

A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos

Heloisa Helena BARBOZA*

SUMÁRIO: I. A Consulta; – II. Síntese dos fatos; – III. Aspectos preliminares: 1. Inaplicabilidade do art. 426 do Código Civil; – 2. Questões de destaque: afronta à Constituição da República e contrariedade à Lei; – 2.1. Objeto do contrato em análise: partilha em vida; – 2.2. Natureza jurídica do contrato de partilha em vida. 2.3. Dispensa de inventário e de colação; – 2.4. Características da partilha em vida; – 3. Ausência de pressupostos e requisitos da partilha em vida: vício insanável; – 4. Considerações finais; – Referências.

I. A Consulta

XXX formula consulta sobre a possibilidade de reformar a “partilha-doação” realizada em favor dos seus filhos e cônjuge, com reserva de usufruto para si. A partilha teve como objeto as quotas de sua empresa, bem particular não comunicável, que compunham a maior parte de seu patrimônio.

Após a referida partilha, o cônjuge mulher, ZZZ, promoveu o divórcio do casal, frustrando a razão de ser da partilha ao perder, a seu ver, a qualidade de sua futura herdeira e dando causa à sua nulidade.

Solicita, nestes termos, a análise jurídica da questão. Do exposto, em resumo, resulta a seguinte indagação: é possível reformar a partilha, em razão de sua ex-esposa, beneficiada em igualdade de condições com seus filhos, ter perdido a qualidade de herdeira necessária por força do divórcio?

II. Síntese dos fatos

Nos termos do contrato que estabeleceu a 00^a Alteração e Consolidação do Contrato Social de AA Ltda., realizado por instrumento particular em 00 de novembro de 2007, regularmente registrado na Junta Comercial do Estado do BR, XXX, com aquiescência dos demais sócios, retirou-se da sociedade “cedendo e transferindo a título de doação com reserva de direitos de usufruto vitalício para si” a totalidade das quotas que detinha do capital social. A cessão e transferência a título gratuito foi feita em partes

* Professora Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ. Doutora em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Inativa). Parecerista e Árbitra em Direito Privado.

iguais e contemplou: a) dois sócios remanescentes da composição anterior da Sociedade – F1 e F2; e b) três novos sócios – F3, F4 e ZZZ (então cônjuge de XXX).

O negócio teve um único fim: como permite a lei, partilhar em vida os bens de XXX, pai e marido dos donatários, entre seus herdeiros legítimos e necessários, isto é, aqueles que teriam por sua morte direito a seu patrimônio. Já na terceira idade e sentindo o peso dos anos, quis XXX dividir desde logo seus bens entre os seus, resolver de imediato sua sucessão, evitando o desgaste de um futuro inventário e, principalmente, a descontinuidade da empresa que de há muito é o esteio da família de XXX.

AA Ltda. é, de longa data, uma empresa familiar, e a cessão na verdade dividiu as quotas do cedente (XXX) entre seus filhos, F1e F2 (havidos do primeiro casamento), F3 e F4 (havidos do segundo casamento), e ZZZ, então sua esposa.

Em dezembro de 2011, houve a dissolução do casamento de XXX e ZZZ, fato que alterou o contexto familiar e repercutiu de modo profundo sobre a partilha em vida que contemplou o ex-cônjuge mulher. Com o divórcio, a ex-esposa, beneficiada em igualdade de condições com os filhos de XXX na partilha em vida por ele realizada, deixou de integrar a família XX e o rol dos seus virtuais herdeiros próximos, que deverão dar continuidade aos negócios da família.

Deseja XXX reformar a partilha que foi feita, na medida em que sua ex-esposa, que recebeu quinhão igual ao dos seus filhos, não pode mais ser considerada como sua herdeira próxima e receber parte do patrimônio familiar, em prejuízo de seus filhos.

É o que se passa a analisar.

III. Aspectos preliminares

1. Inaplicabilidade do art. 426 do Código Civil

Não se trata de contrato ou de divisão de herança de pessoa viva. De início, cumpre afastar qualquer cogitação em torno do artigo 426 do Código Civil: não se cuida de herança de pessoa viva. A questão versa sobre os efeitos provocados na partilha em vida realizada mediante contrato por XXX, em decorrência da alteração do *status* familiar de uma das beneficiárias, ZZZ, que implicou a perda da sua qualidade de herdeira.

O mencionado artigo proíbe expressamente a celebração de contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva, objeto que na verdade não existe –*viventis nulla hereditas* – como assinala Caio Mário da Silva Pereira.¹

É possível, porém, a partilha em vida realizada pelo ascendente, por via de doação – ato entre vivos que gera consequências imediatas.²

De há muito se entende que a partilha assim feita não se equipara a pacto sucessório sobre herança de pessoa viva, vedado pela nossa lei³. A partilha em tal caso é declaração de vontade, que é disciplinada com base nos requisitos do negócio jurídico.⁴

A natureza contratual da partilha em vida é clara no Código Civil Português:

ARTIGO 2028.º

(Sucessão contratual)

1. Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta.
2. Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do Artigo 946.º.

ARTIGO 2029.º

(Partilha em vida)

1. Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legitimários⁵, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados.

[...]

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

² *Id. Ibid.*, p. 385.

³ REZENDE, Astolpho de. *Direito das Sucessões*. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil brasileiro*. t. XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 313.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. t. LX, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 252.

⁵ “Art. 2.026º (Títulos de vocação sucessória) A sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor”. Os herdeiros legitimários da lei portuguesa correspondem aos herdeiros necessários da lei brasileira.

De acordo com a doutrina portuguesa, a partilha em vida é negócio que não diz respeito ao direito sucessório, uma vez que “a sucessão só é reflexamente atingida pelo facto de bens doados se não encontrarem já no património do *de cuius* à abertura da sucessão”. Para o citado autor o contrato é de doação “como qualquer outro” e preenchidas as quotas legitimárias dos sucessíveis, estes nada poderão exigir a esse título, o que confirma o ser meramente reflexo seu efeito sobre a sucessão. “Assim fica confirmado que a partilha em vida não envolve qualquer tipo de pacto sucessório”.⁶

Dúvidas não pairam na doutrina brasileira, clássica e contemporânea, quanto a se tratar de negócio jurídico entre vivos, que não tem natureza de pacto sucessório.

2. Questões de destaque: afronta à Constituição da República e contrariedade à Lei

A análise do problema apresentado envolve diretamente disposições do vigente Código Civil, em especial os artigos 426, 544 (1.171 no Código Civil de 1916) e 2.018 (1.776 no CC 1916), bem como o artigo 5º, XXX, da Constituição Federal.

Impõe-se, por conseguinte, definir se houve afronta à Lei Maior e/ou ao Código Civil e os efeitos daí decorrentes.

2.1. Objeto do contrato em análise: partilha em vida

Em 00 de novembro de 2007, através de contrato particular de Alteração e Consolidação de contrato social, XXX cedeu e transferiu, com aquiescência dos demais sócios, a título gratuito, com reserva de usufruto vitalício para si, a totalidade das quotas de que era titular na sociedade AA Ltda. Foram beneficiários da cessão seus quatro filhos e sua então esposa. Através da cessão XXX dividiu 95% (noventa e cinco por cento) do seu patrimônio entre aqueles que seriam, por força da lei, seus herdeiros necessários e, desse modo, assegurou a permanência da sociedade, porção maior do capital familiar, em mãos dos integrantes da família.

O motivo da cessão era claro. Ao atingir a terceira idade e verificando que suas forças para conduzir a empresa diminuam, XXX decidiu dividir todo seu patrimônio entre os

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 112-113.

membros próximos da sua família - e por força da lei seus futuros e inafastáveis herdeiros - aquinhoando-os com partes iguais de seus bens. Este procedimento é autorizado pelo Código Civil, desde que não prejudique a parte correspondente à herança assegurada aos herdeiros necessários e que se reserve uma parte ou renda suficiente para a subsistência do transmitente, limite que foi observado. Sua intenção foi inequívoca: transmitir a título gratuito a totalidade de suas quotas na sociedade às pessoas que constituíam sua família, não fazer uma doação, um puro ato de liberalidade. Para tanto dividiu todos os seus bens, isto é, a parte reservada por lei aos herdeiros necessários (a legítima) e a parte da qual tinha livre disposição (parte disponível). Em outras palavras, XXX disciplinou sua sucessão segundo sua vontade e nos limites do que permite a lei, verdadeira “sucessão voluntária” de que fala a lei portuguesa.

Assim também agira sua mãe MXX, já viúva, que por escritura pública de 00 de dezembro de 1997 doou a seus seis filhos, em partes iguais e proporcionais, a totalidade de suas ações na MAAGerais e na MAA2, com reserva de usufruto vitalício para si e imposição de incomunicabilidade.

Interessante observação foi feita por Pontes de Miranda que, diferentemente da maioria dos autores, esclarece que a partilha feita pelo pai é de origem romana, sem o intuito de prevenir discórdia futuras entre os herdeiros, fundamento que teria surgido quando se pensou ter origem cristã esse tipo de partilha. Para o autor, “a razão é de ordem econômica, e sempre foi”⁷. Já no direito português era usada para assegurar a permanência de certos bens ou indústrias nas famílias, especialmente nos séculos XVIII e XIX, e dela se valiam os comerciantes “para fazer os seus sucessores na casa comercial”, além de dar sustentação ao “prestígio econômico familiar”. Para Pontes de Miranda, raríssimas seriam as partilhas por ato entre vivos que teriam por fim evitar discórdias, fundamento que chega a considerar como “invenção de juristas”.⁸

Emerge do contrato nitidamente o objetivo de fazer a sociedade permanecer na família, diante do estabelecido na cláusula 4 (quatro) do instrumento de partilha (00ª Alteração do Contrato Social), onde há o consentimento dos cinco sócios para a constituição do usufruto e sua aceitação da “doação” - “sem quaisquer restrições ou condições, inclusive no que tange ao aceite da doação das quotas, as quais permanecerão

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. t. LX, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 252.

⁸ *Id. Ibid.*, p. 252.

incomunicáveis, impenhoráveis, não podendo ser objeto de cessão e transferência, a menos que entre os sócios e com a anuência do usufrutuário.”

No mesmo sentido, a cláusula VI do Contrato Social, no mesmo instrumento consolidado e transcrito, dispõe que “as quotas da sociedade são indivisíveis e não poderão ser cedidas, transferidas, oneradas ou alienadas, a qualquer título, a terceiros, sem o consentimento dos sócios que representam pelo menos $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital da sociedade. Aos demais sócios caberá o direito de preferência na sua aquisição, na proporção das quotas que possuírem”. Segundo o parágrafo único da citada cláusula VI, as quotas só podem ser transferidas livremente caso os demais sócios, regularmente notificados na forma ali prevista, renunciem ao direito de preferência.

A denominada “doação”, como se vê, além da reserva de usufruto, gravou as quotas doadas com incomunicabilidade, impenhorabilidade, indisponibilidade condicional em face de terceiros, e indivisibilidade.

Observe-se, ainda, que a teor da cláusula VII, do Contrato Social consolidado, a sociedade não se dissolverá nos casos de falecimento, exclusão, retirada ou insolvência de qualquer sócio, continuando a existir com os herdeiros ou sucessores do sócio falecido, excluído, retirado ou insolvente, cujas quotas serão reembolsadas pela Sociedade, na forma ali prevista.

A cessão e transferência de quotas sob a forma de doação, nos moldes em que se realizou, constitui negócio jurídico entre vivos, que, no caso, longe está de configurar simples cessão de participação societária. O ato praticado por XXX caracteriza partilha em vida – partilha por ato entre vivos, conforme autoriza o artigo 2.018, do vigente Código Civil:

Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

É importante ressaltar que a interpretação dos contratos deve atender mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem, conforme estabelece o artigo 112 do Código Civil. De acordo com esse princípio geral, não deve o intérprete

atrelar-se à designação atribuída ao contrato pelas partes, mas vincular-se ao tipo contratual efetivamente adequado ao negócio jurídico realizado.⁹

Ao analisar partilha em vida realizada por meio de várias escrituras nominadas como doação, Arnoldo Wald¹⁰ salienta que, à luz do art. 85 do CC/1916 (art.112 do CC), é preciso atender à realidade da operação e não a sua forma ou aparência, bem como dar prevalência à intenção das partes - que deve ser respeitada, mais do que ao sentido da linguagem, ou seja, mais ao conteúdo do negócio que a sua forma.

Embora a partilha tenha se efetivado por meio de um instrumento de alteração e consolidação de contrato social, não há que se cogitar de qualquer vício de forma ou mesmo de hipótese de conversão. Como esclarece Orlando Gomes, a atribuição a um contrato de *nomem iuris* diverso do que verdadeiramente lhe corresponde não configura conversão. Devem-se aplicar ao contrato as regras relativas ao tipo a que se ajusta¹¹. No caso, ao contido no artigo 2.018 acima transcrito, nos termos e pelas razões adiante expostas.

2.2. Natureza jurídica do contrato de partilha em vida

As divergências doutrinárias sobre a partilha em vida se apresentam a partir de sua designação: *doação-partilha*, *partilha-doação*, *partilha em vida*. Adota-se no presente a última denominação, que contém os termos utilizados no Código Civil (artigo 2.018) e na lei civil anterior (artigo 1.776), além de ter a virtude de indicar a presença de elementos de dois outros institutos que se conjugam em negócio jurídico peculiar e complexo, sem se confundirem. Consoante a melhor doutrina, partilha em vida não se confunde com doação, como se passa a examinar.

A determinação da natureza desse negócio jurídico encontra também diferentes formulações doutrinárias que merecem referência, construídas em torno do disposto no artigo 1.776 do Código Civil de 1916, reproduzido com melhor redação no artigo 2.018 do Código Civil de 2002. Nesse sentido, os autores são unânimes ao destacar a substituição da palavra pai (considerada “infeliz”) utilizada na lei revogada, por ascendente.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 44.

¹⁰ WALD, Arnoldo. O regime jurídico da partilha em vida. Revista dos Tribunais, 622, jul., 1987. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1204.

¹¹ GOMES, Orlando. *Curso de direito civil: contratos*. Theodoro Junior, Humberto (atual). Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 195-196.

Antiga era essa reivindicação, pois de há muito se entendia absurda a restrição da possibilidade de partilha em vida ao pai, nada impedindo que a mãe ou qualquer outro ascendente o fizesse, desde que não prejudicasse a legítima.¹²

Preserva-se, todavia, na figura do ascendente, a essência romana que autorizava o pai dividir antecipadamente os bens entre seus filhos, com fundamento no pátrio poder, na medida em que ela se circunscreve aos ascendentes e seus descendentes e cônjuge, ou seja, a ideia da divisão do patrimônio entre os familiares próximos, nos estreitos limites da família em sentido estrito.

Trata-se de instituto antigo, de origem romana, que provoca discussão bem anterior a sua codificação. O projeto do Código Civil de 1916 não o previa, pois seu autor, Clovis Bevilacqua, considerava a partilha em vida “planta exótica”, fonte fecunda de questões, que não raro resulta em abandono do pai, bem captada pela máxima “*qui le sien donne avant mourir, bientôt s’apprest à moult souffrir*”¹³. O projeto Coelho da Rocha regulava minuciosamente o instituto (arts. 2.726, 2.727 e 2.733), determinando os casos em que poderia haver rescisão desse tipo de partilha. A disposição ora em análise foi incluída pela Comissão Revisora do projeto afinal aprovado em 1916, sob a justificativa de “firmar uma nova forma de partilha”.

O Código Napoleão também disciplinou a partilha *inter vivos*, observadas as formalidades, condições e regras prescritas para as doações¹⁴. A doação-partilha (*donation-partage*) continua regulamentada do mesmo modo pela lei francesa (Código Civil, art. 1.075-1.078).

Já no direito romano a *diviso parentum inter liberos* era considerada uma partilha hereditária antecipada feita pelos pais. Tinha como pressuposto o direito hereditário, como objeto ou conteúdo a divisão do patrimônio, e fundamentava-se juridicamente “na faculdade de dispor”: quem pode dispor, pode também dividir¹⁵. O ato feito em vida pelos ascendentes de ambos os sexos reputava-se perfeito e acabado, mesmo sem a aceitação dos filhos.¹⁶

¹² MIRANDA, Pontes de, cit., p. 250.

¹³ BEVILAGUA, Clovis. *Código Civil Comentado*. v. 6, 9. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 210.

¹⁴ REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil brasileiro*. t. XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p. 290-291.

¹⁵ *Id. Ibid.*, p. 291.

¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 295.

Relato histórico minudente revela que no direito português as divergências sobre a natureza jurídica dessa modalidade de partilha já existiam nas Ordenações, e as opiniões e conclusões eram vacilantes e incertas, variando os entendimentos sobre o ato de partilha. As dúvidas passaram ao direito brasileiro antigo¹⁷, variando os argumentos, mas permitindo a identificação de duas correntes principais, que perduram até o presente, a saber: a) a partilha é uma sucessão antecipada, ou melhor, uma partilha antecipada; b) a partilha é uma doação entre vivos e implica adiantamento da legítima. Ambas são objeto de crítica e de defesa recíproca por seus respectivos seguidores. Todavia, robusto entendimento doutrinário formou-se sobre a matéria, e encontrou amparo na jurisprudência, no sentido de que a partilha em vida não se confunde com a doação.

Arnoldo Wald¹⁸, invocando a lição de Orosimbo Nonato, emitiu sobre o assunto memorável parecer, no qual esclareceu a natureza jurídica da partilha em vida:

Não é essa partilha em vida nem doação, nem testamento, embora o autor da herança possa utilizar-se dessas formas para exteriorizar a sua vontade, o que de nenhum modo influirá na natureza do ato, que, como é sabido e ressabido, identifica-se pelo conteúdo, não pela sua aparência; pelo que é, não pelo nome que a parte lhe atribui. (sem grifo no original)

[...]

A doutrina ainda enfatiza a peculiaridade da partilha em vida, que alguns autores chamam de “doação-partilha”, salientando que não se identifica, totalmente, nem com a doação, nem com a partilha, conceituando-se como ato *sui generis* ou complexo, no qual se encontram elementos de ambos os institutos. A analogia com a doação deflui do fato de se tratar de ato inter vivos, enquanto as regras técnicas são as da partilha.

Reporta-se Arnoldo Wald à antiga doutrina brasileira, já aqui mencionada, e à mais recente de Silvio Rodrigues, para quem “o ato entre vivos, a que se refere a lei, pode ser outro que não a doação”, uma vez que a interpretação segundo a qual o legislador quis referir-se à doação, quando aludiu à partilha por ato entre vivos, tem cabimento no direito francês, “mas não é verdadeira no direito nacional”. Prossegue Silvio Rodrigues

¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 297.

¹⁸ WALD, Arnoldo, cit., p. 1198, 1203.

lembrando que o Código Napoleão, depois de permitir a partilha em vida (art. 1.075), declara que esta deverá obedecer às mesmas formalidades das doações, regra que não existe no direito brasileiro¹⁹. Lembre-se que, também no direito português, há referência expressa à doação (art. 2.029º), o que não se verifica no Código Civil Brasileiro.

Na mesma obra, observa Arnaldo Wald que a própria doutrina francesa tem distinguido a partilha em vida da doação, para considerar que esta constitui, antes de tudo, uma partilha, embora se enquadre por sua finalidade no campo das liberalidades²⁰. Destaca, ainda, que a doutrina estrangeira entende que “os bens partilhados em vida não estão sujeitos à colação e rejeita a presunção de serem os quinhões considerados como adiantamento da legítima, reconhecendo que podem abranger a parte disponível”. Desse modo, só quando ultrapassada a parte disponível, com violação da legítima, é que se admite ação própria para redução do quinhão.

Para Arnaldo Wald, a doutrina brasileira distingue, de modo adequado, a partilha em vida da doação, reconhecendo que o primeiro caso deve abranger todos os herdeiros necessários, e ainda que utilize a parte disponível, não lhe é aplicável a regra do artigo 544 do CC (art. 1.171 do CC/1916)²¹, e afirma:

[...] a intenção, no caso, é de uma partilha definitiva, [...], não constituindo um adiantamento de legítima pelo fato de, em tese, abranger todos os bens a serem distribuídos, excluindo qualquer outra partilha na qual a matéria viesse a ser discutida. Sendo a partilha em vida exaustiva, descabem qualquer outra e a própria abertura do inventário. *As eventuais lesões de direito deverão ser apreciadas em ações próprias de redução, anulação ou nulidade.* (sem grifos no original)²²

E conclui:

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. Partilha. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 57, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 214.

²⁰ WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida, cit., p. 1.201.

²¹ “A partilha em vida não se confunde com a doação. Sendo uma divisão de bens que obedece às mesmas normas que a partilha ‘post mortem’, os bens em virtude dela transferidos aos herdeiros não constituem uma antecipação da legítima. Inaplicabilidade do art. 1.171 do CC à partilha em vida”. WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida, cit., p. 1.195.

²² *Id. Ibid.*, p. 1.202.

Cabe notar, outrossim, que a partilha feita em vida pelos autores da herança não pode ser alterada. *O que se admite é, por ação própria e quando cabível, a redução dos quinhões hereditários ou a declaração de invalidade da partilha.* [...] [aqueles] que expressamente aceitaram a partilha tal como foi feita somente através de ação própria poderão provar que, ao aceita-la, foram enganados, pleiteando, então, a sua anulação ou a correção, tão-somente, neste último caso, quanto ao desrespeito das legítimas, apurado o seu valor ao tempo do ato jurídico de disposição. (sem grifos no original)

A partilha em vida feita por ascendente configura-se, desse modo, como um instituto jurídico independente, especial, distinto da doação que é revogável, enquanto a partilha não é, nem pode ser. Em outros termos, “[...] a partilha feita em vida pelo ascendente, quando não seja testamento, é um instituto especial, que não se pode reger pelas regras da doação.”²³. Não há na partilha uma liberalidade, característica da doação, mas uma renúncia ao domínio dos bens (*demission de biens*). O ascendente ao dividir os bens opera sua transmissão definitiva (posse e propriedade) aos beneficiários. Nesses termos, a partilha não pode ser condicional, nem onerosa, diversamente das doações que admitem condições de vários tipos. Aquele que partilha em vida não tem intuito de fazer uma liberalidade, substrato da doação, mas o de demitir de si a posse e o domínio dos bens, de renunciar a esses bens, ao seu gozo.²⁴

O recurso à antiga doutrina tornou-se imperioso, não só por sua clareza, como para melhor compreensão do entendimento atual que, na verdade, nela se inspirou, mas trouxe maiores esclarecimentos sobre sua natureza e efeitos. Não se deve preterir, porém, os comentaristas do Código Civil de 1916, cujos dispositivos sobre a matéria foram praticamente repetidos pelo vigente Código Civil.

Clovis Bevilacqua, que rejeitava o instituto, em comentário ao artigo 1.776 do Código Civil de 1916, entendia ter a partilha por ato entre vivos caráter de doação, do que resulta a necessidade de respeitar a legítima, e a possibilidade de ser revogada por ingratitude e ser rescindida pelos credores, que por ela forem fraudados²⁵. De acordo com Carvalho Santos, a partilha-doação é uma antecipação da abertura da sucessão e “só se pode dar com respeito ao direito dos herdeiros necessários”. Como os bens

²³ REZENDE, Astolpho de. *Direito das Sucessões*, cit., p. 299.

²⁴ REZENDE, Astolpho de. *Direito das Sucessões*, cit., p. 301.

²⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil Comentado*, cit., p. 210.

distribuídos saem do patrimônio do partilhante imediatamente, como se fossem alienados a título oneroso, não pode abranger bens futuros, visto que não se podem transmitir bens que não integram o patrimônio pessoal. A partilha será nula se omitir algum herdeiro necessário ou se ocorrer o nascimento de mais um filho.²⁶

De acordo com Pontes de Miranda, aquele que pode dispor de metade dos bens, ou de todos os bens, pode distribuí-los em vida. A partilha em vida, de que trata o citado artigo 1.776 (CC1916), tem como “pressuposto a necessidade da herança”, porque como se antecipa a partilha da herança, é preciso que haja herança e herdeiros necessários e não simplesmente legítimos ou donatários²⁷. Neste sentido, afirma-se que seria um “[...] erro dizer-se que a partilha em vida é doação aos herdeiros necessários, de modo que o sucedendo perde sempre, desde logo, a propriedade [...]”.²⁸

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que as duas principais teorias sobre a natureza jurídica da partilha em vida se sustentam, quando se considera sua forma, mas ao se atentar para a natureza do ato este se define como uma sucessão antecipada, e não em ato de liberalidade. É ato privativo do ascendente, estritamente familiar, sujeito à revisão judicial caso não respeitada igualdade entre os herdeiros. A partilha em vida típica efetiva-se por doação (partilha em vida), sujeitando-se aos requisitos desse tipo de contrato quanto à forma, capacidade e aceitação. Ressalta o autor que a partilha em vida produz efeito imediato e deve compreender todos os filhos, sob pena de nulidade.²⁹

Os comentaristas do artigo 2.018, da Lei atual, não discrepam. Segundo Euclides de Oliveira, o mencionado dispositivo legal reforça a possibilidade de outorga de bens pelo ascendente, conforme sua origem histórica, bem como para que não se prejudique a legítima dos descendentes e do cônjuge sobrevivente. Trata-se de ato de vontade privativo do titular dos bens, que muito se assemelha à doação, pois deve obedecer aos requisitos de forma e fundo dessa espécie de negócio jurídico. Todavia, seu alcance é maior, pois a atribuição do patrimônio configura antecipação da herança, com transmissão imediata dos bens, do que resulta a dispensa do inventário por ocasião da morte do transmitente, momento em que os bens já não estarão no seu patrimônio. Caberá inventário com relação aos bens não incluídos na partilha em vida, que só valerá se e na medida em que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.³⁰

²⁶ SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. XXIV, 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 396.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*, cit., p. 254.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*, cit., p. 250.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 386.

³⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *Código Civil Comentado*. v. XX, São Paulo: Atlas, 2009, p. 208-211.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, a doutrina atual é pacífica no sentido de não se confundirem a doação e a partilha em vida, que deve respeitar a legítima dos herdeiros necessários.³¹

Como se pode verificar, não obstante algumas divergências, a doutrina majoritária converge em três aspectos: a) pela não equiparação da partilha em vida à doação; b) ter a partilha como pressuposto o direito hereditário; c) ser dispensável o inventário e colação por ocasião da morte, como a seguir examinado.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça também não discrepa e é expressivo, tendo a Ministra Relatora Nancy Andrighi assim se manifestado sobre a matéria no REsp 730.483-MG:

O STJ, no julgamento do REsp 6.528/RJ por esta 3ª Turma, de Relatoria do Ministro Nilson Naves, publicado no DJ de 12/08/1991, já examinou a questão, diferenciando os institutos da partilha em vida e da doação, entendendo o seguinte:

[...]

5. Definido, pois, o negócio em questão como partilha em vida ('os disponentes não quiseram doar, mas sim distribuir, através de partilha em vida, todos os seus bens, obtendo – porque necessário à sua validade - o consentimento dos descendentes', do acórdão, fls. 518/9), não vejo como escapar da ponderação do Desembargador Fernando Whitaker, ao notar a inviabilidade do recurso pela alínea *a*, *verbis*:

'Não se constatam as negativas de vigência, cuidando-se, sim, de razoável interpretação dada às normas, haja vista ter o aresto examinado acuradamente a questão para concluir no sentido de que teria havido uma partilha antecipada, por terem sido distribuídos todos os bens, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expreso consentimento dos descendentes, não a desvirtuando o fato de terem sido feitas através de cinco escrituras, e não de uma única, além de ter a menor sido assistida por sua genitora, considerando-se, ainda,

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil. v. XXI, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 802-806.

ter o decisório buscado robustos subsídios doutrinários para excluir a colação e apontar outra via judicial, que não o inventário, para a apuração de eventuais prejuízos às legítimas, pelo que se tem como incidente a Súmula 400 do Egrégio Supremo Tribunal Federal'.

6. Vou além: na espécie em comento, irrepreensível, ao que suponho a conclusão das instâncias ordinárias. É que não se cuidando, como não se cuida de doação, não se tem como aplicar o citado art. 1.786, que limita, de modo expresso, a conferência às hipóteses de doação e de dote.

O acórdão no mencionado REsp 6.528-RJ, que apreciou a questão à luz do Código Civil de 1916, tem a seguinte ementa:

Inventário. Partilha em vida/doação. Pretensão de colação. Assentado tratar-se, no caso, de partilha em vida (partilha dos todos os bens dos ascendentes, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expresso consentimento dos descendentes), não ofendeu os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, do Cód. Civil, acórdão que confirmou sentença indeferitória da pretensão de colação. Não se cuidando, portanto, de doação, não se tem como aplicar princípio que lhe é próprio. Inocorrentes ofensa à lei federal ou dissídio, a Turma não conheceu do recurso especial.

Diante dos acórdãos mencionados verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado entendimento antes da vigência da atual Lei Civil de que os institutos da doação e partilha em vida não se confundem.

2.3. Dispensa de inventário e de colação

O entendimento doutrinário de que a partilha em vida é negócio jurídico entre vivos, de natureza *sui generis*, que dispensa a realização de inventário e a obrigação de trazer bens à colação é também acolhido, como visto, pelo Superior Tribunal de Justiça, como se constata do seguinte trecho do aresto acima referido (REsp 730.483-MG):

Dessa forma, pela jurisprudência do STJ, o negócio jurídico da partilha em vida envolve cumprimento de formalidades, inclusive com aceitação expressa de todos os herdeiros que não se compatibiliza com o dever de colacionar. A partilha em vida é como um "inventário em vida", dispensando, até, o inventário *post mortem*. Nos dizeres de João Alberto Leivas Job, "a partilha procede como se, por suposição implícita, se considerasse, no instante em que é feita, a morte do ascendente, visto que se subordina a todas as cláusulas fundamentais da composição distributiva de uma partilha. (Da nulidade da partilha, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 732)".

Nesse sentido já se manifestara o Ministro Nilson Naves, Relator do julgado paradigma (REsp 6.258), ao acolher as conclusões das instâncias ordinárias, segundo as quais:

Portanto e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que estas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há necessidade de inventário; e, se a aquisição dos bens não se deu por doação ou dote, a regra do artigo 1.186 não incide, e a pretensão à colação haverá que ser indeferida, pois a partilha em vida versou sobre a totalidade dos bens dos disponentes.

A partilha em vida não se confunde com a doação a descendente ou a cônjuge, como destacado. Uma das razões para isso é o fato da partilha em vida esgotar a divisão dos bens do disponente, existentes ao tempo em que ela se realiza em caráter definitivo. Todos os herdeiros necessários devem dela participar em igualdade de condições, como forma de assegurar sua legítima. Se outros bens surgirem até a morte do disponente serão objeto de inventário e nova partilha em igualdade de condições entre os herdeiros necessários.

Por tais motivos, não se trata de "adiantamento" de legítima, visto ser a própria legítima que é entregue ao virtual herdeiro, nem há obrigatoriedade de colação, que só

cabe quando há adiantamento. Claro fica, assim, o estabelecido no art. 2.018 do CC, que permite a partilha em vida, mas condiciona sua validade à garantia da legítima dos herdeiros necessários: é válida a partilha por ato entre vivos, “contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

Isto não acontece com a doação feita a descendente ou a cônjuge, que pode ser feita a um deles isoladamente, em prejuízo dos demais. Determina a lei que tais doações constituem adiantamento de legítima, e obrigam o donatário a levar os bens à colação, quando da morte do doador. Estes foram os meios previstos pelo legislador para conciliar o direito de livre disposição de bens de que é titular o disponente e o direito à legítima de seus herdeiros necessários. Se inexistentes esses instrumentos, poderia o doador atribuir a totalidade de seus bens a um só dos herdeiros necessários (filho ou esposa) em franco desrespeito à legítima dos demais.

É o que se constata do artigo 544 do CC, segundo o qual “a doação de ascendente a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Em consequência, haverá obrigação de trazer bens à colação, em razão do disposto nos artigos 2002 e 2003 do CC, *in verbis*:

Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou,

quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

A colação consiste, portanto, na restituição das liberalidades recebidas em vida do autor da herança, para restabelecer a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários, como expressa o artigo 2003 acima transcrito. A obrigação de trazer bens à colação é também do cônjuge (atualmente herdeiro necessário e que concorre em igualdade de condições com os descendentes) que recebeu doação do autor da herança, por força do art. 2003, como entende com acerto a melhor doutrina³². Com clareza já se afirmou que o objetivo da colação é “servir de instrumento de igualdade nos direitos advindos da sucessão *mortis causa*”.³³

Não se confunde a colação com a redução, que tem por fim fazer com que as liberalidades, que favoreçam algum herdeiro ou algum estranho, se contenham dentro da parte disponível do doador³⁴. Ambos os procedimentos (colação e redução) buscam preservar a legítima, sendo que a primeira atende à vontade presumida do autor da herança, e a segunda à ordem pública.

O mesmo se verifica em relação às liberalidades que beneficiem um estranho ou mesmo um herdeiro (não necessário), que devem se conter na parte disponível, sob pena de ofensa à legítima, hipótese em que são consideradas inoficiosas e devem ser reduzidas o quanto necessário para preservar a legítima.

Regra específica se refere à liberalidade que contemple descendente, que à época do ato não tinha qualidade de herdeiro necessário e, por conseguinte, não seria chamado a suceder. Em tal hipótese, a doação se presume imputada na parte disponível, conforme art. 2005 e parágrafo único, do CC, *in verbis*:

Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

³² Sobre o tema ver TEPEDINO, Gustavo. Regime de bens e tutela sucessória do cônjuge. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. I, p. 145-146; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 6, p. 373; VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil: direito das sucessões*, v. 21, p. 416.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, p. 372-373.

³³ *Id. Ibid.*, p. 372-373.

³⁴ *Id. Ibid.*, p. 322-327, 373.

Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

Embora a redução seja, como se constata, o instrumento para fazer com que as liberalidades se contenham dentro da metade disponível³⁵ – essa possibilidade não se aplica ao presente caso, visto que:

a) houve partilha em vida e não doação, como acima explicitado;

b) não é possível imputar-se a parte recebida por ZZZ na parte disponível do patrimônio do doador porque:

b.1. não houve determinação do doador nesse sentido (art.2.005, CC);

b.2. não se aplica a presunção prevista no parágrafo único, do art. 2005 do CC, por não se tratar de descendente que não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário (par. Único do art. 2.005), mas - ao contrário - de pessoa que seria chamada à sucessão na qualidade de herdeiro necessário;

c) não cabe a aplicação do disposto no § 3º, do art. 2.007 do CC, porque a “doação” foi feita em partes iguais, não havendo que se cogitar de parte excedente à legítima: a ex-esposa recebeu sua quota do patrimônio todo, porque era herdeira legítima e necessária, do mesmo modo e em igualdade de condições com os demais herdeiros necessários.

Indispensável ressaltar, por outro lado, que não é possível o aproveitamento do negócio jurídico de partilha em vida, na parte que beneficiou a senhora ZZZ, como doação, ato de liberalidade em favor de terceiro, como admite o artigo 170 do CC, por falta de um de seus requisitos. Para que se opere a conversão admitida pelo CC é necessário que “a

vontade manifestada pelas partes faça supor que, se tivessem ciência da nulidade do negócio primitivo, mesmo assim, teriam querido celebrar o sucedâneo”.³⁶

Não é razoável imaginar que XXX, à época da partilha casado com ZZZ, quisesse atribuir a sua esposa – como de fato não fez – quinhão diverso do que destinou a seus filhos. A causa do negócio jurídico ficou clara: XXX queria dividir seu patrimônio entre sua família, constituída por esposa e filhos, em igualdade de condições, e assim o fez, doando um quinto de seu patrimônio a cada um. Desse modo preservaria a empresa que os sustentava no âmbito familiar. Certamente XXX assim não agiria em relação a sua (ex)esposa, se soubesse que ela deixaria de integrar sua família.

Como já se afirmou com propriedade, “a conversão deve atender à causa do negócio jurídico, como sua função econômico-social, e aos interesses concretos que lhe sejam subjacentes”³⁷. Resta evidente que nenhum desses aspectos está presente, ao revés, a manutenção do benefício atribuído à ex-esposa configura descumprimento ao artigo 2.018 do CC e uma afronta ao artigo 5º, XXX, da Constituição Federal.

2.4. Características da partilha em vida

O exposto até o presente torna possível alinhar, em resumo, as características que permitem identificar a partilha em vida, a qual não se confunde, insista-se, com a doação feita pelo ascendente a descendentes ou cônjuge, como se segue:

a) o objetivo do ascendente, no caso o pai, ao realizar esse tipo de negócio jurídico é proporcionar a aquisição antecipada de bens por aqueles que são seus virtuais sucessores *mortis causa*. É “ato estritamente familiar” e por isso somente permitido aos ascendentes que desejam beneficiar seus familiares próximos. Não importa, portanto, em liberalidade.³⁸

b) a partilha em vida só tem cabimento em relação aos que serão herdeiros necessários, e não simplesmente herdeiros legítimos ou “donatários”.³⁹

³⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 322.

³⁷ *Id. Ibid.*, p. 322.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, cit., p. 386.

³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 257.

c) devem ser abrangidos pela partilha apenas bens atuais, com exclusão dos futuros; há dispensa da realização de inventário, por este não se justificarem em relação aos bens que já não se encontrarão no patrimônio do autor da herança na data de seu falecimento; só com relação aos bens posteriores ao ato se justifica o inventário, a eles restrito.

d) os bens recebidos na partilha passam a integrar – imediata e definitivamente - o patrimônio dos beneficiados e por sua morte passam a seus próprios descendentes.

e) a partilha é irrevogável, mas passível de invalidação como qualquer negócio jurídico.

f) a validade da partilha está na dependência de que não se prejudiquem as legítimas dos herdeiros necessários⁴⁰, como requer o artigo 2.018 do CC, portanto, deve observar igualdade na divisão: “se tiver sido quebrada a *par conditio* dos herdeiros, não prevalecerá” e estará sujeita à revisão judicial.⁴¹

g) como a divisão em vida não implica adiantamento de legítima, não há obrigação de os bens partilhados serem trazidos à colação, por conseguinte, deve haver a participação de todos os herdeiros necessários, para receber seu quinhão e expressar seu consentimento.

h) a partilha não pode ser feita sob condição ou com instituição de encargo.

3. Ausência de pressupostos e requisitos da partilha em vida: vício insanável

Cabe lembrar que o direito à herança é assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXX), é um direito individual que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais, que se exerce nos termos da lei infraconstitucional, no caso o Código

⁴⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, p. 385.

⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 386.

Civil. Constitui, em verdade, uma limitação à autonomia do titular de bens, que deles pode dispor em vida ou *mortis causa* (por meio de testamento), desde que respeite o direito à herança, vale dizer a parte que a lei reserva para os herdeiros que indica.

Este fundamento constitucional do *direito à legítima*, também denominada *reserva* ou *reserva legal*, antigo instituto que tem atualmente foro constitucional, a qual deve ser preservada para os sucessores indicados na lei, considerados herdeiros necessários e a quem pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que constituem a legítima (CC, art. 1.846).

A teor do artigo 1.845 do CC são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. As razões que determinam a escolha feita pelo legislador são analisadas pela doutrina e vão desde a vontade presumida do autor da herança até o controle indireto do direito de propriedade, tema de todo interesse, que foge, porém, ao escopo do presente.

Ao proteger a legítima o legislador manteve a tradição do direito brasileiro, na qual convivem a sucessão por lei e a que se dá por disposição de última vontade (CC, art. 1.786). Há, assim, liberdade de dispor limitada, na medida em que não se pode, a qualquer título, atingir a legítima. Por tal motivo, é válida a dispensa de colação, desde que as liberalidades se contenham no âmbito da parte disponível do doador (CC, art. 2005).

A partilha em vida, como visto, é ato de vontade, inerente ao exercício da autonomia privada, ínsita à liberdade, direito fundamental cuja inviolabilidade é assegurada constitucionalmente. A garantia do direito à herança não pode afrontar a autonomia, mas não pode ser por ela desrespeitada. Convivem, desse modo, com amparo constitucional, a divisão do patrimônio em vida, como autoriza o artigo 2018 do CC, as disposições de última vontade e as doações em vida, estas sim, consideradas adiantamento de herança, por força do disposto no artigo 544 do CC.

Para o direito brasileiro a doação aos descendentes e ao cônjuge é um adiantamento de legítima, e não uma liberalidade, que obriga o beneficiado a trazer os bens à colação. A partilha em vida é um ato definitivo e consumado que produz efeitos que atingem três ordens de relações: a) entre pais e filhos; b) dos filhos entre si; c) com terceiros (de que são exemplo credores). Interessam ao presente as duas primeiras relações.

Por força da partilha em vida, os bens se transferem imediata e irrevogavelmente aos ali beneficiados, que assumem a titularidade dos mesmos, sem a obrigação de trazê-los à colação. Em consequência, se um dos novos titulares morre antes do seu ascendente, os bens recebidos na partilha se transmitem a seus sucessores, integrados que estão em seu patrimônio que constitui sua herança. Não retornam, portanto, quer diretamente, quer por força de colação ao patrimônio do ascendente que fez a partilha.⁴²

Embora consumada e irrevogável, a partilha não é imune à invalidação, na medida em que contenha os vícios ou defeitos que afetam a validade dos negócios jurídicos em geral. Considerada a regra que a autoriza (CC, art. 2018), é nula a “partilha na qual não forem compreendidos todos os filhos, ou em que algum deles foi lesado na porção legítima”⁴³. No mesmo sentido é expresso Carlos Maximiliano⁴⁴:

A faculdade de partilhar restringe-se ao preceituado, mas compreende todo o preceituado; por isso, aproveita, não só aos filhos legítimos, como também aos legitimados, aos naturais reconhecidos e aos adotivos. Deve a distribuição abranger todos os sucessores imediatos do *de cuius*, embora gerados e nascidos depois de feita a partilha; se um deixa de ser mencionado, isto é, faltando o quinhão de um filho [...] está nula a partilha efetuada por meio de ato entre vivos, como estaria a judicial em circunstâncias iguais, [...].

Como acima exposto, a partilha em vida, embora feita sob a forma de doação, não se confunde com a doação aos descendentes e ao cônjuge, que importa em adiantamento da legítima, por força do art. 544. Tanto assim que dispensa inventário e colação de bens por ocasião da abertura da sucessão, com o falecimento daquele que fez a partilha em vida.

Assim é, porque se pressupõe que sejam beneficiadas todas as pessoas que seriam chamadas a receber a herança na qualidade de herdeiras necessárias, ainda que em contratos separados. Caso contrário, isto é, se não contemplada a totalidade dos

⁴² REZENDE, Astolpho de. *Direito das Sucessões*, cit., p. 302.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 302.

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 634-635.

herdeiros necessários, nula será a partilha, como alerta Carlos Maximiliano. Por este motivo, é possível se considerar a partilha em vida como uma “sucessão antecipada”.

Como consequência inafastável, o aumento do número de herdeiros necessários, na hipótese de surgimento de novo descendente sucessível, um filho, rompe este pressuposto e acarreta a nulidade da partilha que houver sido feita.

Caso não se invalide a partilha em vida, irremediavelmente comprometida ficará a legítima do herdeiro que dela não participou, em descumprimento ao que dispõe o artigo 2.028 do CC e afronta ao artigo 5º, XXX, da Constituição da República.

Com igual ou maior razão, a redução do número de herdeiros necessários, pela perda da qualidade de herdeiro necessário de um dos agraciados na partilha em vida – no caso presente do ex-cônjuge – igualmente rompe o pressuposto de se contemplar todos os herdeiros: i) a um, por beneficiar quem não seria, nem será mais, chamado a suceder, pela perda da qualidade de sucessor legítimo necessário, mas recebeu quinhão igual ao dos descendentes; ii) a dois (e mais grave), por comprometer desse modo e irremediavelmente a legítima dos herdeiros necessários, uma vez que, insista-se, não haverá inventário, nem obrigação de trazer bens à colação.

Dito de outro modo, a perda da qualidade de herdeiro necessário, daquele que participou da partilha em vida, resulta na atribuição de quota do patrimônio dividido a quem não tem legitimidade para recebê-lo, em prejuízo dos herdeiros necessários. Caracterizados, de modo mais acentuado, o desrespeito ao artigo 2.028 do CC e a afronta ao artigo 5º, XXX, da Constituição da República.

O pressuposto que informa esse tipo de negócio – divisão do patrimônio entre os herdeiros necessários foi rompido, com a perda dessa qualidade por um dos favorecidos na partilha, a saber, pela senhora ZZZ, quando se divorciou do partilhante.

A divisão do próprio patrimônio entre os virtuais herdeiros necessários no direito brasileiro pode-se dar por ato entre vivos – partilha em vida, ou por declaração de última vontade – testamento. A diferença fundamental entre essas duas formas de divisão de bens reside no momento da partilha: a partilha em vida “é eficaz em vida e

não no momento da morte, inexistindo diferença ontológica entre a natureza jurídica dos respectivos atos de vontades”.⁴⁵

Desse modo, em ambos os casos, a alteração do número de herdeiros necessários implica modificação do pressuposto que informa tais negócios jurídicos – a existência de herdeiros necessários sucessíveis, o que atinge diretamente a eficácia de tais atos, e opera de modo distinto em cada um deles.

Em razão dessa mesma lógica, determina o vigente Código Civil (que reproduz o art. 1.750 do CC 1916), que na hipótese de surgimento de descendente sucessível, portanto de aumento do número de herdeiros necessários, rompa-se o testamento:

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Não há previsão para o caso de partilha em vida, sobre a qual foi lacônico o legislador brasileiro que não fez outras disposições sobre a matéria além do artigo 2.018. Pelas razões já apontadas, embora compreenda uma transmissão a título gratuito – como é próprio das transmissões relacionadas ao evento morte, não se encontra submetida à disciplina prevista para as doações, “mas ao regime jurídico próprio da divisão de bens efetuada pelo autor da herança entre seus herdeiros, tal como ocorre com o testamento, negócio jurídico unilateral mediante o qual se procede à partilha *mortis causa*”. Ao autorizar a partilha em vida, presume o legislador que o ascendente não tem o intuito de romper a igualdade entre a prole, mas apenas antecipar a utilização dos bens que receberiam quando aberta a sucessão.⁴⁶

À semelhança do que ocorre na partilha por testamento a alteração do número de herdeiros necessários irá provocar a ineficácia do ato. Só que, no caso da partilha em vida, em razão de sua natureza e efeitos, e do princípio da intangibilidade da legítima, a modificação para mais ou para menos no número de herdeiros necessários acarreta a

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Regime de bem e tutela sucessória do cônjuge. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 371.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Regime de bem e tutela sucessória do cônjuge, cit., p. 369-370.

nulidade do ato, para que se proceda à correção da divisão feita em desacordo com a determinação legal. Neste sentido é expresso Carlos Maximiliano:

No caso do que vulgarmente denominam doação-partilha, não existe dádiva, porém inventário antecipado, em vida; não se dá colação; rescinde-se ou corrige-se a partilha, quando ilegal ou errada.⁴⁷

No caso, houve diminuição do número de herdeiros necessários em prejuízo da legítima dos demais coerdeiros de igual classe, visto que a divisão feita em igualdade de condições incluiu pessoa que não é herdeira potencial, uma vez que fosse a partilha feita após a morte de XXX, a senhora ZZZ não teria legitimidade sucessória, por força do disposto no art. 1.830 do Código Civil de 2002, a saber:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

A partilha em vida é nula, nos termos do artigo 166, VII, do Código Civil, por contrariar o artigo 2.018 do CC e afrontar ao artigo 5º, XXX, da Constituição Federal.

Mas não é só. Como qualquer negócio jurídico, a validade da partilha em vida deve atender os requisitos de capacidade das partes, forma e objeto, estabelecidos pela Lei Civil (CC, art. 104), para que lhe seja reconhecida validade. No caso, o contrato celebrado não depende de forma especial exigida em lei. Os demais requisitos, contudo, foram atingidos por fato novo que compromete irremediavelmente sua validade.

Em tal caso, os herdeiros necessários têm, por conseguinte, direito de pedir a parte de sua herança que foi atribuída a pessoa que perdeu sua legitimidade sucessória. Trata-se de situação jurídica cujos efeitos se aproximam dos produzidos pela situação do herdeiro aparente, embora ambas não se confundam.

Cabe lembrar que a menção à capacidade, feita pela lei, não se restringe à capacidade geral para a prática dos atos da vida civil (CC art. 3º e 4º), pois algumas pessoas,

⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões, cit., p. 360.

embora plenamente capazes têm impedimentos para prática de determinados atos. Na verdade, a capacidade diz respeito à condição subjetiva de validade do negócio⁴⁸, que compreende não só o atendimento da exigência genérica de ter mais de dezoito anos (CC art. 5º), mas “as condições e qualidades [...] para a prática do negócio”⁴⁹. A lei proíbe que algumas pessoas pratiquem ou participem de determinados atos, em razão de sua posição em relação a certos bens, certas pessoas ou certos interesses. Em tais hipóteses a pessoa tem capacidade, mas não terá legitimidade para realizar ou participar dos atos indicados na lei.

Os conceitos são próximos, e o termo incapaz é utilizado às vezes indiscriminadamente, mas as situações não se confundem. Uma pessoa plenamente capaz (por ter mais de 18 anos, conforme art. 5º do CC) será considerada incapaz (palavra utilizada pela lei, em lugar de impedido) de exercer a tutela nos casos enumerados no art. 1.735 do CC. O tutor, pessoa apta para a prática de atos da vida civil, não tem *legitimidade* para adquirir bens do tutelado, mesmo que haja autorização judicial (art. 1.749, I). Legitimidade é o poder de exercer um direito, legitimado é quem tem esse poder.⁵⁰

Este o caso presente. Embora juridicamente capaz, a senhora ZZZ perdeu a qualidade que a legitimava a participar da partilha em vida realizada por seu ex-marido – em igualdade de condições com os demais herdeiros necessários, fato novo que prejudica a legitima dos herdeiros necessários, que outro recurso não têm senão buscar em ação própria a invalidação da partilha feita por seu pai, para fins de pedir a parte da sua herança que foi atribuída a pessoa não mais legitimada para tanto.

No caso da partilha em vida, apenas estão legitimados a dela participar os herdeiros necessários, sob pena de afronta ao artigo 2.018 do CC. Fica evidenciada, desse modo, a razão pela qual a doutrina ressalta que a partilha será nula se omitir algum herdeiro necessário ou se ocorrer o nascimento de mais um filho.

Na verdade, o surgimento de fato novo que altere o número de herdeiros necessários existentes ao tempo da partilha em vida implicará sua nulidade, para que seja feita sua necessária correção, visto que – se não há obrigação de colacionar, nem inventário – não haverá possibilidade de se igualarem os quinhões hereditários como determina a lei, salvo por ação própria.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 485.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., p. 218.

⁵⁰ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13-14.

Embora se cogite sempre da possibilidade de surgimento de um novo herdeiro, o contrário pode ocorrer, de modo simétrico, notadamente nos dias atuais, em que duas situações novas - não raras - podem retirar a qualidade de herdeiro necessário dos agraciados na partilha: a) a desconstituição da paternidade/maternidade com base no exame de DNA, prova cabal da inexistência do vínculo de filiação; e b) a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou do casamento pelo divórcio, na medida em que o cônjuge passou, a partir de 2003, a ser herdeiro necessário, que concorre com os descendentes (CC, art. 1.829, I), mas perde a qualidade de sucessor nos termos do artigo 1.830 do CC, como acima referido.

O divórcio dissolve o casamento civil (CR, 1988, art. 226, § 6º e CC, art. 1.571, § 2º) e, com maior razão, impede o reconhecimento de direito sucessório ao ex-cônjuge, que se torna parte ilegítima para permanecer na partilha em vida, especialmente se concorreu em igualdade de condições com os demais herdeiros necessários, por duplo motivo: a) por não ter mais a qualidade de herdeiro necessário; b) por sua presença prejudicar, de modo irremediável, a legítima dos herdeiros necessários. Este o caso presente.

Observe-se que em todas as situações mencionadas há desconstituição de um vínculo familiar existente, que provoca modificação do *status* da pessoa e profundas alterações na sua esfera de interesses existenciais e patrimoniais, dentre as quais a perda da qualidade de herdeiro.

Assim sendo, a partilha em vida realizada por XXX é nula, nos termos do artigo 166, I, do Código Civil.

4. Considerações finais

Como observa Oliveira Ascensão⁵¹, até a abertura da sucessão há uma variação no quadro dos sucessíveis, e não raro podem surgir novos sucessíveis, como deixar de ser aqueles que o eram. É o que se constata: quando descendentes nascem ou um testamento é feito e surgem novos sucessíveis, mas se parentes morrem ou há revogação do testamento desaparecem os sucessíveis. Até que a sucessão se abra com a morte do autor da herança, todos são herdeiros virtuais.

⁵¹ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: sucessões. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 118-119.

Se o quadro dos sucessíveis pode se alterar até momento da morte e mesmo após, quando já realizada a partilha *mortis causa*, maior a probabilidade desse tipo de alteração ocorrer no curso da vida, como decorrência natural da dinâmica da família, que perdeu seu perfil estático e imutável.

A disposição dos bens se fundamenta no direito de propriedade: o proprietário pode dispor de seus bens, nos termos e limites previstos em lei. Desse modo pode ocorrer uma sucessão entre vivos, no sentido da substituição do sujeito no polo ativo da relação jurídica, com a substituição imediata da titularidade – por força de ato de vontade, mediante negócio jurídico entre vivos, sob a modalidade de venda, doação, permuta, e partilha em vida. A partilha em vida é negócio excepcional, que só abrange os casos expressos na lei, os quais devem ter interpretação restritiva.⁵²

Na atualidade, a partilha em vida ganha novas perspectivas, na medida em que o núcleo familiar constituído pelos pais e filhos é passível de modificação, não sendo raro o “remanejamento” de seus integrantes em novos arranjos familiares, especialmente em razão da dissolução dos vínculos existentes, quer entre o casal, por força da morte, separação ou divórcio, quer entre o(s) pai(s) e filho(s), em decorrência do surgimento de novos filhos, genéticos ou adotivos, ou da desconstituição da paternidade ou maternidade. A alteração do *status* familiar, em qualquer desses casos, provoca severos efeitos na esfera dos direitos existenciais e patrimoniais, especialmente no campo dos direitos sucessórios. Em consequência, atingida diretamente em validade estará a partilha feita em vida, de que é exemplo o caso em análise.

Desse modo, considerando que:

a) o exame do contrato celebrado entre XXX, seus filhos e sua (ex)esposa, à luz do artigo 112 do Código Civil, deixa claro que XXX tinha um único fim: dividir seus bens entre as pessoas que constituíam sua família e que, por esse motivo, seriam por força da lei suas herdeiras necessárias;

b) a partilha em vida não tem natureza de pacto sucessório, é negócio jurídico *sui generis* entre vivos, que não se confunde com a doação (ato de liberalidade), que empresta, porém, à partilha em vida um de seus elementos característicos - a gratuidade, adequado à transmissão da propriedade que

⁵²MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 2. p. 634.

decorre da divisão de bens autorizada pelo Código Civil no art. 2.018;

c) a partilha em vida se rege, respeitadas suas peculiaridades, pelas regras da partilha por morte;

d) não há na lei brasileira, à semelhança do que ocorre no direito francês e português, dispositivo que determine a aplicação das regras da doação à partilha em vida;

e) convivem no direito brasileiro, com amparo constitucional, três tipos de negócios jurídicos, com efeitos distintos: a partilha em vida (art. 2.018 do CC), as disposições de última vontade (art. 1.786 do CC) e as doações feitas por ascendentes a descendentes e/ou cônjuge que importam em adiantamento do que lhes cabe por herança (art. 544 do CC);

f) a partilha em vida não se confunde com a doação feita por ascendente a descendentes e ao cônjuge, que implica adiantamento de legítima e a obrigação de trazer bens à colação;

g) o direito hereditário potencial é pressuposto da partilha em vida, e apenas os virtuais herdeiros necessários têm legitimidade para dela participar;

h) em razão de sua natureza e dos efeitos que produz, a partilha em vida só tem cabimento se realizada com a participação de todos - e apenas - dos herdeiros necessários;

i) por ser irrevogável e produzir efeitos imediatos e definitivos, a partilha em vida dispensa inventário por ocasião da morte do partilhante, bem como a obrigação de os beneficiados trazerem bens à colação;

j) a alteração do número de herdeiros necessários, quer para mais, em razão do surgimento de herdeiro necessário que não tenha participado da partilha em vida, quer para menos, por

força da perda da qualidade de herdeiro necessário de algum dos que dela tenha participado, implicará a invalidade da partilha em vida, por atingir sua condição de validade, qual seja, não haver prejuízo à legítima dos herdeiros necessários;

k) com o divórcio, o ex-cônjuge perde a qualidade de herdeiro necessário, por força do disposto no art. 1.830 do CC, e como consequência necessária perde a legitimidade para participar da partilha em vida;

l) a permanência de pessoa não legitimada na partilha em vida altera o cálculo da quota e acarreta irremediável prejuízo à legítima dos herdeiros necessários, visto que não há colação;

m) a partilha em vida somente será válida se não prejudicar a legítima dos herdeiros necessários;

n) consoante doutrina e jurisprudência, os prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários, decorrentes da partilha em vida, devem ser arguidos pela via judicial própria, que não a do inventário, que é dispensado na hipótese;

Assim, levando-se em conta as conclusões acima apontadas pode-se afirmar que:

I - o negócio jurídico realizado por XXX configura verdadeira partilha em vida de seu patrimônio, que foi dividido em partes iguais entre seus filhos e sua então esposa, à época seus virtuais herdeiros necessários;

II – houve redução do número dos herdeiros necessários que participaram da partilha em vida, por força da perda da qualidade de herdeira necessária de ZZZ, em razão do divórcio;

III – a permanência da ex-esposa na partilha prejudica a legítima - por reduzi-la - dos filhos que participaram da partilha em vida, fato que a torna inválida.

Em face do exposto, constata-se que a perda da qualidade de herdeira de ZZZ, em razão do divórcio, rompeu o pressuposto da partilha em vida, por acarretar a perda de sua legitimidade para receber uma quota do patrimônio de XXX, em igualdade de condições com seus herdeiros necessários. O contrato realizado para divisão do patrimônio do consulente pode e deve ser invalidado.

Além disso, em consequência do divórcio, a validade da partilha em vida realizada por XXX encontra-se diretamente afetada, na medida em que a permanência de ZZZ na partilha atinge diretamente sua condição de validade, na medida em que prejudica irremediavelmente a legítima dos herdeiros necessários, em descumprimento ao que dispõe a norma que autoriza esse tipo de negócio jurídico.

Destaque-se que, em razão de a partilha em vida dispensar inventário por ocasião da morte do partilhante, bem como a obrigação de os beneficiados trazerem bens à colação, nos casos (como o presente) em que foi aquinhoadada pessoa sem legitimidade para tanto, outro remédio não resta aos herdeiros necessários se não invalidar a partilha e pedir a parte da herança que lhes cabe.

A partilha em vida em tal situação é nula, por violar o disposto no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal, e contrariar o disposto nos artigos 166, I e VII, e 2.018, do Código Civil.

É o parecer.

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 1989.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil Comentado*. v. 6, 9. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. XXI, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 2, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. t. LX, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Código Civil Comentado*. v. XX, São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Orlando. *Curso de direito civil: contratos*. Atualizador: Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vols. I, III e VI, 18. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2011.

REZENDE, Astolpho de. Direito das Sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do código civil brasileiro*, t. XX, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Partilha. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 57. São Paulo: Saraiva, 1977.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. XXIV, 11. ed., Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1979.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed., Coimbra: Coimbra, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. Regime de bem e tutela sucessória do cônjuge. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil: direito das sucessões*. In: AZEVEDO, Alvaro(Coord.). v. 21, São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. O regime jurídico da partilha em vida. *Revista dos Tribunais*, 622,jul/1987. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Como citar: BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-disciplina-juridica-da-partilha-em-vida/>>. Data de acesso.