
INSTRUMENTOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: O NEGÓCIO JURÍDICO DA PARTILHA EM VIDA

INHERITANCE PLANNING: THE LEGAL ASPECTS OF THE PARTITION MADE BY AN ASCENDANT

JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA DE BIAZI¹



¹ Mestrando em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestrando em *Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei* na *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (USP), com estudos realizados na *King's College London* e especialização em *Derecho de la Integración Regional* pela *Universidad Alcalá de Henares*. Professor de Direito Civil. Advogado.

1. Introdução

O Código Civil trata da partilha no Capítulo V, do Título IV do Livro de Direito das Sucessões. O instituto também conta com disposições relevantes no Código de Processo Civil, mais precisamente na Seção VIII, do Capítulo VI, do Título III do Livro do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença.

O objetivo deste artigo, entretanto, não é estudar todas as espécies de partilha. O esforço será concentrado precisamente em uma única modalidade do instituto: a partilha em vida, positivada no art. 2.018 do Código Civil.

Tendo em vista que a compreensão da espécie pressupõe o domínio do gênero, este artigo parte de uma breve contextualização do sentido técnico de partilha. Em seguida, iniciar-se-á o estudo da espécie com uma tentativa de fornecer a natureza jurídica da partilha em vida. Ao final, será feita uma análise ampla da figura, pensando sempre em identificar claramente seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia característicos.

2. A aquisição da herança pela morte e o efeito da partilha

Ditado pelo art. 1.784 do Código Civil, o *droit de saisine*² não permite que entre a morte e a assunção da herança haja um espaço vazio. Consequentemente, a morte do autor da herança causa não só a abertura da sucessão, como também a transmissão do patrimônio hereditário aos herdeiros legítimos e testamentários. Em outras palavras, a abertura da sucessão e a aquisição da herança sempre acontecem concomitantemente.

Era outra a solução dada no direito antigo. Pelo direito romano, a fase da abertura da sucessão (*Delatio hereditatis*) e a fase da sua aquisição (*Acquisitio hereditatis*) poderiam ocorrer em momentos distintos³.

Segundo as fontes romanas, o direito sucessório de então conhecia dois tipos de herdeiros, os *heredes necessari*⁴ e o *heredes voluntarii*⁵. Os primeiros experimentavam a aquisição da herança no mesmo momento da abertura da sucessão, assim como ocorre atualmente⁶. Havia, entretanto, algumas diferenças

² Caio Mário da Silva Pereira pondera que, embora tenha sido mais consagrada a expressão francesa, o instituto já era proclamado no direito germânico com a adoção da fórmula *Der Tote erbt den Lebenden*. Ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 20.

³ SOHM, Rudolph. *Institutes of Roman Law*. Oxford, Oxford University Press, 1892, p. 413.

⁴ Gai. 2. 153/157.

⁵ Gai. 2. 161/162;

⁶ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4ª ed., Torino, Utet Giuridica, 2014, p. 677.

importantes: os *heredes necessarii* não podiam, por exemplo, renunciar à herança⁷.

Em contrapartida, os *heredes voluntarii* não adquiriam a herança com a morte do *de cuius*, mas somente após a comprovação de que aceitaram a da herança. Essa aceitação poderia resultar de um ato solene de aceitação (*cretio*⁸) ou tacitamente pela prática de atos relativos à herança (*pro herede gestio*⁹). Também era permitido ao *heredes voluntarii* renunciar a herança, seja pela ausência de *cretio* ou de *pro heredere gestio*, como também por celebração de ato próprio¹⁰.

Verifica-se que, havendo *heredes voluntarii*, a herança passaria necessariamente por um período de acefalia, já que haveria um lapso temporal entre a abertura da sucessão e a efetiva aquisição da herança. Essa situação era compreendida pelos romanos por meio do instituto da herança jacente¹¹. Criava-se uma ficção jurídica, que muitos autores intitulam pessoa jurídica¹², responsável por dar continuidade aos atos da vida civil envolvendo a herança, até o momento em que ela é adquirida por um herdeiro¹³.

Há tempos que o direito luso-brasileiro preza por uma sistemática diferente da romana. O Alvará de 9 de novembro de 1754, assinado pelo Rei José I, o *Reformador*, determinou que a posse civil¹⁴ dos bens da herança deveria passar logo “aos herdeiros escritos, ou legítimos¹⁵”. A mesma lógica foi adotada pelo art. 1.572 do Código Civil de 1916 e o atual art. 1.784 do Código Civil de 2002.

Pode-se dizer que, desde o Alvará de 9 de novembro de 1754, o direito luso-brasileiro reconhece que a propriedade da herança é transferida aos herdeiros

⁷ D. 28.2.8.

⁸ Gai. 2. 166.

⁹ D. 29.2.20.

¹⁰ Gai. 2. 169; BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*, op. cit., p. 681.

¹¹ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*, op. cit., p. 673.

¹² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*, v. 2, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975, p. 777.

¹³ D. 46.1.22. Vale dizer que o termo “herança jacente” ainda é utilizado atualmente, embora com significado totalmente distinto. Nesse sentido: “O nome ‘herança jacente’ é sobrevivência do tempo em que, entre a morte e a adição, a herança jazia. Não temos mais heranças que jazam; e temos, a despeito disso, em nossas bocas, cheias de detritos romanísticos – à semelhança das crenças mortas que nos atulham o espírito – ‘heranças jacentes’. Os mortos não só nos acompanham; às vezes nos atropelam. Raros são os povos que seguem o conselho do Cristo: enterrá-los. Por medida de limpeza, usemos, nos comentários, em sentido preciso, a expressão herança vacante.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões, Sucessão em Geral. Sucessão Letítima*, v. 55, Rio de Janeiro, Borsoi, 1968, p. 111.).

¹⁴ O termo posse civil, utilizado com frequência nas Ordenações, deve ser aproximado à noção atual de propriedade, uma vez que a posse, após o advento do Código Civil de 1916, adquiriu sentido de situação de fato – esta compreendida nas Ordenações, também de maneira aproximada, com a posse natural. Nesse sentido: BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*, op.cit., p. 743; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 12, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 10.

¹⁵ Disponível em: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, v. 38-C, 14ª ed., fac-similar, Brasília, Senado Federal, 2012, p.1042

legítimos e testamentários no exato momento em que se declara aberta a sucessão, ou seja, no momento da morte do *de cuius*¹⁶.

Como consequência lógica do *droit de saisine*, é impossível determinar qual fração da herança deve integralizar o patrimônio de cada herdeiro desde a abertura da sucessão. Deve-se primeiro conhecer o conjunto de herdeiros e calcular a quota de cada um – o que, invariavelmente, leva tempo.

É por esta razão que o legislador determinou, no art. 1.791 do Código Civil, que a herança deve ser compreendida como um todo unitário e indivisível, de tal sorte que, havendo mais de um herdeiro, os bens da herança deverão ser comuns¹⁷.

O estado de unidade da herança, consequência natural da sucessão hereditária, é, todavia, estabelecido em caráter transitório, uma vez que ela gera um exercício dispendioso do direito de propriedade¹⁸. Não é por outro motivo que o art. 1.320 do Código Civil só permite a manutenção da copropriedade pelo prazo máximo de 5 anos, mesmo que a sua manutenção seja fruto de convenção (*indivisão ou comunhão convencional*).

Não obstante, enquanto durar a copropriedade entre os herdeiros, o exercício da propriedade da herança deve ser sempre compartilhado. Nesse sentido, o herdeiro só poderá gozar plenamente do seu quinhão hereditário após duas etapas: (i) a herança ser totalmente contabilizada e liquidada; e (ii) todo seu conteúdo patrimonial for fracionado entre os herdeiros, na proporção dos seus quinhões.

A primeira etapa para o pleno exercício da propriedade é realizada por meio do procedimento de inventário. Assim que a sucessão é aberta, o acervo hereditário forma um *monte* que abrange a totalidade do patrimônio do defunto, ou seja, dos bens existentes no dia da morte. Esse apanhado de bens é contabilizado, são pagos os débitos do morto e os legados e, por fim, se recolhe o imposto de transmissão mortis causa (ITCMD). O produto do processo de inventário é, então, uma espécie de “herança líquida”.

É essa herança líquida o objeto da segunda etapa. A partilha é o centro da liquidação da herança, pois é nela que se põe fim ao estado de unidade da propriedade dos bens da herança; discrimina-se e especifica-se os quinhões hereditários; fixa-se o momento em que o acervo deixa de ser uma *res communis* dos herdeiros, operando a mutação em coisas particulares de cada um. Ao final da partilha, portanto, não há mais herança.

Como os bens já são dos herdeiros, por força do *droit de saisine*, a função primordial da partilha consiste em pôr fim ao estado de comunhão hereditária no qual se encontram os herdeiros. Essa função levou alguns autores a concluir

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões, Sucessão em Geral. Sucessão Letítima*, op. cit., p. 19.

¹⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 1, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 62.

¹⁸ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 3, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 775.

que a partilha tem função meramente declaratória. Tomam-se, como exemplo, as palavras de Silvio Rodrigues e de Itabaiana de Oliveira¹⁹:

Pode-se dizer que a partilha entre os coerdeiros – como a divisão entre os condôminos – é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade, ou seja, a partilha apenas declara pertencer determinado quinhão ao herdeiro, por ele adquirido, entretanto, em razão da morte do *de cuius*²⁰.

A sentença de partilha é retroativa *ex tunc* isto é, desde a data da abertura da sucessão, porque a partilha é meramente declaratória e não atributiva da propriedade entre os coerdeiros²¹.

Tal conclusão, entretanto, é precipitada. O ato jurídico de efeito declaratório se destina, especificamente, a afirmar a existência ou não de relação ou de fato jurídico²². A partilha não se destina tão somente a noticiar uma relação jurídica entre os coerdeiros, mas também a extinguir a comunhão hereditária que existe entre eles²³. A partilha, portanto, modifica a relação jurídica entre os coerdeiros, razão pela qual o reconhecimento de um único efeito declaratório não seria suficiente para compreender todo o seu âmbito operativo.

Em síntese, pode-se dizer que a partilha informa aos herdeiros as dimensões das quotas hereditárias e também extingue a comunhão hereditária, definindo a nova situação jurídica dos herdeiros sobre os bens que compunham a herança. Há na partilha, portanto, um ato modificativo²⁴.

Vale ressaltar, todavia, que a partilha não tem qualquer efeito de atribuição patrimonial. Ora, a aquisição da propriedade pelos coerdeiros se operou desde a abertura da sucessão com o falecimento do autor da herança, pela força do art. 1.784 do Código Civil. Reconhecer os efeitos declaratórios e modificativos da partilha não leva à conclusão de que ela gera uma espécie de atribuição *causa mortis* de propriedade, em detrimento do *droit de saisine*.

Pelo o que já foi dito, podemos sintetizar nossas percepções da seguinte forma:

¹⁹ A opinião também é seguida por vários autores. A título exemplificativo: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, op. cit., p. 420; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 21, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008; LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Sucessões*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 288; VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. v. 21, São Paulo, Saraiva, 2003 p. 1870.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Partilha (Direito das sucessões)*, In: FRANÇA, Rubens Limongi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 57, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 206.

²¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 3, op. cit., p. 886.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Código de Processo Civil Comentado*, v. 14, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p.246

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, Rio de Janeiro, Borsoi, 1969, p. 223.

²⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil: Sucessões*, Coimbra, Coimbra editora, 2000, pp. 546/547

- (i) A propriedade da herança se transfere com a morte do *de cuius* e a abertura da sucessão, por força do art. 1.784 do Código Civil;
- (ii) A partilha se opera para dar contorno às quotas hereditárias dos coerdeiros e a extinguir a comunhão hereditária existente até então entre eles; e
- (iii) A partilha não é responsável pela atribuição patrimonial dos herdeiros aos bens herdados.

Encerrado o inventário, feita a colação, liquidado o imposto causa mortis e pagas as dívidas, os bens do monte hereditário serão enfim partilhados entre os herdeiros, seguindo a vontade do defunto e as normas legais²⁵.

Tomadas essas conclusões sobre como se dá a transmissão dos bens da herança e qual é o papel da partilha dentro deste procedimento, passa-se de imediato ao estudo da partilha em vida, modalidade de partilha que se deseja, aqui, conhecer mais profundamente.

3. A partilha em vida como negócio jurídico “sui generis”

É o artigo 2.018 do Código Civil que cuida da partilha em vida. Tendo em vista a intenção dogmática do presente estudo, não há melhor maneira de começar a análise senão pelo texto de lei:

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.

Em Portugal, já era respeitada a partilha feita pelo ascendente, mesmo antes das próprias Ordenações Afonsinas²⁶. As Ordenações, entretanto, nunca dedicaram texto normativo para a modalidade.

No Brasil, foi o Código Civil de 1916 que inaugurou a positivação da partilha em vida, embora sua entrada no nosso direito codificado não tenha sido à prova de

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, op. cit., p. 428.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 251.

críticas²⁷. A redação do seu artigo 1.776 é muito semelhante a do atual artigo 2.018. A diferença, entretanto, é que no artigo do Código Civil antigo falava-se “pai” ao invés de “ascendente”. A expressão “pai” já era criticada pelos autores da época, pois poderia levar a crer que a modalidade deveria ser utilizada somente pelo pai, e não pela mãe²⁸. Graças à doutrina, o erro não foi cometido na redação do atual Código.

A partilha em vida é, naturalmente, espécie do gênero partilha. Consequentemente, seu âmbito de operação é o mesmo de qualquer tipo de partilha: determinar categoricamente o conteúdo dos quinhões hereditários de cada coerdeiro e dar fim à comunhão hereditária. Esse instituto, não obstante, tem a peculiaridade de contar com a manifestação de vontade do próprio autor da herança. A opinião do *de cujus* na elaboração da partilha pode facilitar a destinação final dos bens da herança. Atende-se mais facilmente, portanto, ao interesse especial de cada um dos coerdeiros²⁹. Se é possível a participação dos futuros coerdeiros em conjunto com o ascendente, a partilha em vida torna-se modalidade ainda mais atraente.

Não há grande questionamento na doutrina sobre a natureza de negócio jurídico da partilha em vida. Em linhas breves, negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do seu suporte fático consiste na manifestação de vontade destinada a mensurar o surgimento, permanência e intensidade de determinadas relações jurídicas³⁰. A partilha em vida assume essas características ao expressar a vontade do ascendente em predeterminar como será distribuída sua herança.

Há, todavia, enorme incerteza sobre qual é a espécie de negócio jurídico ocupada pela partilha em vida. A maioria dos trabalhos consultados neste estudo veem na partilha em vida uma espécie de doação ou testamento, a depender se a partilha em vida é ato entre vivos ou é disposição de última vontade. Por outro lado, existem esforços que classificam a partilha em vida como um negócio jurídico próprio, independentemente de ser *inter vivos* ou *mortis causa*.

²⁷ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 24, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 389; BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*, v. 2, op. cit., p. 1001.

²⁸ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 24, op. cit., p. 390; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 250; BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*, v. 2, op. cit., p. 1002.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 255.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, t. 3, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, pp. 7/8. Ver também: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*, v. 1, 16. Ed, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 191.

Em relação à primeira corrente, vale mencionar que tanto a doação como o testamento são negócios jurídicos de atribuição patrimonial, pois por meio deles há a perda, limitação ou disposição de direitos patrimoniais³¹.

A doação é espécie de contrato. Atualmente, busca-se entender o contrato como o negócio jurídico bilateral destinado estritamente às relações jurídicas de cunho patrimonial³². A função do contrato é, portanto, dar vestimenta jurídica às operações econômicas³³. Sendo ato contínuo, doação é o contrato pelo qual uma parte se desfaz de uma porção de seu patrimônio em favor de outra que o aceita³⁴.

O testamento, por outro lado, é negócio jurídico unilateral pelo qual é atribuída a herança ao herdeiro testamentário³⁵. Vale constatar, entretanto, que o testamento experimentou uma ampliação do seu âmbito operativo recentemente. Embora seu uso tenha sido destinado na maioria das vezes para a consagração de indivíduos como herdeiros testamentários, o testamento pode ter disposições não patrimoniais —resultado do art. 1.857, §2º do Código Civil. A título exemplificativo, o testamento poderá conter disposições para “*o reconhecimento de filiação, a deserção, a reabilitação do indigno, a nomeação do tutor para filhos menores, de testamenteiro, a confissão a respeito de qualquer fato, dar instruções sobre o seu funeral, determinar sufrágios por almas, dispor de uma ou de várias partes do corpo para fins terapêuticos e revogar testamento anterior*”³⁶.

É pela constatação do gênero *partilha* que se verifica o equívoco de se compreender uma das suas espécies, a partilha em vida feita por ato entre vivos, como doação. Ao vislumbrar a partilha em vida dessa forma, reconhece-se um fluxo de patrimônio entre os participantes da partilha. Como vimos no ponto anterior, a partilha não é a responsável por qualquer atribuição patrimonial aos herdeiros. Tal atribuição é dada não pelo negócio jurídico, mas pela abertura da sucessão, por força do *droit de saisine*. Portanto, a partilha em vida feita por ato entre vivos, a que se refere o art. 2.018 do Código Civil, jamais poderá ser doação.

³¹ Francisco Marino, citando Emilio Betti, explica que “os negócios jurídicos de atribuição patrimonial podem ser agrupados em negócios jurídicos dispositivos e negócios jurídicos obrigacionais, conforme impliquem ou não, diretamente, perda, limitação ou disposição *mortis causa* de direitos patrimoniais. Os negócios jurídicos dispositivos podem, por sua vez, classificar-se em negócios jurídicos aquisitivos, modificativos e extintivos, sendo que os primeiros bipartem-se em negócios jurídicos translativos e constitutivos de direitos reais”(MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, Revista Trimestral de Direito Civil, 5, 20, 2004, p.37.

³² GOMES, Orlando. *Contratos*, 2. ed, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 13.

³³ “L’analisi economica del diritto presuppone che il contratto sai la veste giuridica di un’operazione economica, o economicamente valutabile” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, 2. ed, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 72/73.

³⁴ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça. *Contratos no direito civil brasileiro*, t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 32.

³⁵ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 2, 4º ed., São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 428.

³⁶ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. v. 21, op. cit., p. 3.

É justamente pela ausência de atribuição patrimonial que a partilha em vida não é, como alguns autores defendem, espécie de sucessão antecipada³⁷. Pelo estipulado no art. 2.018 do Código Civil, não há qualquer adiantamento de legítima aos herdeiros necessários. O negócio jurídico feito pelo ascendente terá eficácia somente após o inventário, sendo a sucessão em si inalterada até então. Pela partilha em vida, dispensam-se tão somente as outras espécies de partilha (amigável ou judicial). À propósito, a exigência do inventário é comum às três espécies³⁸.

Em síntese, afirmar que a partilha em vida é doação é o mesmo que dizer que partilha em vida não é partilha.

Também não se confundem partilha em vida e testamento. Embora a ampliação do âmbito operativo do testamento possa ter lhe aglutinado a função operada pela partilha em vida, a instrumentalização desse instituto poderá ser promovida por negócio jurídico *mortis causa* diferente do testamento. Portanto, a partilha em vida pode ser feita em testamento, mas também poderá contar com instrumento apartado.

Por fim, outro problema que emerge da compreensão da partilha em vida como doação ou testamento é a própria inutilidade do art. 2.018. Ora, se a partilha em vida nada mais fosse do que doação ou testamento, dois negócios jurídicos típicos, de nada serviria o disposto no art. 2.018. Os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia desses negócios já contariam com disciplina jurídica extensa, carecendo o art. 2.018 de função normativa.

Frente aos impasses enfrentados pela categorização da partilha em vida como doação ou testamento, compreende-se que não há um negócio jurídico já tipificado capaz de conciliar os efeitos que serão produzidos por meio dessa modalidade de partilha no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, entende-se partilha em vida não como doação ou testamento, mas sim como um negócio jurídico *sui generis*, tipificado unicamente pelo art. 2.018 do Código Civil. Esse negócio jurídico tem o mesmo âmbito operativo das outras espécies de partilha. Seus efeitos são declaratórios e modificativos, mas não constitutivos.

Por ser a partilha em vida negócio jurídico unilateral – se houver somente a manifestação de vontade do *de cuius* – ou multilateral – se houver manifestação do autor da herança em conjunto com a dos futuros herdeiros, seu exame pode ser proveitosamente levado a efeito com recurso às indicações extraídas da teoria do negócio jurídico. A identificação de seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia permite identificar, precisamente, as características e possíveis efeitos da figura. Sem perder fôlego, procede-se ao exame dogmático.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, op. cit., p. 428; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 7, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 615. Há na doutrina também a afirmação de que a partilha em vida seria “*inventário antecipado*”. Nesse sentido: WALD, Arnoldo. *O Regime Jurídico da Partilha em Vida*, op. cit., p. 15.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 254.

4. Os contornos da partilha em vida

Elementos de existência

O plano da existência cuida da entrada dos fatos no mundo jurídico³⁹. Se olharmos especificamente para o negócio jurídico, elemento é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito⁴⁰.

A cognição dos elementos de existência de qualquer negócio jurídico pode ser catalisada pelo grau de segregação de cada um deles. Nesse sentido, temos: (i) os elementos gerais, comuns a todos os negócios jurídicos; (ii) os elementos categoriais, próprios de determinado tipo de negócio e determinados pela ordem jurídica; e (iii) os elementos particulares, presentes em um determinado negócio *in concreto*, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio⁴¹.

A título de esclarecimento, vale pontuar, por fim, que os elementos categoriais são subdivididos em duas classes: de um lado, temos elementos categoriais inderrogáveis, ou essenciais, os que revelam a essência do negócio jurídico, definindo sua categoria jurídica, distinguindo-o dos demais negócios. Do outro, encontramos os elementos categoriais derogáveis, ou naturais, os que defluem da natureza do negócio, mas podem ser afastados pela vontade das partes sem que, por isso, o negócio mude de tipo⁴².

Como esse estudo se dedica a uma categoria típica de negócio jurídico, o esforço deverá partir dos elementos categoriais inderrogáveis, já que são eles que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio e são revelados pela análise da estrutura normativa da categoria a que o negócio pertence⁴³.

Não diferentemente de qualquer espécie de partilha, a partilha em vida tem como elemento categorial inderrogável a própria herança⁴⁴. Assim, identifica-se como partilha em vida o negócio jurídico que dimensiona os quinhões hereditários dos coerdeiros, relacionando-os, necessariamente, aos bens que compõem a herança.

Requisitos de validade

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Bens. Fatos jurídicos*, t. 2, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 183

⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. Tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 31.

⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit, p. 32.

⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit, p. 35. A título exemplificativo, é elemento categorial inderrogável da compra e venda o consenso sobre a coisa e o preço. Por outro lado, é elemento categorial derogável a responsabilidade pela evicção, também na compra e venda.

⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit, p. 35.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 257.

O plano da validade serve a controlar o modo de entrada da declaração negocial no mundo do direito⁴⁵. Para que o negócio jurídico possa valer no mundo jurídico em que pretende ingressar, é preciso que esse negócio seja considerado apto a nele atuar e permanecer⁴⁶. Os requisitos de validade são, portanto, aqueles caracteres que a lei requer nos elementos do negócio para conferir-lhe validade⁴⁷.

Como ocorre com todo negócio jurídico, a validade da partilha em vida requer a capacidade do agente e a licitude do objeto. Sobre tais aspectos, a categoria não apresenta grandes particularidades. Dessa forma, daremos destaque, nesse estudo, aos requisitos de validade específicos da modalidade.

O art. 2.018 inclui um importante requisito de validade para a partilha em vida. Para que ela seja válida, a distribuição dos bens da herança não pode prejudicar a herança legítima dos herdeiros necessários. Trata-se de reflexo direto do princípio da igualdade na partilha, positivado no art. 2.017 do Código Civil.

Por ser requisito de validade, é no momento da celebração da partilha em vida que se deve verificar se as disposições negociais extrapolam os limites impostos pela sucessão legítima⁴⁸. Em outras palavras, o valor dos bens partilhados em vida é o do momento da partilha. Se outros bens o *de cuius* adquire, estes têm de ser partilhados novamente, em vida ou após a abertura da sucessão⁴⁹.

A partilha em vida também é inválida se a espécie de partilha a ser utilizada é obrigatoriamente a partilha judicial. Assim, por força do art. 2.016 do Código Civil, havendo divergências entre os herdeiros ou se algum deles for incapaz, a partilha em vida celebrada nessas circunstâncias será nula.

Sobre a presença de rigor formal na celebração da partilha em vida, é necessária análise mais cuidadosa.

O Código Civil atual prega, na literalidade do seu art. 107⁵⁰, pela liberdade de forma nas declarações de vontade. Sob a clareza do dispositivo, não há dúvida de que a liberdade de forma seja a regra entre nós, como reconhece a doutrina há bastante tempo⁵¹. Por força dessa escolha do sistema, a imposição de certa forma depende sempre de norma legal que disponha nesse sentido.

⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 41.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. t. 4, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 3.

⁴⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 42.

⁴⁸ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Sucessões*, op. cit., p. 290.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 256.

⁵⁰ "Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."

⁵¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, v. III, parte 1ª, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923, p. 162.

O propósito do estabelecimento de um rigor formal a determinadas declarações de vontade é um assunto sensível da doutrina brasileira. No presente estudo, entende-se que a forma prescrita em lei venera três funções distintas: assecuratória, acautelatória e informativa. Em primeiro lugar, a rigidez defende uma função assecuratória ao assegurar a ambas as partes sobre o exato momento do surgimento do vínculo que elas se propuseram. Também há a defesa da função acautelatória, pois a forma pode também tentar precaver determinada parte da conclusão de um determinado negócio que lhe é especialmente arriscado. Por fim, a forma ainda assume uma função informativa, ao tentar dar publicidade a determinadas declarações, bem como procurar garantir que o declarante mais fraco esteja plenamente ciente dos efeitos que irradiarão da sua declaração. Dependendo da declaração analisada, uma função ganha mais destaque que as outras⁵².

No caso da partilha em vida, não há requisito de forma, aplicando-se a regra geral do art. 107. Ela terá importância, entretanto, na determinação de como serão irradiados os efeitos da partilha em vida. Embora seja válida a partilha em vida feita em instrumento público ou particular, sua eficácia, por outro lado, muda radicalmente a depender de qual forma é adotada. A eficácia é, dessa forma, objeto do item seguinte.

Fatores de eficácia

O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos. Naturalmente, não se fala aqui de qualquer eficácia prática do fato, mas somente da eficácia jurídica, isto é, da eficácia referente aos efeitos jurídicos típicos desse fato⁵³. Em síntese, o plano da eficácia cuida da irradiação do fato jurídico⁵⁴.

No âmbito do negócio jurídico, verifica-se que muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam de fatores de eficácia. O termo fatores sugere algo externo ao negócio, que não o integra, mas contribui de certa maneira para a obtenção do resultado pretendido⁵⁵. Um exemplo simples de negócio que precisa de um fator de eficácia é o ato válido que contém uma condição suspensiva. Enquanto não ocorre o evento futuro e incerto, o negócio, mesmo respeitando todos os requisitos de validade, não produz efeitos. Nesse exemplo, a cláusula que inclui a condição suspensiva no negócio é elemento particular, mas o evento a que ela faz referência é um fator de eficácia.

⁵² Sobre as funções do rigor formal: ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. op. cit., pp.157/218.

⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 49.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*. t. 5, Rio de Janeiro, Borsoi, 1956, p. 3.

⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 55.

Os fatores de eficácia também podem advir de disposição legal. É o caso, por exemplo, do ato praticado por mandatário sem poderes. Esse ato é ineficaz em relação ao mandante até a ocorrência de ratificação, como disciplina o art. 662 do Código Civil⁵⁶. Tal ratificação é, portanto, fator de eficácia.

Deve-se pontuar preliminarmente que a finalização do inventário é fator de eficácia de qualquer espécie de partilha, incluindo a em vida. Ela não tem o propósito de substituir o inventário, pois é possível que o partilhável tenha sido desfalcado ou aumentado⁵⁷. Partilha e inventário são procedimentos totalmente distintos, como já se aludiu anteriormente. Aliás, o inventário, judicial ou extrajudicial, tem preceitos jurídicos próprios, com requisitos de validade e fatores de eficácia distintos dos da partilha.

Feita esta primeira constatação, deve-se dar destaque para outros dois fatores de eficácia que são próprios partilha em vida.

Como o próprio art. 2.018 dispõe, a partilha em vida poderá ser feita por ato de última vontade ou ato entre vivos. As duas expressões guardam íntima relação com o plano da eficácia. A expressão ato entre vivos, ou, na expressão latina, *inter vivos*, refere-se ao ato jurídico destinado a produzir efeitos na esfera jurídica de quem a constitui e durante a sua vida – ou durante a vida de qualquer participante do ato, como é o caso do seguro de vida⁵⁸. Além do seguro de vida, a compra e venda à vista é outro exemplo de ato *inter vivos*. Já a expressão ato de última vontade, ou ato *mortis causa*, classifica atos jurídicos que são realizados com o objetivo de ganharem eficácia jurídica depois do falecimento do declarante⁵⁹. O testamento e o codicilo são exemplos recorrentes disso.

A partilha poderá ser, como o art. 2.018 deixa claro, tanto um negócio jurídico *inter vivos* como um *mortis causa*. Se ele for *mortis causa*, será necessariamente um negócio jurídico unilateral, contando tão somente com a manifestação do autor da herança, que declara sua vontade para que seus efeitos sejam produzidos após sua morte – mais precisamente, após o término do procedimento de inventário.

Por outro lado, a partilha em vida só será ato *inter vivos* se o negócio jurídico da partilha em vida for multilateral. A opção pela multilateralidade na partilha em vida, a exemplo do que ocorre na partilha amigável (art. 2.015 do Código Civil), é

⁵⁶ "Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato."

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 251.

⁵⁸ TOMASETTI JÚNIOR, Alcides; AZEVEDO, Álvaro Villaça; (et. al.). *Ato entre vivos*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 14.

⁵⁹ TOMASETTI JÚNIOR, Alcides; AZEVEDO, Álvaro Villaça; (et. al.). *Ato de Última Vontade*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 8.

bem aceita pela doutrina⁶⁰. Nessa circunstância, os efeitos serão percebidos no mundo jurídico durante a vida dos herdeiros que, necessariamente, são parte do negócio jurídico da partilha em vida *inter vivos*.

Vale ressaltar também que, após a celebração do negócio jurídico, a superveniência de alguma das circunstâncias em que se obriga a forma judicial da partilha, bem como o surgimento de outro herdeiro necessário além dos contemplados, torna ineficaz a partilha em vida⁶¹.

Por fim, é importante destacar aspectos sobre a forma da partilha em vida. Se a partilha em vida é feita por escrito particular, não há dúvidas de que sua eficácia está subordinada à homologação pelo juiz (art. 2.015 do Código Civil). Questiona-se, entretanto, se a regra da partilha amigável deveria ser aplicável à partilha em vida, de modo que, se feita a última em instrumento público, não haveria a necessidade de homologação judicial.

Aqui entende-se em favor da analogia. Ora, o não aproveitamento pela partilha em vida da prerrogativa de eficácia prevista no art. 2.015 daria apoio ao raciocínio de que a soma de mais uma declaração vontade em favor do negócio – dessa vez vinda do próprio autor da herança – diminuiria a credibilidade do pactuado, sendo que, na realidade, ou a mantém igual à da partilha amigável; ou a aumenta⁶².

5. Esforço de síntese

A partilha em vida, assim como qualquer outro negócio jurídico, pode ser muito bem compreendida à luz da teoria dos fatos jurídicos. A análise do gênero partilha nos revelou que o âmbito operativo ocupado pela partilha em vida não versa sobre qualquer atribuição patrimonial – que é levada a cabo por meio da abertura da sucessão. A partir disso, compreendemos que a partilha em vida não é nem uma espécie de doação, que visa a dar vestimenta jurídica a um fluxo patrimonial, nem um testamento, que tem diversas outras funções, dentre as quais a de atribuição patrimonial. A partilha em vida é, na realidade, um negócio jurídico próprio, na medida em que lida particularmente com os efeitos declaratórios e modificativos próprios da partilha.

A análise dos elementos de existência, requisitos de validade, e fatores de eficácia partem desse pressuposto, o que é fundamental para qualquer estudo de qualquer categoria jurídica. As conclusões encontradas em cada ponto refletem justamente

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 256; LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Sucessões*, op. cit., p. 290.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 251.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 254.

a necessidade de coligar o estudo dogmático das fontes com a atribuição precisa de qual natureza jurídica é ocupada pelo instituto em foco.

Bibliografia

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, v. 38-C, 14^a ed., fac-similar, Brasília, Senado Federal, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, 8. tiragem, São Paulo, Saraiva, 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua*, v. 2, edição histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1975.

BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4^a ed., Torino, Utet Giuridica, 2014.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 12, 7^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil Brasileiro*, v. III, parte 1^a, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 2. ed, Rio de Janeiro, Forense, 1966.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 7, 8^a ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 1, 4^o ed., São Paulo, Max Limonad, 1952.

_____. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 3, 4^o ed., São Paulo, Max Limonad, 1952.

_____. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. 2, 4^o ed., São Paulo, Max Limonad, 1952

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 21, 5^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008;

LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Sucessões*, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Notas sobre o negócio jurídico fiduciário*, Revista Trimestral de Direito Civil, 5, 20, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*, v. 1, 16. Ed, São Paulo, Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça. *Contratos no direito civil brasileiro*, t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1957.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil: Sucessões*, Coimbra, Coimbra editora, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, 16^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Código de Processo Civil Comentado*, v. 14, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

_____. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões, Sucessão em Geral. Sucessão Letítima*, v. 55, Rio de Janeiro, Borsoi, 1968.

_____. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, Rio de Janeiro, Borsoi, 1969.

_____. *Tratado de direito privado: Direito das Sucessões. Testamenteiro. Inventário e Partilha*, v. 60, op. cit., p. 255.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, t. 3, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral. Bens. Fatos jurídicos*, t. 2, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. t. 4, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*. t. 5, Rio de Janeiro, Borsoi, 1956.

RODRIGUES, Sílvio. *Partilha (Direito das sucessões)*, In: FRANÇA, Rubens Limongi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 57, São Paulo, Saraiva, 1977.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, 2. ed, Milano, Giuffrè, 2011.

SOHM, Rudolph. *Institutes of Roman Law*. Oxford, Oxford University Press, 1892.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides; AZEVEDO, Álvaro Villaça; (et. al.). *Ato entre vivos*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, São Paulo, Saraiva, 1977.

_____. *Ato de Última Vontade*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, São Paulo, Saraiva, 1977.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. v. 21, São Paulo, Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. *O Regime Jurídico da Partilha em Vida*, In: *Revista dos Tribunais*, 622, 7

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo, Quartier Latin, 2013.