



Wagner Luiz Fernandes Júnior

Da “obrigatoriedade” da sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do “de cuius” em dispor do seu património

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-forenses (2º Ciclo de Estudos em Direito),
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação da Senhora Doutora Sandra
Passinhas.

Coimbra

- 2014 -



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Wagner Luiz Fernandes Júnior

**Da “obrigatoriedade” da sucessão
legitimária como forma de privação da
liberdade do “de cujus” em dispor do
seu património**

Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
forenses (2º Ciclo de Estudos em
Direito), apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra,
sob orientação da Senhora Doutora
Sandra Passinhas.

Coimbra

AGRADECIMENTOS

A realização desse estudo contou com importantes apoios e incentivos sem os quais não teria tornado uma realidade e aos quais estarei eternamente grato.

À Deus o arquiteto da vida sem o qual nada seria o que é. Obrigado por me proporcionar esse momento único que é a conclusão de mais uma etapa académica.

À minha família, em especial, à minha mãe que é minha melhor amiga e sempre me incentivou e me apoiou na superação dos obstáculos que ao longo desse estudo foram surgindo. Ela foi instrumento utilizado pelo Criador para me viabilizar não apenas a vida, mas todas as minhas maiores conquistas.

Ao empenho e disponibilidade da minha orientadora, a Senhora Doutora Sandra Passinhas, pelo saber que me transmitiu e sempre mostrou disponibilidade e colaborou para o desenvolvimento desse estudo.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra por me proporcionar conhecimentos que levarei para toda vida.

“Sem sonhos, a vida não tem brilho. Sem metas, os sonhos não têm alicerces. Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor é errar por tentar do que errar por se omitir!”

Augusto Cury

ABREVIATURAS

Ac	Acórdão
CRP	Constituição da República Portuguesa
CC	Código Civil
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STA	Supremo Tribunal Administrativo
Art	Artigo
Segs	Seguintes
Proc	Processo
Ed	Editora
Vol	Volume

ÍNDICE

1. Considerações introdutórias	5
2. Aspectos históricos	6
3. Noção de sucessão	8
4. Da sucessão legitimária	14
4.1. O complexo cálculo da legítima (ou quota indisponível) dos sucessíveis legitimários	16
4.1.1. Legítima do cônjuge e descendentes como sucessores legitimários	19
4.1.2. Legítima do cônjuge e ascendentes como sucessores legitimários	21
4.1.3. Legítima do cônjuge como sucessor legitimário autónomo	22
4.2. Regras da sucessão legitimária (remissão para as regras da sucessão legítima imposta pela parte final do art. 2157.º, do CC)	24
5. O direito à livre transmissão da propriedade privada pelo <i>de cuius</i>	30
6. A sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do <i>de cuius</i> em dispor do seu património	35
7. O sistema sucessório no direito comparado	43
8. Considerações finais	46

1. Considerações introdutórias

A existência jurídica de uma determinada pessoa termina com a sua morte. A morte determina a extinção da personalidade jurídica atribuída ao ser humano pela lei art. 68.º, n.º 1, do CC ⁽¹⁾. Com isso, o falecido deixa de ser sujeito de direitos e de obrigações.

Quando ocorre a morte, desaparece o titular do património, mas permanece uma universalidade de bens e direitos que recebe o nome de herança. A herança constitui um conjunto de bens, dívidas e obrigações do falecido, ainda os ónus e bônus como benfeitorias, frutos, rendimentos, etc. Assim, de acordo com Maria Berenice Dias, com a morte do autor da herança ocorre o que se denomina de sucessão. Cessa a capacidade jurídica do falecido e começa a de outra pessoa (sucessor) em relação aos seus bens. Ou seja, com a morte do autor da herança, nasce o direito do herdeiro aos bens do falecido ⁽²⁾. O momento da morte é o factor determinante para o direito sucessório. Com a morte do autor da sucessão, os sucessíveis que a ela sejam chamados adquirem o direito de aceitar ou repudiar a herança ⁽³⁾.

As obrigações que são intransmissíveis são extintas com a morte do seu titular, como por exemplo: mandato, contrato de trabalho, etc. Outras, tendo em conta a sua patrimonialidade, não sobrevivem nos herdeiros, dada a sua inerência à pessoa falecida, exemplo: usufruto, direito de preferência, etc. Mas outras situações jurídicas (activos e passivos) são consideradas transmissíveis, ou seja, não se extinguem com a morte do seu titular. Não se extinguindo, a lei deve regular como serão transmitidas essas relações jurídicas. Com isso, surge o Direito das Sucessões. Este ramo do direito serve para regular justamente o destino do património que subsiste para além da morte do autor da herança. Ainda conforme Maria Berenice Dias, o fundamento jurídico da transmissão das obrigações *mortis causa* consiste em não permitir que com a morte do *de cuius*, seu património não seja “*res derelicta*”, ou melhor, que não se torne coisa sem dono ⁽⁴⁾. Com a morte abre-se a

⁽¹⁾ Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966.

⁽²⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 100.

⁽³⁾ Segundo Carvalho Fernandes, a morte do autor da sucessão é, sem dúvida, o facto que desencadeia a aquisição sucessória. Ainda de acordo com o mesmo ator, a morte, seja ela natural ou voluntária, constitui pressuposto típico ou normal da sucessão. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 111 e 119.

⁽⁴⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 26.

sucessão. Logo é indispensável a apuração da sua autenticidade, ou seja, a transmissão *mortis causa* opera-se com a morte, que deve ser provada pelos meios de que se vale a Medicina Legal e pela certidão passada pelo Oficial do Registo Civil.

Dentro desse ramo do direito, existem regras de transmissão do acervo hereditário do falecido para seus “*herdeiros* (5)”. No direito português, existem dois tipos de sucessão: sucessão legal (constituída pela sucessão legitimária e sucessão legítima), e sucessão voluntária (onde podemos encontrar a sucessão testamentária e sucessão contratual).

É sobretudo no âmbito de um sistema sucessório sem a sucessão legitimária e contratual que vamos desenvolver nosso estudo, abordando suas principais deficiências e, mostrando ao mesmo tempo, que o sistema sucessório cumpriria melhor os seus objectivos tendo como prioridades a vontade do *de cuius* conjugado com os interesses familiares e sociais. Sem a sucessão legitimária e contratual, passaria a existir apenas a sucessão testamentária e a sucessão legítima, prevalecendo a primeira sobre a segunda, dando prevalência à vontade do autor da herança em relação a vontade de terceiros que não têm uma ligação tão próxima com o objecto da sucessão como o próprio *de cuius*.

No presente estudo, irei fazer uma breve referência em relação aos aspectos históricos do direito sucessório. Em seguida será feito uma abordagem dogmática à noção de sucessão, onde abordarei ainda algumas reflexões sobre a sucessão legitimária no direito sucessório português e suas principais debilidades. Ainda no âmbito da sucessão legitimária, será feito uma análise sobre o complexo cálculo da legítima ou quota indisponível, mostrando, autonomamente, como funciona a legítima de cada herdeiro legitimário, privilegiados por esse modelo de sucessão. Farei ainda uma referência sobre a remissão das regras da sucessão legitimária para as regras correspondentes à sucessão legítima.

Para desenvolver o estudo em causa, irei partir de uma análise feita ao art. 62.º, da CRP. Essa norma consagra um direito fundamental para os cidadãos: o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte.

Por fim, será feita uma abordagem sobre o sistema sucessório no direito comparado, explicando de forma sucinta, como o sistema sucessório é regido em alguns ordenamentos jurídicos.

(5) O *herdeiro* ou *sucessor* é quem recebe ou adquire a herança da pessoa falecida.

2. Aspectos históricos

A “sucessão” vem do termo latino “*successio*” que deriva do verbo “*sucedere*” (ir para debaixo de, vir debaixo, vir para o lugar de, tomar o lugar de, etc.) (6).

Nas sociedades primitivas surge-nos um sistema de propriedade colectiva onde os bens pertenciam à família ou à tribo. Ao invés de serem os bens devolvidos aos herdeiros, eram estes que ascendiam ao *de cuius* (7)

A família no direito romano era caracterizada por ter uma forte organização, tendo no topo da hierarquia o *pater familiae*. Falecendo o *pater familiae*, este era substituído nas suas funções por outro chefe do grupo familiar. Esse chefe era denominado como herdeiro, passando, desta forma, para a sua titularidade, as situações jurídicas que pertenciam ao falecido. Foi com Justiniano que o sistema sucessório passou a ser mais simplificado, ou seja, passou-se a aproximar as noções de transmissão e sucessão, sendo a sucessão uma forma de transmissão *mortis causa*. Tal transmissão passou a recair não sobre uma situação jurídica individualizada, mas sim, sobre uma universalidade de bens que constituem a herança.

Foi a Lei das XII Tábuas que atribuiu uma ampla liberdade ao *pater familiae* em dispor dos seus bens para depois da morte (8). Sendo o *pater familiae* o titular do património, este passava de um para o outro através do testamento. Com a morte do *de cuius* sem sucessor, extinguia-se o culto doméstico, ocorrendo uma infelicidade ao falecido. Com isso, durante muito tempo a sucessão sempre se operou na linha masculina, sendo que a filha “não daria seguimento ao culto familiar” pois ao casar passava a seguir a religião do marido (9). No decorrer da história do direito sucessório, existiu um direito sucessório preferencial em benefício dos varões. Se o falecido deixava filhos e filhas, estas não herdavam, ou seja,

(6) Os *romanos* não aceitavam a ideia de um direito de uma determinada pessoa passasse para outra. Para eles, o que se transmitia não era o direito mas sim o objecto do direito. Eles não conheceram uma aquisição translativa de direitos ou uma transmissão de direitos existentes hoje no mundo jurídico. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª Edição renovada, Coimbra, 2002, p. 19.

(7) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Direito da Família e das Sucessões (relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina)*, Coimbra, 1999, p. 26.

(8) CARLOS ROBERTO GONÇALVES – *Direito Civil Brasileiro*, 5.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 21.

(9) MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 27.

havia uma desigualdade em matéria sucessória. Este direito ainda existe em alguns países, como por exemplo no direito islâmico ⁽¹⁰⁾.

Com o Código de Justiniano, a sucessão legítima passa a ser fundamentada exclusivamente no parentesco natural. Mas os romanos sempre conheceram a sucessão testamentária, tendo eles “horror pela morte sem testamento ⁽¹¹⁾”.

Na Idade Média, a sucessão se operava por meio do filho mais velho para evitar a divisão dos feudos, ou seja, o património transmitia-se ao primeiro filho homem, o mais velho, para garantir a integridade do património da sua família ⁽¹²⁾.

Quando o sistema económico evoluiu para o sistema de agricultura, passou a prevalecer a “institucionalização de princípio da chefia” e o “predomínio do chefe de família” sobre a família, transitando a propriedade colectiva para a propriedade individual. Com isso, o homem passou para o espaço familiar, surgindo, desde então, a propriedade privada. Por outro lado, a transmissão dos bens passou a ter lugar com “a certeza da descendência legítima dos chefes de família ⁽¹³⁾”. Com isso, já não é uma pessoa que vai “assumir a posição jurídico-política de um *pater familias*”, o que está em causa é um património privado que passa, na sua totalidade ou parcialmente, para os seus herdeiros através da vontade do *de cuius* ⁽¹⁴⁾.

Foi na consolidação do imperialismo romano se verificou o “fenómeno da materialização da patrimonialidade dos bens na esfera jurídica pessoal do autor da herança” e a conseqüente possibilidade de “transmissão de bens certos e determinados para outra pessoa” denominada como (*successio in singulas res*), através de testamento ou devolução sucessória ⁽¹⁵⁾.

Mais tarde, Marx e Engels ligaram à organização familiar ao direito de propriedade, defendendo que “o fenómeno sucessório e a organização familiar nas sociedades capitalistas,

⁽¹⁰⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 12.

⁽¹¹⁾ CARLOS ROBERTO GONÇALVES – *Direito Civil Brasileiro*, 5.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 22.

⁽¹²⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011 pp. 27 e 28.

⁽¹³⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 87 e 88.

⁽¹⁴⁾ Diferente da antiga Germânia onde havia um sistema de propriedade de mão comum, propriedade dita colectiva, onde os bens cabiam a todas as pessoas da comunidade. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 89 e 90.

⁽¹⁵⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, 2011, pp. 90 e 91.

foram ao longo da história e continuam a ser meras consequências do direito de propriedade (individual) sobre os bens de produção e que só se conseguirá uma sociedade socialista, mas justa, através da colectivização desses bens ⁽¹⁶⁾”.

A ideia de propriedade privada vem de muito tempo incluída no direito sucessório. O que se verifica é a continuação de um culto familiar, ou seja, a continuação dos bens na família do falecido é um meio de manutenção da propriedade privada, todos os membros de uma determinada família acabam por defender os bens comuns. Em seguida, os bens que eram comuns passam a ser de quem se apropriou. Com a sociedade se estruturar em família, surge o direito à propriedade privada, hoje consagrada no art. 62.º, da CRP ⁽¹⁷⁾.

3. Noção de sucessão

A sucessão é um negócio *mortis causa*, ou seja, trata-se de um negócio cujos efeitos têm a sua causa na morte da pessoa. Quando morre o titular do património ocorre a abertura da sucessão. Com isso, é necessário que os bens, direitos e obrigações do falecido, sejam imediatamente transferidos a alguém, os chamados herdeiros ou sucessores do *de cuius*, escolhidos por este através do testamento ou pela via legal através da sucessão legítima ou “*ab intestato*” ⁽¹⁸⁾”. Estes seriam os meios que melhor se ajustariam à vontade do autor da herança. Mas em Portugal vigora, como veremos, a sucessão legitimária, art. 2156.º e segs., do CC, que é uma forma de sucessão legal que destina obrigatoriamente uma quota-parte da herança ou também chamada de quota indisponível aos herdeiros legitimários.

O Direito das sucessões é um ramo do direito civil e normalmente vem tipificado em último lugar na chamada classificação germânica dos ramos do Direito Civil. Trata-se pois de um ramo do direito que ganha autonomia, ocupa o Livro V do Código Civil de 1966.

O sistema sucessório é muito importante para a sociedade atual designada como sociedade capitalista, pois trata-se de um instrumento legal preparado para garantir a continuidade do património depois da morte do autor da herança. O património é visto como um conjunto de bens, direitos e obrigações que irá beneficiar os sucessores do *de cuius*. Nas

⁽¹⁶⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição renovada, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 95.

⁽¹⁷⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 25 e 26.

⁽¹⁸⁾ Quando se diz que uma sucessão é “*ab intestato*” quer dizer que a pessoa faleceu sem deixar testamento ou “morre intestada”.

sociedades capitalistas, o direito sucessório surge como o reconhecimento natural da propriedade privada. Já nas sociedades onde não existe direito de propriedade e nem interesse na preservação da família, não existe direito das sucessões ⁽¹⁹⁾.

Suceder é substituir, é tomar o lugar de outrem nas suas relações jurídicas. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede a outra. Existe na sucessão uma substituição do titular de um direito. O referido direito existia na titularidade do falecido, passando com a sua morte, para a titularidade dos seus sucessores.

As pessoas só podem adquirir direitos através de duas maneiras: ou através da aquisição originária que é uma forma de aquisição de um direito que não existia na esfera jurídica de outrem; ou pela via da aquisição derivada que resulta na entrada de alguém na titularidade de um direito que já existia na esfera jurídica de outra pessoa. Dentro da aquisição derivada, encontramos três subtipos: aquisição derivada constitutiva, aquisição derivada translativa (ou transmissão) e aquisição derivada restitutiva. A aquisição derivada translativa é a mais frequente entre as três subespécies ⁽²⁰⁾. Na sucessão estamos diante de uma transmissão *mortis causa*, ou seja, falecendo uma pessoa, todos seus direitos e obrigações transferem aos sucessores *do de cujus*. A sucessão e a aquisição derivada translativa exprimem a mesma realidade seguindo perspectivas diferentes. Na realidade, o que se verifica é que um direito deixa de ser de um titular para passar a ser de outro, sendo tratado pela lei como se fosse o mesmo. O conceito legal de sucessão não pode deixar de referir um dos principais objectivos da sucessão: a transmissão do património do falecido ao seu sucessor que vai adquirir através da aquisição derivada, predominando a aquisição derivada translativa ⁽²¹⁾.

De acordo com Cristina Araújo Dias, esta realidade pode ser vista em duas vertes diferentes: por um lado, pode ser vista sendo o próprio direito que se transmite, que se desloca de um sujeito para o outro, sendo os sujeitos estáticos e o direito dinâmico. Com isso, estar-se-á perante uma aquisição derivada translativa ou transmissão de direitos; por outro lado, podemos olhar a mesma realidade mas considerando o direito estático e os sujeitos dinâmicos, não transmitindo o direito para ninguém, mudando apenas os sujeitos. É

⁽¹⁹⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 24.

⁽²⁰⁾ MANUEL HENRIQUE MESQUITA – *Obrigações reais e ónus reais*, 3.^a Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1990, p. 36.

⁽²¹⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 62.

o novo titular do direito que vai ocupar a posição do anterior titular, com isso, estamos diante do instituto chamado de sucessão ⁽²²⁾. Também Eduardo Serrano Alonso vem dizer que, “la palabra «sucesión» implica la modificación subjetiva en la titularidade de un derecho ⁽²³⁾”. Para esse autor, o que muda é a titularidade do direito, ou seja, não está em causa uma transmissão de direitos, mas sim, a mudança do seu titular.

Quando se fala em Sucessão, uns falam que estar-se-á perante uma transmissão de direitos e outros defendem que não se trata de uma transmissão, mas sim, de uma aquisição ou mesmo de uma vinculação. Oliveira Ascensão defende que quando ocorre uma sucessão, ocorre uma aquisição ou vinculação em consequência da morte de alguém ⁽²⁴⁾. Para esse autor, na sucessão ocorre uma vicissitude operada por causa da morte do *de cuius*. O mesmo autor defende ainda uma concepção autonomista de sucessão, ou seja, a herança é constituída por situações jurídicas e não por bens do autor da sucessão ⁽²⁵⁾.

Segundo Cristina Araújo Dias, no Direito das Sucessões estão em causa um conjunto de normas jurídicas que regula o fenómeno da sucessão por morte. Com a morte do *de cuius*, suas relações jurídicas que possam ser transmitidas passam para a esfera jurídica dos sucessores. Com isso, os sucessores adquirem direitos e obrigações, ficando, por consequência dessa aquisição, sujeitos a certos deveres que existiam na titularidade do *de cuius* ⁽²⁶⁾.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa, “quando o conteúdo e o objecto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão do direito ou uma sucessão ⁽²⁷⁾”.

Na sucessão *mortis causa*, para além do património, ocorre a transmissão dos direitos e obrigações do falecido para seus sucessores. Pode-se defender que o direito sucessório tem dois sentidos: num sentido objectivo, a sucessão é um conjunto de normas que regula a transmissão de bens em consequência da morte do *de cuius*; já num sentido subjectivo, trata-se de um direito de suceder, ou seja, o direito de receber o *acervo hereditário*.

⁽²²⁾ CRISTINA ARAÚJO DIAS – *Lições das Sucessões*, 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2012, pp. 27, 28 e 29.

⁽²³⁾ EDUARDO SERRANO ALONSO – *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997, p. 3.

⁽²⁴⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO – *Direito Civil Sucessões*, 5.ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2000, p. 15.

⁽²⁵⁾ Ao defender uma concepção autonomista de sucessão, o que interessa é a posição do herdeiro perante uma pluralidade de situações jurídicas, e não a situação do herdeiro perante coisas. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO – *Direito Civil Sucessões*, 5.ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2000, p. 37.

⁽²⁶⁾ CRISTINA ARAÚJO DIAS – *Lições das Sucessões*, 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2012, p. 11.

⁽²⁷⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 1.

A noção de sucessão é bem discutida na doutrina. Pode-se retirar dois conceitos de sucessão: um conceito amplo e um conceito restrito. De acordo com o conceito amplo, a sucessão abrange tanto a transmissão em vida como a transmissão *mortis causa*; Mas o referido objecto de estudo reportar-se-á apenas conceito restrito de sucessão, relativo apenas à transmissão por morte do activo e passivo do *de cujus* aos seus sucessores. A transmissão em vida surge de um acto jurídico, ou seja, da vontade de um ou mais sujeitos, visando produzir efeitos na vida dos respectivos sujeitos, ex: compra e venda ⁽²⁸⁾. Já a sucessão por morte, surge de uma causa natural que é a morte do *de cujus*. A morte de alguém é o facto determinante ou a causa da aquisição de bens ⁽²⁹⁾. O que distingue a sucessão em vida da sucessão *mortis causa* é que aquela a morte não é causa para a transmissão de bens. Na sucessão *mortis causa* aplicam-se as regras da sucessão, enquanto na sucessão em vida, aplicam-se as regras de cada negócio realizado, ex: sub-rogação, cessão de posição contratual, compra e venda, etc. ⁽³⁰⁾.

Com isso, quando se fala em direito sucessório, a regra é a transmissão *mortis causa* e a intransmissibilidade, a excepção. Os sucessores do *de cujus* são chamados de sujeitos passivo da transmissão hereditária ⁽³¹⁾.

Para Pereira Coelho, na sucessão verifica-se uma sucessão de pessoas, ou seja, uma pessoa (*sucessor*) vai substituir outra (*de cujus*) em determinada posição que este ocupava. O mesmo autor, diz ainda que o fenómeno sucessório ocorre quando uma pessoa (*sucessor*) assume, numa relação jurídica que se mantém idêntica, a mesma posição que era ocupada anteriormente pelo (*de cujus*) ⁽³²⁾.

O legislador optou, no art. 2024.º, do CC, pela seguinte noção de sucessão: “diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e consequente devolução dos bens que a esta

⁽²⁸⁾ Na antiga Germânia, vigorava um sistema sucessório onde havia uma sucessão de pessoas numa certa posição jurídica, que não envolvia qualquer transmissão de bens certos e determinados. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição renovada, Vol. II, Coimbra, 2002, pp. 91.

⁽²⁹⁾ O “*de cujus*” é o autor da sucessão. Trata-se de um termo de origem latina “*de cujus hereditate agitur*” (aquele de cuja herança se trata). JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, , Lisboa, 2009, pp. 14 e 15.

⁽³⁰⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição renovada, Vol. II, Coimbra, 2002, pp. 28 e 29.

⁽³¹⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 99.

⁽³²⁾ Pode-se retirar dois elementos essenciais do conceito jurídico de sucessão: por um lado, opera-se uma modificação subjectiva em determinada relação jurídica; por outro lado, a relação jurídica se mantém a mesma apesar da modificação operada. F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 8 e 9.

pertenciam”. O traço fundamental das relações sucessórias assenta numa finalidade específica, que é assegurar no interesse geral do falecido, dos familiares e dos credores, a continuidade das relações jurídicas patrimoniais do *de cuius* ⁽³³⁾.

Galvão Telles divergiu em relação a esta noção de sucessão. Este autor defendeu no anteprojecto do Direito das Sucessões, o seguinte conceito de sucessão: “quando alguém falece, todos os seus direitos e obrigações, que não sejam intransmissíveis por morte, se transferem a uma ou mais pessoas no termo adiante declarado ⁽³⁴⁾”. De acordo com Gonçalves de Proença, o legislador no art. 2024.º, identifica o fenómeno sucessório com o “chamamento dos sucessores” designado como (vocação sucessória). Por conseguinte, o texto do projecto caracteriza o fenómeno sucessório como “a própria transferência dos direitos e obrigações do *de cuius* para os seus sucessores ⁽³⁵⁾”. Retira-se do conceito legal de sucessão, uma forte referência ao “chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida” destacando ainda a ideia da “consequente devolução dos bens que a esta pertencia ⁽³⁶⁾”.

Pires de Lima defende que ocorre a sucessão “quando uma ou mais pessoas vivas são chamadas à titularidade das relações jurídico-patrimoniais de uma pessoa morta ⁽³⁷⁾”.

Já Carvalho Fernandes diz que o termo transmissão e sucessão são sinónimos. De acordo com o mesmo, “a sucessão implica a manutenção do direito em relação ao qual se verifica a referida substituição da pessoa do seu titular ⁽³⁸⁾”. Quando verifica-se a transmissão do direito, este não se extingue, mantém-se o mesmo direito.

⁽³³⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Editora Coimbra, Lisboa, 2010, p. 1446.

⁽³⁴⁾ Dizia o Professor Galvão Telles que a sucessão *mortis causa* seria uma verdadeira transmissão do autor da sucessão para os herdeiros ou legatários adquirentes, pelo que não aceitava que da situação jurídica aquisitiva que ocorre na sucessão, fosse retirada uma ideia de vocação e inerente devolução dos bens. O mesmo autor ia contra a doutrina da Escola de Coimbra que defendia uma concepção personalista de sucessão, centrada na ideia de substituição dos sujeitos. REVISTA: O DIREITO – *A lição do Direito das Sucessões do Professor Doutor Galvão Telles*, Ano 142.º, 2010, pp. 253, 254, 255 e 256.

⁽³⁵⁾ A primeira definição consagra um conceito normativo ou legal, na segunda, pelo contrário, consagra um conceito sociológico. Com isso, pode-se dizer que no primeiro caso a sucessão identifica-se com a lei que regulamenta a situação e no segundo com a situação regulamentada pela lei. Por outras palavras, a “sucessão” é um fenómeno regulado pelo direito e não apenas o “direito” que regula a “situação”, por isso se fala em Direito das Sucessões que regula o fenómeno sucessório referente a morte do *de cuius*. JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 10 e 11.

⁽³⁶⁾ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL – *Curso de Direito das Sucessões*, Ed. Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 30.

⁽³⁷⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Vol. I, Coimbra, 2000, p. 17.

⁽³⁸⁾ Esta teoria nem sempre foi aceite pela doutrina. A *concepção voluntarista* defende que o direito subjectivo é um poder de vontade. Sendo assim, não tem sentido manter o mesmo direito mudando o seu titular. Com isso, para esta doutrina, o primeiro direito extingue-se para o seu titular (primitivo), entrando um novo direito

Com isso, verifica que uma parte da doutrina olha para a sucessão e ver que há uma transmissão de direitos do *de cuius* para o seu sucessor. Já a outra parte da doutrina olha para a sucessão como uma forma de mudança da titularidade do direito. Pode-se defender que na sucessão ocorre uma transmissão de direitos que pertenciam ao *de cuius* e com a sua morte, passam a pertencer ao seu sucessor.

A *concepção voluntarista* separa o direito do *de cuius*, do direito do seu sucessor, o que não faz sentido. Na realidade o que se verifica é uma transmissão *mortis causa* do mesmo direito, o que muda é apenas o seu titular. Os autores que defenderam esta posição, ao analisar melhor, passaram a admitir que afinal o novo direito é igual ao anterior, equiparando-os ⁽³⁹⁾. Ao seguir estritamente a tese de que o direito subjectivo é ligado a determinado sujeito, não poderá, desta forma, ocorrer a sucessão. Pois nesse caso, com o falecimento do seu titular, o direito extingue-se. Tal posição não poderá ser seguida de forma severa, pois dessa forma não ocorreria o processo sucessório. Com isso, o direito subjectivo deve ser visto como uma “organização objectiva”, ou seja, o sujeito poderá dispor do seu património “transferindo para outra pessoa aquela estrutura de *domínio* ou de *poder* ⁽⁴⁰⁾”. Com isso, segundo Maria Helena Dinis, com a morte do autor da herança o sucessor passa a ter a posição jurídica do falecido, sem que haja qualquer alteração na relação de direito, que permanece a mesma, apesar da mudança do sujeito ⁽⁴¹⁾.

Por sua vez, Gonçalves de Proença, defende que a sucessão “é um fenómeno jurídico de transferência dos direitos e obrigações que integram aquele património, passando-o da titularidade do autor da sucessão para os seus sucessores ⁽⁴²⁾”.

O principal fundamento do Direito das Sucessões é a continuidade do acervo hereditário do *de cuius*, ou seja, é a permanência do seu património na titularidade do seu sucessor, escolhido pelo mesmo ou através da sucessão legítima.

na esfera do (adquirente). LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 51.

⁽³⁹⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 52.

⁽⁴⁰⁾ F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 11 e 12.

⁽⁴¹⁾ A mesma autora diz ainda que o sucessor do *de cuius* entra na titularidade de uma relação jurídica que advém do *de cuius*. MARIA HELENA DINIZ – *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Editora Saraiva, 24.^a Edição, São Paulo, 2010, p. 3.

⁽⁴²⁾ As normas que regulam essa “transmissão” constituem o “direito das sucessões”. JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3.^a Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 9.

4. Da sucessão legitimária

O direito sucessório português consagra um sistema sucessório bem vasto. A sucessão por morte pode ser legal ou voluntária, conforme resulta da lei ou de um negócio jurídico, art. 2026.º, do CC. Nesta última hipótese pode surgir um testamento (sucessão testamentaria) ou uma doação por morte (quando admitido por lei surge a denominada sucessão contratual). Na sucessão legal, pode ser (legitimária e legítima), conforme possa ou não ser afastada pela vontade do autor da sucessão, art. 2027.º.

A Sucessão legitimária é uma modalidade de sucessão legal. É constituída pela legítima ⁽⁴³⁾ ou quota indisponível, pela qual o *de cuius* não pode dispor, por ser legalmente destinada a certos sucessíveis designados como herdeiros legitimários (cônjuge, descendentes e os ascendentes). De acordo com boa parte da doutrina, a sucessão deve assegurar a relevância social da família e, para isso, não será suficiente a sucessão legítima. Assim surge a sucessão legitimária a favor da família nuclear (cônjuge, descendentes e ascendentes). Mas note-se que na sucessão legítima essa função é assegurada pois aqueles sucessíveis são os primeiros beneficiados da herança independentemente do seu carácter supletivo ⁽⁴⁴⁾.

Segundo Maria Paula Gouveia Andrade, a sucessão legitimária é tão importante aos olhos do legislador que este “transforma as normas num verdadeiro «ius cogens», inderrogável pela vontade do *de cuius* ⁽⁴⁵⁾”. Trata-se pois de um sistema que visa a protecção de certos herdeiros do *de cuius*, os herdeiros legitimários. Tal protecção é assegurada por alguns institutos que regulam a sucessão legitimária: instituto da intangibilidade da legítima, instituto da redução das liberalidades por inoficiosidade, etc.

Na sucessão legitimária, opera uma sucessão contra a vontade do *de cuius*. Este é obrigado a respeitar a reserva legítima destinada aos herdeiros legitimários.

A sucessão legitimária teve um tratamento importante nas Ordenações portuguesas, desde as Ordenações Afonsinas (D. Afonso III), passando pelas Manuelinas (D. Manuel I), até as Filipinas (Felipe I). Começou com um sistema de quota fixa. Só com a entrada em

⁽⁴³⁾ A legítima em causa é a quota imposta por lei a favor dos herdeiros legitimários; já a sucessão legítima é uma forma de vocação sucessória determinada pela lei.

⁽⁴⁴⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 28 e 29.

⁽⁴⁵⁾ MARIA PAULA GOUVEIA ANDRADE – *Prática de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 53.

vigor do actual Código Civil de 1967, que foi introduzido o sistema de quota variável consoante o número de herdeiros legitimários concorrentes à sucessão (que pode ir de um terço a dois terços), semelhante ao sistema de Justiniano, no Capítulo I da Novella XVIII ⁽⁴⁶⁾.

Conforme resulta do art. 2156.º, do CC, o testador não pode dispor dessa quota indisponível, por ser legalmente destinada aos seus herdeiros legitimários. Essa obrigatoriedade é respeitante apenas ao *de cuius*, ou seja, apenas esse tem que respeitar a quota indisponível, não podendo dispor dela. Já em relação aos beneficiários, estes não estão obrigados a aceitar, tendo a discricionariedade de o fazer ou não ⁽⁴⁷⁾.

Quando se fala em legítima e quota indisponível, estar-se-á abordando a mesma realidade, mas são encaradas de forma diferente em relação aos sujeitos: no que toca ao autor da sucessão, este tem uma quota indisponível; já o herdeiro legitimário tem uma legítima. Ainda em relação a legítima, pode-se encontrar duas teorias: a primeira é a *teoria da pars hereditatis*, que defende o direito à legítima como um direito a uma parte dos bens da herança. A segunda teoria designada como *teoria da pars bonorum*, defende que o direito à legítima é um direito a uma parte do valor desses bens, sendo o legitimário um simples credor da herança ⁽⁴⁸⁾.

No ordenamento jurídico português, a legítima ou quota indisponível, apresenta-se como uma quota hereditária pertencente aos herdeiros legitimários, estes são proprietários dessa quota-parte da herança. Por outro lado, de acordo com o sistema germânico, a legítima é um direito de crédito, direito que os legitimários exercem sobre os herdeiros em geral para usar e fruir a quota hereditária ⁽⁴⁹⁾.

Na sucessão legitimária os herdeiros legitimários são privilegiados, ou seja, a lei reconhece que determinadas pessoas têm sobre uma quota-parte da herança, direitos que não lhes podem ser retirados por vontade do *de cuius*, trata-se de uma imposição legal, ficando em segundo plano a vontade do autor da herança.

⁽⁴⁶⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 113 e 114.

⁽⁴⁷⁾ O *de cuius* é que não pode privá-los de tal direito. JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p.110.

⁽⁴⁸⁾ F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 313 e 314.

⁽⁴⁹⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES – *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Editora Coimbra, Lisboa, 2004, p. 46.

4.1. O complexo cálculo da legítima (ou quota indisponível) dos sucessíveis legitimários

A legítima corresponde, de acordo com o art. 2156.º, do CC, “a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”. Trata-se pois de uma instituição destinada a garantir um mínimo de participação na herança aos parentes mais próximos do falecido, mesmo contra a vontade do mesmo, indo contra o direito atribuído ao *de cuius* de livre disponibilidade do seu património. A lei diz que a legítima não visa limitar os poderes de disposição do proprietário, mas garantir, à data da morte do *de cuius*, certa porção de bens a determinados herdeiros ⁽⁵⁰⁾. Mas ao atribuir uma parte da herança a certos herdeiros legitimários, contra a vontade do *de cuius*, não seria uma forma de limitar os poderes de disposição do mesmo? A sucessão testamentária e a sucessão legítima cumprem bem a função de garantir aos herdeiros mais próximos do *de cuius*, uma parte da herança que sirva para dar continuidade do património no âmbito familiar, não precisando de uma imposição legal que obrigatoriamente destine uma parte da herança para determinados herdeiros, denominados herdeiros legitimários. Tendo em conta o grau de proximidade entre os parentes mais propínquos e o *de cuius*, normalmente este beneficiaria àqueles por via testamentária e, caso isso não se verificasse, tendo em conta a prevalência da vontade do *de cuius*, funcionaria, em segundo plano, a sucessão legítima, de forma a garantir aqueles herdeiros uma quota-parte da herança de que a lei lhes concede caso o *de cuius* não disponha de todos seus bens.

O instituto da redução das liberalidades visa proteger a legítima dos herdeiros legitimários. Não existindo essa classe de sucessores, não há que se falar em redução uma vez que o autor da herança poderá dispor de todo seu património. Com isso, verifica-se que a redução de liberalidades é uma forma de garantir a existência da legítima ⁽⁵¹⁾.

De acordo com Carvalho Fernandes, para determinar o valor da legítima no sentido de quota indisponível, estamos diante de “uma das operações fundamentais da sucessão legitimária, pois dela decorre a extensão e a natureza do direito dos herdeiros legitimários

⁽⁵⁰⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Editora Coimbra, Lisboa, 2010, p. 1496.

⁽⁵¹⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 340.

(⁵²)”. Já segundo Gonçalves de Proença, “sendo a legítima uma percentagem ou porção aritmética” da herança do falecido, que corresponde a um terço, metade ou dois terços, “para determinar essa quota, é preciso indicar o *todo* em relação a qual deve ser estabelecida (⁵³)”.

Pode-se retirar da leitura dos arts. 2158.º a 2161.º, do CC, que dependendo da quantidade e da qualidade dos sucessíveis chamados, a legítima objectiva pode ter valores distintos de 1/3, 1/2 ou mesmo 2/3 da herança, sendo tal medida apurada na abertura da sucessão.

Conforme resulta do art. 2162.º, do CC “para o cálculo da legítima deve atender-se ao valor dos bens existentes no património do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, as despesas sujeitas à colação e às dívidas da herança”. Tal preceito, como veremos, está sujeito a correcção por parte da doutrina.

O cálculo da legítima, de acordo com o art. 2162.º, do CC, é uma realidade complexa. Para Pereira Coelho, o referido art. 2162.º, do CC, “não teve o propósito de enunciar a ordem das operações, mas só os elementos de que se forma a massa do cálculo (⁵⁴)”. Sendo ou não um lapso do legislador, há que ordenar aqueles elementos para melhor compreender o cálculo em si. Para se calcular a legítima segundo aquele preceito, deve-se ter em conta: 1. O valor dos bens existentes no momento da morte do *de cuius* (*relictum*); 2. O valor dos bens doados (*donatum*) (⁵⁵); 3. O valor das despesas sujeitas à colação; 4. por fim, às dívidas da herança. Corrigindo esse preceito, a ordem do cálculo da legítima ficará a seguinte: 1. Em primeiro lugar deve-se atender o valor dos bens existentes; 2. Em segundo lugar, do valor dos bens existente vamos subtrair as dívidas da herança, dívidas que o autor tinha antes de falecer e não pagou juntamente com as dívidas da administração da herança (⁵⁶); 3. Em terceiro lugar, soma-se as doações; 4. Por fim, calcula-se as despesas sujeitas à

(⁵²) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 407.

(⁵³) JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 130.

(⁵⁴) F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 318 e 319.

(⁵⁵) Oliveira Ascensão defendeu a tese de que a herança é um património autónomo e, desta forma, estaria excluída a doação feita em vida do autor da herança. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL – *Curso de Direito das Sucessões*, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 292.

(⁵⁶) Se existirem dívidas da herança, tais dívidas vão ser abatidas no quinhão de cada herdeiro. Ou seja, as dívidas da herança só poderão ser pagas até ao limite da herança de cada herdeiro. Logo, só se fala em herança depois de excluídas as dívidas do falecido. MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 240.

colação. Com isso, verifica-se que, para o cálculo da legítima, não deve ter em conta apenas a massa activa da herança, mas também as dívidas decorrentes da herança ⁽⁵⁷⁾.

O primeiro elemento a ter em conta no cálculo da legítima é o património activo do autor da sucessão existente no momento da sua morte. Em seguida, deve-se considerar as doações, abrangendo, desta forma, todas as doações feitas em vida do autor da sucessão independentemente dos donatários serem herdeiros ou terceiros. Já em relação às dívidas da herança, a doutrina entende que estão abrangidas todos os encargos constantes no art. 2068.º, do CC (com excepção dos legados). Os encargos do legado são afastados pois estar-se-á diante de uma disposição gratuita e se enquadrássemos o legado no valor da herança, afectaria de forma indirecta os legitimários ⁽⁵⁸⁾.

Segundo a *Tese da Escola de Coimbra*, a doação “*donatum*” não responde pelas dividas, incluindo as dividas na tutela dos legitimários e não na tutela dos credores, que não podem ter, após a morte do devedor, melhor posição do que a que tinham em vida dele. Com isso, o cálculo deve ser realizado na seguinte forma: em primeiro lugar, deve-se abater o passivo da herança, para em seguida, somar as doações realizadas em vida do autor da herança. Com o resultado obtido, calcula-se o valor da quota indisponível ⁽⁵⁹⁾. Já a denominada *Tese da Escola de Lisboa*, sustenta que o alargamento do quinhão legitimário, pelo art. 2162.º, do CC, traduz-se naquilo que o herdeiro efectivamente recebe nessa qualidade e por isso também as doações haveriam de ser afectadas pelo passivo da herança. Logo, para a realização do cálculo, verifica-se o inverso da tese anterior: calculando-se em primeiro lugar as doações e, em seguida, calcula-se as dividas ⁽⁶⁰⁾. A primeira tese melhor protege os interesses dos chamados herdeiros legitimários, sendo por isso, adoptada pela maioria dos autores.

De acordo com Oliveira Ascensão a legítima poderia ficar totalmente preenchida em vida do autor da herança. Neste caso não chegaria na prática a existir a sucessão legitimária, pois a doação uma vez aceite, implicaria para o herdeiro legitimário sua exclusão de

⁽⁵⁷⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessão*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 410.

⁽⁵⁸⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessão*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 410 e 411.

⁽⁵⁹⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 411.

⁽⁶⁰⁾ As duas teses abordadas só conduzem a resultados diferentes, se a herança for deficitária, isto é, se o passivo for superior ao activo. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 411.

qualidade de sucessor do *de cuius* ⁽⁶¹⁾. O que faz sentido, uma vez que a quota-parte do herdeiro legitimário foi preenchida ainda em vida do autor da herança este fica livre daquele encargo ainda em vida, podendo dispor dos restantes bens, após a interrupção definitiva de sua vida.

4.1.1. Legítima do cônjuge e descendentes como sucessores legitimários

As várias categorias de sucessíveis legítimos não são todas chamadas a suceder conjunta ou indiscriminadamente. O art. 2133.º, do CC, ordena-as em grupos que são chamados de “classes de sucessíveis”. De acordo com essa norma, há uma ordem de preferência no chamamento dos respectivos sucessíveis. Com isso, havendo sucessíveis da primeira classe, não são chamados os da segunda classe e só são chamados os sucessíveis da terceira classe se não houver os das duas primeiras classes abordados e assim por diante ⁽⁶²⁾.

Ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, no ordenamento jurídico português, a legítima é variável consoante o número, a natureza do vínculo e até de grau de parentesco que une o autor da herança aos herdeiros legitimários. Na concorrência do cônjuge com os descendentes, ocorre um desvio à regra da sucessão por cabeça. Com isso, a sucessão por cabeça só opera se houver até três descendentes. Existindo mais de três descendentes, o cônjuge ficará, neste caso, com um quarto da herança, é o que decorre do art. 2139.º, n.º 1, do CC.

O art. 2134.º, do CC consagra o *princípio da preferência de classes* ao abordar que “os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas”. Só são chamados os sucessíveis da classe imediata se os da anterior não quiserem ou não puderem aceitar.

Já conforme o *princípio da preferência de grau de parentesco*, estabelecido no art. 2135.º, do CC, preceitua que “dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado”. Assim, na primeira classe, existindo vários (filhos) descendentes do *de cuius*, estes preferem em relação aos netos. Já na segunda classe,

⁽⁶¹⁾ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL – *Curso de Direito das Sucessões*, Ed. Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 292.

⁽⁶²⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Ed. Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 367, 368 e 369.

existindo (pais) ascendentes do falecido, estes preferem em relação aos avós, e assim por diante.

A última regra da sucessão legítima é a *divisão por cabeça* consagrada no art. 2136.º, do CC. Conforme regulamenta esse preceito “os parentes de cada classe sucedem por cabeça ou em partes iguais (salvo exceções previstas neste código) ”.

A primeira classe de sucessíveis é formada pelo cônjuge sobrevivente e pelos descendentes. A primeira questão a colocar situa-se em relação ao cônjuge. O cônjuge é considerado herdeiro do *de cujus* e é chamado a herança se o casamento subsistir, sem vicissitudes (divórcio, separação judicial de pessoas e bens e invalidade do acto de casamento), à data da morte do autor da herança ⁽⁶³⁾.

Existindo mais de três filhos não deve operar a regra da igualdade como já foi referido, art. 2139.º, n.º 1, do CC. Nesse caso, a partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros, sendo que, a quota-parte do cônjuge, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança. Já se subsistir mais de três filhos, o cônjuge recebe um quarto da herança, sendo o restante três quartos divididos pelos filhos. Trata-se de um privilégio concedido pelo legislador à família conjugal sobre a família parental. Com esse sistema de partilha, o legislador terá querido evitar que a quota do cônjuge fosse muito pequena. E fez bem, pois tratando-se de uma família numerosa, exigiu-se um maior esforço por parte do cônjuge sobrevivente. Por outro lado, sabe-se que os filhos, com a morte do segundo progenitor, virão suceder na totalidade dos bens ⁽⁶⁴⁾.

É de destacar ainda o direito de representação relativos aos netos, bisnetos, etc., do *de cujus*. O art. 2140.º, do CC, estabelece que “os descendentes dos filhos que não puderem ou não quiserem aceitar a herança são chamados à sucessão nos termos do art. 2042.º, do CC”. Ocorrendo o direito de representação, cabe a cada estirpe, aquilo que sucederia o ascendente, art. 2044.º, do CC.

4.1.2. Legítima do cônjuge e ascendentes como sucessores legítimos

⁽⁶³⁾ Os casos mais comuns são os de divórcio e separação judicial de pessoas e bens já decretados por sentença transitada em julgado à data da morte do autor da herança. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 372 e 373.

⁽⁶⁴⁾ F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 305.

Pela ordem do art. 2133.º, do CC, se não existir descendentes, o cônjuge concorre à sucessão conjuntamente com os ascendentes. Ou seja, o cônjuge também integra a segunda classe de sucessíveis, concorrendo com os ascendentes, se o autor da herança falecer e não deixar descendentes, art. 2133.º, n.º 2, do CC.

A divisão da herança entre os ascendentes e o cônjuge não é igualitária: a quota-parte da herança respeitante ao cônjuge é de dois terços e dos ascendentes, em conjunto, é de um terço da herança, art. 2142.º, n.º 1, do CC. Sendo que, na falta do cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da herança, art. 2142.º, n.º 2, do CC.

Conforme resulta dos arts. 2135.º, 2136.º e 2142.º, n.º 3, do CC, são aplicáveis à sucessão de ascendentes, o princípio da preferência de grau de parentesco dentro da referida classe. Isto é, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado, por outras palavras, são chamados prioritariamente os pais do autor da sucessão e só na falta deles serão chamados os avós e assim sucessivamente. Vale ainda, o princípio da sucessão por cabeça, ou seja, dentro do mesmo grau os ascendentes sucedem por cabeça ou em partes iguais como já abordado ⁽⁶⁵⁾. Neste caso não se aplica o direito de representação, este direito só se aplica em relação aos descendentes, art. 2042.º, do CC. Mas, por outro lado, aplica-se o direito de acrescer, art. 2143.º, do CC. A referida norma estabelece que se algum ou alguns dos ascendentes não puderem ou não quiserem aceitar sua quota-parte da herança, a sua parte acresce na parte dos outros ascendentes que concorram à sucessão. Caso não exista ascendentes, essa parte acrescerá à do cônjuge sobrevivente que concorre com o ascendente que não teve a faculdade de aceitar a herança ⁽⁶⁶⁾.

No sistema sucessório brasileiro, não existindo descendentes, são chamados a suceder os ascendentes. A partir de 2002, os ascendentes passaram a ser chamados a concorrer na herança juntamente com o cônjuge, art. 1829.º, do CC brasileiro. O cônjuge foi colocado numa situação privilegiada em relação aos ascendentes pois concorrendo o cônjuge com um sogro ou uma sogra, o cônjuge receberá metade da herança ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Excepto se os ascendentes concorrer à sucessão com o cônjuge, neste caso, a partilha não será por cabeça, ou em partes iguais, mas sim, o cônjuge tem direito a duas terças partes e os ascendentes passam a ter direito a uma terça parte da herança. JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 98.

⁽⁶⁶⁾ Pode-se dizer que o direito de acrescer na sucessão do cônjuge com os ascendentes, funciona em primeiro lugar, em benefício dos ascendentes, só na falta desses, funciona em benefício do cônjuge. JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 99.

⁽⁶⁷⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 136.

4.1.3. Legítima do cônjuge como sucessor legítimo autónomo

No Direito Romano, não havia sucessão do cônjuge sobrevivente pois a transmissão efectuava-se pela via masculina. Foi na fase de Justiniano, que passou a permitir a mulher suceder no património do marido, estabelecendo uma possibilidade da mulher ter o usufruto dos bens do marido, concorrendo desta forma, com os filhos ⁽⁶⁸⁾.

A posição sucessória do cônjuge na anterior versão do actual Código era a seguinte: se concorresse à sucessão irmãos ou seus descendentes, o cônjuge sobrevivente tinha direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança, art. 2146.º, do CC. Por outro lado, se o cônjuge sobrevivente concorria sozinho à herança do falecido, era-lhe deferida a totalidade da sucessão, art. 2147.º, do CC ⁽⁶⁹⁾.

O cônjuge adquiriu os direitos sucessórios com a reforma do Código Civil de 1977, por força do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25/XI. Com o regime sucessório vigente, o cônjuge tem direitos sucessórios qualificados, pois, de acordo com o art. 2133.º, do CC, o cônjuge está integrado na 1.ª classe de sucessão legítima em conjunto com os descendentes e na falta destes volta a estar na 2.ª classe de sucessíveis, juntamente com os ascendentes. Na falta de ambos os sucessores das referidas classes, o cônjuge passa a exercer direitos sucessórios autónomos ⁽⁷⁰⁾.

Com isso, a posição do cônjuge não será mais de usufrutuário, mas sim, de um verdadeiro herdeiro real do *de cuius*, ficando desta forma, titular de uma quota-parte da herança.

Em muitos países capitalistas actuais, como no caso da França, o cônjuge sobrevivente não é considerado sucessível legítimo e se encontra na sucessão legítima numa situação inferior aos descendentes, ascendentes e irmãos, sucedendo portanto na quarta classe. Pelo contrário, nos sistemas jurídicos italiano, belga, holandês e brasileiro, consagram um regime

⁽⁶⁸⁾ No anterior sistema sucessório brasileiro, como o cônjuge não era considerado herdeiro necessário do *de cuius*, por consequência disso, também quem vivia em união estável não era considerado herdeiro do falecido. A partir de 2002, o art. 1.790.º, do CC brasileiro, passou a admitir que a companheira ou companheiro da pessoa falecida, fosse inserido na vocação sucessória. SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, pp. 137 e 148.

⁽⁶⁹⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO – *Direito Civil Sucessões*, 5ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2000, p. 341.

⁽⁷⁰⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 96.

sucessório mais favorável ao cônjuge ⁽⁷¹⁾. No direito italiano, o cônjuge sobrevivente passou a concorrer na sucessão legítima a par com os descendentes, ascendentes e irmãos do *de cuius*, arts. 581.º a 585.º, do Código Civil de 1942. Já na legislação belga de 14 de Maio de 1981, arts. 913.º a 918.º, do Código Civil belga, o cônjuge sobrevivente tornou-se herdeiro legítimo e legitimário em concurso com os descendentes, ascendentes e irmãos do *de cuius*. Por conseguinte, no direito holandês, de acordo com a Lei de 1 de Janeiro de 1992, o cônjuge sobrevivente é assimilado a um filho, ou seja, na ausência de descendentes, o cônjuge herda tudo. Por fim, no Código Civil brasileiro, o cônjuge sobrevivente é sucessor legítimo e necessário em concurso com os descendentes e ascendentes, sendo herdeiro único na terceira classe de sucessíveis, art. 1829.º e segs. e 1845.º e segs.

O problema que se coloca é saber quando o cônjuge pode suceder isoladamente. Se não existir filhos e outros descendentes, o cônjuge só sucede sozinho se não existir ascendentes, art. 2141.º, do CC. Havendo filhos mas se nenhum deles quiser ou puder aceitar a herança, abrem-se dois problemas: por um lado, um deles tem descendentes e opera aqui o direito de representação; já na hipótese de nenhum ter descendentes, o cônjuge sucede isolado, sem concorrer com ninguém ⁽⁷²⁾.

Na hipótese do cônjuge suceder isoladamente, se não existir ascendentes, o cônjuge é o único chamado a suceder o *de cuius*, pelo que não verifica aqui o direito de representação.

O legislador prevê a hipótese de o cônjuge sobrevivente ser o único herdeiro legitimário, por não existir descendentes ou ascendentes, art. 2158.º, do CC. Neste caso, a legítima do cônjuge é de metade da herança ⁽⁷³⁾.

Os direitos sucessórios do cônjuge são os bens deixados pelo outro cônjuge, como bens próprios ou sua meação nos bens comuns. Logo, com a morte de um dos cônjuges, a primeira coisa a fazer é a partilha dos bens comuns, entregando ao cônjuge sobrevivente a sua meação nesses bens. Em seguida, se abrirá o processo sucessório do cônjuge falecido, pelo qual, o cônjuge sobrevivente vai concorrer com os descendentes e ascendentes em relação aos bens próprios e a meação nos bens comuns do falecido. No que se refere a partilha dos bens

⁽⁷¹⁾ BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – *O Direito das Sucessões do Direito Romano ao Direito Actual*, Colloquia - 16, Editora Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 1314 e 1315.

⁽⁷²⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 377 e 378.

⁽⁷³⁾ Após a reforma de 1977, a legítima do cônjuge passou a ser de metade da herança. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES – *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Editora Coimbra, Lisboa, 2004, p. 49.

do casal, é objecto de estudo no âmbito do direito da família. Cabe ao direito sucessório apenas a parte que abrange o processo sucessório ⁽⁷⁴⁾.

No anterior direito sucessório brasileiro, o cônjuge era colocado em terceiro lugar na ordem de vocação sucessória, após os descendentes e ascendentes. Ou seja, o cônjuge não era considerado um herdeiro legitimário ou necessário ⁽⁷⁵⁾. O que não se verifica hoje. O cônjuge passou a ser considerado herdeiro legitimário ou necessário do *de cuius*, concorrendo à herança com os descendentes e ascendentes. O cônjuge passa a integrar o rol dos herdeiros necessários, conforme resulta do art. 1.845.º, do CC brasileiro. A referida norma não aborda nada sobre a participação do companheiro(a) na união estável. Mas, o companheiro(a) concorre à herança com os demais herdeiros (descendentes, ascendentes e colaterais), no que toca aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável ⁽⁷⁶⁾. Com isso, pode-se afirmar que o cônjuge é o único herdeiro cujo direito sucessório não decorre do vínculo de parentesco ⁽⁷⁷⁾.

4.2. Regras da sucessão legitimária (remissão para as regras da sucessão legítima imposta pelo art. 2157.º, do CC, parte final)

Como se sabe, a sucessão legitimária não tem regras próprias. De acordo com art. 2157.º, do CC, há três categorias de sucessíveis legitimários: cônjuge sobrevivente, descendentes e os ascendentes. Na parte final do preceito diz que estes sucessíveis ordenam-se segundo as classes da sucessão legítima, devendo-se, neste caso, remeter para as regras da sucessão legítima.

A sucessão legitimária visa a protecção da família nuclear ou conjugal, já a sucessão legítima visa a protecção da família parental. Aplica-se a sucessão legítima não apenas na falta do *de cuius* dispor do restante da herança por meio do testamento, mas também, nos casos em que o testamento é inválido ou ineficaz.

⁽⁷⁴⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Ed. Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 97.

⁽⁷⁵⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 137.

⁽⁷⁶⁾ BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – *O Direito das Sucessões do Direito Romano ao Direito Actual*, Colloquia - 16, Editora Coimbra, Coimbra, 2006, p. 890.

⁽⁷⁷⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 127.

Trata-se pois de mais indolência do legislador. Se para o sistema sucessório em vigor a sucessão legitimária é tão importante, porque o legislador não resolveu legislar autonomamente sobre tais regras ao invés de remeter para as regras da sucessão legítima? Desse ponto de vista seria mais crucial estabelecer um sistema sucessório legal (com apenas com a sucessão legítima) e um sistema de sucessão voluntária (com apenas a sucessão testamentária), mostrando, desta forma, a importância da última vontade do *de cuius*, prevalecendo a sucessão voluntária sobre a sucessão legal. Se o autor da herança não manifestar sua vontade, nesse caso, valerá a sucessão legítima, ocorrendo a vocação sucessória segundo suas regras.

Na sucessão legitimária, sabe-se que o autor da herança é obrigado, por lei, a deixar uma quota-parte da herança para os herdeiros legitimários (cônjuge, descendentes e ascendentes). Aqui não há liberdade para o autor da herança, em dispor ou não dispor do seu património, havendo herdeiros legitimários, o autor da herança tem que respeitar a quota indisponível destinada aos mesmos. Isso já não acontece se houver apenas a sucessão legítima, pois neste caso, prevalecerá a vontade do testador em dispor do seu património através da sucessão voluntária e, caso o autor da herança não disponha do seu património ou de todo seu património através da sucessão voluntária, ocorrerá a sucessão legítima. Por isso, um sistema sem sucessão legitimária é um verdadeiro sistema sucessório. Pode-se afirmar que a veneração pela última vontade do autor da herança em dispor dos seus bens e a consequente protecção da família são verdadeiros fundamentos do sistema sucessório. Tais requisitos ficariam preenchidos com duas formas sucessórias: sucessão testamentária e sucessão legítima.

Note-se, não se trata de defender um sistema sem sucessão legal. Trata-se pois de prevalecer a última vontade do *de cuius*, devendo prevalecer a sucessão voluntária sobre a sucessão legal. A sucessão legítima deve sempre ocorrer quando necessário.

Algumas razões justificam a sucessão legítima: em primeiro lugar, uma razão jurídica, fundamentada na “estabilidade” e “equilíbrio” da vida social; em segundo lugar, uma razão sociológica, relacionada com a instituição familiar; por fim, uma razão institucional, relacionada com o respeito pela última vontade do *de cuius*. Pode-se retirar da primeira razão que ocorrendo a morte do autor da herança, seus bens não podem ficar sem titular, ou seja, sem dono. Como defende José João Gonçalves de Proença, tudo se passaria como se “o direito deixasse de desempenhar a sua função de guardião e garantia dos direitos

e obrigações validamente constituídos⁽⁷⁸⁾”. A segunda razão fundamenta na ideia de que no âmbito familiar, todos os seus membros devem se proteger e salvaguardar. De acordo com esse pensamento, os parentes do *de cuius* que devem ser beneficiados com a atribuição dos bens deixados por ele. Já na terceira razão, o legislador deve sempre ter em conta a vontade do *de cuius*, ou seja, deve-se dar aos bens do *de cuius* o destino que este lhes daria se sobre eles tivesse manifestado validamente a sua vontade⁽⁷⁹⁾.

A sucessão legítima é tão útil para o sistema sucessório que, no caso de não disposição de todos os bens por parte do autor da herança pela via da sucessão voluntária, serve para evitar que fiquem ao abandono os bens da pessoa que faleceu sem testamento ou que não tenha disposto de todos seus bens em testamento. Caso não ocorresse a sucessão legítima ocorreria uma desordem social, ficando os bens do falecido ao abandono.

As regras da sucessão legítima estabelecem deveres de solidariedade entre os membros da família. Tais regras, de acordo com Maria Celina de Moraes, visam uma “construção de uma sociedade solidária, que busque erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos, sem discriminações⁽⁸⁰⁾”.

Os preceitos sobre a sucessão legítima são de índole supletiva, ou seja, só se aplicam quando o autor da herança não manifestar vontade contrária. Sendo assim, a lei indica quem deve ser chamado à sucessão. É o que resulta do art. 2131.º, do CC, onde estatui que “se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens que podia dispor para depois da sua morte, são chamados à sucessão desses bens os seus herdeiros legítimos”. Segundo Manuel Leal-Henriques, a sucessão legítima consubstancia uma forma supletiva ou subsidiária de vocação sucessória, destinada a operar a transferência do património do *de cuius* para os seus sucessores⁽⁸¹⁾.

Como estabelece Manuel António da Silva, a sucessão legítima pode ser afastada pela vontade do *de cuius* “constituindo assim uma verdadeira forma de vocação supletiva

(78) JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 93.

(79) JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 94.

(80) ANA CAROLINA B. TEIXEIRA e GUSTAVO PEREIRA L. RIBEIRO – *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2008, p. 669.

(81) MANUEL LEAL-HENRIQUES – *Direito Sucessório e Processo de Inventário*, 3.ª Edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2005, p.22.

(⁸²)”. Sendo as normas que disciplinam a sucessão legítima de natureza supletiva, tais normas procuram ainda suprir a falta de manifestação de vontade do autor da sucessão; já as normas que disciplinam a sucessão legitimária são de natureza imperativa apenas para o autor da sucessão. Apenas este está obrigado a seguir as regras indicadas pelo legislador, não aplicando-se tais regras aos herdeiros, pois estes podem aceitar ou repudiar a herança.

É importante saber se o regime da sucessão legítima é imputado pelo *de cuius*, ou por outras palavras, se o autor da herança não fizer um testamento válido e eficaz estar-se-á conformando-se com o regime da sucessão legítima, ou pelo contrário, trata-se de um regime imputado pelo legislador? Do ponto de vista da autonomia privada, encontramos normas supletivas que de acordo com Baptista Machado, “são aquelas que se destinam a suprir a falta de manifestação da vontade das partes sobre determinados pontos do negócio que carece de manifestação (⁸³)”. A doutrina moderna defende uma certa tendência para considerar as regras supletivas como normas que também exprimem ou incorporam uma concepção de justiça da comunidade jurídica. De acordo com esta doutrina, para que uma norma supletiva seja afastada pela parte, deve existir justa causa (⁸⁴). Ao defender as normas sobre a sucessão legítima como regras supletivas, estar-se-á afirmando que estas regras vão suprir a falta de manifestação de vontade do *de cuius*. Quer dizer que o *de cuius* ao não se manifestar pela via da sucessão voluntária, sua vontade também será respeitada pela via da sucessão legítima. São regras que podem ser afastadas pela vontade do autor da herança, este tem a possibilidade de estipular quem vai herdar seu património. Mesmo não existindo a sucessão legitimária, a protecção à família é garantida através das regras da sucessão legítima, dando desta forma garantia de uma continuidade familiar.

No decorrer do tempo, surgiram algumas teorias para fundamentar a existência da sucessão legítima, entre as quais a *teoria da vontade presumida tradução da vontade média ou normal*. Essa teoria defende que o fundamento da sucessão legítima está na vontade do homem médio. Conforme expõe Zanzucchi, quando se afirma que a sucessão deve fundar-se na presumida vontade do *de cuius*, quer dizer que a lei deve regular a sucessão tendo por

(⁸²) MANUEL ANTÓNIO DIAS DA SILVA – *Direito das Sucessões* – Coleção Faculdade de Direito da U.A.N., Luanda, 2002, p. 172.

(⁸³) JOÃO BAPTISTA MACHADO – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.º Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011, p. 97.

(⁸⁴) JOÃO BAPTISTA MACHADO – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011, p. 98.

base um homem médio na normalidade dos seus afectos ⁽⁸⁵⁾. Em certos casos, pode-se até defender que a sucessão deve ser a imagem da vontade média ou normal das pessoas que morreram sem ter expressamente disposto do seu património, mas não estamos diante de uma teoria aceite pelo legislador. A sucessão não pode basear-se por “possíveis vontades” mas sim por vontade expressa pelo *de cuius* em testamento ou através da sucessão legítima.

Há ainda a *teoria da vontade presumida tradução da vontade devida*. Essa teoria foi defendida por Puffendorf. Segundo esse autor, o legislador deveria se interessar não pela vontade concreta do autor da herança, mas sim pela vontade tal como ela devia ser. Entre nós, essa teoria foi seguida por Lopes França. Segundo essa teoria “a lei deve atender não ao que qualquer testador pode querer mas sim ao que todos deviam querer ⁽⁸⁶⁾”. A principal crítica que possamos fazer em relação a esta teoria é a falta de consideração pela última vontade do *de cuius*. De acordo com esta teoria, a lei não se preocupa com a vontade concreta e muito menos com a vontade média ou normal. Segundo José Henrique Magalhães, o legislador aqui tem apenas em vista “efectivar o cumprimento de obrigações morais do falecido para com os seus parentes ⁽⁸⁷⁾”.

Já conforme a *teoria da vontade do legislador*, no séc. XVIII dominou a concepção de que o homem não tinha direito de propriedade, não podendo, desta forma, transmiti-la aquando da sua morte. Nesta época, dizia-se que no direito sucessório não estava em causa direito natural mas sim direito civil ⁽⁸⁸⁾. O direito sucessório é pois uma obra do legislador, da sua vontade e não da vontade do *de cuius*. Trata-se pois de um pensamento que não corresponde o fundamento do direito sucessório defendido nesse estudo. Ainda segundo José Henrique Magalhães, considerar o ordenamento da sucessão “*ex lege*”, ou seja, produto da vontade do legislador, não revela o seu fundamento, que se define pelo conjunto de princípios justos que dominam portanto essa forma de sucessão ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ JOSÉ HENRIQUE FERREIRA MAGALHÃES – *Fundamento da Sucessão legítima – Dissertação para licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47, p. 6.

⁽⁸⁶⁾ JOSÉ HENRIQUE FERREIRA MAGALHÃES – *Fundamento da Sucessão legítima – Dissertação para licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47, p. 13.

⁽⁸⁷⁾ De acordo com o mesmo autor, não estamos perante uma doutrina da vontade presumida, mas sim, no âmbito de uma doutrina que baseia a sucessão legítima nos deveres do homem para com a família. JOSÉ HENRIQUE FERREIRA MAGALHÃES – *Fundamento da Sucessão legítima – Dissertação para licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47, p. 14.

⁽⁸⁸⁾ JOSÉ HENRIQUE FERREIRA MAGALHÃES – *Fundamento da Sucessão legítima – Dissertação para licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47, p. 17.

⁽⁸⁹⁾ JOSÉ HENRIQUE FERREIRA MAGALHÃES – *Fundamento da Sucessão legítima – Dissertação para licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47, p. 18.

Actualmente, duas doutrinas sustentam a existência da sucessão legítima: por um lado temos a *doutrina moderna* que rejeita a posição de que a sucessão legítima é um “*testamento tácito*”. De acordo com essa doutrina, aquela ordem sucessória “não se baseia numa presumida vontade do *de cuius*, mas vale por ser a ordem mais justa, segundo as concepções do legislador ⁽⁹⁰⁾”. Trata-se pois de uma teoria que defende a vontade do legislador, indo contra o direito de propriedade privada consagrado no art. 62.º, da CRP, onde prevê o direito à propriedade privada e à livre disposição do património por parte do *de cuius*.

Por outro lado, temos a *doutrina tradicional*. Segundo essa doutrina, o fundamento da sucessão legítima é a vontade presumida do *de cuius*. A ordem consagrada no art. 2133.º, n.º 1, do CC, assentaria numa “gradação dos seus afectos”, ou seja, “corresponderia ao testamento que o autor da sucessão teria feito, presumivelmente, se tivesse usado da faculdade de testar ⁽⁹¹⁾.” A referida teoria é muito criticada pela doutrina. Mas partindo da tese defendida no presente estudo, melhor seria a posição adoptada pois dessa forma estaria garantindo a deferência da última vontade do *de cuius* e, por conseguinte, estaria cumprindo os objectivos traçados pela Constituição que é garantir o direito à propriedade e à sua livre transmissão, sem intromissão de terceiros, art. 62.º, da CRP.

Segundo Maria Berenice Dias, a sucessão legítima até podia se chamar de “*testamento tácito*”, pois ao deixar o *de cuius* de dispor dos seus bens, significa que concorda que seu património passe às pessoas enumeradas pela lei. Quando o titular do património opta por não testar, o que ele faz, ainda de acordo com a autora, é “atribuir plena legitimidade sucessória às pessoas indicadas pelo legislador ⁽⁹²⁾”.

Com isso, pode-se defender que o fundamento da sucessão legítima está na vontade presumida do autor da sucessão (teoria tradicional). Baseia-se no respeito que é devido à vontade do *de cuius*, após a sua morte. Não dispondo o autor da sucessão dos seus bens em testamento, é porque aceitou e desejou que seu património ficasse a pertencer aos herdeiros legítimos, seus familiares mais próximos. Sendo assim, a lei nada mais faz do que assegurar o cumprimento da vontade do autor da herança.

⁽⁹⁰⁾ F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 298.

⁽⁹¹⁾ F. M. PEREIRA COELHO – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 298.

⁽⁹²⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 112 e 113.

5. O direito à livre transmissão da propriedade privada pelo *de cuius*

Conforme resulta do art. 62.º, n.º 1, da CRP, “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

Conforme Carvalho Fernandes, no sistema jurídico português, “o fundamento do Direito das Sucessões deve ser procurado à luz da norma constitucional que consagra o direito fundamental à propriedade privada e garante a sua transmissibilidade em vida e por morte ⁽⁹³⁾”. Num Estado de Direito democrático que se baseia na dignidade da pessoa humana, o direito à propriedade privada deve ser considerado um direito fundamental em face dos poderes públicos. Com isso, a Constituição visa garantir a manutenção da propriedade privada de geração em geração, consagrando o princípio da sucessão de pessoas privadas, art. 62.º, n.º 1, da CRP. Carvalho Fernandes diz que a sucessão testamentária representa a principal manifestação do direito à transmissão da propriedade privada através da vontade do *de cuius*. A sucessão testamentária se funda numa certa concepção da propriedade privada e num dos princípios fundamentais que dominam a vida jurídica dos particulares: o princípio da autonomia privada. Por outro lado, a sucessão legítima além de garantir o direito à propriedade privada, garante também a solidariedade social inerente aos vínculos familiares ⁽⁹⁴⁾.

O direito de propriedade é tido como um direito de domínio, ou seja, trata-se de um direito absoluto que de acordo com Baptista Machado “é um direito tutelado contra intromissão de um qualquer terceiro que impeça ou perturbe o exercício dos poderes que constituem o respectivo conteúdo ⁽⁹⁵⁾.” O direito de propriedade é um direito de monopólio ou de exclusividade, ou seja, o titular do direito pode excluir qualquer terceiro que queira interferir no domínio do seu direito. Assim como estipula o Ac. do STJ de 14-02-2013, Proc., n.º 806/07, o direito de propriedade define-se como “um poder que é conferido ao seu titular, abrangendo como componentes: a liberdade de adquirir bens; liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; a liberdade de transmiti-los; o direito de não ser

⁽⁹³⁾ REVISTA DIREITO E JUSTIÇA – *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, 2011, Vol. III, p. 263.

⁽⁹⁴⁾ REVISTA DIREITO E JUSTIÇA – *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, 2011, Vol. III, p. 266.

⁽⁹⁵⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011, p. 89.

privado deles; e por fim, o direito de reaver os bens sobre os quais o mesmo direito mantém ⁽⁹⁶⁾”.

Pode-se dizer que há dois princípios básicos da ordem jurídica do capitalismo: por um lado, a propriedade é tida como um domínio do indivíduo sobre a coisa e, por outro, a liberdade pessoal em dispor da coisa de que é proprietário ⁽⁹⁷⁾. Segundo Oliveira Ascensão, o direito de propriedade é considerado “um dos mais notáveis direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias ⁽⁹⁸⁾”. Conforme resulta do Ac. n.º 0424/02 do STA, de 14 de Outubro de 2003, o direito de propriedade privada, de acordo com art. 62.º, n.º 1, da CRP, “só tem natureza análoga aos direitos fundamentais, enquanto categoria abstrata, entendido como direito à propriedade, ou seja, como susceptibilidade ou capacidade de aquisição de coisas e bens e à sua livre disponibilidade ⁽⁹⁹⁾”.

O direito de propriedade privada é um direito muito importante para a realização da democracia económica, cultural e social, que ajuda a promover a igualdade entre os cidadãos e o combate as desigualdades na distribuição da riqueza e rendimento ⁽¹⁰⁰⁾. Como estipula J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o direito de propriedade designa um regime, uma relação privada de uma pessoa com determinados bens ⁽¹⁰¹⁾”.

Decorre também do art. 33.º, da Constituição espanhola que há uma conexão entre o direito de propriedade e a sucessão *mortis causa*. O referido preceito estatui que se reconhece o direito a propriedade privada e a herança, n.º 1. Por outro lado, o n.º 3 da mesma norma estabelece que ninguém poderá ser privado dos seus bens e direitos sem ter

⁽⁹⁶⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

⁽⁹⁷⁾ Ainda de acordo com o mesmo autor, não se trata apenas da propriedade ser uma criação do direito à propriedade, mas de ser uma criação do direito que envolve forçosamente a diminuição das liberdades naturais dos não proprietários. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO – *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2007, pp. 647 e 842.

⁽⁹⁸⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA/JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO – *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, 2000, p. 169.

⁽⁹⁹⁾ O mesmo acórdão refere ainda que o direito de propriedade não é absoluto, podendo sofrer restrições quer de outros direitos quer da lei. www.dgsi.pt

⁽¹⁰⁰⁾ A doutrina tem defendido que o termo propriedade deve ser entendido de forma a englobar todos os direitos com relevância económica directa, pois só desta forma, o termo propriedade estará compatível com o art. 62.º da Constituição. Também o Tribunal Constitucional defende no Ac. N.º 491/02, que o direito de propriedade constante no art. 62.º da Constituição não abrange apenas a *proprietatis rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos, como direitos de crédito, entre outros. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, pp. 1242, 1246 e 1247.

⁽¹⁰¹⁾ Os mesmos autores abordam a diferença entre propriedade privada e propriedade pública. Na primeira confere ao titular o direito de privar terceiros da sua fruição e gozo. Já em relação a propriedade pública não confere ao seu titular o direito de privar outrem da sua fruição e gozo. J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Volume I, Ed. Coimbra, 2013, p. 801.

causa justificada de utilidade pública, tendo por contrapartida, uma corresponde indemnização.

Cabe ao Estado promover o direito de apropriação por parte dos cidadãos, trata-se pois de um poder que tanto as pessoas singulares como colectivas possuem, no sentido de ter bens em suas propriedades. Estamos diante de um direito social, pelo qual a constituição garante a todos a possibilidade de se tornar proprietários de bens, podendo dispor da forma que entender melhor, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. A Constituição ao garantir a todos o direito de propriedade e o direito de livre transmissão em vida ou por morte consagra uma garantia fundamental da propriedade privada. De acordo com Miguel Nogueira de Brito, a garantia constitucional da propriedade privada significa que “a uma posição jurídica do direito privado é associado um direito fundamental de defesa ou manutenção dessa posição ⁽¹⁰²⁾”.

Conforme estabelece José de Melo Alexandrino, o direito de propriedade é um instrumento jurídico tutelado pela Constituição que expressa uma dignidade entre os cidadãos e a existência de um poder, protegendo o proprietário contra ingerências indevidas de natureza pública ou privada ⁽¹⁰³⁾. Pode dizer que o referido art. 62.º, da CRP, consagra uma dupla garantia da propriedade privada: uma de natureza institucional-objectiva e a outra de natureza de direito subjectivo. Na primeira vertente, trata-se de injunções imputadas ao poder normativo. Assim como estabelece Alves Correia, trata-se de uma “produção de normas que permitam caracterizar um direito individual como propriedade no sentido constitucional e possibilitem a sua existência e capacidade funcional ⁽¹⁰⁴⁾”. Já a vertente subjectiva do direito de propriedade privada, caracteriza-se por proteger a propriedade privada no sentido de encarar a propriedade como um espaço de autonomia pessoal de cada cidadão ⁽¹⁰⁵⁾.

Em relação ao direito de propriedade atribuído pela Constituição, pode-se retirar do conteúdo desse direito, três componentes essenciais: o direito de aceder à propriedade; o

⁽¹⁰²⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, pp. 1242 e 1244.

⁽¹⁰³⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, p. 1244.

⁽¹⁰⁴⁾ Há uma garantia institucional da propriedade no sentido de que seria inconstitucional uma lei ordinária que reduzisse os direitos das pessoas sobre as coisas, usufrutos ou outros direitos reais menores. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, p. 1244.

⁽¹⁰⁵⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, p. 1246.

direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade; por fim, o direito de transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*. Por outras palavras, Alves Correia diz que o direito de propriedade traduz-se num “*poder-ter*”, num “*poder-utilizar*” e num “*poder-dispor*”⁽¹⁰⁶⁾. É sobretudo no que toca a este último componente que engloba a liberdade do *de cuius* em dispor do seu património. Não se trata aqui de uma total liberdade de transmissão, mas sim, no sentido do *de cuius* não ser impedido de transmitir a propriedade. Tal liberdade pode ser limitada tendo em conta os limites impostos pela lei, art. 280.º, n.º 2, do CC⁽¹⁰⁷⁾.

A protecção constitucional da propriedade privada é justificada pela sua ligação com a livre disponibilidade do proprietário dos bens em dispor dos mesmos, atribuindo ao proprietário um conjunto de poderes e faculdades para utilização desses bens e, caso desejar dispor dos bens no futuro, o mesmo possa fazer sem intervenção de terceiros⁽¹⁰⁸⁾. Por isso, Antunes Varela vem dizer que, a natureza absoluta do direito de propriedade, “vem da exclusividade reconhecida ao seu titular”, ou seja, o proprietário goza de modo pleno e exclusivo, não apenas da faculdade de usar e fruir, mas também de dispor do seu património, tendo apenas que respeitar os limites traçados na lei⁽¹⁰⁹⁾.

O art. 1305.º, do CC, diz que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertence, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela imposta”. Esta norma consagra a regra da livre transmissibilidade dos direitos reais (seja *inter vivos*, seja *mortis causa*) e estabelece a regra da livre disposição para todos os direitos reais. O direito de propriedade deve ser exercido tendo em conta os limites impostos tanto pela boa-fé, como pelos bons costumes e pelo seu fim social que é visada. Deve ainda ter em conta as restrições quer de interesses privados,

⁽¹⁰⁶⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, p. 1252.

⁽¹⁰⁷⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição, Editora Coimbra, 2010, p. 1248.

⁽¹⁰⁸⁾ O direito de propriedade privada poderá sofrer limitações em casos expressamente consagrados na lei. Como por exemplo quando ocorre a expropriação. Mas por consequência dessa intervenção, deverá o proprietário ser ressarcido pelos danos causados através de uma justa indemnização. Maria Lúcia Amaral defende uma posição isolada sobre o art. 62.º, da CRP. De acordo com a autora, no que toca a garantia da propriedade privada, essa norma possui um duplo sentido: por um lado, há uma garantia objectiva que cobre todos os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais, art. 62.º, n.º 1; por outro lado, o n.º 2 do mesmo preceito consagra um verdadeiro direito subjectivo, um direito fundamental do tipo direito, liberdade e garantia que caso seja violado deve haver uma justa indemnização. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO – *A Justificação da propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2007, p. 847.

⁽¹⁰⁹⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, Ed. Coimbra, 17ª Edição, Lisboa, 2010, p. 1097.

quer de interesses públicos consagrados na lei ⁽¹¹⁰⁾. Com isso, Manuel Henrique Mesquita, vem defender que os poderes do proprietário resultam, na verdade, das restrições ou limites a que a lei o adstringe ⁽¹¹¹⁾. O *de cuius* fica, com isso, sujeito a deveres negativos ou de abstenção, ou seja, na decisão de disposição do seu património, deve atuar dentro dos limites da lei.

A Constituição da República deve proteger o conteúdo típico do direito de propriedade: usar, fruir e dispor. O direito de propriedade, num Estado de direito democrático, visa garantir a cada cidadão uma independência relativamente a autoridade estadual. Pode-se dizer que o direito de propriedade é o direito real máximo em dois sentidos: em primeiro lugar, estamos diante de um direito sobre uma coisa com o mais amplo conteúdo possível e concebível; em segundo lugar, juridicamente e socialmente falando, estamos diante do mais importante dos direitos conhecidos sobre coisas. É pois um direito que oferece ao seu titular um conjunto amplo de poderes, sendo por isso, a matriz dos demais direitos reais menores ou limitados, no sentido que esses vão encontrar seu fundamento àquele ⁽¹¹²⁾.

Por outro lado, também a DDHC de 1789, ainda em vigor, no art. 17.º, aborda que “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente comprovada, o exigir evidentemente e sob condições de justa e prévia indemnização”. Trata-se de um preceito que não anda muito longe do estipulado no art. 62.º, da Constituição da República Portuguesa.

6. A sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do *de cuius* em dispor do seu património

Pois bem, tendo em conta o exposto acima, o que está em causa é saber se o direito do *de cuius* em dispor do seu património após a sua morte deverá ser absoluto, ou, pelo contrário, deverá o *de cuius* sofrer certas restrições como decorre na sucessão legitimária.

⁽¹¹⁰⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, Ed. Coimbra, 17ª Edição, Lisboa, 2010, p. 1097.

⁽¹¹¹⁾ A figura do domínio é pensada tendo em conta o art. 832.º, do Código Civil italiano. A única diferença entre esses preceitos é que na disposição italiana fala em *limites (limiti)* e *deveres (obblighi)*; já o Código Civil português fala em *limites* e *restrições*. MANUEL HENRIQUE MESQUITA – *Obrigações reais e ónus reais*, 3.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1990, p. 75.

⁽¹¹²⁾ JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLES – *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Editora Quid Juris, , Lisboa, 2011, anotação ao art. 1305.º, do Código Civil.

A liberdade para dispor *mortis causa* tem sua origem no Direito Romano, onde o art. 5.3 da Lei das XII Tabuas facultava ao testador a ampla liberdade para dispor livremente dos seus bens ⁽¹¹³⁾.

Pode-se defender que há um conflito entre existir uma legítima ou uma quota indisponível da herança destinada aos herdeiros legitimários e existir uma liberdade de testar por parte do autor da sucessão. Dentro da liberdade de testar, dever-se-á saber se essa vontade deve ser absoluta ou, pelo contrário, deve sofrer limites impostos pela ordem pública e os bons costumes? Deve vigorar um sistema de sucessão pelo qual deve prevalecer a vontade do autor da sucessão, podendo este dispor do seu património pela via da sucessão voluntária e, não existindo vontade expressa do autor da sucessão, deverá ocorrer a sucessão legítima, desaparecendo, com isso, a sucessão legitimária. No que toca aos limites impostos pela ordem pública e bons costumes, o art. 280.º, n.º 2, do CC, aborda que “é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”. O preceito citado só se aplica quando não exista uma norma especial proibindo certo negócio ou acto.

De acordo com Mota Pinto, no que toca a ordem pública, estamos diante de “princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que deve prevalecer sobre as convenções privadas ⁽¹¹⁴⁾”. A ordem pública é constituída por princípios fundamentais que emana do sistema jurídico no seu todo e deve prevalecer sobre a autonomia privada ⁽¹¹⁵⁾. Assim resulta do Ac. do STJ, de 17/02/2009, Proc. n.º 09A141, ponto III – o “exercício abusivo do princípio da autonomia privada pode traduzir na violação de ordem pública ⁽¹¹⁶⁾”.

Quando se fala em bons costumes, cuja ofensa constitui a nulidade, por exemplo, do testamento feito pelo autor da herança, é porque estão em causa, de acordo com Mota Pinto, um conjunto de “regras éticas” que possuem um peso na sociedade, são regras aceitas por “pessoas honestas, corretas e de boa-fé, num dado ambiente e num certo momento, reconduzindo-se ao conceito de moral social dominante ⁽¹¹⁷⁾”. Quando o *de cuius* opta por

⁽¹¹³⁾ BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – *O Direito das Sucessões do Direito Romano ao Direito Actual*, Colloquia - 16, Editora Coimbra, Coimbra, 2006, p. 1293.

⁽¹¹⁴⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Lisboa, 2010, p. 194.

⁽¹¹⁵⁾ JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS – *Código Civil Português Anotado*, 11.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1996, p. 371.

⁽¹¹⁶⁾ Disponível em www.dgsi.pt.

⁽¹¹⁷⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Editora Coimbra, Lisboa, 2010, pp. 197 e 198.

fazer um testamento, este deve ter em conta aquelas “regras éticas” para que o negócio seja válido. Com isso, nota-se bem que a liberdade do autor da herança não é absoluta, ou seja, não trata-se de uma livre vontade de disponibilidade dos seus bens, deve sempre ter em conta se aquela disponibilidade é bem vista pela sociedade. Para que o negócio realizado pelo *de cuius* ofenda os bons costumes, nos termos do n.º 2, do art. 280.º, do CC, pressupõe com isso, a ofensa da chamada “moral social dominante” e, por outro lado, que o objecto ou conteúdo do negócio em causa seja imoral perante a sociedade ⁽¹¹⁸⁾. Por outro lado, quando se fala em bons costumes, pode-se afirmar que estamos diante da moral pública, não podendo, desta forma, o autor da herança beneficiar um herdeiro de forma injustificada, causando prejuízos para os outros sucessores. Trata-se de um acto que agride os bons costumes, os valores positivos dominantes na sociedade em que estamos inseridos.

Ao defender um sistema sucessório cuja vontade do *de cuius* é privilegiada, deve não por em causa os limites da lei indicados acima. Por outro lado, a vontade do *de cuius* não pode resultar de “actos discriminatórios”. O art. 13.º, n.º 1, da CRP e art. 7.º, da DUDH, consagram o *princípio da igualdade*. De acordo com os preceitos indicados “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. O n.º 2, do art. 13.º, vem dizer que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito em razão de ascendência, sexo, raça, língua, condição social, orientação sexual, etc.”. Da presente norma resulta que o *de cuius*, ao tomar a decisão de dispor do seu património para um ou outro herdeiro, não pode tomar essa decisão através de actos discriminatórios (negativos). Estamos diante de um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e Social, onde não deve existir diferenciação de cidadãos com base em condição subjectiva do sujeito. Tal princípio não se aplica apenas nas relações entre o cidadão e o Estado, mas também nas relações entre os cidadãos (eficácia *horizontal* do princípio da igualdade). Trata-se pois de um princípio que qualifica a posição de cada cidadão na sociedade. O que se defende é que a decisão do *de cuius* seja conforme sua vontade e que essa vontade não seja contrária a ordem jurídica, aos bons costumes, que não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio ⁽¹¹⁹⁾. A vinculação do direito privado ao princípio da igualdade pode ser em relação a qualquer acto ou negócio jurídico, funcionando, desta

⁽¹¹⁸⁾ ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Editora Coimbra, Lisboa, 2010, p. 198.

⁽¹¹⁹⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição revista, Editora Coimbra, Coimbra, 2007, p. 340.

forma, como limite a liberdade negocial, podendo determinar a invalidade do acto testamentário realizado pelo *de cuius* ⁽¹²⁰⁾.

Sendo o direito de propriedade o principal dos direitos reais existentes, estamos diante de poderes “diretos e imediatos” sobre uma coisa. Trata-se pois de poderes que o titular, o autor da herança, tem de modo exclusivo e discricionário, para exercer sobre seus bens ⁽¹²¹⁾. Os poderes de exclusividade que o titular do direito real exerce, têm apenas que respeitar os limites fixados pela ordem jurídica, como estabelece o art. 280.º, n.º 2, do Código Civil. Ao lado das normas que estabelecem os limites ao exercício do direito de propriedade, há outras normas que impõem ao titular do direito real em causa, a prática de determinados actos. Logo, pode-se concluir que numa relação jurídica real não é apenas fontes de poderes, mas também de deveres que decorrem tanto de normas de direito público, como de normas de direito privado ⁽¹²²⁾.

A razão de ser da existência de um sistema sucessório com apenas a sucessão voluntaria (sucessão testamentaria) e da sucessão legal (sucessão legítima), consiste em encontrar uma liberdade para o *de cuius* dispor livremente tanto do seu património, como de tomar outras decisões de carácter não patrimonial destinadas a produzir efeitos depois da sua morte. Por isso que em alguns países a liberdade de testar é ilimitada, ou seja, o autor da herança pode dispor da totalidade do seu património através de testamento. O que não se verifica no atual sistema sucessório Português. Neste sistema, a liberdade do autor da herança em dispor do seu património é, como temos visto, limitada pela sucessão legitimária.

Com o sistema de sucessão atual, com a morte do *de cuius*, sua herança é dividida em duas partes: por um lado, por imposição legal, uma parte da herança é obrigatoriamente destinada aos herdeiros legitimários, trata-se da chamada quota indisponível; já a segunda forma, chamada de sucessão legítima, é denominada de quota disponível. É sobre a quota indisponível que ocorre a sucessão legitimária. Aplicando-se à própria designação “indisponível”, verifica-se que dessa parte da herança o *de cuius* não pode dispor por a lei destinar essa quota-parte da herança aos herdeiros legitimários.

⁽¹²⁰⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição revista, Editora Coimbra, Coimbra, 2007, pp. 346 e 347.

⁽¹²¹⁾ MANUEL HENRIQUE MESQUITA – *Obrigações reais e ónus reais*, 3.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1990, p. 9.

⁽¹²²⁾ MANUEL HENRIQUE MESQUITA – *Obrigações reais e ónus reais*, 3.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1990, p. 10.

É sobretudo no âmbito da imposição legal, ou seja, dessa obrigatoriedade imposta por lei, que mostra a ruína da sucessão legitimária, tendo em conta que o *de cuius* é obrigado pela lei a dispor do seu património para os sucessíveis legitimários independentemente da sua vontade.

Verifica-se que a imposição legal é apenas por parte do *de cuius*, este está impedido de tocar na quota indisponível. Já em relação aos herdeiros legitimários, verifica-se uma total liberdade de aceitar ou não a referida quota. Galvão Telles diz que “ninguém pode ser compelido a receber um benefício contra sua vontade, mesmo que este benefício lhe venha por lei ⁽¹²³⁾”. Mas o *de cuius* é obrigado por imposição legal a transmitir essa quota-parte da herança aos herdeiros legitimários. Sendo assim, o próprio legislador considera que a vontade de disposição do *de cuius* é menos importante que a vontade dos herdeiros legitimários em receber a herança.

Grande parte da doutrina defende que o *de cuius* não pode dispor da parte do património destinada aos herdeiros legitimários, tendo em conta que o legislador consagrou em lei, que essa parte indisponível da herança “está fora do alcance da vontade do testador ⁽¹²⁴⁾”. Com isso, interroga-se como uma quota-parte da herança é destinada, por imposição do legislador, a ficar de fora da última vontade do *de cuius*? Ora, tendo em conta o direito de propriedade e de livre transmissão dos bens, art. 62.º, da CRP, não é cabível a imposição legal em causa, indo contra os direitos consagrados na Constituição.

Sendo obrigatório o *de cuius* deixar uma quota-parte da herança para os herdeiros legitimários, põe em causa a liberdade de decisão do *de cuius* em dispor dos seus bens, ou seja, põe em causa a sua última decisão e os seus direitos consagrados na Constituição.

Vigorando o sistema de sucessão voluntária (sucessão testamentária) e sucessão legal (sucessão legítima), ocorre desta forma a manifestação de vontade do *de cuius* no sentido de que deseja que certa pessoa fique com seu património para depois da sua morte. A sucessão voluntária é uma disposição atribuída pela lei a favor do autor da herança para que este expresse sua vontade. É um instrumento atribuído pela lei onde prevalece a última vontade do *de cuius*. Já a sucessão legítima, dar-se-á pela vontade do *de cuius* de forma indirecta na medida em que o mesmo pode dispor do seu património através da sucessão voluntária e,

⁽¹²³⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 103.

⁽¹²⁴⁾ JOSÉ JOÃO GONÇALVES DE PROENÇA – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 109-119.

caso não exerça esse direito, ocorrerá a sucessão legítima. A obrigatoriedade constante na sucessão legitimária acaba por prevalecer a vontade do legislador sobre a última vontade do falecido, o que vai contra os fundamentos do art. 62.º, n.º 1, da CRP.

Há quem defenda o iluminado direito de testar, sem nenhuma restrição, abrangendo, desta forma, todo o património do testador, sem reservas. Essa doutrina foi defendida por Le Play, na França, e quase vigorou no Brasil, sendo o projecto do Código Civil de 1916 transitado no Congresso Nacional, aprovado pelo Senado, mas rejeitado pela Camara dos Deputados ⁽¹²⁵⁾. Em Portugal, a ampla liberdade de testar, ou melhor, a autonomia da vontade do autor da herança é restringida pela legítima dos herdeiros legitimários, implicando com isso, uma ofensa ao direito de livre disposição da propriedade, contribuindo ao mesmo tempo, para o enfraquecimento da autoridade paterna.

Deverá pois existir uma liberdade de testar que concilia dois elementos essenciais para o direito sucessório: por um lado, o direito de propriedade (elemento individual) atribuído ao autor da sucessão, podendo este dispor do seu património; e por outro, concilia também a família (elemento social), não podendo haver discriminação em relação aos herdeiros do *de cuius* ⁽¹²⁶⁾. Com isso, tanto a sucessão voluntaria como a sucessão legítima, vão respeitar ambos este elementos.

A sucessão voluntaria ainda é pouco frequente entre nós por razões de ordem cultural e costumeira. Normalmente, as pessoas não param para pensar na morte, em regular seus bens após a morte. Sabendo que a morte é um acontecimento futuro e certo, nada melhor do que as pessoas refletirem um pouco sobre esse instituto, deixando seu património para quem melhor mereça e melhor cuidará, dando assim continuidade ao seu património.

Em relação a sucessão legítima, pode-se afirmar que trata-se de um “testamento tácito”, prevalecendo desta forma a vontade do *de cuius*. Este, ao deixar de dispor do seu património, significa que concorda que seu património passe às pessoas mencionadas pelo legislador, através da sucessão legítima. Por outras palavras, quando o autor da herança opta por não fazer testamento, indiretamente ele atribui legitimidade sucessória aos herdeiros indicados pela lei (doutrina tradicional). Com isso, também na sucessão legítima estar-se-á dando atenção a vontade do *de cuius*. Ambos os sistemas sucessórios (sucessão voluntária e

⁽¹²⁵⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 22.

⁽¹²⁶⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 23.

sucessão legítima) casam-se bem com os princípios do direito sucessório e com o estabelecido no art. 62.º, n.º 1, da CRP. Ou seja, com a morte do autor da herança, seu património transmite aos sucessores indicados pelo falecido e, em segundo plano, caso este não indique sucessor pela forma voluntária, tem a consciência de que seus bens serão bem entregues aquando da sua morte, aceitando aquela transmissão, prevalecendo a sua vontade. Daqui retira-se que na sucessão, o legislador apenas dita as regras a seguir, mas todo caminho será traçado através da vontade do *de cuius*.

O que está no âmbito da sucessão legítima é a conservação do património do *de cuius* no seio da família. Mas, por outro lado, sendo o *de cuius* o proprietário, a pessoa que lutou para adquirir seu património, não terá ele melhor compreensão para quem deixar seus bens adquiridos em vida? Cabe o legislador regular o sistema sucessório, mas caberá ao próprio *de cuius*, através da sua última vontade, saber como deverá dispor do seu património, ficando para segundo plano a vontade do legislador.

Com isso, não põe em causa o sistema legal de sucessão. Deve existir um sistema de sucessão legal onde regula a transmissão do ativo e do passivo deixado pelo falecido. Se este deixou um testamento ou um legado, prevalecendo estes sobre a sucessão legítima. Mas por outro lado, se vigorar um sistema de sucessão legítima, estar-se-á dando prevalência à lei e não a última vontade do falecido.

Por mais que a lei estabeleça um sistema de sucessão legítima, em alguns casos ela nem ocorre na prática. Trata-se do caso em que um herdeiro legítimo receber uma doação em vida do *de cuius*. Com isso, convoca-se o instituto da colação, art. 2104, do CC, onde o valor daquela doação vai integrar na quota indisponível do herdeiro legítimo, podendo o mesmo não receber nada no momento da partilha se o valor a receber corresponder ao valor da referida doação. Neste caso, não coloca em causa a qualidade de herdeiro legítimo, há herdeiro legítimo e há sucessão legítima, o que acontece é que com a doação, o herdeiro legítimo recebeu sua quota-parte da herança ainda em vida do autor da sucessão. Logo, é um caso que prevalece a vontade do *de cuius* em dispor do seu património de forma voluntária.

Outro instituto que põe em causa a sucessão legítima, ou melhor, a quota indisponível do herdeiro legítimo, é o legado em substituição da legítima, art. 2165.º, do CC. De acordo com essa norma “pode o autor da sucessão deixar um legado ao herdeiro legítimo em substituição da legítima”. Ora, verifica-se neste caso uma liberdade de

decisão do autor da sucessão em deixar algo para o herdeiro legitimário, daquele atribuir bens a este, tendo este que aceitar. Verificando tal condição, o herdeiro legitimário perde o direito a legítima. Oliveira Ascensão diz ainda que o herdeiro legitimário que aceita a legítima, passa a ser um legatário e não um herdeiro legitimário ⁽¹²⁷⁾.

Num sistema onde prevalece a sucessão legal (sucessão legitimária) dar-se-á mais relevância a ideia de atribuição de benefícios patrimoniais para os sucessíveis, protegendo em demasia alguns herdeiros, deixando de lado outros e a vontade do autor da herança.

No Brasil, prevalece a sucessão voluntária, ou seja, tendo herdeiros privilegiados, a última vontade do falecido em dispor do seu património prevalece em 50% e os herdeiros privilegiados vão herdar os outros 50% do património do *de cuius*. Não havendo herdeiros necessários, o testador poderá dispor da totalidade dos seus bens, prevalecendo a sua total liberdade de dispor do seu património ⁽¹²⁸⁾.

Há quem diga que no sistema sucessório português, os herdeiros testamentários estão equiparados aos herdeiros de sangue ⁽¹²⁹⁾. Mas ao estabelecer um sistema de sucessão legitimária, constitui um limite à liberdade do autor da herança em instituir herdeiros por testamento. No Direito Romano, o *pater famílias*, tinha a plena liberdade de testar. Note-se que o direito sucessório inicialmente era a favor da liberdade do *de cuius* em dispor livremente do seu património. Só posteriormente foram criadas restrições a esta liberdade do *de cuius* em dispor da totalidade do seu património, como por exemplo, no direito de Justiniano existia a salvaguarda da quota hereditária aos descendentes e ascendentes ⁽¹³⁰⁾.

Ainda em Roma, o herdeiro era considerado continuador da personalidade do morto dentro da família. Com isso, não se admitia o recebimento do património se não fosse na sua totalidade. O testador não podia dispor apenas de metade dos seus bens, tinha a liberdade para dispor da totalidade dos seus bens, daí a importância da última vontade do *de cuius* em dispor dos seus bens pela via da sucessão voluntária ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁷⁾ CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL – *Curso de Direito das Sucessões*, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, p. pp. 301, 302 e 303.

⁽¹²⁸⁾ MARIA HELENA DINIS – *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 24.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p.182.

⁽¹²⁹⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 120.

⁽¹³⁰⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, pp. 167 e 168.

⁽¹³¹⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 193.

Cristina Araújo Dias vem dizer que a relevância dada à família na sucessão legítima não assegura que os bens permaneçam na mesma família, tendo em conta que o autor da sucessão pode dispor dos seus bens em sentido contrário ⁽¹³²⁾. Com isso, há uma maior preocupação em relação em deixar bens para a família do que dar uma maior ênfase na própria vontade do autor da herança. É certo que a família deve ter uma importância quando ocorre a sucessão, por isso, defende-se um sistema também com a sucessão legítima. Mas através da sucessão testamentária estar-se-á equilibrando a vontade do autor da herança com a permanência dos bens na família. Quem melhor do que o próprio de *de cuius* irá saber para quem deixar seus bens que não para a sua família. Por outro lado, um sistema de sucessão voluntária (sucessão testamentária) e sucessão legal (sucessão legítima) é menos burocrático para o processo sucessório, trata-se de uma simplificação do processo e, ao mesmo tempo, serve para descongestionar os tribunais.

Por outro lado, o direito sucessório não tem como principal função garantir a ninguém qualquer forma de sobrevivência. Trata-se pois de um conjunto de regras jurídicas que têm como finalidade regular as relações jurídicas patrimoniais do *de cuius*.

A sucessão legitimária surgiu a favor da família nuclear: cônjuge, descendentes e ascendentes. Mas, a sucessão legítima atende a relevância da família, pois aqueles sucessíveis são os primeiros beneficiários da herança também na sucessão legítima. Com isso, não faltam vozes para opor-se em relação a razão de ser, no plano social, da atribuição a certos familiares de uma parte da herança. Luís Carvalho Fernandes vem dizer que a sucessão legitimária conduziria à pulverização das unidades produtivas, por determinar a sua partilha entre os beneficiários da legítima. Mas a crítica maior em relação a sucessão legitimária, ainda de acordo com aquele autor, é que essa modalidade sucessória acarreta um factor de diminuição de estímulos ao trabalho e à produção, levando os sucessíveis legitimários a espera de viver à custa da herança deixada pelo falecido. O mesmo autor vem ainda dizer que estes males são afastados se se reconhecer ao autor da herança ampla liberdade de testar. Com isso, o autor da sucessão pode não só assegurar a continuidade do

⁽¹³²⁾ Há um conflito no direito sucessório entre o sistema capitalista ou individual e o sistema familiar, entre a proteção da família e a liberdade de testar, onde deve-se equilibrar ambos os sistemas dando importância tanto para a proteção da família como para a liberdade de testar. CRISTINA ARAÚJO DIAS – *Lições das Sucessões*, 2ª Edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2012, p. 16.

seu património, como decidir para quem deixar seus bens, seleccionando os sucessíveis mais aptos para tomarem a sua direcção ⁽¹³³⁾.

7. O sistema sucessório no direito comparado

De acordo com a doutrina, o sistema sucessório português é um sistema claramente capitalista (modernizado), ou seja, o Código Civil de 1966 recuperou uma grande amplitude da propriedade privada. Os bens sucessíveis são todos os bens de apropriação privada. Vigora um sistema de sucessão legitimária que destina uma parte da herança aos herdeiros legitimários. Trata-se pois de uma quota estabelecida em favor de certos sucessores, os mais próximos do *de cuius* ⁽¹³⁴⁾.

Um sistema sucessório capitalista, é aquele que assenta em dois princípios: o reconhecimento pleno da propriedade privada e a autonomia privada. O sistema denominado *capitalista* consagra uma ampla liberdade de disposição por parte do *de cuius*, ou seja, consagra uma ampla transmissibilidade dos bens individualmente apropriados pelo autor da sucessão. Esse sistema é um corolário ao princípio da autonomia privada e, por consequência disso, deve ocorrer uma ampla liberdade de testar por parte do autor da sucessão, acarretando uma supremacia da sucessão voluntária sobre a sucessão legal, o que garante ao autor da sucessão uma ampla liberdade de selecção dos seus sucessores. Por outro lado, a doutrina aponta um sistema dito *familiar*. Esse sistema familiar assenta na ideia de um património familiar, afecto aos interesses de certo grupo, a quem está atribuída a sua propriedade. Esse sistema acarreta uma supremacia da sucessão legal sobre a sucessão voluntária. Por fim, há um sistema *socialista*, que sustenta uma ideia de propriedade colectiva, a que se contrapõe a chamada propriedade pessoal ⁽¹³⁵⁾. Ao considerar o sistema sucessório português como capitalista, atribui ao *de cuius* uma ampla liberdade de disposição e, deveria com isso, prevalecer a sucessão testamentária sobre a sucessão legitimária. Ora, não é o que se verifica no sistema sucessório português. Trata-se de um

⁽¹³³⁾ LUÍS CARVALHO FERNANDES – Lições de Direito das Sucessões, 4ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 28 e 29.

⁽¹³⁴⁾ Tal sistema foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, para equiparar os parentes nascidos fora do casamento. Por outro lado, veio valorizar a posição do cônjuge sobrevivente e o encurtamento dos herdeiros legítimos até ao 4.º grau. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA – Lições de Direito das Sucessões, 3.ª Edição, renovada, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 113.

⁽¹³⁵⁾ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – Lições de Direito das Sucessões, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 32 e 33.

sistema sucessório mais próximo do sistema familiar, uma vez que a sucessão legitimária prevalece sobre a sucessão testamentária. Ou seja, é um sistema onde prevalece mais os interesses dos herdeiros legitimários do que os interesses do autor da sucessão. O sistema capitalista está inserido no art. 62.º, da CRP, onde consagra a livre disposição por morte como corolário ao reconhecimento da propriedade privada.

No direito sucessório brasileiro, vigora o *princípio de saisine*. De acordo com esse princípio, no momento da morte ocorre a sucessão, ou seja, o património do falecido transmite-se aos herdeiros. Nisso consiste o princípio de *saisine*, palavra de origem francesa que significa (agarrar, prender, apoderar-se). O principal fundamento desse princípio é que, ocorrendo a morte do *de cuius*, a herança transmite-se desde logo aos seus herdeiros. Com a morte do autor da herança, a propriedade e a posse transmite-se aos sucessores, art. 1984.º, do CC brasileiro. O anterior Código Civil português, afirmava no art. 2011.º que “a transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela”. No atual Código Civil português, art. 2031.º, diz que “a sucessão abre-se no momento da morte do seu autor [...]”. Ou seja, a sucessão ocorre por consequência da morte de uma determinada pessoa e no momento da sua morte. Há que harmonizar esse princípio com o instituto do repúdio da herança. Aquele princípio passa a ideia de que ocorrendo a morte de alguém, seu património é transferido de imediato aos herdeiros. Mas ninguém é obrigado a herdar contra sua vontade, podendo repudiar aquela herança. Maria Berenice Dias afirma que “ninguém precisa ficar com a herança se não a deseja ⁽¹³⁶⁾”. Com isso, o art. 1804.º, parágrafo único, do CC brasileiro, vem assegurar a todos os herdeiros o direito de renunciar da herança.

A Constituição Federal Brasileira introduziu alterações em relação ao direito sucessório nos arts. 5.º, XXX, consagrando o direito de herança, e art. 227.º, § 6.º, garante a paridade de direitos, incluindo o direito sucessório, entre todos os filhos havidos ou não da relação do casamento assim como por doação.

Segundo o Código Civil brasileiro de 1916, o conceito de família era apenas a família constituída no âmbito do casamento. Para admitir a integridade da família e do património familiar, não era admitido o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (os chamados filhos ilegítimos), que não tinham direitos sucessórios. Esse

⁽¹³⁶⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 108.

tratamento durou até a atual Constituição brasileira que defende no art. 227, § 6.º, a proibição de qualquer discriminação relativo a filiação ⁽¹³⁷⁾.

No atual direito sucessório brasileiro, a sucessão hereditária ocorre através da sucessão testamentária e da sucessão legítima, art. 1.829.º, do CC brasileiro. De acordo com esse preceito, a sucessão legítima ocorre conforme a seguinte ordem: 1. Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (salvo se casado no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, art. 1.640.º, do CC brasileiro); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; 2. Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; 3. Ao cônjuge sobrevivente; 4. Aos colaterais.

Essa ordem de vocação hereditária, na posição do legislador, vem beneficiar os membros da família, pois é em relação aos familiares do cônjuge que encontra-se um maior vínculo efetivo. Mas como vem sido defendido no decorrer desse estudo, o que deve prevalecer em primeiro lugar será a vontade do autor da herança, ficando a vontade do legislador em segundo plano. Com isso, o testamento serve para alterar a vontade do legislador, prevalecendo a última vontade de quem realmente sabe quem melhor zelará e dará seguimento ao seu patrimônio. Logo, existem duas formas de sucessão no direito sucessório brasileiro: sucessão testamentária e a sucessão legítima.

Existindo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge, sendo que este último não era herdeiro necessário pelo Código Civil brasileiro de 1916), o testador pode dispor como lhe aprouver de 50% do seu patrimônio, assegurando a outra metade dos bens da herança para os herdeiros necessários, trata-se da chamada “legítima dos herdeiros necessários”. Daqui pode-se afirmar que existem tanto o herdeiro (sucessor universal que decorre da lei), como o legatário (sucessor singular que só existe por meio de testamento) ⁽¹³⁸⁾. Não existindo herdeiros necessários, o testador poderá dispor, por livre vontade, de todo seu patrimônio (princípio da livre vontade de testar). A lei assegura a plena liberdade a todas as pessoas de disporem do jeito que quiserem de todo seu patrimônio por meio de testamento. Mas há limites a liberdade de testar no direito sucessório brasileiro: esse limite é a existência de herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge). Aos chamados

⁽¹³⁷⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 28.

⁽¹³⁸⁾ SILVIO DE SALVO VENOSA – *Direito das Sucessões*, 14.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2014, p. 124.

herdeiros necessários, a lei garante metade da herança, denominada de legítima ou quota indisponível.

Conforme resulta do art. 457.º, do Código Civil italiano, há duas formas de transmissão da herança: por lei (sucessão legal), art. 565.º e segs; e por testamento (sucessão voluntária), art. 587.º e segs.

O art. 565.º, do CC italiano consagra a sucessão legítima. Conforme esse preceito, não existindo testamento, a herança é transferida ao cônjuge, descendentes, ascendentes, outros parentes e, por fim, ao Estado, de acordo com a ordem e regras estabelecidas no presente título.

Por outro lado, segundo o art. 536.º do CC italiano, a lei reserva uma parte da herança na ausência de testamento para certos herdeiros necessários: cônjuge, filhos legítimos e ilegítimos e ascendentes legítimos. Essa parte da herança varia consoante o número de herdeiros necessários ⁽¹³⁹⁾. No sistema sucessório italiano, vamos encontrar um amplo poder de disposição testamentária por parte do *de cuius*, tendo este apenas umas ligeiras restrições à sua liberdade de testar, at. 587.º e segs., do CC italiano.

O Código Civil espanhol segue o sistema do Código Civil francês, encontrando-se o direito das sucessões no Livro III, correspondente aos modos de como adquirir a propriedade, arts. 657.º a 1087.º do Código Civil espanhol. A sucessão *mortis causa*, no referido ordenamento jurídico, compreende todos os bens dos *de cuius* que não “hayan extinguido” com a sua morte. Trata-se pois de um conjunto de bens que se integram em uma unidade que se denomina herança. Tal sucessão se rege preferencialmente pela vontade do *de cuius* manifestada em testamento. Esse pensamento constitui o pilar da sucessão. Só na ausência da vontade do autor da herança, se aplicam os preceitos legais, prevalecendo sempre a vontade do *de cuius*. Por outro lado, a relação de parentesco atua como um limite a liberdade de testar, na medida em que a lei, atribui a certos parentes mais próximos, uma parte dos bens do *de cuius* ⁽¹⁴⁰⁾.

Na França, a partir do século XIII, a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do autor da herança. O Código Civil Francês de 1804, no art. 724.º, diz que “os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge, recebem de pleno direito os bens, direitos e acções do falecido, com a obrigação de realizar todos os encargos da

⁽¹³⁹⁾ STEFANO NAPPA – *La Successione Necessaria*, Milão, 1999, pp. 15 e 16.

⁽¹⁴⁰⁾ EDUARDO SERRANO ALONSO – *Manual de derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997, p. 6.

sucessão (¹⁴¹)”. Conforme resulta do art. 916.º, do Código Civil francês, na falta de descendentes e ascendentes, as liberalidades por actos entre vivos ou testamentárias poderão abranger a totalidade dos bens. Em seguida, o art. 967.º, do mesmo código, vem abordar que qualquer pessoa poderá dispor por testamento quer para instituição de herdeiro, quer para nomeação de legatário. São normas semelhantes aos art. 2131.º, 2156.º e segs e 2179.º do Código Civil português.

8. Considerações finais

Para concluir esse estudo, importa referir que no ordenamento jurídico Português existe um sistema sucessório bem extenso e complexo com vários modelos de sucessão prevalecendo a sucessão legal em relação a sucessão voluntária. Trata-se pois de um sistema que favorece em demasia os herdeiros legitimários, podendo com isso acarretar uma falta de vontade desses herdeiros legitimários em procurar um futuro economicamente independente. Com esse sistema sucessório onde prevalece a sucessão legitimária, os herdeiros legitimários sabem certamente que vão herdar aquele património do *de cujus*.

Tendo o autor da sucessão passado boa parte de sua vida trabalhando para adquirir seus bens (que constituem herança) e seus herdeiros sabendo da existência daquele património, não vão se esforçar para adquirir nada pois sabem que futuramente vão herdar aquele acervo patrimonial. É ainda um meio que não favorece o crescimento do emprego pois os herdeiros sabendo que vão herdar o património do *de cujus*, não vão se esforçar para trabalhar e adquirir seus bens pois sabem que vão ser sucessores privilegiados, ou seja, que vão herdar com prevalência em relação aos outros herdeiros. Não pode existir essa certeza por parte dos herdeiros de que vão herdar os bens de determinada pessoa. Isso traz uma certa incúria aos sucessores no sentido de se tornarem independentes financeiramente.

Não existindo a sucessão legitimária, os herdeiros vão procurar adquirir seus bens pois não têm a certeza da aquisição da herança no futuro. É uma forma de garantir a independência dos membros da família e evita de certa forma que certos herdeiros fiquem dependentes de herança.

(¹⁴¹) CARLOS ROBERTO GONÇALVES – *Direito Civil Brasileiro*, 5.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011, p. 22.

Com o sistema sucessório proposto nesse estudo, onde prevalece a sucessão voluntária sobre a sucessão legal, reflete o estipulado no art. 62.º, n.º 1, da CRP, ou seja, garante ao autor da herança dispor dos seus bens através da sucessão testamentária ou através da sucessão legítima, prevalecendo sempre a sua vontade. Por outro lado, não há certeza de que os herdeiros legitimários vão herdar pois prevalece a vontade do *de cuius*, se este não quiser dispor do seu património para um ou outro herdeiro, sua vontade será acolhida, desde que não seja um acto discriminatório e não viole os limites consagrados na lei.

O fundamento do direito sucessório não é enriquecer os membros da família, não visa apenas deixar um conteúdo patrimonial para os sucessores legitimários. A sucessão legítima passa a ideia de dependência económica, de mais expectativa em adquirir algo do que expectativa em procurar adquirir algo.

Os sucessores legitimários uma vez que sabem que vão obrigatoriamente herdar o património do *de cuius*, vão por consequência disso, criar uma expectativa de aquisição daquele património. Ao criarem expectativa em relação a aquisição da herança, pode envolver discórdias em relação aos beneficiários da respectiva herança. Um sistema sucessório com a sucessão legítima poderá gerar uma desarmonia em relação aos membros da família. Por outro lado, não tendo essa certeza de aquisição do acervo hereditário por parte dos herdeiros legitimários, ou por outras palavras, que não existirá obrigação para o autor da sucessão em deixar uma parte da herança para essa classe de herdeiros, esses não vão criar expectativas em relação a herança ficando a decisão em relação ao destino dos bens apenas para o *de cuius*. Dessa forma, os membros da família aceitariam melhor o destino dado aos bens do autor da herança, pois estaria em causa a última vontade concreta da pessoa que batalhou boa parte da sua vida para adquirir seu património.

A existência da sucessão testamentária e sucessão legítima como modalidades sucessórias é uma forma de respeitar o princípio da autonomia da vontade que constitui um dos componentes essenciais da protecção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos. A autonomia da vontade do *de cuius* é o seu último suspiro, sua última decisão

sobre seus bens ou assuntos de seu interesse. Segundo Maria Berenice Dias, essa última vontade chega a ser considerada “a lei do homem ⁽¹⁴²⁾”.

O modelo sucessório defendido nesse estudo é uma forma de planeamento sucessório. Ou seja, visa preservar a autonomia da vontade e prevenir futuros conflitos. O planeamento sucessório se preocupa com a forma sucessório imposta pela lei. Trata-se de uma actividade preventiva que visa adoptar procedimentos ainda em vida do autor da herança com relação ao destino dos seus bens após a sua morte. Na atualidade as pessoas não pensam muito na morte, mas trata-se de um acontecimento futuro e certo, porque não planejar a sucessão? Com isso, evitam-se eventuais conflitos, cujos reflexos negativos podem recair tanto na família como no património do *de cuius*.

Quando se fala em uma *liberdade de testar* por parte do *de cuius*, a interpretação dessa vontade concreta e real deve ser levada a cabo pelo intérprete. Esse intérprete deve se transportar ao mundo e ao ambiente onde vivia o *de cuius*. Não é possível separar o acto de disposição voluntaria que é o testamento, da vida do seu autor. Com isso, é muito importante compreender o ambiente social e o relacionamento entre o *de cuius* e os seus sucessores.

⁽¹⁴²⁾ MARIA BERENICE DIAS – *Manual das Sucessões*, 2.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 346.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO DIAS, Cristina – *Lições das Sucessões*, 2ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- ABÍLIO NETO – *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Editora Ediforum, Lisboa, 2010.
- BARROS MONTEIRO, Washington de e BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO, Ana Cristina de – *Curso de Direito Civil*, 38.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.
- BAPTISTA MACHADO, João – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011.
- BERENICE DIAS, Maria – *Manual das Sucessões*, 2.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO – *O Direito das Sucessões do Direito Romano ao Direito Actual*, Colloquia - 16, Editora Coimbra, Coimbra, 2006.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Vol. I, Coimbra, 2000.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª Edição renovada. Vol. II, Coimbra, 2002.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2012.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *Curso de Direito das Sucessões*, Ed. Quid Juris, Lisboa, 2012.
- DIAS DA SILVA, Manuel António – *Direito das Sucessões* – Coleção Faculdade de Direito da U.A.N., Luanda, 2002.
- FERREIRA MAGALHÃES, José Henrique – *Fundamento da Sucessão legítima* – *Dissertação para licenciatura em ciências Histórico-Jurídicas*, Coimbra, 1946-47.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio – *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Editora Coimbra, Lisboa, 2004.
- GONÇALVES DE PROENÇA, José João – *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009.

GOUVEIA ANDRADE, Maria Paula – *Prática de Direito das Sucessões*, 3.^a Edição, Editora Quid Juris, Lisboa, 2011.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim/VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a Edição, Editora Coimbra, Vol. I, Coimbra, 2013.

HELENA DINIZ, Maria – *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 24.^a Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

HENRIQUE MESQUITA, Manuel – *Obrigações reais e ónus reais*, 3.^a Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1990.

JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a Edição, Editora Coimbra, 2010.

LEAL-HENRIQUES, Manuel – *Direito Sucessório e Processo de Inventário*, 3.^a Edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2005.

LORENZO GONZÁLES, José Alberto Rodríguez – *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Editora Quid Juris, Lisboa, 2011, anotação ao art. 1305.º, do Código Civil.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel – *A Justificação da propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2007.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de – *Direito Civil Sucessões*, 5.^a Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2000.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel – *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992.

REVISTA DIREITO E JUSTIÇA – *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. III, Lisboa, 2011.

REVISTA: O DIREITO – *A lição do Direito das Sucessões do Professor Doutor Galvão Telles*, Ano 142.º, Lisboa, 2010.

REBELO DE SOUSA, Marcelo/MELO ALEXANDRINO, José de – *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, 2000.

ROBERTO GONÇALVES, Carlos – *Direito Civil Brasileiro*, 5.^a Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes – *Código Civil Português Anotado*, 13.^a Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1996.

STEFANO NAPPA – *La Successione Necessaria*, Milão, 1999.

SALVO VENOSA, Sílvio de – *Direito das Sucessões*, 14.^a Edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2014.

SERRANO ALONSO, Eduardo – *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997.

TEIXEIRA, Ana Carolina e RIBEIRO, Gustavo Pereira – *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2008.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/02/2009, Proc. n.º 09A141, ponto III.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-02-2013, Proc., n.º 806/07, ponto IX.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/10/2003, Proc., n.º 0424/02, ponto I.