

Da necessidade de nova intervenção do legislador para restabelecer a harmonia entre o Direito Civil e o Processo Civil

(A impropriedade do critério insito no art. 1.014, parágrafo único, do novo CPC).

Des. ALCINO PINTO FALCÃO

SUMA:

Partilha amigável do pai.

Colação.

Direito comparado.

Valor dos bens.

Problema criado pelo novo CPC.

1. Desde os reinícolas que uns (o famoso Dr. Pascoal de MELO FREIRE) acham ser por demais simples o instituto da partilha feita em vida pelo ascendente e outros divergindo, como Manoel de Almeida e Sousa, DE LOBÃO (1),

(1) Cf. *Notas do uso prático e críticas*, vol. III da edição da Imprensa Nacional de Lisboa (1885), pág. 388 (ao Tit. XII, § 3.º, do Livro III, das *Instituições* do citado Dr. Melo Freire).

em notas ao primeiro, quando, dizendo-se arrimado em Guerreiro e outros mais antigos, dizia:

“A matéria das partilhas, feitas pelos pais aos filhos por ato entre vivos, não é tão fácil como pensou Melo.”

E tudo indica que a boa razão estivesse com este último praxista, ao menos face ao problema que o nosso novo Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73) houve por bem de nos trazer, inovando para pior, neste ponto como em muitos outros de direito material, que nele não deveriam figurar.

É que, em si simples, o instituto vem a apresentar dificuldades, principalmente quando confrontado com o da colação, se o intérprete não atender que aquele se distingue e com este, às vezes, faz exceção.

2. Em sua aparente singeleza, o nosso Código Civil de 1917, em seu artigo 1.776, prevê:

“É válida a partilha feita pelo pai, por atos entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.” (2)

A segunda parte do artigo, abrindo espaço para dificuldades (e aí é que, parece, LOBÃO, prevendo, as divisava), permite ligar o artigo ao 1.785 do mesmo diploma, pelo qual a “colação tem por fim igualar as legítimas dos herdeiros”, fazendo com que se lembre que já o art. 1.171 recitava:

“A doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima.”

Em perfeita concordância com esse modo de regular o tema pelo direito substantivo, o nosso primeiro Código de Processo Civil unitário (Decreto-Lei nº 1.608/39), no § 2º do art. 488, previa:

“Se o valor da doação, ou do dote, não constar do ato respectivo, nem houver estimação feita na época desse ato, o avaliador atribuirá aos bens conferidos o valor que teriam ao tempo da doação ou do dote.”

E assim para ficar de acordo com o artigo 1.792 da lei material (“Os bens doados ou dotados, imóveis, ou móveis, serão conferidos pelo valor certo ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação”).

(2) O atual Anteprojeto de Código Civil traz uma modificação para melhor, substituindo (art. 2.229) o “pelo pai” por um mais abrangente “por ascendente” no mais mantendo a redação de 1917. Sem espírito de síntese e hartamente diferente do nosso, o art. 2.029 do Código Civil português de 1966. Embora a maioria das legislações, das que admitem o instituto, só se refiram aos pais, não há motivo para não poder fazer a partilha em vida os avós, muitas vezes sem filhos vivos.

Mas o novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que tantas vezes prima em dispor em contrário ao Código Civil, mais uma vez (e já agora indo, sem qualquer respeito, também contra o anteprojeto aludido) se deu ao luxo, dispondo no parágrafo único de seu artigo 1.014:

“Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as ações e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.”⁽³⁾

Em verdade — embora me parecendo ser a solução adotada no Código Civil de 1917 a mais justa e acertada — não se pode negar que o legislador, através dos séculos, tem variado ao propósito. No longo período, em que o assunto era disciplinado entre nós pelas Ordenações do Reino de Portugal, que mesmo após a Independência continuaram a vigor entre nós, por força da famosa lei de 20 de outubro de 1823, ensinava nosso ilustre colega Des. TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE, desembargador da Relação da Corte (em sua edição anotada⁽⁴⁾ das clássicas *Primeiras Linhas sobre o Processo Orfanológico* do eminente advogado de Covilhã, bacharel José PEREIRA DE CARVALHO), ensinava, forte na Ordenação, L. IV, Tit. 97, §§ 13 usque 15, que, sendo a doação de bens de raiz, deve fazer-se diferença: porque ou os bens doados existem ainda em poder do doante ou não. Se não existem, devem necessariamente conferir-se pelo que valiam ao tempo da doação; se existem, deve ter-se em consideração, se estão danificados ou melhorados. No primeiro caso devem conferir-se pelo que valiam ao tempo da doação, excedendo as danificações à quarta parte do valor; no segundo, devem conferir-se pelo que valem ao tempo da colação, querendo os outros herdeiros. Já os móveis deviam vir à colação no estado em que estiverem ao tempo dela, quer fossem estimados, quer não; e não existindo, deve conferir-se o valor que eles tinham ao tempo do dote. E já em nota 116 (pág. 108) se esclarecia que no caso dos dotados se deveria atender ao valor do patrimônio dos doantes ao tempo da sua morte, salvo quando as doações foram feitas por motivo de casamento (aí, seria opcional: elegerem o tempo da doação ou o da morte dos doantes).

3. O instituto da partilha entre vivos convive com o da colação, mas como linhas paralelas, que se aproximam, mas não se encontram; antes, o primeiro repele a segunda, como se verá.

Assenta raízes a colação no Direito romano, mas com diferença digna de marca quanto à moderna colação — vê-se em MAX KASER⁽⁵⁾ — já que no Di-

(3) Os próprios processualistas reconhecem que esse parágrafo contém direito substantivo (cf., Des. H. MORAIS E BARROS, nos *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. IX, págs. 226/229).

(4) Servimo-nos da edição do Rio de Janeiro, 1879. Ver, dela, nota 118, às págs. 109/110.

(5) Cf., *Römisches Privatrecht*, 5.ª edição, de 1966, págs. 281/282.

reito romano clássico o herdeiro, que já gozasse do *status* de emancipado, não apenas era chamado a conferir aquilo que havia recebido do defunto, mas também o que de seu (como patrimônio próprio) possuía, a fim de formar uma massa comum e igualarem-se os quinhões dos demais herdeiros não favorecidos (*nicht begünstigten Abkömmlingen gleichzustellen*).

Só na fase ulterior de orientalização do Direito romano é que a *collatio bonorum* se estendeu como dever de todos os descendentes, admitindo-se a presunção de que o morto haja querido a todos tratar de modo igual (*dass der Erblasser alle Abkömmlinge gleich behandeln wollte*); ou seja, a nova concepção de *collatio descendantium* — que é que tem pertinência ao direito mais moderno — modelada pelo Imperador Leão, no ano 472 da nossa era e ampliada, após, por Justiniano ⁽⁶⁾.

Mas se é certo que a nossa colação encontra sua origem no Direito romano — não menos exato é que este nenhum subsídio nos poderá fornecer a respeito do *aliud* que sem dúvida é a hipótese de partilha de ascendente — de natureza contratual e prevista no art. 1.776 do nosso Código Civil, uma vez que, consubstanciando a doutrina consolidada, observam MITTEIS e LIEBERICH ⁽⁷⁾, ao Direito romano eram desconhecidos os contratos hereditários, já que nele se estimava que a não revogabilidade chofraria a incondicional liberdade de testar, então reconhecida.

Tampouco para os fins do nosso art. 1.776 nos poderão trazer qualquer esclarecimento os doutores do Direito alemão atual, dada a amplitude nele reconhecida ao *Erbvertrag* ⁽⁸⁾, isto é, contrato sucessório. Tampouco o Direito anglo-saxão, onde sempre foi ampla a liberdade de testar sem reserva de cota hereditária, mas que desconhece qualquer tipo de *Erbvertrag* ⁽⁹⁾ alemão, suíço ou escandinavo.

Para o nosso artigo 1.776 significativo é o Direito francês, pois nele, com perfeita correspondência ao nosso texto, que com ele se ajusta, é que o instituto da partilha de ascendente obteve sólidos alicerces jurídicos.

Esse produto do Direito costumeiro francês, que se conformou na Idade Média, em contraposição aos “países” franceses de Direito escrito, fiéis à tradição romana, veio a obter consagração no Código de Napoleão, e deste veio

(6) Cf., S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., vol. II, págs. 641/642.

(7) Cf., *Deutsches Privatrecht*, 3.^a edição, pág. 152.

(8) Cf., HORST BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*, 5.^a ed., pág. 116.

(9) Cf., ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Droit Comparé*, tomo III, Paris, 1952, pág. 90. Ver nota 13 adiante, quanto ao Direito austríaco.

a inspirar o art. 1.044 do Código Civil italiano de 1865, o que deu margem a autorizadas lições de mestres peninsulares que escreveram sob o regime daquele revogado diploma italiano, já que o mais recente — com aplauso de uns e saudosismo de outros ⁽¹⁰⁾ — acabou por não mais prever essa modalidade de partilha *inter vivos*, por ato entre vivos, que é a partilha de ascendente. Essa desativação do instituto da partilha em vida no Código italiano do legislador fascista não tem a mesma *ratio* da previsão da norma alemã ou inglesa em que, na primeira, decorre da ampla liberdade dos pactos sucessórios, isto é, dos *Erbvertrage* e, na inglesa, do princípio da plena mutabilidade dos testamentos, como uso já gravado — mas sim, como próprio daquele regime político (infenso a homenagear princípios de liberdade), de uma posição **proibitiva**, consagrada na primeira parte do art. 3º do livro relativo às sucessões e doações (“é nula toda convenção com que se disponha da própria sucessão”); a colocação do princípio logo no início do referido livro (Livro II) foi justificada no famoso Relatório ao Rei, por “... constituir a norma a consequência lógica do princípio de que a delação da herança pode dar-se apenas por lei ou testamento” ⁽¹¹⁾.

O Direito espanhol (além de ter o particularismo de, no ponto, vigorar o princípio romano em Catalunha, Navarra e Baleares) ⁽¹²⁾, no art. 1.056 do Código Civil, admite o que os autores chamam de “partición practicada por el causante por actos *inter vivos*”. Mas, observam os especialistas citados em a nota doze, a jurisprudência (citam julgados de 13 de junho de 1903 e de 6 de março de 1945) — esse ato jurídico é sempre revogável: “esta partição, apesar de feita por atos entre vivos, tem a natureza essencialmente revogável de toda disposição testamentária, pois sempre é ato *mortis causa*”. Com cópia de argumentos e fulcro no julgado de 1945, afirmam que o artigo espanhol não se informou no Código de Napoleão, já que este admite um *aliud*: “doação-partilha”, figura de caráter misto (sucessório e contratual); declaradamente favoráveis à solução do Código Civil espanhol, considerando inconveniente e fonte de problemas a solução francesa, dizem que não foram bem inspirados os argentinos, por admitirem a partilha de ascendente por ato entre vivos, tanto assim que o clássico civilista portenho LAFAILLE dela diz que sempre mereceu críticas em todos os tempos, recordando a trama da famosa obra de Shakespeare, **O Rei Lear**...

(10) Cf., F. AZZARITI, MARTINEZ e G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., págs. 579/580.

(11) Cf., NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI, *Il codice civile commentato*, Nápoles, 1941, vol. II, pág. 8.

(12) Cf., os notáveis ROCA SASTRE e PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, vol. II, págs. 379/380, 384 usque 395.

As considerações acima, fora sua pertinência ao Direito comparado, servem para dar razão ao velho Lobão, ao discrepar de Melo Freire: os direitos divergem entre si ⁽¹³⁾.

4. Uma coisa parece logicamente dever concluir-se: a partilha em vida do pai faz inútil e incabível a conferência ou colação ⁽¹⁴⁾.

A partilha em vida íntegra, sem dúvida, um ato de doação, mas não é apenas uma doação. Será um ato complexo (ato misto, como dizem os austríacos, segundo o autor citado em a nota 13 retro). É o que DANTE CAPORALI ⁽¹⁵⁾, escrevendo sobre o antigo diploma italiano, com precisa argumentação, punha em realce: "Esta divisão — *divisio parentum inter liberos* — é um ato complexo, porque, de um lado, o ascendente exercita seu direito de disposição sobre todo o seu patrimônio ou sobre uma parte deste; de outro lado, como uma espécie de magistrado doméstico, julga da oportunidade de repartir os bens entre os descendentes, no modo que ele supõe mais cômodo... *Omissis*... A divisão do ascendente exclui a divisão judicial (grifo meu), se compreende todos os seus bens; se, ao revés, diz respeito apenas a parte dos bens, então é que se deverá proceder a uma divisão judicial desses outros bens."

(13) Dentro de um mesmo grupo, há sempre espaço para diferenciações, em geral não havendo fidelidade absoluta a um determinado modelo. É o que se vê, por exemplo, em relação ao sistema alemão, no que tange ao Direito austríaco. O Direito austríaco reconhece o *Erbvertrag*, mas sem a amplitude do alemão, suíço e escandinavo — já que se limita a tolerá-los entre cônjuges e noivos, esclarecendo FRANZ GSCHNITZER, o egrégio catedrático de Innsbruck, em seu livro *Erbrecht* ("Springer Verlag", 1964, págs. 38/39): a) que tal contrato não é obrigacional: ele não obriga (*er verpflichtet nicht*), apenas vincula (*er bindet nur*), tratando-se de *contractus sui generis* (embora não tranqüilo o ponto, *str.*). Isso pode parecer estranho a quem não estiver acostumado com aquela velha concepção binária *Schuld x Haftung*, do velho Direito germânico (sobre ela, o que já expus na *Revista Forense*, vol. 128/23); b) que a antiga doutrina e jurisprudência estimavam incabível tal contrato, se a favor de terceiro (em geral a favor da prole), mas a mais recente o admite. Justificam os austríacos a inclusão do *Erbvertrag* na lei civil, por ser instituto ligado ao testamento em comum, que permitem (como ocorria entre nós antes do nosso Código Civil).

(14) Os termos conferência e colação são sinônimos, na nossa usual prática forense, como nota CARVALHO SANTOS (cf. *Repertório Enciclopédico*, tomo IX, pág. 319), embora merecesse prosperar a distinção proposta por CLÓVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. VI, n.º 2, ao art. 1.786), em que se reservaria a denominação colação para o ato de restituição à massa hereditária dos bens doados ou dados em dote aos co-herdeiros para o fim de calcular a legítima. Conferência se reservaria para apelar o ato de verificar se houve excesso na liberalidade, a fim de se repor a parte inoficiosa.

(15) Cf. *Dizionario del Diritto Privato*, de Scialoja, Bonfante e Busatti, vol. II, n.º 65, pág. 672.

Em conhecido estudo exaustivo, sob o título *Rapporti giuridici fracoeredi*, GIUSEPPE PIOLA ⁽¹⁶⁾, esteiado em julgados e na lição de Demolombe, Pacifici-Mazzoni e Melucci, com justificada ênfase acentuava que a dispensa de colação resulta, virtualmente, no caso de divisão ou partilha feita pelo ascendente por ato entre vivos e que a lei... “claramente demonstrou reconhecer o caráter de atribuição definitiva ao descendente daquilo que, com a partilha, dispôs o ascendente”.

Entre os franceses — cujo Código Civil, como já acentuado, serve de paradigma no ponto — dominante em jurisprudência forense e doutrinária é, no caso da mesma, não comportar o dever de levar à colação os bens (os herdeiros... *ne seront pas obligés de les rapporter au jour du décès du donateur pour les partager de nouveau*. É o que, traduzindo a *communis opinio*, diz o decano J. de la MORANDIÈRE ⁽¹⁷⁾, merece transcrito.

“1.924 — 1.º Doação-partilha — A lei permite aos ascendentes fazer a distribuição e partilha de seus bens entre seus descendentes por ato entre vivos e esta forma de partilha é muito mais usada do que a por testamento. Ela é empregada por pais, mães ou outros ascendentes que, em ficando idosos, queiram descartar-se da administração e da exploração dos seus bens e eis porque os doam, total ou parcialmente, a seus filhos ou descendentes. Ao mesmo tempo eles, desde o presente, fazem a partilha entre eles, de tal sorte que... *étant non seulement donataires, mais copartageants, les enfants ne seront pas obligés de les rapporter au jour du décès du donateur pour les partager de nouveau*” (grifos meus).

E o decano acrescenta tratar-se de ato contratual, mas ato complexo, pois a... “*donation-partage... produit à la foi les effets de la donation et ceux du partage*” (os grifos são de próprio autor transcrito).

Dai, é fácil inferir que a norma traz ínsita (*ratio legis*) uma presunção, que autores do século passado já realçavam, como, pela maioria, G. BAUDRY-LACANTINERIE ⁽¹⁸⁾, ao ponderar que uma das vantagens da partilha em vida é que... “*les biens qui dépérissent entre les mains débiles de l'ascendant prospéreront entre les mains jeunes et vigoureuses de ses descendants*”.

5. Do que acima se expôs parece permitir concluir que o legislador processual do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) cometeu uma *bévue* ⁽¹⁹⁾ no parágrafo único do art. 1.014, ao afastar-se, frontalmente, do critério civil, impondo-se um reexame do mesmo pelo Congresso, já agora sem as arbitrárias

(16) No antigo *Digesto Italiano*, vol. XXII, quarta parte, n.º 17, pág. 525 e nota onzena.

(17) Cf. *Cours de Droit Civil*, nona edição, tomo III, n.º 1.924, pág. 982.

(18) Cf. *Précis de Droit Civil*, sexta edição (1898), vol. III, n.º 1.183, pág. 776.

adobas do AI-5, que veio a implantar entre nós o sistema das transmissões, incompatível com a democracia representativa, em que o Poder Legislativo se transforma em mero órgão homologador das propostas (desenhos de lei “vinculativos”) do detentor do Poder (partido ou ditador, singular ou porta-voz de agrupamento, que haja usurpado aquele) ⁽¹⁹⁾.

(19) O sistema, incompatível com a democracia representativa, que o malsinado AI-5 deu margem a instituir-se no Brasil — consciente ou inconscientemente — foi uma apropriação indébita do sistema das transmissões, que enfeia o regime soviético (sobre tal sistema, ver REINHART MAURACH, professor da Universidade de Munique, *Handbuch der Sowjetverfassung* (Isar Verlag, 1955), págs. 29 e 172/173). Muitas vezes se critica os outros quando o mal está em casa, mas é estranho que um regime que se propôs declarar guerra a outro não tenha tido pejo em praticar a herética importação e praticá-la como corruptela.

Num período oprobioso e opressivo as leis saem de ordinário imperfeitas, como é o caso do novo Código de Processo Civil, votado com trigança, enquanto o autor do Anteprojeto ainda Ministro. É sabido que emendas oferecidas por uma Comissão Revisora, nomeados seus membros pelo mesmo autor do Anteprojeto, nenhuma consideração mereceram do Governo da época, colocando os membros de tal comissão, apesar de ilustres professores e magistrados no ridículo; não há como deixar de reconhecer isso, bastando ler o que, com vexada honestidade, informa o prof. José Carlos BARBOSA MOREIRA, infelizmente membro da aludida Comissão Revisora (conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros em 22-1-1973 e publicada na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara*, vol. 29, págs. 5 e segs.). Como a memória dos homens é fraca, convém transcrever o que o ilustre processualista (hoje desembargador), com o pudor que o caracteriza, disse perante o Sodalício (pág. 13): ... “na Exposição de Motivos que o Ministro da Justiça (Prof. Alfredo Buzaid) encaminhou ao Presidente da República, nos últimos dias do mês de julho de 1972, com o texto do projeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional, não se fez, surpreendentemente a meu ver, nenhuma referência aos trabalhos da Comissão Revisora. Também se omitiu a publicação desses trabalhos. O Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967, no seu artigo 4.º, determinava que, encerrados os trabalhos da Comissão Revisora de qualquer dos Anteprojeto de Código então em andamento ou em cogitação pelo Governo, deveria o trabalho da Comissão Revisora ser publicado e, durante o prazo de noventa dias, aguardar-se a contribuição das pessoas e das entidades interessadas. Essa contribuição seria submetida novamente à própria Comissão Revisora, que então elaboraria, à luz dela, o texto definitivo, e este é que seria submetido ao Presidente da República para encaminhamento ao Congresso Nacional”.

O parágrafo único do art. 1.014 do novo Código de Processo Civil dá aso a desigualdade de tratamento e pode levar à perplexidade até. Aquela, porque em vigor ainda o art. 519 do Código Civil, pelo qual o reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias, tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo e já não assim ocorrerá no caso de colação, posto que os herdeiros que a exijam, em substância, devem ser tidos como reivindicantes de bens a entrar na massa hereditária, por sua estimação ao menos. E situações de perplexidade, no caso de *universitas rerum* (um rebanho dizimado pela peste, v. g.), de um estabelecimento que, *medio tempore*, caía em insolvência, nada disto estando previsto na solução preconizada no referido parágrafo.