na doutrina francesa Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, n.º 91 e 100; Bonnet, *ob. cit.*, p. 107; Aubry e Rau, *ob. cit.*, XI, p. 728; Laurent, *ob. cit.*, n.º 86; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo 6, n.º 434; Baudry-Lacantinerie e Colin, *Des donations entre vives et des testaments*, no *Traité de Droit Civil*, n.º 3560 e 3559. Na jurisprudência Civ. 24/6/1868, Civ. 29/1/1877, Toulouse 26/7/1878.

⁽¹⁸⁾ Dalloz *Periodique*, 1860/1/498.

⁽¹⁹⁾ *Ob. cit.*, VII, 253.

primeiro definiu-se apenas que uma pessoa tem uma única sucessão, e mais, que a partilha em vida não abre a sucessão; não ficou definido que do acto resultem, simultaneamente, uma doação e uma partilha. «A única consequência lógica que se está autorizado a tirar do aresto de 13 de Fevereiro é que, em caso algum, os descendentes podem exercer, sendo vivo o ascendente, e em virtude da doação-partilha, os direitos e as acções que supõem a qualidade de herdeiro».

Ora, prossegue o mesmo Autor, no espírito do ascendente, as noções de doação e de partilha estão ligadas, pelo que seria desnaturar a operação, concebê-la como uma doação e uma partilha sucessivas. Assim, em vida do doador, o acto, conferindo aos filhos a qualidade de donatários e de proprietários dos bens, confere-lhes simultaneamente a qualidade de compartilhantes.

6.5.4. É este o ponto de vista defendido pela doutrina maioritária. Deve notar-se, contudo, que a figura da partilha em vida se situa num ponto crítico em que, o refluxo dos elementos particionais — inerentes ao conceito de partilha — se cruza com o fluxo crescente dos elementos caracteristicamente pertinentes ao conceito de doação, em termos tais que bem se pode dizer que, pelo menos em face da moderna evolução jurídica, a figura se situa naquele ponto em que as partilhas se aproximam das doações, ganhando novas características e beneficiando de um estatuto que é típico destes actos dispositivos, e em que as doações vêm, sobretudo através do mecanismo das colações (*post mortem* ou em vida), a ganhar as características e um regime substantivo que são típicos dos actos particionais.

Ou seja, na síntese elucidativa de Pellegrin ⁽²⁰⁾, «hoje a partilha de ascendentes afasta-se da partilha para se aproximar de um acto ordinário de disposição gratuita, embora continue a operar por avanço, uma regulamentação sucessória».

Será, pois, neste domínio de erosão conceitual, em que aquilo que era uma «caricatura de partilha» se veio a transformar num

⁽²⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 208.

acto dispositivo confundível com qualquer liberalidade, collocável embora antecipadamente, que a questão da natureza jurídica do acto de partilha em vid deverá ser pensada.

6.5.5. Quanto às relações entre a partilha em vida e os outros tipos de actos particionais, serão adiante considerados, na parte referente ao estudo da partilha após a morte do doador.

7. PESSOAS QUE PODEM PROCEDER À PARTILHA EM VIDA

- 7.1. Os sujeitos participantes à face do modelo legal.
- 7.2. Ambivalência do modelo legal.
- 7.3. Partilha feita pelos ascendentes.
- 7.4. Partilha feita por quem não tenha legitimidade substantiva.
- 7.5. Requisitos de capacidade para o acto.
 - 7.5.1. Caso de partilha outorgada em convenção ante-nupcial.
 - 7.5.2. Capacidade dos descendentes para outorgarem no acto particional.
- 7.6. Partilha outorgada por ambos os cônjuges. Remissão.
- 7.7. Restrição como beneficiários da partilha aos presumidos herdeiros legítimos do doador.
- 7.8. Momento relevante para a avaliação dos requisitos subjectivos.
 - 7.8.1. Revogabilidade por superveniência de descendentes. Remissão.
 - 7.8.2. Nulidade da partilha entre netos, vivo o filho. Remissão.
 - 7.8.3. Partilha entre netos, pré-morto o filho.
 - 7.8.5. Partilha entre netos, vivo o filho. A solução da jurisprudência francesa.
- 7.9. Admissibilidade de inclusão no acto particional entre vivos dos filhos ainda não nascidos.
 - 7.9.1. Requisitos para a inclusão dos nascituros.
 - 7.9.2. Aplicabilidade aos concepturos do estatuto jurídico dos supervenientes.
 - 7.9.3. Representação dos filhos concepturos.
- 7.10. Admissibilidade de inclusão dos filhos ilegítimos.
 - 7.10.1. Admissibilidade quanto aos filhos ilegítimos legalmente reconhecidos.
 - 7.10.2. Aplicabilidade da regra do art.º 2158.º — 2 do Código Civil.
- 7.11. Admissibilidade de inclusão dos filios adoptivos.
 - 7.11.1. O problema da admissibilidade quanto aos adoptados plenamente e restritamente.
 - 7.11.2. A questão do estatuto jurídico-sucessório dos adoptados.

- 7.12. Admissibilidade de outorga de partilha em vida em benefício de filho único.
 - 7.12.1. Orientação da doutrina francesa.
 - 7.12.2. Fundamentos contra a tese da admissibilidade.
 - 7.12.3. A tese negativa da Revista de Legislação e Jurisprudência.
 - 7.12.4. O argumento da analogia com o processo de inventário.
 - 7.12.5. Partilha entre filho único e os netos.
- 7.13. O problema do consentimento conjugal.

7.1. A partilha em vida é feita pelos seguintes sujeitos:

- a) doador;
- b) presumidos herdeiros legitimários donatários;
- c) presumidos herdeiros legitimários não donatários.

Paradigmaticamente, o doador é ascendente face aos presumidos legitimários, os donatários são beneficiados no acto em detrimento dos irmãos, que não são contemplados na doação. Adiante, contudo, veremos com mais detalhe a justeza deste modelo.

7.2. A lei não afirma de modo expresso que só os ascendentes (de primeiro grau ou seguintes) possam proceder à partilha em vida. O modelo legal refere apenas uma doação entre vivos a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários de uma pessoa. Ora, considerando que os presumidos herdeiros legitimários são tanto os descendentes como os ascendentes (art.º 2157.º do Código Civil) verifica-se que, à face da lei, são admissíveis dois tipos diferenciados de partilha em vida:

- a) ascendentes a favor dos seus descendentes;
- b) descendentes a favor dos seus ascendentes.

É certo que, do ponto de vista das realidades práticas, só o primeiro tipo considerado é relevante pois, o caso prototípico de partilha em vida apresenta-se-nos sob a forma de um arranjo de

interesses entre o disponente e os seus filhos. Na perspectiva puramente legal, contudo, parece-nos ser de admitir a validade de um acordo em que os disponentes sejam os filhos, e os beneficiados um ou ambos os ascendentes, sendo que no primeiro caso o contemplado tenha de volver ao não donatário as tornas respectivas.

É diverso o sistema de alguns dos ordenamentos legislativos estrangeiros que estruturam uma figura cuja característica básica reside na divisão feita pelo ascendente, que assim assume o estatuto de figura paradigmática. Não negam, contudo, os referidos ordenamentos, validade ao acto particional entre vivos outorgado pelo descendente em favor dos respectivos progenitores.

Assim é exemplar o caso do Direito Francês: «os descendentes podem também fazer uma partilha antecipada dos seus bens entre os seus ascendentes. Mas, tendo estes últimos direito à reserva, a partilha deve ser operada de modo que aquela não seja de modo algum afectada». ⁽¹⁾

Para efeitos deste nosso estudo será o caso prototípico que teremos normalmente em consideração.

7.3. Por ascendente devemos entender o pai ou a mãe ou, na falta destes, os ascendentes de segundo grau e seguintes desde que os contemplados no acto (como donatários ou como credores das correspondentes tornas) sejam seus herdeiros legitimários.

Daqui decorre que, por exemplo, um tio não poderá efectuar uma partilha em vida a favor dos seus sobrinhos, nos casos em que estes sejam seus herdeiros.

7.4. Nada impedirá, contudo, que uma pessoa que não reúna os requisitos de legitimidade substantiva para outorgar num acto de partilha em vida, possa repartir entre vivos os seus bens pelos respectivos herdeiros; só que o acto, neste caso, produzirá apenas

⁽¹⁾ Assim: Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 99; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tomo 5, n.º 689. Contra: Bertauld e Huc no *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo 6, n.º 125.

os efeitos de uma simples doação e não de uma partilha em vida, não lhe sendo portanto aplicável o estatuto jurídico definido pela lei para esta última figura. (2)

É certo que o disponente poderá, num acto deste tipo, clausular certos efeitos jurídicos do tipo particional, como seja, por exemplo, uma garantia recíproca entre os compartilhantes, o direito a atacar a divisão havendo desigualdade, ou o preenchimento da quota hereditária de um superveniente presumido herdeiro *ab intestato* não legitimário. Mesmo nestas circunstâncias, contudo, e mau grado qualquer eventual qualificação feita pelo testador ou doador no sentido de o acto ser uma partilha em vida, o negócio só produzir efeitos de uma doação entre vivos.

7.5. São de exigir, quanto ao ascendente, requisitos de capacidade para outorgar num acto de partilha em vida, requisitos que — tal como resulta especificamente para o caso das doações — haverão de ser os mesmos aplicáveis à teoria geral do negócio jurídico (ver livro I, subtítulo I, secções I e V do Código Civil). Assim como «têm capacidade para fazer doações todos os que podem contratar e dispor dos seus bens» (art.º 948.º-1 do citado Código) é essa mesma capacidade que é de exigir quanto ao ascendente para que possa outorgar numa partilha em vida, sendo aliás regulada pelo estado em que ele se encontrar ao tempo da declaração negocial (art.º 948.º do Código Civil).

7.5.1. No caso de a partilha em vida ser parte integrante de uma doação para casamento acordada numa convenção ante-

(2) Neste sentido, Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 6.º ed., tomo XI, § 728 — 2; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendant*, I, n.º 128 e segs.; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendant*, n.º 117; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo 6, n.º 425; Laurent, *Principes de Droit Civil*, tomo 15, n.º 4; Duraton, *Cours de Droit Civil, Suivant le Code Civil*, tomo 9, n.º 619; Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*, tomo V, n.º 827; Josserand, *Traité de Droit Positif Français*, tomo 3, n.º 1923; Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, n.º 71.

Contra tal posição, Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 99, e na jurisprudência, *Caen 2/12/1847*, *Dalloz 1849-11-84*.

nupcial (art.º 1756.º-1 do Código Civil) são à mesma exigidos ao ascendente os requisitos gerais em matéria de capacidade (art.º 948.º) uma vez que, no nosso entender, o art.º 1708.º se refere à capacidade dos esposos contraentes, só assim se compreendendo a remissão implícita que efectua para o art.º 1600.º do Código Civil.

7.5.2. Quanto aos requisitos de capacidade dos descendentes, o problema será autonomizado imediatamente *infra* quando estudarmos a questão da relevância da participação de incapazes na prática do acto.

7.6. Será admissível uma partilha em vida outorgada por ambos os cônjuges? A questão será considerada ulteriormente quando estudarmos os bens que podem ser objecto da partilha em vida.

7.7. A admissibilidade legal da partilha em vida é restrita. A lei apenas a permite em favor dos presumidos herdeiros legítimos do disponente.

Já no domínio do Código Civil Velho assim era entendido, à face dos preceitos legais referentes à colação, nomeadamente perante o art.º 2098.º do referido diploma.

Estamos, pois, perante um sistema mais exigente do que aquele que está previsto no Direito Comparado.

Assim, no Direito Francês, admite-se que a partilha seja feita a favor dos filhos ou descendentes do pai, mãe ou outros ascendentes (art.º 1075.º do Código Civil Francês).

Fórmula idêntica preceituava o art.º 1044.º do Código Civil Italiano e vigora ainda no âmbito do Direito Argentino (art. 3514.º do Código Civil Argentino).

Contra tal admissibilidade, no contexto do nosso Direito, milita a razão singela de os descendentes de segundo grau e seguintes

(1) Aubry et Rau, *ob. cit.*, XI, 575; Demolombe, *ob. cit.*, XXIII, 19; Réquier, *ob. cit.*, n.º 44; Bonnet, I, n.º 134 e 189.

não serem herdeiros legitimários face aos respectivos ascendentes de segundo grau e seguintes, sendo vivo o seu ascendente directo.

Note-se que o facto de a lei apenas permitir a partilha em vida em favor dos presumidos herdeiros legitimários do disponente, não impede que este inclua no acto, uma ou mais disposições referentes a quem não esteja naquelas condições jurídico-succesórias. O ponto é relevante no que respeita ao cônjuge. O disponente poderá ter desejado, ao liquidar em vida o seu património, contemplar o cônjuge com uma liberalidade determinada; ora o cônjuge não é, à face do texto definitivo do nosso Código Civil (diversamente no Anteprojecto) herdeiro legitimário do *de cuius*.

Creemos, portanto, com Borsari (⁴), que «é possível que numa divisão de ascendente se introduza alguma pessoa estranha, destinada a ter uma parte da herança. Não se poderá duvidar que, naquilo que lhe diz respeito, a doação seja válida independentemente mesmo da divisão, como no acto distinto».

7.8. O momento relevante para se avaliar da existência e validade dos elementos subjectivos essenciais ao acto é o da sua prática e não o momento da abertura da sucessão. Esta solução está conexas com a já alcançada quanto ao problema, já considerado, da natureza jurídica da partilha em vida.

7.8.1. Assim, se o disponente tiver, em momento ulterior ao da prática do acto, outros filhos, o acto será, como se detalhará *infra*, revogável.

7.8.2. Por força do referido princípio, parece-nos que no caso de o ascendente, que tenha no momento da prática do acto participacional entre vivos, vários filhos, outorgar no falado acto em favor dos seus netos, este acto dispositivo estará enfermeado do vício de nulidade, sem que seja possível admitir convalidação

(⁴) Luigi Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, III, 1331-2.^a col.

mesmo que, no momento da abertura da sucessão, os netos sejam os presumidos herdeiros legitimários (³).

7.8.3. No caso de ao disponente terem nascido, antes da prática do acto, filhos entretanto falecidos, poderá incluir os netos na partilha, porquanto estes são seus presumidos herdeiros legitimários, por representação dos pré-falecidos.

7.8.4. Já pelo contrário, o avô não poderá efectuar uma partilha em vida dos seus bens pelos netos, sendo vivo o pai destes — filho do doador — «porquanto o herdeiro presumido é o filho e não os netos, a menos que aquele tenha sido deserdado». (⁴)

O mesmo princípio foi definido pela jurisprudência francesa, para quem «(...) destinada a substituir a partilha que seria efectuada à morte do ascendente, a partilha regulamentada pelos arts. 1075.º e segs. (divisão de ascendente) só pode ser feita entre aqueles que figurariam na partilha que ela substitui, quer dizer, entre os filhos ou descendentes do disponente que são os seus herdeiros imediatos. Assim, deverá ser considerado como doação ordinária e não como partilha de ascendente, o acto pelo qual um ascendente distribua os seus bens entre os seus filhos e netos excepto naquele caso em que estes últimos descendam de filhos pré-mortos e, por conseguinte, tiverem direito de vir à sucessão, em representação (Civ. 21.07.1851)».

7.8.5. Adiante, ao estudar a necessidade de participação de todos os presumidos herdeiros legitimários, retomaremos a questão de saber se é no momento da prática do acto, ou se é no momento da abertura da sucessão que se pode avaliar da existência e validade de todos os requisitos subjectivos essenciais à partilha em vida.

(³) Contra, no âmbito do Direito Francês, Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 129.

(⁴) Baptista Lopes, *Das doações*, p. 28.

7.9. Poderão incluir-se na partilha em vida os filhos que, no momento da prática do acto estejam concebidos ou aqueles que, entretanto se venham a conceber? (1)

Cabe distinguir o caso dos nascituros do caso dos concepturos. Entendemos a expressão nascituros em sentido estrito englobando apenas os filhos já concebidos.

7.9.1. Nenhuma dúvida parece haver na afirmação de que os filhos nascituros do disponente podem ser englobados na partilha em vida.

Efectivamente, a lei admite em geral que os nascituros possam adquirir por doação, desde que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador (art.º 952.º do Código Civil; ver art.º 1479.º do mesmo diploma). Além disso e em reforço, devemos considerar que do ponto de vista sucessório, ou seja, da aquisição de interesses por morte do respectivo progenitor, resulta também da lei que os filhos nascituros têm capacidade sucessória (art.º 2033.º-1 do Código Civil; ver art.º 1777.º).

São requisitos legais para que os nascituros possam ser englobados na partilha em vida:

- a) serem filhos de pessoa determinada, viva no momento do acto, sendo que essa determinação, exigida pelo art.º 952.º, e que, aliás, deve ser necessariamente feita pelo disponente (art.º 949.º-1 do Código Civil) se referirá a ele próprio;
- b) estarem, portanto, efectivamente concebidos no momento da celebração da partilha em vida;
- c) virem, consequentemente, a nascer, até trezentos dias após a prática do acto, nos termos do art.º 1796.º, onde se estabelece que «o momento da

(1) Quanto à participação dos nascituros e concepturos na partilha sucessória *mortis causa*, veja-se João António Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, I, p. 79.

concepção do filho é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento (...). Ver, a propósito, as excepções previstas nos artigos seguintes.

Desde que satisfaçam estes requisitos, os filhos nascituros do disponente são no momento em que este celebra o acto de partilha em vida, seus presumidos herdeiros legitimários, podendo pois outorgar na divisão entre os vivos. Ver o que se diz *infra* quanto à existência de incapazes entre os presumidos herdeiros legitimários.

No mesmo sentido estatui o Direito Francês, em função da regra geral prevista no art.º 906.º do Código Civil Francês, onde se estabelece como requisito de capacidade passiva em matéria de doação entre vivos o facto de se estar concebido no momento da doação, embora este acto dispositivo só produza efeitos na medida em que o filho nasça viável. A capacidade, à face do Direito Francês, nomeadamente perante o disposto no art.º 725.º do Código Civil, é definida em função da viabilidade, requisito que o nosso Código Civil afastou deliberadamente. Mau grado esta diferença referente à viabilidade, tanto no nosso Direito como no referido Direito Francês vigora o princípio segundo o qual ⁽⁸⁾ «(...) para se estar apto a receber por via da partilha de ascendente, é preciso, conforme o princípio geral estabelecido no art.º 906.º do Código Civil, ser pelo menos *concebido* no momento da partilha, se ela for feita por acto entre vivos (...)».

No caso, aliás normal, de o nascituro nascer com vida, são-lhe atribuídos os direitos que lhe estavam reservados (art.º 66.º-2 do nosso C. Civil. A doutrina, porém, discute o momento que se deve tomar como relevante para a referida atribuição, sobretudo porque para alguns Autores ⁽⁹⁾ ocorrerá neste caso uma retroacção da personalidade, considerando-se os direitos atribuídos no mo-

⁽⁸⁾ *Répertoire pratique*, Dalloz — 673, nota 17.

⁽⁹⁾ Dias Marques, *Código Civil*, nótula ao art.º 66.º — 2.

mento em que foram constituídos. Contra esta solução, Castro Mendes ⁽¹⁰⁾, que foca o interesse e relevância prática do problema e respectiva solução. ⁽¹¹⁾

No caso de o donatário não nascer, completamente e com vida, a doação caducará ⁽¹²⁾, caducando, consequentemente, a partilha em vida.

Nos termos do art.º 952.º-2 «na doação feita a nascituro presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário». A presunção, segundo a anotação de Pires de Lima-Varela aceite por Baptista Lopes ⁽¹³⁾ é ilidível mediante prova em contrário, sendo, portanto, uma presunção *iuris tantum*, dada a sua natureza legal (art.º 350.º do Código Civil).

7.9.2. Já a admissibilidade de os concepturos poderem ser contemplados num acto de partilha em vida, nos parece bastante duvidosa.

É certo que a lei admite doações a favor de concepturos, desde que se preencham os requisitos previstos no art.º 952.º (que são comuns aos nascituras *stricto sensu*). Mas, já no contexto sucessório, não está prevista a sua capacidade sucessória senão no que se refere à sucessão testamentária ou contratual.

Resulta daqui que os filhos concepturos do disponente não são, no momento da prática do acto de partilha em vida (não estando nessa ocasião concebidos) seus presumidos herdeiros legítimos, pelo que não poderão participar no acordo.

Portanto, o estatuto jurídico dos filhos concepturos no que se refere à partilha em vida deverá ser o de filhos supervenientes.

7.9.3. A representação jurídica dos filhos concepturos será assegurada tal como a dos incapazes. Veja-se a parte relevante no capítulo 9.

⁽¹⁰⁾ *Direito Civil* — Lições do 2.º ano jurídico, II, p. 62.

⁽¹¹⁾ Veja-se também Pereira Coelho, *Direito das sucessões*, p. 157.

⁽¹²⁾ Baptista Lopes, *Das doações*, p. 73; Pires de Lima — Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, p. 197.

⁽¹³⁾ *Ob. cit.*, p. 75.

7.10. Deverá a partilha em vida ser feita em favor dos descendentes ilegítimos do *cuius*? Qual o seu regime jurídico? ⁽¹⁴⁾

7.10.1. À primeira questão deverá dar-se resposta afirmativa. De facto, os filhos ilegítimos, desde que reconhecidos, são herdeiros legitimários do respectivo ascendente.

Como escreveu Baptista Lopes ⁽¹⁵⁾ :

«Em relação à sucessão legitimária, os filhos ilegítimos estão em igualdade de condições com os legítimos ou legitimados, salvo no que diz respeito à partilha da legítima.

«Também, na verdade, quanto aos ilegítimos vigora o princípio da intangibilidade da legítima, garantido pela *cautela sociiniana* e pela *acção de redução das liberdades inoficiosas* a legítima é, tanto para os legítimos como para os ilegítimos, a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários (...)».

Ora, uma vez que os filhos ilegítimos sejam, no momento da prática do acto particional entre vivos presumidos herdeiros legitimários do respectivo ascendente, então, este deverá englobá-los na divisão.

Também o Direito Francês preceitua regra idêntica ⁽¹⁶⁾.

Igualmente no âmbito do Direito Italiano anterior ao Código Civil de 1942, Borsari ⁽¹⁷⁾ notava terem capacidade passiva para o acto os filhos legitimados e os filhos naturais reconhecidos e sucessíveis.

Note-se, contudo, ser necessário, para que os filhos ilegítimos sejam englobados na partilha em vida, que estejam reconhecidos

⁽¹⁴⁾ Ver, quanto aos direitos sucessórios dos filhos ilegítimos, Paulo Merêa no seu estudo de Direito Comparado, *Condições jurídicas dos filhos ilegítimos*, Boletim da Faculdade de Direito — Universidade de Coimbra, VIII, 36 e segs.;

⁽¹⁵⁾ Num âmbito mais geral, em referência aos direitos sucessórios dos parentes ilegítimos, Baptista Lopes, *Filhos Ilegítimos*, 263 e segs.; veja-se também, distinguindo as várias fontes de vocação sucessória, Santos Silveira, *Investigação de Paternidade Ilegítima*, 296 e segs.

⁽¹⁶⁾ Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 580 — texto e nota 5; V. o *Répertoire pratique* em «*partage d'ascendant*», nota 13.

⁽¹⁷⁾ Luigi Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, III, p. 1330.

como tal, quer esse reconhecimento seja voluntário, quer seja judicial. É que, nos termos do art.º 1878.º-1 do nosso Código Civil «os poderes e deveres emergentes da filiação ilegítima ou do parentesco nela fundado só são atendíveis se a filiação estiver legalmente reconhecida». Portanto, ao nível da partilha em vida, só a filiação reconhecida é relevante para outorgar ao descendente o estatuto de herdeiro legitimário, condição essencial à sua válida participação no acto divisório.

Admite-se, contudo, que, no caso de o filho ilegítimo comparilhante só ser reconhecido posteriormente ao momento da prática do acto de partilha em vida, este contrato mantenha a sua validade, porquanto, nos termos do n.º 2 do referido art.º 1878.º do Código Civil o reconhecimento da filiação ilegítima tem efeitos retroactivos.

7.10.2. Estará o disponente doador na partilha em vida obrigado à regra enunciada no art.º 2158.º-2, segundo a qual (e por força do art.º 2139.º-2) «concorrendo à sucessão filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, cada um destes últimos tem direito a uma quota igual a metade da de cada um dos outros?»

Parece bem que sim. É que, a partilha em vida, visa antecipar a partilha ordinária que se realizaria aquando da abertura da sucessão. Ora, se nesse acto a lei obriga à repartição segundo os termos do art.º 2158.º-2, nada parece permitir que, em vida do ascendente e por acto entre vivos, seja efectuada uma divisão mediante regras diversas.

Aliás, tal como poderemos especificar *infra* a lei permite desvios a esta proporção, desde que sejam respeitados os limites da legítima dos herdeiros.

Note-se que perante o novo Código Civil, «o filho ilegítimo passou, no entanto a receber menos do que herdava no domínio da legislação anterior, porquanto, à face do Código Civil de 1867, a legítima dele era igual à do filho legítimo menos um terço, ao passo que, de harmonia com o sistema adoptado no Código

Civil de 1966, a sua quota é igual a metade da que cabe ao filho legítimo» (18).

7.11. Poderá a partilha ser feita em favor de filhos adoptivos do disponente?

7.11.1. No que se refere à adopção restrita, e uma vez que o adoptado não é herdeiro legitimário do adoptante nem este daquele (art.º 1994.º-1), tal não é possível.

Quanto à adopção plena, a resposta resulta da interpretação a dar ao n.º 1 do art.º 1984.º Neste preceito refere-se que «o adoptado ou os seus descendentes, e os parentes dos adoptantes não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros (...)». *A contrário*, o artigo parece admitir que entre o adoptante e o adoptado plenamente se verifica um nexo de sucessão legitimária, tanto mais que *ex vi* do art.º 1979.º do Código Civil, «pela adopção plena o adoptado adquire a situação de filho legítimo e como tal é considerado para todos os efeitos legais, sem prejuízo do disposto no art.º 1984.º». É realmente esta a solução adoptada doutrinamente. (19)

O disponente pode, portanto, incluir na partilha em vida os filhos que haja adoptado plenamente.

É idêntica a solução do Direito Francês, onde (à face da redacção dada pela lei n.º 66-500 de 11/7/1966) o Código Civil estabelece, para a adopção plena, o princípio geral segundo o qual o acto confere ao filho adoptado uma filiação que se substitui à filiação de origem (art.º 356.º do Código Civil Francês), tendo o adoptado face à família do adoptante os mesmos direitos e obrigações que um filho legítimo (art.º 358.º do mesmo diploma legal); já quanto à adopção simples, vigora uma regra diversa porquanto o Código Civil Francês definiu restritamente no seu art.º 368.º (redacção dada pela citada lei n.º 66-500) que «o adoptado e os seus descendentes legítimos têm na família do adoptante

(18) Santos Silveira, *Investigação da paternidade ilegítima*, p. 297.

(19) Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, p. 255, nota 1.

os mesmos direitos sucessórios que um filho legítimo, sem adquirir, contudo, a qualidade de herdeiro reservatário em relação aos ascendentes do adoptante».

Também Borsari ⁽²⁰⁾, escrevendo no âmbito do Direito Italiano anterior ao Código Civil de 1942, admitiu a capacidade passiva dos filhos adoptivos para outorgarem num acto de divisão de ascendente.

7.11.2. Tal como considerámos à face da eventualidade da partilha em vida em benefício dos filhos ilegítimos, cabe agora estudar se o disponente estará vinculado às regras de distribuição de bens que, a propósito das sucessões *causa mortis*, estão estabelecidas pela lei.

Quanto aos adoptados plenamente o problema complica-se, em resultado do conflito de regras jurídicas aplicáveis. Efectivamente, estabelece o n.º 2 do art.º 1984.º que «concorrendo às sucessões do adoptante descendentes ilegítimos deste e o adoptado ou seus descendentes, não é aplicável o disposto no n.º 2 do art.º 2139.º e no n.º 2 do art.º 2140.º, salvo se concorrerem também à sucessão descendentes legítimos do adoptante».

Resulta, à face deste preceito que, concorrendo à sucessão filhos ilegítimos do adoptante e do adoptado, este receberá tanto quanto cada um daqueles.

Sucede, porém, que a ressalva feita no art.º 1984.º-2 do Código Civil não se refere ao preceito contido no n.º 2 do art.º 2158.º, que, como vimos, aliás, remete para a hipótese contemplada no art.º 2139.º-2. De um ponto de vista estritamente lógico-formal, este facto não é irrelevante, até porque enquanto o preceito contido naquele referido artigo (art.º 2158.º-2) é de carácter imperativo, as regras jurídicas decorrentes deste art.º 2139.º-2 do Código Civil (e 2140.º-2) são supletivas, nos termos do art.º 2131.º

Mas, apesar da técnica legal, é de admitir, até porque é o que parece mais consentâneo com a intenção legislativa, que a

⁽²⁰⁾ *Commentario del Codice Civile Italiano*, III, 1330, 2.ª col., *in fine*.

ressalva definida no n.º 2 do art.º 1984.º deva abranger o n.º 2 do art.º 2158.º

Fazendo valer o raciocínio elaborado a propósito dos filhos ilegítimos, resta concluir no sentido de que o disponente se encontra efectivamente limitado na atribuição dos respectivos quinhões cu na definição das tornas a que se obrigarão os restantes legítimos não donatários, pelo princípio estabelecido no referido 1984.º 2.

7.12. É o ponto assente nos vários sistemas jurídicos que a partilha em vida não pode ser considerada como tal no caso de o ascendente ter um único filho.

7.12.1. Assim o entendeu a doutrina francesa. Nomeadamente Planiol-Ripert ⁽²¹⁾ escreveram que se o ascendente tiver apenas um filho a demissão dos bens que ele consente em benefício deste tem unicamente as características de uma doação ordinária e não de uma partilha.

7.12.2. De facto, há dois tipos de fundamentos jurídicos que se opõem à admissibilidade de partilha em vida no caso de filho único ⁽²²⁾ ⁽²³⁾:

- a) por um lado, da extensão da figura a este caso resultaria um incompreensível alargamento da sua finalidade no que se refere à regulação de interesses, porquanto, sendo característico do acto a resolução antecipada dos problemas ínsitos à di-

⁽²¹⁾ *Traité Pratique de Droit Civil Français*, V. p. 883.

⁽²²⁾ No mesmo sentido, Aubry e Rau, ob. cit., XI, 573, estendendo a validade da regra ao âmbito do Direito Fiscal. Em consequência, também a jurisprudência, tem sistematicamente alinhado em favor de tal tese. Assim, vejam-se *Civ. 4.01.1847*, DP 47.1.58; *Civ. 12.03.1849*, DP 49.1.96; *Civ. 14.05.1879*, DP 79.1.244; *Civ. 20.01.1840*, S 40.1.185; *Req. rej. 13.08.1838*, D. 1838.1.361; *Req. 20.01.1840*, S. 1840.1.185; *Civ. 5.06.1948*, S. 1849.1.437.

⁽²³⁾ André Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, n.º 72.

visão hereditária, estes manifestamente não se verificam no caso de filho único, a quem o ascendente pode, mediante uma simples doação transferir, ainda em vida, a propriedade dos seus bens;

- b) por outro lado não se verifica no caso em apreço, a divisão que caracteriza essencialmente o pacto.

7.12.3. Foi neste contexto de circunstâncias que a Revista de Legislação e Jurisprudência ⁽²⁴⁾, opinou, no contexto do mecanismo das colações, que estas não têm razão de ser quando houver um único herdeiro legitimário.

7.12.4. Embora pensemos que qualquer analogia com o estatuto jurídico das partilhas sucessórias ordinárias judiciais tem uma valia jurídica interpretativa muito relativa, sempre se deve notar que, no art.º 2103.º do Código Civil se estabelece que havendo um único interessado, o inventário a que haja de proceder-se tem apenas por fim relacionar os bens e, eventualmente, servir de base à liquidação da herança. De facto, a lei veio neste caso da existência de um único interessado na herança de pessoa falecida, a afastar a necessidade de inventário-divisório, ficando-se pela exigência de mero inventário-arrolamento. ⁽²⁵⁾

7.12.5. Dos princípios jurídicos referidos não é possível deduzir-se, contudo, que o ascendente não possa efectuar uma partilha entre o seu filho único e os filhos deste, netos, portanto, do ascendente.

No entanto, a um acto dessa natureza não é possível outorgar a qualificação de partilha em vida, porquanto, esta exigiria um nexó jurídico de natureza sucessório-legitimária que não existe entre o ascendente e os respectivos netos, sendo vivo o pai destes últimos.

⁽²⁴⁾ *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 65, p. 164.

⁽²⁵⁾ Para detalhes, Lopes Cardoso, *Partilhas judiciais*, I. p. 118.

Nada impede, contudo, que o ascendente efectue uma partilha entre o filho único e os netos, filhos portanto deste último; só que, não estando o acto sujeito ao estatuto jurídico das simples doações, ser-lhe-á aplicável o estatuto das doações tal como em 7.4.

7.13. Deve notar-se que, em certas circunstâncias, a lei exige o consentimento conjugal para que o ascendente possa outorgar numa partilha em vida. A regra básica está estabelecida no art.º 1682.º do Código Civil, preceito que é *prima facie*, aplicável às doações.

Cabe distinguir os bens móveis dos imóveis.

Quanto aos bens móveis, próprios ou comuns de que o disponente tenha a administração (ver art.º 1678.º do Código Civil), sendo desnecessário o consentimento conjugal para a sua alienação (art.º 1682.º-1), é, em regra, desnecessário o mesmo consentimento para a outorga num acto de partilha em vida que os tome como objecto. A esta regra fazem excepção os bens móveis, pertencentes ao não administrador, e os bens móveis próprios ou comuns de utilização conjunta por ambos os cônjuges, na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho (n.º 2 do referido art.º 1682.º).

Quanto aos bens imóveis, sejam eles próprios ou comuns, e quanto ao estabelecimento comercial, a sua alienação entre vivos (e consequentemente a sua alienação num acto do tipo da partilha em vida) depende do consentimento de ambos os cônjuges, excepto se vigorar o regime de separação de bens (art.º 1682.º-3).

Note-se quanto ao art.º 1685.º que a sua inaplicabilidade ao caso em estudo resulta do facto de contemplar hipótese de disposição para depois da morte; a partilha em vida, pelo contrário, trata-se de simples acto entre vivos, com produção de efeitos jurídicos em vida do disponente.

Quanto à propriedade intelectual, «a mulher não necessita do consentimento do marido para doar a sua propriedade intelectual (art.º 1676.º-1, *in fine*)» pelo que no acto de partilha em

vida, sendo a mulher o disponente, se dispensa o consentimento marital.

O consentimento a que nos referimos é apenas exigível para o doador, dele não carecendo os legitimários compartilhantes, mesmo que casados já que, quanto a eles, a partilha em vida significa um acto de aquisição.

Quanto aos legitimários donatários, vale a regra enunciada no art.º 1683.º-1, que estabelece que os cônjuges não necessitam do consentimento um do outro para aceitar doações; quanto aos legitimários não donatários, a desnecessidade de consentimento conjugal resulta da inexistência de preceito legal aplicável.

O problema do consentimento conjugal articula-se com outra questão, que será considerada *infra*, da partilha conjuntiva feita por ambos os cônjuges.

8. NECESSIDADE DE PARTICIPAREM TODOS OS LEGITIMÁRIOS

- 8.1. Enunciado das questões que podem ser eventualmente consideradas.
- 8.2. Restrição da presente indagação.
- 8.3. Admissibilidade de uma figura com os traços da divisão de ascendente.
- 8.4. A figura paradigmática à face da lei portuguesa.
- 8.5. O sistema do Anteprojecto.
- 8.6. Necessidade de inclusão universal.
 - 8.6.1. Direito Brasileiro.
 - 8.6.2. Direito Italiano.
 - 8.6.3. Direito Francês.
 - 8.6.4. Idem. A tese de Beudant.
 - 8.6.5. Direito Argentino.
 - 8.6.6. Enquadramento da questão: consequências legais da omissão.
- 8.7. As consequências da omissão.
 - 8.7.1. O caso de superveniência de descendentes.
 - 8.7.2. Uma distinção útil: omissão necessária e omissão voluntária.
 - 8.7.3. Superveniência objectiva e subjectiva.
 - 8.7.4. Omissão voluntária. Imputação da intencionalidade omissiva.
 - 8.7.5. Recusa de consentimento imputável ao descendente.
- 8.8. A tese da nulidade do acto particional entre vivos no caso de omissão.
 - 8.8.1. A solução do Direito Francês até à reforma do Código Civil em 1938.
 - 8.8.2. A solução do Código Civil Italiano de 1865.
 - 8.8.3. O problema à face do Direito Argentino.
- 8.9. A teoria da nulidade condicionada pelo remascente bastante.
- 8.10. Evolução da teoria: a natureza revogatória da acção de redução, havendo omissão.

- 8.11. A solução proposta. Questões prévias a resolver:
 - 8.11.1. Eventual prejuízo do omitido.
 - 8.11.2. A questão da tutela dos interesses do omitido.
 - 8.11.3. O sistema do duplo acto como expediente destinado a obviar à incerteza pré-defuntória.
- 8.12. A solução proposta, no ângulo da política legislativa.
- 8.13. Meios de salvaguarda dos omitidos ao dispor do ascendente.
- 8.14. Pressupostos da acção de redução.
- 8.15. Recurso à acção de colação.
- 8.16. Economia da tese proposta.
- 8.17. A cláusula de «porte-fort».
- 8.18. A aceitação posterior.

8.1. Sob a referida epígrafe poderemos considerar os seguintes problemas:

- a) se a partilha em vida deverá englobar, para corresponder à *fattispecie* legal, todos os presumidos herdeiros legitimários do disponente;
- b) se a eventual exigência legal de participação universal dos legitimários supõe ou não a necessidade de outorga de consentimento por todos os participantes;
- c) qual a situação jurídica dos presumidos herdeiros legitimários supervenientes, face ao acto particional entre vivos que foi realizado sem os englobar.

Por ora, só os dois primeiros problemas enunciados merecerão a nossa análise. O terceiro será abordado *infra* quando estudarmos expressamente o problema da superveniência de filhos.

8.2. Ficando-nos, pois, pelas questões enunciadas, cabe indagar em alternativa:

- a) da legalidade de uma partilha em vida feita entre todos os presumidos herdeiros legitimários, sendo todos donatários em relação ao disponente;

- b) da susceptibilidade de restringir a doação ínsita à partilha em vida a algum ou alguns dos referidos presumidos herdeiros legitimários.

8.3. A resposta afirmativa à primeira indagação, implica a admissibilidade de consagração legal no âmbito do Direito Português, de uma figura cujos traços estruturais básicos seriam os da divisão de ascendente, nos termos da qual o disponente divide ainda em vida o seu património ou parte dele por todos os seus presumidos herdeiros legitimários, cabendo a cada um uma quota determinada.

Diversamente, ao defender a consagração legal de uma figura do segundo tipo, estaríamos já afastados da pura divisão de ascendente, pois então o acto em estudo seria caracterizado pela realização de uma afectação de interesses em benefício de certos herdeiros legitimários (afectação concretizada no acto de doação), e a conseqüente realização de um acto particional cuja finalidade seria a igualação dos não contemplados com a liberalidade, igualação que se concretizaria mediante o pagamento de tornas a que se obrigariam os donatários.

8.4. Ora à face da letra do art.º 2029.º do Código Civil, resulta claramente que foi o segundo e não o primeiro sistema o que mereceu consagração legislativa. A lei fala em doação entre vivos a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários, com o consentimento dos outros, que se obrigam ao pagamento — ou pagam efectivamente — as tornas que caberiam aos restantes.

8.5. Foi, aliás, limpidamente, esta a intenção legislativa, expressa no art.º 4.º do Anteprojecto e explicitada nos trabalhos da Comissão Revisora; ou melhor, à face do Anteprojecto o sistema seria ainda mais exigente.

Estabelecia, efectivamente, o referido Anteprojecto (art.º 4.º) um sistema de doação a *um* dos presumidos herdeiros legitimários, com o consentimento dos demais a quem aquele pagaria ou se

obrigaria a pagar o valor das partes que a estes caberiam nos bens doados.

Explicando a sua ideia ao redigir o referido artigo, e tendo em vista o sistema consagrado no § 6.º do art.º 2107.º do Código de Seabra, onde anteriormente a doutrina via a consagração de uma figura do tipo da partilha em vida, «o Prof. Galvão Telles (...) confessou que tivera muitas dúvidas sobre se devia alargar o disposto neste parágrafo [§ 6.º do art.º 2107.º do Código Civil de Seabra] à divisão ou partilha de ascendente, consagrada noutras legislações, ou se devia antes manter esta forma limitada, inspirada no regime actualmente em vigor. Decidiu-se pela segunda alternativa porque teve receio de ir mais longe». (¹)

8.6. A lei consagrou, portanto, um sistema no qual apenas alguns dos interessados são donatários em relação ao disponente.

Mas, o facto de só alguns serem donatários não exclui que, para a validade do acto, seja necessária a participação de todos os que, no momento da celebração do acordo, sejam presumidos herdeiros legitimários do disponente. Se bem que na partilha em vida nem todos recebam bens a título de donatários, em princípio, o acto deverá englobá-los a todos.

8.6.1. É o que opina, à face do Direito Brasileiro, Carvalho Santos (²) quando escreve que, para valer, a partilha tem que ser feita entre todos os descendentes sucessíveis. A lei não exige — segundo o mesmo Autor (³) que cada um seja nominalmente incluído na partilha. «Basta que esta seja a expressão compreensiva de todos». Permitimo-nos, contudo, duvidar da validade desta última asserção, uma vez que, no texto do acto, deverão ser discriminados os bens doados e a parte que cabe a cada um dos donatários.

(¹) *Trabalhos preparatórios*, p. 172.

(²) Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XXIV, p. 392.

(³) *Ob. cit.*, p. 391.

8.6.2. A mesma regra estava consagrada no Direito Italiano pois, como explica Degni, sendo a divisão de ascendente um acto indivisível, bastava a não aceitação de um dos interessados para que o acto não tivesse eficácia face aos outros. «O capricho de um bastava para impedir o pai de efectuar a partilha em vida». Ou seja, na expressão mais rigorosa de Borsari ⁽⁴⁾ a aceitação não podia ser parcial, já que o objecto da divisão era colectivo.

8.6.3. Valia o mesmo no contexto do Direito Francês, onde segundo Aubry e Rau ⁽⁵⁾ «a partilha por acto entre vivos só se torna perfeita pela aceitação expressa de todos os descendentes entre os quais foi feita: a recusa de um deles impedirá a partilha de produzir o seu efeito, mesmo em relação àqueles que tenham aceitado». (...) «Não se trata, num caso deste tipo, de várias doações distintas e separadas, feitas individualmente a cada um dos descendentes e susceptíveis, enquanto tal, de se tornarem perfeitas pela aceitação isolada de cada um deles. O que o ascendente quiz fazer, foi o abandono colectivo dos bens a título de partilha, e só com este carácter particular, que lhe imprime uma espécie de indivisibilidade, é que os descendentes puderam aceitar o abandono».

8.6.4. Do mesmo modo Beudant ⁽⁶⁾, ao sublinhar que, devendo a partilha em vida ser aceite por todos os descendentes, se um dos filhos não a aceitar ela será considerada como não realizada.

8.6.5. É ainda este ponto de vista que encontramos no âmbito do Direito Argentino, onde Reborá ⁽⁷⁾ escreve que a doação-partilha requer a aceitação actual dos herdeiros, tal qual expressamente estipula o art.º 3516.º do Código Civil Argentino.

(4) Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, p. 1333.

(5) Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 578.

(6) Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, VII, p. 247.

(7) Juan Carlos Reborá, *Derecho de las sucesiones*, p. 124.

8.6.6. Assim focada no seu âmbito geral, a tese segundo a qual é essencial à estrutura da partilha em vida a participação e o consentimento de todos os descendentes (presumidos herdeiros legitimários do disponente), deve ser pensada tendo em vista a seguinte questão: no caso de faltar ao acto algum dos que nele devia estar incluído, *quid iuris*?

Será na resposta a este problema que teremos ocasião de desvalorizar aquele focado princípio de necessária participação de todos os interessados no acordo, face ao entendimento que a doutrina mais recente vem dando a esta matéria.

8.7. *Quid iuris*, portanto, se no acto de partilha em vida for omitido algum ou alguns dos então presumidos herdeiros legitimários?

8.7.1. Não se deve confundir este problema com aquele outro que será enunciado *infra* sob a epígrafe «superveniência de presumidos herdeiros legitimários»: aí consideraremos o caso de faltar ao acto particional alguém que venha a ser — ulteriormente — presumido herdeiro legitimário do disponente.

É que a omissão de algum dos presumidos herdeiros legitimários pode ter sido motivada por várias razões, tanto imputáveis à vontade dos efectivamente compartilhantes (v.g. no caso de pretenderem prejudicar um dos irmãos, omitindo-o do acto), como à vontade do próprio omitido (v.g. no caso de este se ter recusado a participar no acto), ou ainda a caso fortuito, no caso de o legitimário omitido só ter sido conhecido, como tal, em momento superveniente.

8.7.2. Para a compreensão desta matéria teremos, portanto, que considerar dois tipos totalmente distintos, sendo cada um deles, por sua vez, passível de uma distinção fundamental:

- a) ou o legitimário foi excluído da partilha por não ter sido possível inclui-lo, já que no momento em que esta se realizava não era ainda nascido ou não era conhecido como legitimário;

- b) ou o legitimário foi excluído do acto particional mas nada impedia que viesse a outorgar nele ; só o não fez, ou porque não quis ou porque os compartilhantes o procuraram excluir.

É claro que ao nível das soluções concretas estas distinções formuladas são relevantes, não parecendo, em princípio, curial aceitar uma solução de âmbito geral e totalizador para o problema da omissão.

8.7.3. Ao nível do primeiro tipo considerado, devemos, tal como resulta do enunciado distinguir dois sub-tipos relevantes :

- a1) ou o omitido era, ao tempo da prática do acto, presumido herdeiro legitimário do ascendente mas deste desconhecido como tal ;
- a2) ou o omitido não era, ao tempo da prática da partilha em vida, presumido herdeiro legitimário do ascendente.

No primeiro caso, verificou-se uma omissão por ignorância e uma superveniência meramente subjectiva. O legitimário já existia ao tempo da prática do acto, só que o ascendente doador e compartilhante o ignorava, desconhecendo-o como pessoa (não sabia da sua existência) ou como legitimário (não sabia dessa sua qualidade).

No segundo caso, o omitido não tinha ainda nascido quando se efectuou a partilha em vida. A sua superveniência foi, portanto, objectiva, e, por isso, o doador, quando outorgou na partilha em vida, omitiu-o porque não era previsível no momento a superveniência que, afinal, se veio a concretizar.

Veremos o problema nas duas variantes consideradas.

8.7.4. O segundo tipo coloca-se num contexto diverso. O legitimário foi excluído mas podia ter sido incluído no acto e nele

ter outorgado. Se o não fez, ou foi porque não quiz ou porque os restantes compartilhantes ou o próprio doador o quiseram omitir.

Estes dois sub-tipos têm uma característica substantiva comum, embora haja traços que as diferencie.

O traço comum reside no facto de, em qualquer delas, o legitimário omitido não ter podido participar na negociação do esquema participacional de que resultou para os não donatários a obrigação de conferência e para os donatários a aquisição da propriedade de certos bens, ou seja, para todos os participantes, a antecipação da sucessão de que normalmente, só viriam a usufruir após a morte do ascendente.

Há, contudo, um traço distintivo entre ambas as sub-hipóteses e que reside no nexo de imputação da omissão. Efectivamente, na primeira sub-hipótese, o legitimário não participou porque não quiz, enquanto que na segunda não participou porque o não quiseram.

Desta dualidade de sub-hipóteses deveria, de um ponto de vista estritamente lógico, resultar uma dualidade de soluções jurídicas.

Sucede, porém, que a especial dificuldade existente na concretização do critério separador das duas sub-hipóteses consideradas, parece fazer inclinar para uma solução de índole uniformizadora, embora se entenda que o ponto está aberto à investigação.

8.7.5. Esta solução uniformizadora deve abranger igualmente os casos em que se não haja verificado uma verdadeira omissão do descendente mas, simplesmente, uma recusa de consentimento por parte deste.

De facto, de um ponto de vista prático é extremamente difícil distinguir os casos em que o filho tenha efectivamente participado na transacção do acto mas haja recusado consentir nos termos do acordo, daqueles casos em que o filho não participou nem consentiu por não querer nem uma coisa nem outra.

Também no contexto do Direito Francês esta solução uniformizadora foi explicitamente considerada, merecendo, contudo, diversas fundamentações jurídicas ⁽⁶⁾.

De facto, como notou Voirin, uma vez que a perfeição de um contrato exige o consentimento unânime dos sujeitos participantes e sucedendo que, no caso de recusa de aceitação por parte de algum dos descendentes esta unanimidade não se verifica, só uma hábil interpretação dos termos da lei poderia afastar a notória especificidade jurídica desta hipótese considerada, em relação à simples omissão, cuja irregularidade seria juridicamente diferenciada.

Ora essa interpretação pode assentar, mesmo à face do nosso Direito, nos seguintes pontos:

- a) também na hipótese de simples omissão se verifica, afinal, aquela falta de consentimento que, no caso de recusa de aceitação está acrescida apenas de uma especial intenção do descendente que no primeiro caso pode não ocorrer, mas que, de qualquer modo, é de prova difícil;
- b) além disso, tanto um caso como outro são caracterizados por uma unidade estrutural, que não será demais sublinhar. De facto, não é viável afirmar que, no caso da pura omissão, só a partilha está afectada, mantendo-se a validade das doações ínsitas ao acto particional, enquanto que, no caso de recusa do consentimento, são as próprias doações que vêm perigar a respectiva validade, por falta daquela aceitação que lhes é essencial, exceptuando, naturalmente, o caso das doações puras

⁽⁶⁾ Assim *Grenoble 19/3/1947*, Dalloz, 1947, J. 408; *Civ. 18/12/1850*, Dalloz, 1951, J. 37 com anotação de Lenoan e J.C.P. 1951.11.6056 com anotação de Savatier e J.C.P. 1957.11.8115 com anotação de P. Voirin. Quanto à doutrina, *inter alia*, Baudry—Lacantinerie et Colin, *Traité de Droit Civil*, n.º 3669; *Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil*, n.º 3357; Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, n.º 43.

(Código Civil, art.º 945.º-1 e art.º 951.º-2). É que, como explicou Savatier (º) um tal entendimento supõe a divisibilidade da partilha em dois actos distintos, nomeadamente num acto dispositivo (doação) e outro de natureza divisória (partilha), ponto que é criticável e, mesmo em sede positiva, ultrapassado, como o poderá documentar a reforma legislativa francesa de 1938. Teremos ocasião de detalhar este ponto naquela parte do nosso trabalho em que referimos a necessidade da partilha.

Consideremos, pois, unicamente, a questão de saber qual o regime jurídico a que estarão sujeitas as partilhas em vida nas quais se tenha verificado a omissão de quem, no momento da sua prática, era presumido herdeiro legitimário do ascendente doador.

8.8. No nosso entender, a solução mais plausível será, *prima facie*, a nulidade do acto. Militam em favor desta tese alguns argumentos de natureza estritamente jurídica, outros de natureza substancial, focando os interesses em causa. Começando pelos últimos, deve reparar-se que a omissão dos legitimários que o fossem no momento da prática do acto, e como tal fossem conhecidos, implica, quanto aos omitidos, a insusceptibilidade de participação na transacção particional realizada entre vivos, do que decorre, em última instância, a impossibilidade de os referidos sujeitos acautelarem devidamente os seus interesses. Ou seja, numa fórmula mais expressiva, os filhos participantes recebem a sua parte, enquanto que os omitidos ficam privados dos bens e, consequentemente, lesados. Trata-se, de um ponto de vista jurídico, da preterição de uma formalidade legalmente prescrita, já que a lei exige o acordo dos donatários e dos não donatários (art.º 2029.º-1, conjugado com o art.º 945.º); essa preterição é

(º) Nota a Civ. 23/2/1954, Dalloz, 1954 e J. 273.

sancionada com a nulidade do acto, que decorre igualmente do facto de se estar, nessas circunstâncias, a praticar um negócio jurídico *contra legem* (arts. 220.º e 294.º). Além disso, a partilha em vida, não é um acto unilateral, já que é a própria lei quem a qualifica como contrato (art.º 2029.º-1 do Código Civil). Sendo assim, a participação e o acordo dos presumidos herdeiros legítimos donatários é elemento essencial ao acto.

É certo que nada impede o disponente de efectuar uma simples doação entre vivos a um dos então presumidos herdeiros legítimos, para o que não necessita do consentimento dos restantes não contemplados no acto. Mas, outorgando num acto do tipo da partilha em vida, haverá não só que conseguir a participação destes, mas, inclusivamente, o seu consentimento, sem o que, como entendemos, o acto será impugnável.

8.8.1. Era solução deste tipo que vigorava no Direito Francês, anterior à reforma de 1938. Segundo o art.º 1078.º do Código Civil, se a partilha não fosse feita entre todos os filhos que existissem na época da morte e os descendentes dos então pré-falecidos, a partilha seria totalmente nula.

Esta solução jurídica, que certos Autores consideram como um caso de inexistência⁽¹⁰⁾ tinha, tal como no caso de superveniência, como suposto uma presunção segundo a qual, ao omitir um dos seus descendentes, o ascendente dispunha indubitavelmente em favor dos outros da parte que pertencia ao preterido⁽¹¹⁾.

8.8.2. Esta solução está, em alguns aspectos, próxima daquela que foi consagrada no Código Civil Italiano de 1865,

(10) Laurent, *Principes de Droit Civil*, c. 15, n.º 93 e segs.

(11) Veja-se Gentry, *Traité des partages d'ascendants*, 301; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, n.º 553; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, n.º 116; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. 6, n.º 167; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. 6, n.º 443; Baudry — Lacantinerie *ea Colin*, *Traité de Droit Civil*, n.º 3681; Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, n.º 72. Quanto à jurisprudência, Rouen 20/12/1873, Dalloz périodique, 77.5.318; Req. 5/1/1877, Dalloz périodique, 78.1.372; Lyon 6/3/1878, Dalloz périodique, 78.2.05.

onde vigorava um instituto de afinidades frisantes com a nossa partilha em vida.

Efectivamente, estabelecia o art.º 1047.º do referido Código Civil ser inteiramente nula a divisão na qual não fossem compreendidos todos os filhos que seriam chamados à sucessão e os descendentes dos filhos pré-falecidos. Neste caso, tanto os filhos ou descendentes que não tivessem participado, como os efectivamente compartilhantes, poderiam promover uma nova divisão.

Ou seja, na exposição de Degni ⁽¹²⁾, «a acção impugnada por preterição de um filho ou descendente era fundada [à luz do Código Civil de 1865] em duas razões: uma que é própria de toda a divisão hereditária, que não pode ser realizada sem a intervenção de todos os co-herdeiros, pois de outro modo esta será nula; a outra razão, própria do instituto da divisão de ascendente, a qual supõe que o ascendente tivesse querido prover à sorte de todos os filhos, distribuindo-lhes o seu património segundo os méritos e atitudes de cada qual, de tal modo que, sendo omitido um dos filhos, ou sendo deliberadamente descurado, ainda que existente, aquele pressuposto surge menos, pelo que a divisão deve decair» (...). «A divisão viciada pela preterição era inteiramente nula, o que significa que o acto não produzia efeito algum, não no que diz respeito à distribuição dos bens, mas também quanto à disposição. A sanção derivada da lei, podia ser, talvez, demasiado severa, mas não se poderia evitar já que era demasiado precisa e categórica».

Note-se que ⁽¹³⁾: «a preterição verificava-se também quando um filho ou ascendente não existia no momento em que o acto de divisão, mesmo entre vivos, foi praticado, sendo pois superveniente (...)».

Deve também referir-se que a acção de nulidade ⁽¹⁴⁾ surge aquando da abertura.

⁽¹²⁾ Degni, *Divisione di ascendente*, em *Nuovo Digesto Italiano*, p. 1187.

⁽¹³⁾ Degni, *ibidem*.

⁽¹⁴⁾ Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, p. 1344 — 1.ª coluna.

8.8.3. Também o Direito Argentino nos oferece uma solução deste tipo. Efectivamente, segundo o art.º 3528.º do Código Civil Argentino, se a partilha não for feita entre todos os filhos legítimos e naturais, que existam ao tempo da morte do ascendente, e entre os descendentes dos que tivessem falecido e entre o cônjuge sobrevivente — no caso especial de não haver sociedade conjugal nos termos previstos nou art.º 3527.º do Código Civil, será de nenhum efeito.

8.9. Este tipo de solução, que foi paradigmática em relação a ordenamentos jurídicos distintos, tal como se acaba de ilustrar, sofreu, contudo, críticas diversas que anteciparam uma diversa atitude da doutrina e da jurisprudência em relação a esta matéria.

O facto foi particularmente sensível no contexto do Direito Francês, onde em 1938, o princípio da nulidade do acto de partilha em vida praticado com omissão de um dos filhos foi revisto, abrindo-se uma excepção, para aqueles casos em que, no momento da abertura da sucessão, restassem na massa hereditária do *de cuius* bens suficientes para prover às quotas dos omitidos. Foi assim que o já referido art.º 1077.º do Código Civil passou a estabelecer que se a partilha não tivesse sido feita entre todos os filhos que existiam na época da morte do ascendente e os descendentes daqueles pré-falecidos, e se não existissem no momento da abertura da sucessão de bens não compreendidos na partilha e suficientes para constituir a parte dos herdeiros que não tivessem recebido o seu lote, a partilha seria totalmente nula. Poderia ser provocada uma nova, na forma legal, seja pelos filhos ou descendentes que não tenham recebido a sua parte, seja mesmo por aqueles entre quem a partilha haja sido feita.

A solução justificava-se, tanto mais que, como escreveu Boulanger ⁽¹⁵⁾ «a anulação por omissão de um filho encontra a sua justificação na necessidade de fornecer a um descendente a sua quota parte de reserva. Ora, todas as vezes que o filho

(15) Dalloz hebdomadaire, 1938, 42.

omitido encontrar nos bens hereditários com que reconstitua a sua parte, a nulidade perde a sua razão de ser».

Com a consagração desta regra jurídica, conseguiu o legislador francês — ainda que por via indirecta, o que é compreensível de um ponto de vista de política legislativa — a implementação de um sistema segundo o qual, era admissível num acto de partilha em vida, a omissão, mesmo intencional, de um descendente, caso em que o acto mantinha a sua validade, embora condicionalmente, sujeita à existência, no momento da abertura da sucessão do ascendente, de bens suficientes para prover ao preenchimento do quinhão do herdeiro preterido.

8.10. Uma ulterior evolução legislativa veio rectificar a verdadeira natureza da acção relevante para este caso, cuja natureza não era propriamente anulatória, mas revogatória, ou melhor, uma típica acção de redução. Assim, na sua mais recente redacção, o preceito legal pertinente para a matéria, o art.º 1077.º-1 estatui que o descendente que não tenha concorrido à doação-partilha ou que tenha recebido um lote inferior à sua parte de reserva, pode exercer uma acção de redução, se não existirem, no momento da abertura da sucessão, bens não compreendidos na partilha e suficientes para compor ou completar a sua reserva, tendo para isso em conta as liberdades de que ele pode beneficiar.

8.11. Cremos plausível e aceitável esta solução. Na sua adequação ao contexto do Direito Português há, contudo, algumas questões prévias a resolver.

8.11.1. Em primeiro lugar, temos o facto de durante a vida do ascendente, uma solução deste tipo não outorgar ao filho omitido os meios de tutela da sua situação. É certo que, até à morte do progenitor, o filho poderá receber deste, bens que, efectivamente, igualem os quinhões dos irmãos e assim, no momento da abertura da sucessão, poderá verificar-se aquela tendencial igualação de que falámos; só que, apesar de tudo e mau grado essa susceptibilidade de igualação, é possível que, sobretudo no caso

de o ascendente haver desbaratado o seu património, sendo velho, e não havendo obrigado os legitimários donatários ao pagamento, embora diferido, de tornas aos não donatários que não hajam sequer participado, este terão boas razões para solicitarem uma providência contra um acto particional que, é-lhes fácil antever, foi gizado para os prejudicar. Ora, numa solução como a que defendemos, essa providência é de indeferir.

8.11.2. Ao liquidar ainda em vida o destino do seu património, antecipando a partilha sucessória ordinária, que se realizaria *post mortem* e realizando uma distribuição de que resulta para os beneficiados a obrigação de pagamento dos quinhões dos não contemplados, o disponente tem, em regra, a intenção de se libertar, antes da morte, dos bens que explorou em vida, atribuindo-os aos que seriam futuros herdeiros. Na normalidade das circunstâncias, o disponente não terá querido omitir nenhum dos seus então presumidos herdeiros legitimários, antes pelo contrário, terá querido reuni-los a todos e partir os bens entre todos, dando a uns a sua propriedade, mediante doação e garantindo aos outros que não serão prejudicados com o acto, pois, os donatários lhes pagarão as partes respectivas dos bens doados. O disponente não terá tido a intenção de grangear novos bens, ainda em vida, nem de reservar uma parte como remanescente, para que, quando da sua morte, os que em vida nada tivessem recebido, pudessem ter então a sua parte. A intenção do ascendente disponente terá sido, bem pelo contrário, desobrigar-se das sucessões, obrigando, correspondentemente, os herdeiros a quem, entretanto, fez doação de parte ou de todo o seu património. Ora sendo assim, parecerá pouco plausível defender à face da lei uma solução que, só perante a morte do disponente, e perante o facto, então consumado, da inexistência de um remanescente bastante para satisfazer os herdeiros necessários não contemplados em vida, legitimaria uma acção para impugnar e atacar a repartição entre os herdeiros. Isso seria contrário ao espírito que preside ao acto de partilha em vida. Até porque, como é sabido, o regime comum aplicável às doações, mau grado o efeito retroactivo que implica a redução das próprias doações entre-vivos, na prática, não parece bastar.

É certo que a lei outorga outros meios pelos quais se poderão defender as legítimas dos herdeiros contra as liberalidades do *de cuius*. Haja em vista a hipótese de recurso à acção de inabilitação por prodigalidade, nos termos dos arts. 152 e segs. do Código Civil. Mas, sucede que a referida providência só poderá proteger inteiramente os legitimários contra o comportamento futuro do disponente, não contra aquilo que possam ter sido os actos de prodigalidade do mesmo. Além disso, a sua aplicabilidade depende de pressupostos restritos que podem não se verificar no caso concreto. Quanto a estes casos, só a redução por inoficiosidade pode funcionar.

8.11.3. Além disto, este tipo de considerações tem uma outra faceta: é que, o facultar-se aos filhos omitidos o recurso à acção apenas após a abertura da sucessão, arrasta consigo o inconveniente de onerar a partilha entre vivos com o gravame da incerteza, que só após a morte do progenitor se virá a deslindar. Ora foi exactamente para iludir esta dificuldade que a prática jurídica francesa e, nomeadamente a notarial, tiveram que elaborar o *sistema do duplo acto* como teremos ocasião de detalhar *infra* quando estudarmos o problema da necessidade da partilha. Através deste sistema ⁽¹⁶⁾ «o ascendente faz doações aos seus filhos para que gozem indivisamente os seus bens, após o que os descendentes procedem eles próprios à partilha na presença e sobre o controle do doador».

8.12. Mau grado estas dificuldades, é de crer, contudo, que de um ponto de vista de política legislativa, o instituto da partilha em vida careça de ser salvaguardado quanto à sua exequibilidade prática, em termos de poder ser, de um ponto de vista dos particulares interessados, um instrumento seguro quanto à regulamentação dos respectivos interesses; é aceitável que a melhor defesa dessa exequibilidade prática seja o deixar-se ao pai de família a possibilidade de prover, em vida, a uma atri-

(16) Beudant, *Ob. cit.*, VII, 260.

buição determinada do seu património, ou de parte dele, admitindo, cumulativamente, a eventualidade de restarem no seu espólio — inclusive por aquisição posterior — bens suficientes para prover aos herdeiros não contemplados no acto particional entre vivos.

8.13. Note-se, aliás, que de um ponto de vista prático, é possível a um ascendente providente garantir antes da sua morte o quinhão hereditário dos omitidos, salvaguardando pois a validade e a estabilidade da partilha. Essa garantia pode concretizar-se por diversas formas jurídicas, seja através da menção, em testamento separado, dos bens que integrarão a referida quota hereditária, ou mediante reserva de parte do património que, no momento da abertura da sucessão, ficará — por força das regras de devolução sucessória — a pertencer ao omitido. Curioso é também o expediente segundo o qual, mediante acordo privado não formalizado no acto de partilha em vida, o filho não outorga o seu consentimento neste acto, sendo-lhe, contudo, atribuídos certos bens, que preenchem inteiramente a sua quota parte, acontecendo que, só ulteriormente este filho «omitido» vem prestar o seu consentimento. Este é um sistema de aceitação posterior.

8.14. A acção de redução só terá lugar no caso de o filho não ter recebido, no momento da morte do pai, ou seja da abertura da sucessão, bens suficientes para integrarem a sua quota legítima, levando-se em conta as liberalidades entretanto recebidas.

Assim, falecido o ascendente, haverá lugar a cômputo (imputação) para se determinar se houve ou não violação das legítimas de alguns dos legitimários. Neste cômputo serão incluídos, tal como preceitua o art.º 2162.º do Código Civil, os valores dos bens existentes no património do *de cuius*, à data da sua morte, o valor dos bens doados, as despesas sujeitas a colação e as dívidas da herança. Os bens que hajam sido objecto de partilha em vida serão integrados no valor dos bens doados. Se deste cômputo resultar que o filho omitido não recebeu a respectiva legítima, haverá lugar à acção de redução por inoficiosidade, nos termos gerais; se diversamente, se verificar que o descen-

dente, embora omitido, tiver sido contemplado em vida do seu ascendente, com liberalidades que hajam integrado plenamente a sua quota legitimária, a acção de redução não terá cabimento; diga-se da partilha em vida, e não tendo recebido, em vida do *de cuius*, da partilha e mvida, e não tendo recebido, em vida do *de cuius*, bens suficientes para completarem a sua legítima, ou venha, afinal, a encontrar no espólio do falecido ascendente, esses bens que satisfaçam a sua quota parte.

8.15. Note-se, por outro lado, que o mecanismo facultativo das colações poderá obstar a alguns resultados mais gravosos da omissão. O legitimário poderá ter sido realmente omitido do acto particional, não ter sido realmente contemplado em vida do ascendente com liberalidades que integrem a sua quota necessária, não encontrar no espólio do falecido bens que a integrem e, no então, pode acontecer que os legitimários compartilhantes aquando da abertura da sucessão, pretendendo entrar na sucessão do seu ascendente, aceitando-a, procedam ao pagamento das tornas que reponham a legítima do omitido, providenciando, ao menos tendencialmente, em favor da sua igualação. Este problema será ulteriormente reconsiderado, quando estudarmos o problema da necessidade da legítima ser respeitada no acto da partilha em vida.

8.16. Uma solução como a descrita parece ser a mais consentânea com o espírito do acto de partilha em vida. A omissão de um descendente não é sancionada com a nulidade, porquanto pode ter sido intenção do ascendente garantir a quota do filho omitido mau grado essa omissão. Neste caso ⁽¹⁷⁾ o legislador evitou negar em bloco a obra do ascendente, ainda que para isso tivesse que se socorrer de um expediente técnico engenhoso: alterar, *fictione iuris*, a qualificação do acto, supondo que onde antes se verificava uma doação-partilha se passara a verificar uma série de doações justapostas, colacionáveis no momento da abertura da sucessão.

(17) Boulanger, *Dalloz hebdomadaire*, 1938, 44.

Verifica-se, pois, uma economia jurídica relevante e justificável, uma conversão do acto, nos termos do art.º 293.º do Código Civil, desde que o acto reúna os requisitos do art.º 944.º do mesmo Código e possa ser considerado como uma série de doações conjuntas.

8.17. Poderá o ascendente, mediante o recurso a uma cláusula obrigacional de finalidade análoga à da cláusula penal, evitar que a partilha em vida, que haja sido realizada com omissão de um filho, seja posteriormente atacada por essa omissão?

O problema, que no contexto do Direito Francês é referido sob a epígrafe de cláusula de «porte-fort», será referido *infra* na parte referente à admissibilidade da cláusula penal.

8.18. Admitir-se-á a aceitação posterior, na qual os legítimos que hajam ficado afastados do acto particional venham, embora tardiamente, outorgar o seu consentimento ao acordo?

Nada parece impedi-lo, desde que, contudo, se verifiquem cumulativamente ⁽¹⁸⁾ os seguintes requisitos:

- a) o doador ser ainda vivo;
- b) o acto não ter sido revogado;
- c) a aceitação seguir as mesmas regras formais exigidas para o acto da partilha em vida, nomeadamente a escritura pública.

A aceitação posterior convalida o acto que havia sido concluído com omissão de um descendente. A vantagem deste expediente pode ser ⁽¹⁹⁾ a manutenção do assim omitido num estado de «oportuna» insolvabilidade.

(*Continua*)

⁽¹⁸⁾ Tedeschi, *La divisione d'ascendente*, 173.

⁽¹⁹⁾ Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, nota 40 - 2.