

A PARTILHA EM VIDA NO CÓDIGO CIVIL \*

*Pelo Dr. José António Barreiros*

9. HAVENDO INCAPAZES ENTRE  
OS COMPARTILHANTES

9.1. Enunciado da questão: requisitos de capacidades e obrigatoriedade de partilha judicial, havendo incapazes.

9.2. Distinção entre o estatuto dos donatários e dos credores das tornas.

9.3. Obrigatoriedade de a partilha se efectuar por forma judicial, participando incapazes.

9.3.1. A solução do Direito Francês: as divergências doutrinárias e o problema da salvaguarda dos interesses dos incapazes.

9.3.2. A solução do Direito Brasileiro: querela doutrinária.

9.3.3. A solução do nosso Direito.

9.3.3.1. A tese da inadmissibilidade da colação entre vivos havendo donatários menores.

9.3.3.2. O problema à face do Direito em vigor.

9.1. Vimos atrás que são de exigir requisitos de capacidade para que o ascendente possa outorgar num acto de partilha em vida.

---

\* *Continuação do número anterior.*

Interessa-nos agora considerar esses mesmos requisitos de capacidade mas enquanto referentes à pessoa dos descendentes. Mercer-nos-ão sucessivamente a atenção dois pontos distintos:

- a) saber quais os requisitos de capacidade exigidos para os descendentes outorgantes;
- b) apurar se, no caso de participarem incapazes no acto, a partilha em vida deverá realizar-se, necessariamente, por forma judicial.

9.2. A determinação dos requisitos de capacidade exigidos aos descendentes participantes no acto da partilha em vida supõe, segundo cremos, uma prévia distinção entre os descendentes que no acto outorguem a título de donatários, daqueles outros que, diversamente, outorguem como credores das tornas.

No caso dos descendentes donatários, cremos que em matéria de requisitos de capacidade se deverão aplicar-lhe aqueles que a lei prevê para as hipóteses de doação, seja pois, no artigo 950.º que, quanto à capacidade passiva, estabelece poderem receber doações todos os que não estão especialmente inibidos de as aceitar por disposição da lei, sendo a capacidade do donatário fixada no momento da aceitação (1).

No que se refere aos não donatários, resta aplicar-lhes os princípios comuns definidos em geral no artigo 67.º do Código Civil e regulamentados em outros preceitos do mesmo diploma, nomeadamente no referente a menores, interditos e inabilitados, tal como é consabido da teoria geral do negócio jurídico, pelo que será redundante reafirmá-lo aqui.

9.3. Vejamos agora o segundo dos problemas focados que consiste em saber se no caso de participarem incapazes no acto de partilha em vida, esta se deverá realizar necessariamente por forma judicial.

(1) Para maiores desenvolvimentos, veja-se Baptista Lopes, *Das Doações*, p. 62.

Adiante neste trabalho consideraremos, a nível teórico, o problema das relações entre a partilha em vida e outras formas de partilha sucessória. Por ora, tomaremos de parte desse problema uma sua faceta prática, seja o saber se a partilha em vida deverá revestir forma judicial naqueles casos em que se estivessemos perante partilha sucessória ordinária essa forma seria obrigatória.

Efectivamente, a lei prevendo que a partilha ordinária se faça extra-judicialmente, admite que se utilize a forma judicial a requerimento do interessado. Em certos casos, porém essa forma judicial é imperativa. Assim, havendo aceitação beneficiária de herança (artigo 2153.º) ou quando algum dos herdeiros não possa outorgar em partilha judicial por motivo de ausência ou incapacidade (artigo 2102.º-2), há lugar a inventário judicial obrigatório. A aceitação beneficiária de herança verifica-se necessariamente quando a herança for deferida a menor, interdito, inabilitado ou pessoa colectiva (artigo 2053.º-1).

Deste conceito surge o problema: no que se refere à partilha em vida, em que algum ou alguns dos legitimários com-partilhantes seja incapaz, ou esteja num daqueles casos em que se verifique a obrigatoriedade de aceitação beneficiária, poderá o acto ser outorgado extra-judicialmente ou a lei imporá a sua realização por via judicial em vida do ascendente?

Cabe-nos, pois, em sequência, a análise desses dois problemas.

9.3.1. A questão colocou-se explicitamente no âmbito do Direito Francês, dividindo a doutrina e a jurisprudência.

Segundo certa corrente de opinião, no caso de doação-partilha feita pelo pai em favor de todos os filhos, alguns dos quais menores, haveria lugar a partilha judicial, por aplicação do artigo 466.º do Código Civil francês.

Diversamente entendeu a *Cour de Cassation* ao sentenciar que a partilha devia ser feita pela forma prevista no artigo 1075.º [forma ordinária de partilha de ascendente] e não segundo a forma regulada pelo citado artigo 466.º

Este ponto de vista supõe outro problema: o de saber como deverão ser acautelados os interesses dos menores ou incapazes compartilhantes. Quanto a esta questão colocam-se duas alternativas:

- a) ou admitir legitimidade para aceitação, à pessoa dos pais, que assim outorgariam no acto particional numa dupla qualidade de doador e donatário ou,
- b) impor a nomeação de um curador *ad hoc* que assistiria no caso de filho menor, tutelando os seus interesses na transacção do acto.

No que respeita à partilha outorgada em conjunto pelos pais, tem sido definida uma construção curiosa: havendo menores (ou, em geral, incapazes) o pai aceitaria a doação feita pela mãe, enquanto que a mãe aceitaria a doação feita pelo pai (<sup>2</sup>).

9.3.2. Igualmente no Direito Brasileiro projectou-se o problema, onde os Autores não acordam ainda quanto a esta matéria. Assim, segundo o parecer de Alfredo Bernardes da Silva à face do Código Civil Brasileiro, no caso de a partilha em vida feita em favor de algum ou alguns menores ou incapazes não pode haver lugar a escritura pública, mas sim a partilha judicial, por imposição do artigo 1774.º do referido Código onde se estatui que será sempre judicial a partilha se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for menor ou incapaz. Ora, segundo Bernardes da Silva «o termo herdeiros, empregado no citado artigo 1774.º não compreende somente os interessados, que concorrem à partilha de bens de uma sucessão aberta, mas também abrange a partilha em vida feita pelo pai, cujos interessados são exclusivamente os seus descendentes,

---

(<sup>2</sup>) Assim, Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 577, texto e nota 8, citando Grénier, Duranton, Genty, Demolombe, Réquier e alguma jurisprudência.

herdeiros necessários, que nessa qualidade, recebem o que lhes caberia na sucessão paterna, em virtude do falecimento do *de cuius* doador, exactamente que para evitar dificuldades e disputas futuras, destartes, antecipa a partilha dos bens do acervo conjugal».

Para o mesmo Autor citado, no caso de doação conjunta feita por ambos os pais a filho menor haverá à nomeação de curador especial. nos termos do artigo 384.º-V do Código Civil Brasileiro.

Este ponto de vista tem tido o apoio de João Luiz Alves e de Clóvis Belivaqua.

Diversa é a posição de Itabaiana de Oliveira <sup>(3)</sup>, Tolentino Gonzaga, Estevão de Almeida e do Acórdão da Corte de Apelação de Minas Gerais de 14-2-1917. Segundo estas fontes, os filhos menores ou interditos podem aceitar, na partilha em vida, mediante a assistência de um curador nomeado pelo Tribunal que, conjuntamente com o curador geral dos órfãos fiscalizara o acto de partilha, constante de escritura pública, cabendo àqueles curadores a representação ou assistência do menor ou incapaz.

9.3.3. Situemos os dois problemas enunciados, no campo do nosso Direito Civil.

9.3.3.1. Quanto ao primeiro, no domínio do Código de Seabra, perante o normativo do § 6.º do artigo 2107.º a Revista de Notariado e Registo Predial <sup>(4)</sup> defendeu a não admissibilidade do acordo previsto no referido preceito legal, havendo herdeiros ou donatários menores que, não obstante, podiam receber simples doações puras, nos termos do artigo 1478.º do Código Civil de 1867.

No mesmo sentido haviam opinado o Despacho Ministerial de 23-7-1942 e o Acórdão da Rel. do Porto, de 2-12-1943.

---

<sup>(3)</sup> Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, III, p. 902.

<sup>(4)</sup> *Revista de Notariado e Registo Predial*, XXI, p. 69.

9.3.3.2. cremos que, à face do Direito actualmente vigente, a solução descrita não será de aplaudir. É que nada nos parece impedir o menor, desde que devidamente representado, de outorgar num acto do tipo partilha em vida. Essa necessidade de representação foi focado por Gomes da Silva na Comissão Revisora (\*) quando « lembrou que devia prever-se a hipótese algum ou alguns dos herdeiros legitimários ser menor, regulando a sua representação, de molde a que não seja prejudicado ».

Respondendo, Galvão Telles afirmou (°) que tal assunto devia ser tratado nas disposições gerais sobre a incapacidade.

Ora nesta sede geral, deve notar-se que, salvo disposição legal em contrário, os menores carecem de capacidade jurídica para o exercício de direitos (artigos 123.º do Código Civil), sendo o poder paternal e subsidiariamente a tutela meios de suprimento dessa incapacidade (artigo 124.º, remetendo para os artigos 1879.º e segs. e 1912.º e segs.; ver também o preceito aplicáveis à administração de bens — artigos 1922.º, 1924.º-2, 1963 e segs.).

Perante estes princípios, defendemos que a participação de um menor num acto de partilha em vida estará dependente da sua adequada e válida representação que, neste caso, será deferida, antes de mais, ao meio normal de suprimento que é o poder paternal.

Ou seja: uma vez que cabe aos pais representar os filhos (artigo 1879.º-2), sendo que essa representação é da competência especial do pai (artigo 1881.º-1, alínea *d*) do Código Civil), e sucedendo que o poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais (artigo 1885.º-1), cremos que, assim sendo, pode o filho

(\*) *Trabalhos Preparatórios*, p. 170.

(°) *Ibidem*, p. 173.

menor outorgar num acto de partilha em vida desde que representado por seu pai.

Chocar, contudo, que o ascendente outorgue no acto numa dupla qualidade de doador e de donatário, *rectius* de representante do donatário. Esta circunstância não demoveu, como se viu, a jurisprudência francesa que foi com base nela que construiu a admissibilidade da partilha conjuntamente feita por ambos os pais em favor dos filhos menores. O mesmo parece dever valer à face do nosso Direito.

Note-se que, em certos casos, será exigível a autorização do Tribunal de Menores. Assim, nos termos das alíneas citadas do artigo 1887.º do Código Civil, essa autorização será necessária quando a doação em favor dos filhos implicar para estes encargos, como sejam o pagamento de tornas aos restantes compartilhantes (alínea e)), ou quando do acto decorrem obrigações cujo cumprimento deva verificar-se depois da maioridade.

Deve incidentalmente, referir-se que da alínea f) do falado artigo 1887.º do Código Civil não pode inferir-se a obrigatoriedade genérica de autorização judicial para todos os casos de partilha em vida. De facto, nos termos da falada alínea, o pai não pode, sem a autorização do Tribunal de Menores, convencionar a divisão de coisa comum. Sucede, porém, que o acto de partilha em vida não é um acto de divisão de coisa comum por isso que não supõe uma prévia compropriedade, tal como se disse ao focar as relações entre o acto e as partilhas *stricto sensu*.

Num plano próximo da política legislativa, cremos que a solução que defendemos terá:

- a) mais vantagens do que aquela outra que defendesse a obrigatoriedade de partilha judicial, porquanto as demoras e inconvenientes inerentes a esta última são conhecidas;
- b) menos inconvenientes do que uma tese que defendesse a necessidade de curador *ad hoc*, já que o prudente arbítrio do pai parece bastar para prover pelo respeito dos interesses dos filhos menores.

Além disso, deve notar-se que não pode sem mais extrapolar-se do preceituado legislativo congeminado no contexto das partilhas sucessórias ordinárias para o caso das partilhas em vida. Até porque, estas últimas, supõem necessariamente o facto de estar vivo o *de cuius* que, mediante transacção com os respectivos descendentes melhor poderá proceder à atribuição e divisão patrimonial do que o faria o tribunal inventariante.

## 10. BENS QUE PODEM SER OBJECTO DA PARTILHA EM VIDA

- 10.1. Admissibilidade de partilha parcial.
- 10.2. A partilha em vida é restrita aos bens disponíveis.
- 10.2.1. Admissibilidade de integrar bens alheios.
- 10.2.2. Bens futuros.
- 10.3. Partilha conjuntiva e cumulativa.
- 10.3.1. Partilha conjuntiva da comunhão.
- 10.3.2. Partilha conjuntiva de bens próprios.
- 10.3.3. Partilha cumulativa de bens próprios.
- 10.3.4. Partilha cumulativa de bens comuns.
- 10.3.5. Inclusão de bens dotais.
- 10.4. Inclusão de bens do cônjuge pré-falecido.
- 10.5. Bens pré-doados aos descendentes.

10.1. O ascendente tanto pode englobar na partilha em vida a totalidade dos bens que constituem o seu património, como parte desses bens, conservando o resto na sua propriedade.

O nosso actual Direito admite, portanto, uma partilha em vida meramente parcial em relação aos bens do ascendente, conforme estabelece o artigo 2029.º-1 do Código Civil, ao falar de doação «de todos os bens ou de parte deles».

Igual princípio é admitido no moderno Direito Francês. Efectivamente, se no Antigo Direito Costumeiro de França a partilha tinha que ser sempre total <sup>(1)</sup>, já no domínio do Código

---

<sup>(1)</sup> Veja-se, em referência, Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*, V, p. 886 e nota 4.

Civil (2) e nomeadamente do artigo 1076.º — na redacção que lhe foi dada pela lei de 7-2-1938 — era admissível a tese da consagração legal da figura da partilha de ascendente meramente parcial; o mesmo se pode dizer, já no contexto do artigo 1075.º-3, na recente redacção que lhe foi dada pela lei n.º 71-523 de 3-7-1971.

Também Roca Sastre (3), no âmbito do Direito Espanhol, e apoiando-se na já citada sentença de 6-3-1945 escreve não ser nula a partilha pelo facto de nela se não terem incluído os bens do ascendente.

No caso de o ascendente falecer deixando no seu espólio bens que não incluiu na partilha, onde procedeu a uma divisão meramente parcial, estes serão distribuídos de acordo com uma partilha ordinária. E, aliás, o que a lei determina para o caso das partilhas ordinárias, realizadas posteriormente à abertura da sucessão. Estabelece, efectivamente, a este respeito o artigo 2122.º do Código Civil que a omissão de bens da herança não determina a nulidade da partilha, mas apenas a partilha adicional dos bens omitidos.

A admissibilidade de uma partilha em vida meramente parcial é, à face do nosso Direito, uma inovação do Código Civil de 1966. Era efectivamente diverso o entendimento jurisprudencial.

10.2. Só podem ser englobadas na partilha em vida aqueles bens que sejam propriedade exclusiva do ascendente de que este possa, portanto, dispor livremente.

Este princípio implica um conjunto de consequências distintas.

10.2.1. Por um lado impõe que, no caso de o ascendente haver incluído bens alheios na partilha entre vivos o acto seja nulo, nulidade que, atacando primacialmente o acto entre vivos

---

(2) Veja-se Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 594.

(3) Roca Sastre, *Partición de herencia pacto inter vivos*, in *Estudios de Derecho Privado*, II, p. 380.

na sua faceta dispositiva se propaga, no que respeita aos efeitos ao acto particional que naquela disposição se apoia. Esta solução é análoga àquela que está definida para o caso das partilhas ordinárias pelo artigo 2123.º-1 do Código Civil onde se estabeleceu que «se tiver recaído sobre bens não pertencentes à herança, a partilha é nula nessa parte, sendo-lhe aplicável com as necessárias adaptações e sem prejuízo do disposto no número seguinte [indenização ao co-herdeiro a quem haja sido atribuídos os bens alheios] o preceituado acerca da venda de bens alheios». Ou seja, quanto à partilha sucessória ordinária, a lei define-lhe um estatuto que, no caso de a divisão haver englobado bens alheios, é *mutatis mutandis*, o estatuto definido nos artigos 892.º e segs. do Código Civil quanto à venda de bens alheios como próprios (artigo 904.º). Quanto à partilha em vida — que englobe bens alheios — a solução é a mesma, por força do disposto no artigo 956.º do Código Civil, referente às doações.

10.2.2. A partilha em vida não pode englobar bens que sejam futuros em relação ao ascendente.

No entanto, se atendermos aos interesses em causa, parecerá que devia ser diversa a solução legal. É que a partilha em vida, como antecipação actual da partilha ordinária, visa prevenir futuros litígios quanto à divisão da massa hereditária do ascendente; sendo assim, o património é dividido antes do tempo normal, para evitar problemas que surgiram aquando do momento normal da partilha. Sucede, porém, que o património de uma pessoa deve ser encarado como uma realidade dinâmica, sucessivamente enriquecida ou empobrecida com novos elementos, débitos ou créditos. Sendo assim, sucede que a antecipação da partilha não evita que, em momento posterior, nomeadamente quando da morte do ascendente, se venha de novo a colocar a questão da partilha dos bens que não foram divididos em vida, pela única razão de que não o poderiam ter sido. Por estas razões, é natural que surja o problema de saber da viabilidade legal de proceder, quando da antecipação da partilha, realizada em vida do ascendente, à divisão de bens futuros que

entretanto integrem o património do ascendente. Numa palavra, será possível à face da lei, proceder a uma divisão total do património presente e futuro do ascendente, será legal decidir definitivamente a questão sucessória no acto da partilha em vida?

Efectivamente a lei não o permite, ao não aceitar a partilha de bens futuros. Quanto aos bens que, supervenientemente, acresçam ao património do ascendente, serão objecto de partilha sucessória ordinária, podendo, tal como se dirá oportunamente, contemplar aqueles dos filhos cujas quotas hajam ficado desfalcadas com o acto particional entre vivos.

Esta regra jurídica pode ser construída a partir do estatuto legal aplicável às doações. Quanto aos actos deste tipo, estatui a lei a sua invalidade, no caso de terem por objecto bens futuros. Ou seja, segundo o artigo 924.º-1 «a doação não pode abranger bens futuros». No caso de violação deste preceito, o negócio será nulo, por força das disposições combinadas dos artigos 280.º e 294.º

Note-se que, como considera Borsari <sup>(4)</sup>, a solução a que se chegue no domínio das simples doações não pode, sem mais, ser aplicável ao caso da partilha em vida. É que, o que há de característico na partilha em vida é a existência de uma divisão. Daí que não possa ter aplicação quanto à partilha em vida que tome como objecto bens presentes e futuros a regra da não viciação do útil pelo inútil <sup>(5)</sup> que é característica das doações nessas circunstâncias e para as quais vale o benefício da redução previsto no artigo 292.º do Código Civil. Por isso que na divisão ínsita à partilha em vida se efectua uma distribuição de bens, não é viável o aproveitamento parcial do acto naquela parte que se refira aos bens presentes.

Por isso, cremos defensável que a partilha em vida que englobe bens presentes e bens futuros é absolutamente nula.

---

<sup>(4)</sup> Luigi Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, III, p. 1341.

<sup>(5)</sup> Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, III, p. 83.

Esta solução é também defendida no contexto do Direito Francês (6). Outros admitem, contudo, que no caso de as disposições relativas aos bens presentes formarem um todo distinto das relativas aos bens futuros, a solução deverá ser diferente, sendo a nulidade restringida à parte dispositiva referente aos bens não presentes (7).

A regra proibitiva de a partilha em vida englobar bens futuros tem, por outro lado, sido desenvolvida pela doutrina a partir do princípio geral proibitivo dos pactos sucessórios. De facto, a excepcional permissividade da partilha entre vivos tem sido apresentada pela doutrina e jurisprudência, como uma derrogação à regra da não autorização dos contratos sucessórios, derrogação essa que não veria verificados os seus pressupostos no caso de a partilha abranger não só os bens presentes, mas, inclusivamente, os bens futuro do ascendente. Também entre nós, a doutrina e a jurisprudência sancionaram este entendimento, tal como se viu na parte deste trabalho dedicada ao estudo das relações entre a figura em análise e os pactos sucessórios. São a este respeito bem elucidativas as considerações desenvolvidas pela Revista de Legislação e Jurisprudência (8), em crítica ao Ac. do S. T. J., de 15-1-1929, bem como as do Ac. da Relação do Porto, de 20-7-1956, considerações referidas na falada parte deste texto, dedicada aos pactos sucessórios. Igualmente no seio da Comissão Revisora este problema foi explicitamente considerado, tendo Galvão Telles (9), referindo especificamente as interrelações entre esta figura e a instituição contratual de herdeiro, afirmado que «a instituição contratual tem o inconveniente de o *de cuius* poder dispor dos bens de que

---

(6) Assim Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 132; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, I, n.º 225 e 226.

(7) Veja-se Aubry e Rau *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 593; Réquier, *Traité Théorique et Pratique des Partages d'Ascendants*, n.º 125; Laurent, *Principes de Droit Civil*, n.º 37; Huc, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, n.º 437; Baudry-Lacantinerie e Colin, *Des Donations entre vifs et des testaments*, n.º 3578-3580.

(8) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 61, p. 363.

(9) *Trabalhos Preparatórios*, p. 173.

ainda não é titular, ao passo que a liberalidade aqui regulada reduz-se só a bens presentes, mesmo que revista o carácter de doação universal».

A partilha em vida apenas pode englobar, portanto bens presentes. É o que estabelece o Direito Estrangeiro. Assim se passa no Direito Francês, à face do artigo 1076.º do Código Civil que enuncia um preceito que provém do artigo 1075.º-3 do mesmo diploma, na redacção que lhe fora dada pela reforma de 1938 <sup>(10)</sup>. Também o Código Civil Italiano de 1865 enunciava preceito idêntico no seu artigo 1045.º-2 <sup>(11)</sup>. Do mesmo modo estabelecem os artigos 3158.º do Código Civil Argentino e 1127.º-2 do Código Civil Venezuelano e tem defendido a doutrina brasileira, v. g. Carvalho Santos <sup>(12)</sup> e Itabaiana de Oliveira <sup>(13)</sup>.

Valem igualmente para o caso da partilha em vida as excepções legalmente definidas quanto à regra proibitiva das doações sobre bens futuros, excepções essas que vêm a integrar-se na regra permissiva de âmbito geral, enunciada no artigo 399.º do Código Civil, onde se estabelece que «é admitida a prestação de coisa futura sempre que a lei não a proíba». Um primeiro caso de excepção, estabelecido na esteira do Direito Italiano, está definido no artigo 942.º-2, donde resulta que «incidindo, porém, a doação sobre uma universalidade de facto que continue no uso e fruição do doador, consideram-se doadas, salvo declaração em contrário, as coisas singulares que venham de futuro a integrar a universalidade».

O conceito de bens futuros válido para esta matéria será,

---

<sup>(10)</sup> Veja-se sobre este preceito, *inter alia*, Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, IV, n.º 2303; Planiol-Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, V, p. 884; Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 593; Baudry-Lacantinerie, *Des donations entre vifs et des testaments*, III, n.º 1318; Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, VII, p. 247.

<sup>(11)</sup> Veja-se sobre tal preceito, entre outros, Ricci, *Corso teorico-pratico del Diritto Civile*, IV, p. 202.

<sup>(12)</sup> Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XXIV, p. 396.

<sup>(13)</sup> Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, III, p. 902.

sem necessidade de qualquer reajustamento específico, aquele aplicável às doações e que a doutrina <sup>(14)</sup> elaborou à face do artigo 211.º do Código Civil que, como salientaram certos Autores, enferma da confusão entre os conceitos de coisas futuras e de coisas não próprias, sendo que, afinal, os bens deste último tipo encontram na lei — em relação aos negócios jurídicos dispositivos — um regime jurídico especial. Assim, entendendo restritamente como futuras as possibilidades ou esperanças do sujeito de que certas coisas venham a existir (Oliveira Ascensão), podemos, interpretando ambivalentemente o citado preceito legal, considerar nele abrangidos tanto as coisas que ainda não existam (coisas futuras em sentido vulgar) como as que sejam alheias face ao disponente (Baptista Bastos), subdistinguindo os bens absolutamente futuros, que não estão em poder do disponente, dos bens relativamente futuros, aos quais o disponente não tem direito ao tempo da declaração negocial (Castro Mendes). Ou seja, ao considerarmos que a partilha em vida não pode englobar bens futuros, temos em vista a partilha de bens não existentes no momento da prática do acto bem como os bens alheios (artigo 956.º), seja pois daqueles que não estão na disponibilidade do ascendente ou a que este não tem direito.

10.3. Admitir-se-á que o ascendente efectue uma partilha de bens que sejam comuns a seu cônjuge?

Esta questão levar-nos-á ao problema, algo complexo, da partilha comum realizada mediante acto entre vivos.

Na análise desta questão deverão ser esboçadas algumas distinções prévias. Assim, cabe separar, de um ponto de vista subjectivo:

- a) a partilha em vida conjuntiva, acto outorgado por ambos os cônjuges em regime de comparticipação;
- b) partilha em vida *cumulativa*, outorgada por um único cônjuge.

---

(14) Entre outros, por último, Baptista Lopes, *Das Doações*, p. 23.

Numa perspectiva objectiva, outra distinção deverá estar presente, na qual se radica uma nítida interrelação entre o estatuto matrimonial e o estatuto típico da partilha em vida. Assim, devemos separar as partilhas em vida, conforme tenham por objecto:

- b) bens próprios de cada um dos cônjuges;
- b) bens comuns dos cônjuges;
- c) bens sob regime dotal.

O interjogo destas duas classificações, cujos critérios são, como foi dito, bem diversos, permitir-nos-á abordar mais amplamente a matéria em estudo. Assim, deve notar-se que, ao menos de um ponto de vista lógico, é questionável a legalidade de uma partilha em vida de bens próprios ou comuns dos cônjuges; o mesmo se diga no que refere à partilha conjuntiva, que tanto pode ter como objecto bens integrados na comunhão conjugal como bens simplesmente próprios de cada um dos cônjuges.

Vejamos, portanto, sucessivamente, cada um dos conjuntos alcançados pela interrelação de ambas as referidas classificações.

10.3.1. Nada parece opôr-se à realização de uma partilha em vida conjuntiva quanto a bens integrados na comunhão conjugal, uma vez que a comparticipação de ambos os cônjuges preenche os requisitos de consentimento exigidos pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 1682.º do Código Civil, valendo quanto aos bens comuns que não integrem a *fattispecie* do referido preceito, a regra da livre alienabilidade (artigo 1682.º-1). (Note-se que o estatuto jurídico previsto no artigo 1685.º é manifestamente inaplicável à hipótese em apreço, porquanto contempla disposições *mortis causa*, em sentido técnico).

Esta permissividade é hoje admitida no Direito Francês, onde a jurisprudência, contudo, se mostrou renitente quanto à sua consagração <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Veja-se Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, p. 269; Linossier, *Le partage des successions confondues*, p. 148.

A face do nosso Direito, a solução a dar ao caso dependerá da interpretação que se elabore quanto aos artigos 1714.º e 1730.º2 do Código Civil. Segundo o artigo 1730.º-2, aplicável tanto à comunhão de adquiridos, como, *ex vi* do artigo 1734.º, à comunhão geral de bens, «a regra de metade não impede que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiros doações ou deixar por conta da sua meação nos bens comuns, nos termos prescritos por lei».

A admissibilidade deste tipo de actuação não faz obstáculo o estabelecido no artigo 1714.º-1 do Código Civil, de onde resulta que, «fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento (...) os regimes de bens legalmente fixados». Efectivamente, o caso de partilha conjuntiva realizada por ambos os ascendentes e abrangendo os bens comuns não está abrangido nas hipóteses previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1714.º, e sendo que a enumeração das várias alíneas do artigo 1715.º não é taxativa, mais sucede que a prática do acto em nada afasta o regime de bens.

De facto, a partilha em vida de bens comuns dos cônjuges, parece-nos só ser realizável por via de uma divisão conjuntiva, outorgada por ambos os cônjuges. Entendimento diverso, nomeadamente a defesa da admissibilidade de uma partilha *cumulativa* da comunhão conjugal, implicaria a prática de um acto divisório relativo a quotas que, antes da dissolução da comunhão, não se poderiam apurar concretamente.

No contexto do Direito Brasileiro, é da mesma opinião Itabaiiana de Oliveira (16), ao escrever que «quando se trata de *bens comuns* do casal, se torna, praticamente, difícil a partilha por parte de um só dos cônjuges, porque se não pode determinar, de uma maneira precisa e definitiva, a parte do cônjuge partilhante nos bens comuns do casal. Neste caso, remove-se a dificuldade, fazendo os cônjuges a *partilha conjuntiva*, isto é, por ambos conjuntamente, e pela qual cada lote

---

(16) Itabaiiana de Oliveira, *Tratado de Direito das sucessões*, III, p. 901.

é composto de uma parte ideal dos bens comuns de cada um dos cônjuges partilhantes».

10.3.2. Nada obsta à partilha conjuntiva dos bens próprios de cada um dos cônjuges. Neste caso os ascendentes marido e mulher reúnem numa massa única os bens próprios que lhes pertencem e de que têm a livre disponibilidade, dividindo-os pelos filhos, mediante acto entre vivos.

A admissibilidade desta divisão é defendida pela doutrina e jurisprudência francesa (17).

10.3.3. Mais duvidosa parecerá a admissibilidade de uma partilha em vida cumulativa, na qual sejam englobados apenas os bens próprios de cada cônjuge. Um acto desta natureza, referindo-se, ao menos parcialmente, a bens de que o ascendente não tem disponibilidade, será nulo. Cremos, contudo, ser admissível a redução da invalidade do negócio (artigo 292.º do Código Civil), salvando-se a parte dispositiva referente aos bens que sejam propriedade exclusiva do disponente outorgante, pelo que a pretensa partilha em vida se poderá converter numa doação simples sujeita a colação ordinária (artigo 293.º).

A doutrina e a jurisprudência francesas têm apresentado como causas de excepcional validade do acto:

- a) a ratificação do cônjuge, que efectua uma conversão jurídica de um acto que, de partilha cumulativa se transforma em partilha conjuntiva, bene-

---

(17) Assim Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 952, 153 e 162; Bonnet, *Théorique et pratique du partage d'ascendants*, n.º 270-272; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, n.º 134; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. 6, n.º 83; Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, t. 8, p. 18; Baudry-Lacantinerie e Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, n.º 3590-3592; Limossier, *Le partage des successions confondues*, p. 146, quanto à jurisprudência, Paris, 23.6.1849, Dalloz Périodique 50.02.10; Caen, 26.1.1838, Dalloz Périodique 88.02.299; Limoges, 29.11.1897, Dalloz Périodique 1902.02.98.

ficiando, pois, do estatuto permissivo desta variante;

- b) a estipulação de uma cláusula penal que force o cônjuge e os herdeiros a respeitar a partilha, privando-os do recurso à acção, cláusula cuja validade resulta de ela não implicar ofensa a preceito algum de ordem pública. A legitimidade de tal cláusula, que teve os seus defensores<sup>(18)</sup>, vem merecendo, por último, críticas da doutrina e da jurisprudência<sup>(19)</sup>.

10.3.4. Diga-se o mesmo quanto à partilha cumulativa de bens comuns. A nulidade do acto parece-nos resultar explicitamente da indisponibilidade e do não preenchimento dos requisitos de consentimento conjugal exigidos na lei.

10.3.5. Quanto aos bens dotais, só podem ser validamente incluídos numa partilha em vida se essa inclusão não contrariar o que tiver ficado estipulado no acto de constituição do dote (artigo 1746.º-1 do Código Civil). Fora destes casos, e sob pena de anulabilidade, os bens dotais só podem ser alienados em caso de necessidade urgente ou de utilidade manifesta, mediante prévio consentimento do marido e da mulher e com a autorização do tribunal (artigo 1749.º). Ora estas circunstâncias não se verificam no caso da partilha em vida, pois, nem o acto é de manifesta utilidade para o doador, nem nele se verifica uma necessidade urgente.

A solução é análoga à vigente no âmbito do Direito Francês; só que, neste Direito, e perante o artigo 1556.º do Código Civil são diversos os casos de excepcional alienabilidade da universalidade dotal<sup>(20)</sup>.

---

(18) Na jurisprudência, Besançon, 16.1.1846.

(19) Ver, por todos, Lénossier, *Le partage des successions confondues*, p. 147.

(20) Veja-se, Planiol-Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, V, p. 883; Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XI, p. 587; Lénossier

10.4. Diversamente, cremos ser legal a partilha em vida na qual o ascendente englobe os bens que hajam pertencido ao seu cônjuge pré-falecido. Nesta hipótese, são englobados na divisão bens que pertencem aos próprios descendentes e bens do ascendente sobrevivivo.

A finalidade do acto é prover a uma regulação entre vivos quanto ao destino sucessório do património de ambos os pais. Esta situação, que na prática é muito frequente, resulta do facto de, morto um dos cônjuges, e dissolvidas, portanto, *de iure*, as relações patrimoniais entre o casal, o cônjuge sobrevivivo continuar, muitas vezes, de facto, a gozar o conjunto de bens integrantes da comunhão matrimonial do casamento antes existente, e — não poucas vezes — até os bens próprios do pré-falecido. Nesta situação, e sentindo-se desacompanhado e de propecta idade, é natural que o cônjuge sobrevivivo pretenda proceder à distribuição dos bens que antes integravam o património comum do casal, incluindo, cumulativamente, no mesmo acto, os bens próprios do pré-morto e os seus próprios bens.

A doação-partilha assim realizada cumulativamente <sup>(21)</sup> é um acto complexo, nascido de uma partilha de ascendente e de uma partilha ordinária.

A permissividade deste tipo de partilha pode ser ilustrada à face do Direito Francês que em toda esta matéria da divisão de ascendente nos oferece desenvolvimentos jurídicos nada despidiendos. Quanto a este problema, o entendimento tradicional era o de que a partilha em vida na qual o ascendente englobasse além dos bens próprios, os bens dos filhos e os do cônjuge pré-falecido era nula <sup>(22)</sup>. A doutrina e alguma jurisprudência vieram, contudo, a admitir que o ascendente poderia, pelo recurso

---

sier, *Le partage des successions confondues*, p. 153. Quanto à jurisprudência, Rêq., 18.4.1864, Dalloz Périodique 64.01.209, Toulouse, 17.12.1868, Dalloz Périodique 69.02.1; Montpellier, 5.6.1872, Dalloz Périodique 73.02.62; Toulouse, 31.12.1883, Dalloz Périodique 84.02.81; Grenoble, 1.4.1908, Dalloz Périodique 1909.02.220.

<sup>(21)</sup> Linossier, *Le partage des successions confondues*, p. 155. Na jurisprudência Rouen, 6.06.1839; Réquier, 7.08.1860, DP 60.01.498).

<sup>(22)</sup> Rouen, 6.6.1839; Réquier, 7.8.1860, Dalloz Périodique 60.01.498.

a uma cláusula penal — que, neste caso, não atentaria contra preceito algum de ordem pública — garantir um tal acto contra as acções que os descendentes viessem, entretanto, a propôr, no sentido de obterem a declaração da referida nulidade (23). Além disso, foi também entendido (24), que no caso de os filhos, maiores e capazes de consentirem na partilha cumulativa, era legalmente autorizada a confusão numa só massa, dos bens do ascendente doador com as do ascendente pré-falecido. Ou seja (25) os filhos combinam reunir numa massa única de partilha, a quota indivisa que herdaram do seu *de cuius*, bem como os bens que lhes dá o pai sobrevivivo, consentindo que este último efectue a divisão, a título de mandatário tácito. É que (26) «se em princípio o ascendente doador só pode compreender na partilha antecipada dos bens, que faz entre os seus filhos, os bens que lhe pertençam e não aqueles que provenham da sucessão do seu cônjuge pré-falecido, não existe nenhuma impossibilidade de que, no caso de a partilha ser efectuada entre vivos, e se todos os filhos maiores e com capacidade contratual nisso consentirem, este ascendente constitua uma massa única formada por os seus bens e por aqueles que couberam aos filhos como herdeiros e compreenda no acto de doação-partilha estes bens».

É que, como clarificou Linossier (27), os herdeiros seriam livres de partilhar, como quisessem a sucessão do seu ascendente pré-falecido e a comunidade dissolvida por essa defunção; por isso, poderão confiar essa divisão ao cônjuge sobrevivivo,

---

(23) Besançon, 16.1.1846, Dalloz Périodique 47.02.127; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, XXIII, n.º 90; Baudry-Lacantinerie e Collin, *Des donations entre vifs et des testaments*, n.º 3612; Linossier, *Le partage des successions confondues*, p. 157; Bonnet, *Théorie et pratique du partage d'ascendants*, I, p. 248; Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 159; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendant*, n.º 138.

(24) Montoellier, 6.3.1871, Dalloz Périodique 71.02.252; Riom, 29.10.1888, Dalloz Périodique 90.02.330; Civ., 3.3.1914, Dalloz Périodique 1916.01.70.

(25) Pellegrin, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, p. 276.

(26) Cass. Civ., 20.6.1955, Dalloz 1955, Journal 737.

(27) Linossier, *Le partage des successions confondues*, p. 155.

que a realizará em vez deles, combinando validamente esta partilha com a partilha dos seus bens próprios.

10.5. Nada parece impedir que na partilha em vida o ascendente inclua, ao menos nominalmente os bens que haja pré-doadado a algum ou alguns dos descendentes. Neste caso, a inclusão dos referidos bens terá apenas por efeito o preenchimento das quotas dos compartilhantes, ou seja, concretizará uma mera operação de colação antecipada, salvo o caso de a pré-doação ter sido efectuada com dispensa de colação (28).

## 11. NECESSIDADE DA PARTILHA

11.1. Não pode haver-se por partilha em vida o acto pelo qual se proceda à reserva de ulterior partilha.

11.2. Legalidade de um acto em que os momentos dispositivo e particional sejam cronologicamente diferidos.

11.3. O modelo paradigmático e a simultaneidade dos actos.

11.4. A doutrina italiana e a não admissibilidade do duplo acto.

11.5. A doutrina e jurisprudência francesa e o duplo acto.

11.6. Crédito de validade do duplo acto: a participação necessária do ascendente nos dois actos.

---

(28) Veja-se, quanto a esta questão, no contexto do anterior Direito Francês, Genty, *Traité des partages d'ascendant*, p. 135; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendant*, n.º 131; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. 6, n.º 75; Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, § 731, p. 20; Baudry-Lacantinerie e Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, n.º 3565-3568; Bertauld, n.º 169; Laurent, *Principes de Droit Civil*, n.º 43; Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit Civil Français*, V, p. 885; Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, VII, p. 248, citando alguma jurisprudência. A reforma de 1971 alterou profundamente esta matéria. Assim, vejam-se os artigos 1078.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Código Civil, onde se consagrou:

a) a admissibilidade de composição dos lotes dos filhos com pré-doações, colacionáveis ou não;

b) a conversão de uma pré-doação não colacionável em colacionável mediante imputação na parte de reserva do donatário;

c) admissibilidade da falada composição e da conversão no caso de, além das referidas pré-doações nenhuma outra liberalidade terem sido outorgadas pelo ascendente em favor dos seus presumidos herdeiros legítimos.

11.7. A Revista de Legislação e Jurisprudência e a admissibilidade do duplo acto.

11.8. As vantagens do sistema do duplo acto.

11.9. Inadmissibilidade de um acto em que o ascendente esteja afastado do acto particional? A prática francesa.

11.1. A partilha dos bens é elemento essencial à natureza do acto da partilha em vida, não podendo considerar-se como partilha a mera reserva de proceder a ela. Isso mesmo foi considerado pela jurisprudência italiana. Como ponderou a App. Catanzaro em 23-7-1957, focando o estatuto do antigo Código Civil de 1865 «embora a divisão de ascendente se faça mediante vários actos de diversa natureza, conquanto tenham entre si uma necessária ligação, deve conter uma distribuição efectiva e concreta dos bens hereditários entre todos os descendentes sem o que o acto não terá o carácter de divisão e não impedirá o surgir da comunhão». Em igual sentido decidiu a Cass. II em 7-5-1955: «para a divisão *inter liberos* [artigo 1044.º do Código Civil de 1865] não basta que seja feita uma distribuição de bens a todos os filhos, mas é também preciso que resulte uma correspondente intenção do ascendente no sentido de concretizar um correspondente plano de divisão com os efeitos e os resultados próprios de tal instituto».

11.2. A partir deste entendimento elementar, resta saber da legalidade de um acto no qual o elemento dispositivo e o elemento particional sejam praticados em momentos distintos do tempo ou, ainda que simultaneamente, sem que os ligue um nexo de unidade estrutural.

11.3. Numa primeira abordagem, poderemos afirmar sem reserva que a partilha em vida paradigmática é aquela em que o acto particional é contemporâneo do acto dispositivo, sendo ambos formalizados até no mesmo documento.

Nada parece obstar, contudo, a que o acto particional seja diferido no tempo, face ao acto dispositivo.

11.4. Mesmo assim, certa doutrina, nomeadamente a italiana, tem negado tal possibilidade de o elemento dispositivo e o elemento particional não serem de realização simultânea. Assim Borsari <sup>(1)</sup>, considerando que a divisão que os donatários façam em tempo posterior, embora ainda em vida do pai, não deve ser regulada pelas regras jurídicas aplicáveis à divisão de ascendente, acrescenta: «A divisão, digamos, é um negócio actual e presente, e não uma coisa *in fieri* embora separada, mas considera-se igualmente divisão presente aquela em que o pai, tendo cedido com reserva de usufruto os bens aos filhos ordena que se faça o sorteio («estrazione») deles depois da sua morte».

11.5. cremos, contudo, ser admissível uma partilha em vida feita em actos distintos, desde que ligados entre si de modo a formarem um só e mesmo acto. É neste sentido que opina a doutrina francesa, com o acordo da jurisprudência <sup>(2)</sup>.

11.6. Fica, portanto, por determinar qual o elemento definidor da validade dos actos de partilha em vida cindidos em dois momentos distintos, nos quais o acto dispositivo e o acto particional não sejam simultâneos. Ora segundo a doutrina dominante, esse elemento seria precisamente a participação do ascendente, necessária em ambos os negócios jurídicos para que o todo formado por eles se pudesse qualificar como uma partilha em vida. Segundo este ponto de vista, algo holístico, parece duvi-

---

<sup>(1)</sup> Luigi Borsari, *Commentario del Codice Civile Italiano*, III, p. 1333.

<sup>(2)</sup> Assim: Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, § 729, *in fine*; Genty, *Traité des partages d'ascendants*, 107-108 e 165-166; Bonnet, *Théorie et pratique des partages d'ascendants*, 355-356 e 366 e segs.; Beudant, *Cours de Droit Civil Français*, VII-260; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, in *Traité de Droit Civil*, n.º 3486 a 3488; Amdaud, *Traité formulaire générale alphabétique et raisonné du notariat*, n.º 46. Contra tal entendimento, Réquier *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, n.º 11; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. 6, n.º 54. Na jurisprudência: *Dijon*, 20-11-1865, no Dalloz Périodique, 1866.02.86; *Lyon*, 23-5-1868, Dalloz, 1869.02.113; *Bordeaux*, 10-11-1903, Dalloz, 1904.02.143.

dosa a possibilidade de a partilha em vida ser outorgada unicamente pelos filhos e sem a intervenção do ascendente, no caso em que este se tivesse limitado a efectuar as respectivas doações aos descendentes. É efectivamente dando conta desta duvidosa possibilidade que, no contexto do Direito Francês anterior à reforma de 1938 escrevem Aubry e Rau <sup>(\*)</sup>, citando a jurisprudência: «Não é indispensável, para que o abandono de bens feito por um ascendente aos seus descendentes, na forma de doação entre vivos, constitua uma partilha, no sentido dos artigos 1075.º e segs. que o ascendente tenha feito, ele próprio e por via da sua autoridade, a distribuição dos bens; desde que os descendentes a tenham feito eles próprios, que a repartição tenha lugar e com o consentimento do ascendente.

«Mas, não se poderá considerar como partilha de ascendente o acto pelo qual o ascendente faz, em benefício dos seus descendentes, uma doação colectiva de todos ou parte dos seus bens, desde que a divisão teve lugar entre os filhos, por acto distinto da doação ao qual o ascendente ficou estranho de facto e por intenção».

11.7. No contexto do Direito Português anterior ao Código Civil de 1966, nada parecia impedir a existência de uma doação de todos os bens, feita pelo doador em favor de seus filhos, sendo a partilha efectuada *posteriormente pelos donatários*, através de escritura pública: ou seja uma partilha em vida em *duplo acto*. Isso mesmo defendeu a Revista de Legislação e Jurisprudência <sup>(\*)</sup>, anotando o Ac. do S. T. J., de 15-1-1929:

«Parece-nos evidente — acentuou a Revista — que neste caso a partilha era perfeitamente válida, sem que pudesse invocar-se contra ela o artigo 2042.º do Código Civil. Os donatários teriam partilhado o *que era seu* em consequência da doação, e não bens pertencentes à herança de pessoa viva.

(\*) *Ob. cit.*, XI, § 728-2.

(\*) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 61.º, p. 364.

«E se nessa escritura os interessados houvessem feito inserir a declaração de que consideravam feita a partilha com absoluta igualdade e se obrigavam a não reclamar uns dos outros quaisquer valores com fundamento neste acto, a declaração teria valor e haveria de ser respeitada por todos os outorgantes».

Em contexto análogo se inserem duas hipóteses de partilha em vida consideradas por Seabra Magalhães<sup>(5)</sup>, nas quais a partilha é feita directamente pelos donatários:

- a) doação feita pelo cônjuge sobrevivivo, aos filhos, em comum e em partes iguais, sob reserva de usufruto, dos prédios que ficaram a constituir a sua meação, procedendo os herdeiros à partilha dos bens doados. Neste caso, os herdeiros recebem prédios que lhes são directamente adjudicados na partilha hereditária e prédios que lhes chegam por via da doação feita pelo cônjuge sobrevivivo;
- b) doação feita pelo cônjuge sobrevivivo em favor dos filhos, da sua meação no casal, em comum e partes iguais, partilhando estes directamente todos os bens que integravam o casal de seus pais e reservando o doador o usufruto de prédios determinados ou de metade de cada um dos prédios.

11.8. O sistema do duplo acto tem, por um lado, a vantagem de melhor corresponder aos interesses do tráfico jurídico, uma vez que a partilha só é realizada no momento em que os legitimários entenderem mais favorável. Além disso, permite iludir as regras referentes ao prazo para a propositura das acções relevantes.

A estas necessidades foi sensível a prática notarial francesa, onde a falada teoria do duplo acto foi esboçada.

Segundo o sistema do duplo acto, a doação está separada da partilha. Existe uma doação prévia, feita pelo ascendente

---

(<sup>5</sup>) Seabra de Magalhães, *Formulário do Registo Predial*, p. 64.

em favor dos filhos, que procedem ulteriormente à partilha dos bens, em acto separado, no qual o ascendente, em princípio, não intervém e onde os lotes são compostos com plena liberdade. O de *cuius* pode actuar nos bastidores da partilha, orientando-a e pressionando os termos da divisão.

Note, que no contexto do Direito Francês este sistema foi gizado para fraudar as disposições dos artigos 826.º e 832.º do Código Civil Francês, referentes à composição dos lotes. Esta faceta da questão será retomada na parte deste trabalho em que se analisar os termos em que se efectua a partilha em vida.

11.9. Um duplo acto no entanto, no qual o ascendente seja afastado da partilha parece-nos de duvidosa aceitação.

É certo que nada impede o referido ascendente de efectuar uma doação aos respectivos herdeiros legitimários e menos há que impeça estes de partilharem, em acto subsequente, aquilo que é seu; só que, para que o acto se possa qualificar precisamente como uma partilha em vida, parece-nos ser curial a exigência de participação do ascendente no acto particional.

Nesse mesmo sentido evoluiu o Direito Francês, nomeadamente a partir da nova redacção dada ao artigo 1076.º (2.ª parte) do Código Civil pela lei n.º 71-523. Este artigo passou a preceituar que a doação e a partilha podem ser feitas por actos separados, desde que o ascendente intervenha nos dois actos.

Tal ponto de vista foi, no contexto do Direito Francês o produto final de uma elaboração jurisprudencial, pois os tribunais já haviam decidido: A) que não podia ser tomado como partilha em vida o acto em que, a doação e a partilha haviam sido feitas no mesmo dia, mas em actos separados, de tal modo que o ascendente ficou completamente estranho, de facto e de intenção, à divisão dos bens doados (\*); B) que também não podia ser qualificada como tal, devendo, portanto, sujeitar-se às regras jurídicas estabelecidas para as doações,

---

(\*) *Bordeaux*, 8-3-1870, *Dalloz*, 1971.02.202; *Req.* 24.6.1872, *Dalloz*, 18.01.472.

o acto de divisão que, embora simultâneo ao acto dispositivo, fosse praticado sem a intervenção do ascendente (7); C) que, contrariamente, o acto em que simultaneamente se efectue uma doação, do ascendente em favor dos seus filhos, e uma divisão entre estes, divisão essa feita sob influência e com o concurso do ascendente doador, devia ser entendido como um acto de partilha de ascendentes (8); D) que havia de ser definida como verdadeira partilha em vida, o acto de abandono dos bens, feito pelo ascendente, em favor dos seus filhos, e a subsequente partilha, feita por estes, com a presença e consentimento daquele ascendente, desde que os actos formassem, na intenção das partes, um só e único acto (9).

(Continua)

---

(7) *Civ.*, 16-1-1867, Dalloz, 1867.01.133; *Limoges*, 2-7-1877, Dalloz, 1878.02.53.

(8) *Civ.*, 4-6-1849, Dalloz, 1849.01.307; *Montpellier*, 27-7-1869, Sirey, 70.02.174; *Rouen*, 20-12-1873, Dalloz, 77.05.318; *Lyon*, 6-3-1878, Dalloz, 1878.02.65; *Douai*, 20-1-1898, Dalloz, 1903.05.538.

(9) *Colmar*, 21-2-1855, Dalloz, 1870.5.262.