



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Perspetivas de reforma da tutela legitimária**

***Family Provisions* e outras técnicas de proteção  
parassuccessória**

Ana Sofia Areal Sampaio

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Perspetivas de reforma da tutela legitimária**

***Family Provisions* e outras técnicas de proteção  
parassuccessória**

Ana Sofia Areal Sampaio

Orientadora: Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo maior e melhor exemplo de resiliência que alguma vez poderia ter tido, pelo carinho e amor imensuráveis com que sempre me confortam na adversidade e pela alegria com que sempre vibram no meu sucesso.

À minha Gui, pelo apoio sereno e constante e pela admiração inabalável que me faz acreditar que sou tão capaz quanto me imaginas.

Ao Ruben, pelo amor imenso que descobri ao teu lado, pelo riso que despertas em todos os momentos certos e pelo companheirismo e apoio inestimáveis durante esta e todas as lutas.

À Patrícia, pela amizade mais bonita e valiosa, pelo pilar indispensável que foste e sei que continuarás a ser por longos anos.

Ao Tiago e ao Jorge, que por motivos para lá da minha compreensão, acrescentam tanto amor e riso à minha vida.

À minha orientadora, a Professora Dr<sup>a</sup> Rita Lobo Xavier, pelo reavivar de um grande gosto pelo Direito das Sucessões e pelo saber e rigor com o quais me auxiliou durante a elaboração desta dissertação.

A todos aqueles que, de diversas formas, contribuíram para o meu percurso - pessoal, académico e profissional - e tornaram esta dissertação possível.

## RESUMO

A presente dissertação perspetiva a reforma da sucessão legitimária prevista no Código Civil Português, partindo das suas origens e dos princípios que a regem, procedendo-se ainda à análise crítica das tendências das alterações nos ordenamentos europeus nesta matéria.

Como elementos para a ponderação de hipóteses de substituição ou de modificação do sistema atual da legítima, apreciaram-se as virtualidades das *Family provisions*, previstas no *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* (UK), bem como do recurso a outras técnicas de proteção parassucessória.

**Palavras-chave:** sucessão legitimária, legítima, *family provisions*, técnicas de proteção parassucessória.

## ABSTRACT

This dissertation envisions the reform of the forced heirship provided for in the Portuguese Civil Code, starting from its origins and the principles that govern it, proceeding also to a critical analysis of the trends of changes in European legal systems in this matter.

As elements for the consideration of replacement or modification's hypotheses of the current system of compulsory portion, the potentialities of the Family provisions, foreseen in the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* (UK), were taken into account, as well as the use of other parassuccessory protection techniques.

**Keywords:** forced heirship, compulsory portion, *family provisions*, parassuccessory protection techniques.

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	7
CAP I – A ORIGEM HISTÓRICA DA LEGÍTIMA EM PORTUGAL COMO EXPRESSÃO DO VALOR DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	9
1. A origem histórica da legítima em Portugal.....	9
2. Evolução subsequente.....	12
3. A legítima no Código Civil de 1966.....	14
4. Caracterização do sistema sucessório atual.....	16
CAP II – O FUNDAMENTO DA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA .....	19
5. O direito constitucional de propriedade privada e de transmissão <i>mortis causa</i> . .....	19
6. A legítima como limitação do direito de propriedade privada e sua livre transmissão.....	20
7. A solidariedade familiar como fundamento da legítima .....	21
CAP III – <i>FAMILY PROVISIONS</i> E OUTRAS TÉCNICAS DE PROTEÇÃO PARASUCESSÓRIA .....	26
8. Tendências legislativas nos países europeus com sucessão legitimária .....	26
9. <i>Family provisions</i> – funções equivalentes às da legítima nos sistemas de <i>Common Law</i> ? .....	29
10. Soluções intermédias .....	35
11. Outras técnicas de proteção parassucessória.....	37
11.1. O art. 1707.º-A do CC e o regime da renúncia à condição de legitimário .....	40
CONCLUSÕES.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	45

## INTRODUÇÃO

A morte faz cessar a personalidade jurídica do falecido, desencadeando uma crise nas relações jurídicas das quais era titular e colocando uma pertinente questão: qual o destino do seu património?

Embora a Constituição da República Portuguesa consagre o direito de propriedade privada e à sua transmissão por vida e por morte (art. 62.º), existe no ordenamento infraconstitucional uma reserva legitimária que limita estes mesmos direitos, prevendo que uma parte do património do *de cuius* será forçosamente herdada pelos contemplados no art. 2157.º do Código Civil, não podendo o falecido dela dispor livremente.

Esta reserva legitimária, também designada como legítima, tem a sua origem histórica na influência germânica que se fez sentir no território português após o domínio romano, o que explica a inserção do direito sucessório português contemporâneo na chamada família romano-germânica. O direito das sucessões português é por isso norteado por dois valores que se limitam reciprocamente tanto quanto se complementam: o valor da autonomia individual, originário do direito romano, que exalta a liberdade de dispor por morte e de testar; e o valor de solidariedade familiar, que visa proteger as dinâmicas comunitárias/familiares.

A legítima não encontra atualmente, no entanto, qualquer fundamento constitucional expreso, estando apenas prevista em legislação ordinária, motivo pelo qual se questiona no presente estudo a sua pertinência tal como prevista no Código Civil português, designadamente ponderando outras soluções que, embora prossigam idênticas finalidades de solidariedade familiar, sejam mais conciliáveis com a devida manutenção do direito de propriedade privada e sua livre transmissão por morte.

Estas soluções poderão passar, por exemplo, pela implementação de um sistema que acomode em maior medida a liberdade de disposição dos bens por morte, implementando a possibilidade de pontuais restrições, avaliadas casuisticamente, que se justifiquem pelas necessidades de certos parentes próximos.

Existem ainda figuras jurídicas de Direito Privado, já existentes, às quais se poderão atribuir finalidades parassucessórias com vista à transmissão do património de forma alternativa à legítima.

O primeiro capítulo será dedicado à descrição do sistema da sucessão legitimária no ordenamento português e das suas raízes históricas. De seguida, no segundo capítulo, será abordado o fundamento atual da reserva legitimária no sistema sucessório português.

Finalmente, o terceiro e último capítulo focar-se-á na análise de soluções alternativas previstas noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente as *family provisions*, instituto presente nos países de *Common Law*, bem como a análise de instrumentos parassucessórios relevantes.

## CAP I – A ORIGEM HISTÓRICA DA LEGÍTIMA EM PORTUGAL COMO EXPRESSÃO DO VALOR DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR

### 1. A origem histórica da legítima em Portugal

É entendimento pacífico, por resultar da factualidade histórica portuguesa, que aquela que se identifica como a nossa estrutura basilar de sucessão *mortis causa* deriva da tradição romanística absorvida pelo nosso ordenamento jurídico<sup>1</sup>.

Esta tradição, vigente porquanto o povo romano dominava a Península Ibérica e pautada pelo reconhecimento ao cidadão de uma esfera de liberdade individual na qual se poderia autorreger, foi destabilizada quando, no século V, os visigodos conseguiram por fim quebrar as fronteiras e invadir este território, trazendo consigo um espírito comunitário totalmente contrastante com o individualismo característico do povo de Roma. Após tempos tortuosos de batalhas entre os dois povos, os romanos renderam-se, dando-se assim início a uma nova era de domínio bárbaro na Península e, conseqüentemente, em Portugal<sup>2</sup>.

Não obstante a sua derrota, os romanos – que se consideravam então mais cultos porque romanizados, neocatólicos, sedentários e pacíficos - não viram com bons olhos a invasão bárbara, que trouxe o domínio de gente que consideravam bélica, herege e rude, tendo os dois povos vivido em conflito durante muito tempo<sup>3</sup>.

Foi inclusive necessário mais de um século até que fosse promulgada uma lei que permitia os casamentos mistos, constatando-se assim que tanto as gentes quanto as suas leis favoreceram, por muito tempo, o antagonismo sentido<sup>4</sup>.

Fruto deste mesmo antagonismo, os dois povos viviam, no mesmo território, realidades jurídicas opostas mas coexistentes, "*dualismo que, inicialmente, apenas tinha a sua fonte nas concepções [sic] jurídicas tradicionais, mas recebeu, mais tarde, aberta sanção legal*"<sup>5</sup> através da promulgação de dois códigos que compilavam as leis próprias de cada um dos povos - o Breviário de Alarico para os romanos e o Código Euriciano para os visigodos.

No século V, o direito sucessório germânico tinha por elemento caracterizante a organização patrimonial familiar - conhecida por *Ganerbschaft* - instituída naquele povo,

---

<sup>1</sup> Cfr. (Xavier, 2011), pgs. 262 e 263.

<sup>2</sup> Cfr. (Proença, 1951), pgs. 245 e seguintes.

<sup>3</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 245.

<sup>4</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 245.

<sup>5</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 245.

na qual vigorava um princípio fundamental de solidariedade familiar, com expressão em todos os setores da vida social<sup>6</sup>.

Em virtude desta realidade, a família germânica constituía um todo unitário que absorvia qualquer noção de individualidade dos seus membros, estando o património familiar, ou *Hausgemeinschaft*, na titularidade plena de todos os membros da família e sendo este totalmente indissociável<sup>7</sup>. José João Gonçalves de Proença defende inclusive que este património era objeto de um "*direito real «sui generis»*", distinto da atual compropriedade, do qual eram iguais titulares todos os membros da família, desempenhando o pai, *Hausvater*, apenas a função de mero administrador<sup>8</sup>. Cada geração era, por isso, vista apenas como depositária ocasional do património familiar que deveria, invariavelmente, ser conservado e passado à geração seguinte.

Esta indivisibilidade do património era assegurada, na altura, com recurso ao princípio da primogenitura, que garantia a passagem da mera administração ao primogénito e o gozo e usufruto a todos por igual<sup>9</sup>.

Parte da doutrina considera até que, por falta de evidências da consagração de sucessão testamentária, a sucessão forçada do património familiar era a única forma de sucessão em vigor na altura entre os visigodos<sup>10</sup>.

Em discordância pronuncia-se José Proença<sup>11</sup>, que considera não existir sequer transmissão *mortis causa* de um património familiar que é já, por inerência, coletivo. Entende, pois, que será mais correto entender que existia uma "*espécie de direito a acrescer dos membros sobreviventes da família do «de cujus»*", uma vez que "*Pela defunção deste, tudo permanece na mesma, com a única diferença de, pelo desaparecimento de um titular da propriedade comum, o direito dos restantes se alargar.*", entendimento que, de facto, consideramos compactuar mais organicamente com a natureza jurídica do património em questão.

No entanto, e como não poderia deixar de o ser, séculos de convivência das gentes visigodas e romanas haveriam de provocar alterações profundas aos costumes e leis bárbaros<sup>12</sup> que, nunca abandonando por completo o princípio norteador da solidariedade

---

<sup>6</sup> Cfr. (Proença, 1951), pg. 246.

<sup>7</sup> Cfr. *Ibidem*, pgs. 245 e 246.

<sup>8</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 246 e (Pamplona Côte-Real, 1989), pg. 146.

<sup>9</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 248.

<sup>10</sup> O autor e Professor Braga da Cruz retira esta conclusão da ausência total de previsão legal do testamento. Neste entendimento, é acompanhado por vários outros autores, cfr. (Proença, 1951), pg. 249.

<sup>11</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 250.

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 270.

e unidade familiar, foram cedendo terreno ao direito romano e à influência da Igreja Católica, adaptando-se<sup>13</sup>.

Uma destas cedências foi precisamente a autorização legal do testamento, embora com muitíssimas reservas<sup>14</sup>. Surge assim, no direito germânico, uma quota disponível na sucessão mortis causa, a *Freiteil*, que consistia numa pequena parcela do património familiar - mais concretamente, um quinto -, e à qual se opunha, ainda, uma quota maioritária de carácter indisponível, a *Wartrecht*<sup>15</sup>.

O *Hausvater* passa então a ter titularidade exclusiva sobre a *Freiteil*, porção do património da qual poderia livremente dispor, continuando a titularidade do *Wartrecht* a pertencer aos filhos. Apenas no caso de o pai não dispor livremente da quota que lhe pertencia regressaria esta aos filhos, que continuavam a ser titulares de uma real expectativa hereditária<sup>16</sup>.

Também numa fase avançada da República romana, a plena e absoluta liberdade de testar encontrou a sua oposição num *officium pietatis*, que teria de ser respeitado pelo testador<sup>17</sup>. Fundamentada na ideia de afeição natural sentida, inevitavelmente, pela família mais próxima (ou nuclear), fomentava-se então no seio do direito romano o surgimento de uma expectativa, de determinados familiares, que não podia ser quebrada, sob o risco de legitimar esses mesmos familiares para a impugnação do testamento através da *querela inofficiosi testamenti*<sup>18</sup>.

Disso resulta, em 542, a previsão legal, por meio da Novela 115, de uma *portio legitima*, fixada pelo imperador Justiniano em um terço do património.

Note-se que com isto não se pretende, de todo, afirmar alguma “*influência «absoluta e decisiva» do Direito Romano*” em matéria de sucessão legitimária<sup>19</sup>, até porque, como realça José Proença, o elemento bárbaro que efetivamente originou a atual legítima foi apenas «vestido e tratado» “*como se no Corpus Juris Civilis estivesse o seu fundamento directo e originária regulamentação*”, face à impotência romana de o esmagar e substituir<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. (Proença, 1951), pg. 249.

<sup>14</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 251.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 251.

<sup>16</sup> Cfr. (Remédio Marques, 2015), pg. 627.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 627.

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 627.

<sup>19</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 627.

<sup>20</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 243.

Apenas no século VII se deu enfim tréguas ao dualismo jurídico até então vigente com a promulgação da "*Lex Wisigothorum*", lei única aplicável a toda a península<sup>21</sup>. Com esta codificação surge um direito que mescla as particularidades dos dois direitos ao qual iria, nos séculos que se seguiriam, acrescer ainda a influência da Reconquista Cristã que, através da difusão de valores defendidos pela Igreja, veio restabelecer e fortalecer a organização familiar, preparando assim o surgimento da reserva hereditária no futuro direito português<sup>22</sup>.

## 2. Evolução subsequente

Poucos séculos após as Ordenações Afonsinas, coube a Marquês de Pombal legislar, nomeadamente, em matéria sucessória, perpetuando o combate à sucessão testamentária e pugnando pelo alargamento cada vez mais veloz da sucessão legitimária, fundamentando-o em ideias e princípios da Escola Racionalista do Direito Natural importadas "*das então proclamadas «nações modernas e civilizadas» da Europa, máxime da Alemanha*"<sup>23</sup>.

A limitação ao direito de testar iniciou-se com a promulgação da Lei de 25 de junho de 1766, que considerava nulos, nomeadamente, os testamentos realizados durante doença grave que não incluíssem como beneficiários os parentes próximos do testador. Esta diretriz, embora na altura fundamentada como proteção da manifestação da autêntica vontade do testador, "*afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo*", tinha como verdadeiro propósito a defesa dos direitos dos parentes próximos, através da sucessão legítima e legitimária<sup>24</sup>.

Este intuito torna-se ainda mais evidente com a Lei de 9 de setembro de 1769, que lhe sucedeu, e que levou a limitação da liberdade de testar e dispor dos bens por morte ainda mais longe, aumentando as estirpes elencadas como herdeiros legitimários<sup>25</sup>, bem como os seus direitos sobre a herança, retomando-se ainda o instituto visigótico da *melhora*, que até então nunca tinha tido qualquer expressão no direito sucessório português, e que consistia numa terça parte de livre disposição dentro da própria reserva

---

<sup>21</sup> Cfr. (Proença, 1951), pg. 246.

<sup>22</sup> Cfr. (Remédio Marques, 2015), pg. 629.

<sup>23</sup> Cfr. (Almeida Costa, 1997), pgs. 2 e 3.

<sup>24</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 3.

<sup>25</sup> Nos termos desta lei, eram considerados herdeiros legitimários parentes colaterais ainda além do quarto grau. Cfr. *Ibidem*, pg. 3.

legitimária com a qual o autor da sucessão poderia favorecer um dos herdeiros legitimários<sup>26</sup>.

Embora a vigência das quatro leis<sup>27</sup> mais significativas promulgadas nesta época não tenha sobrevivido à morte do seu autor, e a tradição da liberdade de dispor dos bens por morte e testar tenha sido retomada, Almeida Costa considera que, deste ciclo efêmero de privação da liberdade, “*alguma coisa restaria: «o fetichismo romano da superioridade da sucessão testamentária, pelo menos no domínio dos princípios gerais, ficou para sempre abalado, desde então (...).»*”<sup>28</sup>.

Um século depois, surge o primeiro Código Civil português. Enquadrado nos códigos de feição individualista inspirados pelo Código Civil francês de 1804, influenciado por concepções ligadas ao jusracionalismo e ao liberalismo, embora muito mitigadas e ajustadas ao manifesto apego português à moralidade e à justiça. O Visconde de Seabra, autor do projeto, considerava que acima dos interesses puramente económicos se encontravam “*interesses de outra índole, sobretudo os de natureza familiar*”<sup>29</sup>, ideia que fez transparecer através da legislação em causa.

A *terça* de livre disposição, de origem germânica, manteve-se vigente durante as Ordenações Afonsinas e aos longo dos séculos seguintes, tendo transitado também para a versão originária do Código Civil de 1867<sup>30</sup>. Assim sendo, a reserva legitimária corresponderia a dois terços da herança, conquanto o autor da sucessão deixasse como herdeiros descendentes ou ascendentes – apenas quando estes fossem progenitores, se não o fossem a reserva legitimária seria apenas de metade.

Caso assim não acontecesse, ou seja, na falta de descendentes e ascendentes, eram chamados à sucessão os irmãos e sobrinhos do autor da sucessão, que tinham preferência absoluta.

Do exposto sobressai uma omissão, propositada, do cônjuge sobrevivente, que ocupava na altura e por força da lei apenas a quarta classe de sucessíveis legítimos<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. (Almeida Costa, 1997), pg. 4.

<sup>27</sup> Entre a promulgação das leis de 25 de junho de 1766 e de 9 de setembro de 1769 existiram ainda as leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, as quais não foram alvo de análise por serem dirigidas à sucessão legítima, ficando assim à margem do presente estudo.

<sup>28</sup> Cfr. (Almeida Costa, 1997), pg. 5.

<sup>29</sup> Cfr. Manuel de Andrade, O Visconde de Seabra e o Código Civil, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XXVIII, Coimbra, 1952, pgs. 277 e seguintes *apud* (Almeida Costa, 1997), pg. 5, referência (7) do rodapé.

<sup>30</sup> Cfr. (Almeida Costa, 1997), pg. 5.

<sup>31</sup> Embora se estranhe a exclusão do cônjuge sobrevivente das primeiras classes de sucessíveis, tendo em conta a próxima relação, quer jurídica quer afetiva, que resulta intrinsecamente do matrimónio, esta não era, à

Voltando a análise para o montante previsto da legítima, apenas em 1910, mediante um diploma que foi em 1930 integrado no antigo Código Civil, foi este reduzido para metade, tratando-se de situações gerais, e para um terço, tratando-se de ascendentes do segundo grau ou superior.

Com a promulgação do supramencionado Decreto de outubro de 1910 o cônjuge foi finalmente favorecido, passando a beneficiar da preferência de que anteriormente gozavam os irmãos e sobrinhos do autor da sucessão, conquanto não se encontrassem “*divorciados ou separados de pessoas e bens, por sentença passada em julgado*”.

Posteriormente, aquando da reforma de 1930, foi retomado o regime original de 1867, sucedendo os irmãos e sobrinhos antes do cônjuge, sendo-lhe agora atribuído, por lei, o direito como legatário legítimo ao usufruto vitalício da herança, soluções que transitaram para o Código Civil de 1966, previstas nos arts. 2133.º e 2146.º a 2148.º.

### 3. A legítima no Código Civil de 1966

Apenas com este novo Código Civil<sup>32</sup> - fruto da constatação de que o seu antecessor já não cumpria as finalidades para as quais fora criado, por não acomodar devidamente as constantes alterações de que a sociedade era alvo - foram tomadas posições mais inovadoras em matéria de sucessão legitimária, fazendo com que a legítima variasse não só consoante o grau dos herdeiros, mas também consoante o número. Manteve-se, no entanto, a orientação de que apenas constituíam herdeiros legitimários os descendentes e os ascendentes, continuando o cônjuge sobrevivente a figurar apenas a sucessão legitimária e na quarta classe de sucessíveis, em concorrência com os irmãos e os sobrinhos.

No que respeita aos descendentes, a sua legítima era composta por metade ou dois terços da herança, mediante a concorrência de um ou mais filhos. Já no respeitante aos ascendentes, estes teriam direito necessariamente a metade da herança, no caso de se tratar dos progenitores do autor da sucessão ou, na falta destes, apenas um terço para os restantes ascendentes.

---

data, merecedora de crítica, cfr. (Leite de Campos, 1980), pg. 133. Com efeito, considera este Autor que o cônjuge sobrevivente, embora não particularmente favorecido na sua posição sucessória, estava já amplamente garantido pela sua meação nos bens do casal. Isto porque desde o surgimento do Código de Seabra, e até vésperas do Código Civil de 1966, o regime supletivo de bens estipulado por lei era o da comunhão geral, por ser “*o que melhor correspondia à essência do casamento, fazendo coincidir a união de patrimónios com a união de pessoas*”.

<sup>32</sup> Numa observação meramente formal, mas que não deixa, por isso, de ser relevante, note-se que ao contrário do que acontecia no Código de Seabra, o legislador entendeu, aquando da elaboração do Código Civil de 1966, que a sucessão legitimária merecia gozar de autonomia face às restantes espécies de sucessão legalmente previstas – o que, a nosso ver, fez todo o sentido, tendo em conta a sua natureza imperativa.

Onze anos depois, uma reforma motivada pela rutura institucional de 1974 introduziu inúmeras alterações de repercussão imediata no Direito da Família e das Sucessões, em virtude dos princípios adotados pela nova ordem política – a igualdade de tratamento jurídico de filhos nascidos no casamento e fora deste<sup>33</sup> e a igualdade de tratamento jurídico do homem e da mulher (prevista no art. 13.º n.º 2 da Constituição da República de 1976 e concretizada no art. 36.º n.ºs 3 e 6 do mesmo diploma).

A mais importante alteração resultante desta revisão (em matéria sucessória), e que inclusive tinha sido debatida aquando dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, foi a inclusão do cônjuge entre os herdeiros legitimários.

No Anteprojeto, constituíam a categoria de herdeiros legitimários não só os descendentes e os ascendentes, mas também o cônjuge - a quem cabia, como legítima, o usufruto de metade da herança, independentemente da existência de mais legitimários. No entanto, e como bem sabemos, tal proposta não foi incluída no Código, sendo contemplados apenas os sucessíveis já listados.

Em 1977, por forma a aumentar a proteção do cônjuge sobrevivente em matéria sucessória<sup>34</sup>, este passou a integrar a primeira e segunda classe de sucessíveis (com os descendentes e os ascendentes, respetivamente), tanto legítimos quanto legitimários, surgindo assim a previsão legal da sucessão legitimária atual.

Consequentemente, e nos termos dos arts. 2156.º e seguintes do Código Civil (doravante CC), a legítima consiste na porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários, sendo estes o cônjuge, os

---

<sup>33</sup> No anterior regime, o legislador distinguia entre filhos nascidos na constância do casamento ou fora desta, diferenciação essa com efeitos práticos no momento de quantificação dos quinhões hereditários, conforme postulado no art. 1785.º do Código de Seabra.

<sup>34</sup> Este intuito de revalorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente é denotado não apenas pelas consequências inerentes à sua qualidade de herdeiro legitimário como, por exemplo, os reflexos dessa circunstância na partilha em vida (conforme o art. 2029.º do CC), mas também pelas atribuições preferenciais relativas ao direito de habitação da casa de morada de família e ao direito ao uso do seu recheio. Esta proteção legal postulada pelo Código Civil foi, à data, um grande mérito do legislador, considerando a posição que a mulher ocupava, não só na sociedade, mas também no seio da sua própria conjuntura familiar, sendo na generalidade subordinada e dependente do marido, que auferia rendimentos e sustentava a família. Esta proteção era fundamentada ainda pelas ideias da “*colaboração do cônjuge sobrevivente no incremento e conservação do património*” e da “*manutenção do seu teor de vida*”, aspetos intimamente ligados à potenciação moderna da família nuclear ou pequena família. Cfr. (Almeida Costa, 1997), pgs. 14 e 15.

Mais recentemente, e por se considerar algo excessiva a proteção sucessória conferida ao cônjuge sobrevivente, que não tem, aliás, em consideração o regime de bens selecionado pelos nubentes, foi promulgada a Lei 48/2018, de 14 de agosto, que lhes permite renunciar reciprocamente à condição de herdeiros legitimários, mediante convenção antenupcial e desde que o regime de bens escolhido seja o da separação de bens, nos termos do art. 1700.º, com a sua nova redação.

descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

Como já decorre do exposto, o cônjuge, agora contemplado (e amplamente beneficiado<sup>35</sup>) na sucessão legitimária, integra a primeira e segunda classe de sucessíveis, com os descendentes ou com os ascendentes, respetivamente, nos termos do art. 2133.º n. 1 e 2.

A legítima do cônjuge e dos descendentes é composta por dois terços da herança e a partilha é feita por cabeça, sendo certo que ao cônjuge nunca poderá ser adstrita uma quota inferior à quarta parte da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente e existindo descendência do autor de sucessão, a legítima desta será, nos termos do n.º 2 do art. 2159.º do CC, metade ou dois terços, consoante exista apenas um ou mais que um herdeiro.

Já quando concorra com os ascendentes, a legítima será também ela de dois terços da herança, sendo certo que se o autor da sucessão não deixar descendentes vivos nem lhe sobreviver o seu cônjuge, caberá aos ascendentes, a título de legítima, metade ou um terço da herança, consoante de tratem dos progenitores do *de cuius* ou de ascendentes de segundo grau ou seguintes, respetivamente (cf. art. 2161.º n.º 1 e 2 do CC).

Por último, e na circunstância do autor da sucessão não deixar quaisquer descendentes ou ascendentes, sendo chamado apenas o cônjuge à herança, caber-lhe-á, a título de legítima, metade da herança, conforme prescrito pelo art. 2158.º do CC.

#### 4. Caracterização do sistema sucessório atual

Atentando na génese histórica do atual Direito Sucessório português, não poderemos deixar de inseri-lo na chamada família romano-germânica<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, “ [o cônjuge sobrevivente] *trepou do modesto 4.º lugar que ocupava no Código de 1867 e manteve no Código de 1966, para o 1.º lugar que a nova redacção do artigo 2133.º lhe deu*”, do que resulta que “*esta ascensão do cônjuge sobrevivente na escala sucessória, quer no âmbito geral da sucessão legítima, quer no reduto da sucessão legitimária, é uma das mais significativas alterações, senão a mais importante de todas as inovações, introduzidas no direito civil pela reforma de 25 de Novembro de 1977*”. Cfr. (Antunes Varela e Pires de Lima, 2010), pg. 216.

<sup>36</sup> Nesta linha de pensamento, veja-se, por todos, (Pamplona Côte-Real, 1989), pg. 229: “*É inegável um facto. O direito sucessório português oscila (sempre...) entre dois vectores – o romano, que, ao longo de um «longo» (...) e disperso período de recepção, foi progressiva, mas dificilmente, tomando conta por vezes mais das leis que das praxes; e o germânico, inicialmente vencido na sua antinomia face ao direito romano (mais evoluído), mas conservando-se «costumeiramente» latente, apoiado circunstancialmente, ou num primitivo comunitarismo celtibérico, ou no direito visigótico, ou na influência franco-normanda, ou no regime senhorial da monarquia feudal (...), feito agora reviver (!) na época pombalina*”.

Esta família jurídica<sup>37</sup> caracteriza-se, em primeira linha, pela função nuclear que o Direito assume na regulação da vida social, exibindo marcas profundas de um forte *culto da lei*, que surge com a Revolução Francesa, e condiciona o funcionamento dos poderes constituídos, subordinando-o às regras jurídicas supressoras do arbítrio e da prepotência – traço, aliás, caracterizador do princípio do Estado de Direito alemão vigente em Portugal<sup>38</sup>.

À semelhança do que sucede nesta família, também nos países pertencentes à *Common Law* o Direito desempenha um papel crucial. Não obstante, nestes ordenamentos o Direito encontra na jurisprudência e na força vinculativa dos precedentes judiciais a sua fonte primordial, sendo assim tido mais como “*um conjunto de «remédios jurídicos»*” do que como um conjunto de normas<sup>39</sup>.

Atentando nesta diferença, bem como em várias outras que distinguem as duas famílias, nomeadamente a ausência nos países de *Common Law* de uma receção do Direito Romano<sup>40</sup>, a falta de ruturas institucionais que subvertessem a ordem política, social e económica<sup>41</sup> – como foi o caso, para a família romano-germânica, da Revolução Francesa -, a influência do liberalismo e do utilitarismo na modelação do espírito jurídico destes países<sup>42</sup> e ainda a difusão generalizada do Direito inglês noutros continentes, motivada pela expansão colonial inglesa, entende-se facilmente as diferenças que surgiriam nos princípios fundamentais a elas subjacentes.

---

<sup>37</sup> Para um mais aprofundado estudo de Direito Comparado em matéria de famílias jurídicas, veja-se, por todos, (Vicente, 2014).

<sup>38</sup> Cfr. (Vicente, 2014), pgs. 66 e 67.

<sup>39</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 69.

<sup>40</sup> Como explica Dário Moura Vicente, embora alguns territórios que compõe geograficamente os países de *Common Law* tenham efetivamente sido parte do Império Romano por vários séculos, não se verificam, atualmente, quaisquer vestígios de absorção ou influência do Direito Romano no seu ordenamento jurídico, em virtude de esta ter sido veemente rejeitada pelos juristas, e inclusive proscrita por decisão real. Cfr. *Ibidem*, pg. 225.

<sup>41</sup> De facto, as revoluções inglesas, ao invés do que ocorreu com a revolução francesa, não tiveram como objetivo a subversão da ordem existente na época, mas sim a sua preservação. Este fenómeno tem repercussão no caráter de continuidade e estabilidade observável no Direito inglês, que motiva a sua autonomização face à família romano-germânica. Cfr. *Ibidem*, pg. 226.

<sup>42</sup> A influência provocada no Direito inglês por estas duas correntes de pensamento motivou neste, por um lado, a proclamação da vida, da liberdade e da propriedade como “direitos humanos naturais” – que se manifestam particularmente, nos sistemas jurídicos inglês e norte-americano, através da proteção constitucional dos direitos e liberdades fundamentais, entre os quais a propriedade privada – e, por outro lado, a fundação da ação humana no princípio da utilidade ou da máxima felicidade, orientações filosóficas que, como realça Dário Moura Vicente, “*jamais conseguiriam na Alemanha, em França ou em Portugal relevância equivalente à que tiveram em Inglaterra desde o século XVII. Daqui derivam certas diferenças fundamentais entre os sistemas jurídicos destes países, v.g. no tocante ao âmbito da liberdade contratual.*”. Cfr. *Ibidem*, pg. 227.

Com efeito, se por um lado a família romano-germânica tem como valores e princípios fundamentais, desde a Revolução Francesa, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, a família da *Common Law* acolhe como valores jurídicos fundamentais apenas as duas primeiras, tendo a ideia da solidariedade uma muito menor expressão<sup>43</sup>.

Face ao exposto, afigura-se possível concluir, citando Friedrich A. Hayek, que “o ideal da liberdade individual parece ter prosperado sobretudo entre os povos onde o Direito de fonte jurisprudencial predominou pelo menos durante longos períodos”<sup>44</sup>, dando os restantes países – pertencentes à família romano-germânica – um papel mais relevante ao ideal de solidariedade social – e familiar.

Em virtude da inserção do nosso ordenamento nesta família jurídica, o sistema sucessório português caracteriza-se como sendo de base individualista/capitalista com elementos do sistema familiar<sup>45</sup>, assentando, por um lado, no reconhecimento dos direitos – constitucionalmente previstos – da propriedade e autonomia privadas, sendo reconhecida a liberdade de transmissão dos bens do *de cuius*, e, por outro, na proteção da família nuclear e na permanência do chamado “património familiar” na linhagem geracional.

É precisamente com recurso a essa ideia de proteção da família nuclear e do património familiar que, atualmente, parte da doutrina justifica a manutenção da figura da legítima no ordenamento jurídico português.

---

<sup>43</sup> Cfr. (Vicente, 2014), pg. 69.

<sup>44</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 276.

<sup>45</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pgs. 351 e 352. No entender de Rita Lobo Xavier, “as notas individualistas remontam ao Direito Romano, sendo o direito de dispor por morte corolário do direito de propriedade; e a quota indisponível ou legítima entronca nos elementos de natureza familiar do Direito germânico, assegurando a permanência de um «património familiar»”, considerando que as limitações resultantes da proteção do património familiar não conseguiram ser “completamente eliminadas pelas ideias liberais sobre a circulação dos bens e a liberdade de disposição.”.

## CAP II – O FUNDAMENTO DA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

O direito sucessório português assenta, como foi já referido, no reconhecimento dos direitos constitucionalmente previstos da propriedade privada, da sua transmissão por morte e da proteção da família enquanto instituição.

### 5. O direito constitucional de propriedade privada e de transmissão *mortis causa*

O direito de propriedade privada é consagrado no art. 62.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), estabelecendo-se no seu n.º 1 que “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

Embora não incluído no catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias (doravante DLG), “*porventura visando a sua menorização*”, a sua inserção no capítulo dos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais não impossibilita a qualificação deste direito como análogo aos DLG, mediante a aplicação da cláusula aberta contida nos arts. 16.º n.º 1 e 17.º da CRP<sup>46</sup>.

Em conformidade com esta previsão constitucional, a lei sucessória regula o direito do *de cuius* de dispor por morte do seu património, assegurando-o mormente através do direito de testar. Este direito está intrinsecamente ligado ao direito à autonomia privada, que resulta da dignidade da pessoa humana e do seu direito à autodeterminação, reconhecendo-se por isso a cada pessoa a liberdade de “*estabelecer as suas relações jurídico-privadas segundo a sua vontade*”<sup>47</sup>.

Nesta dimensão, a garantia constitucional não serve apenas propósitos de continuidade das relações jurídicas do falecido como também, e principalmente, visa refletir “*o princípio da autonomia da vontade enquanto reconhecimento de um auto-governo da esfera jurídica (...), incluindo a liberdade de cada um, antecipadamente, determinar o destino do seu património de acordo com a sua vontade.*”<sup>48</sup>.

Esta transmissibilidade usufrui também de uma proteção qualificada, concedida pelo mesmo normativo, que pode no entanto ser objeto de restrições pelo legislador ordinário, nos termos dos n.º 2 e 3, do artigo 18º, da CRP, por força do disposto no seu artigo 17º.

Esta proteção constitucional não lhe confere, pois, a qualidade de direito absoluto, e à semelhança do tratamento legal dado a outros direitos, liberdades e garantias também

---

<sup>46</sup> Cfr. (Xavier & Coutinho, 2020), pg. 695.

<sup>47</sup> Cfr. (Xavier, 2016b), pg. 23.

<sup>48</sup> Cfr. (Cura Mariano, 2019), pg. 761.

este conhece restrições<sup>49</sup>, como observaremos infra, nomeadamente aquela que constitui o objeto da presente reflexão – a reserva legitimária.

Esta restrição em concreto decorre da função social da propriedade<sup>50</sup>. Depois da Revolução Francesa e, em Portugal, das revoluções liberais, começou a ser relevada a função social da propriedade e a esta impostos certos limites em função do bem comum e do interesse público. Esta faceta do direito de propriedade garante que a cada indivíduo é assegurado um meio absolutamente necessário para a autonomia pessoal e familiar, o que é aliás considerado como um “*prolongamento da liberdade humana*”.

#### 6. A legítima como limitação do direito de propriedade privada e sua livre transmissão

O direito sucessório português impõe à liberdade de dispor do autor da sucessão uma grande limitação através da sucessão legitimária. Não só o faz através da previsão legal da legítima, como também através de um leque de mecanismos para a sua proteção<sup>51</sup>.

Em primeiro lugar, no cálculo do valor da legítima são consideradas as liberalidades feitas em vida pelo *de cuius*, através de uma “*restituição fictícia dos bens doados*” (cf. Arts. 2162.º e 2110.º n.º 2 do CC). Deste cômputo de liberalidades surge o primeiro mecanismo de proteção da legítima – a ação de redução de liberalidades inoficiosas. Nos termos da nossa lei sucessória, as liberalidades feitas em vida pelo *de cuius* não poderão afetar o direito dos herdeiros legitimários à sua legítima, pelo que quaisquer liberalidades que o façam serão reduzidas nos termos do art. 2168.º do CC.

Mais que não poder livremente dispor da reserva legitimária, ao autor da sucessão é ainda vedada a possibilidade de designar quais os bens que irão compor essa reserva e máxime a quota legitimária subjetiva de cada herdeiro, por força do art. 2163.º do CC. Além de uma limitação da liberdade de dispor do *de cuius*, esta proibição causa não poucas as vezes uma divisão e pulverização de unidades económicas, como sejam as empresas familiares<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. (Xavier & Coutinho, 2020), pg. 695.

<sup>50</sup> Cfr. (Xavier, 2016b), pg. 24.

<sup>51</sup> Cfr. *Ibidem*, pgs. 33 a 40.

<sup>52</sup> Cfr. (Xavier & Coutinho, 2020), pg. 708, (Xavier, 2016b), pg. 105 e (Dias, 2016), pg. 460. Como refletem aos autores nas suas respetivas obras, a distribuição igualitária na titularidade da empresa familiar por força das disposições da sucessão legitimária pode provocar até a própria desintegração da empresa após a partilha. Nos ordenamentos que, como o nosso, preveem reserva legitimária, as tendências legislativas apontam para a inclusão de regimes específicos para determinados bens como a empresa familiar, conforme veremos adiante.

Releva ainda como mecanismo de proteção da reserva legítima o instituto da colação. Previsto no art. 2104.º do CC, a colação garante um tratamento igual dos descendentes na sucessão legítima, assegurando que estes sucederão na legítima em partes iguais através de uma imputação, na quota legítima subjetiva de cada um, das doações e despesas sujeitas a colação (por força do disposto no art. 2108.º do CC).

Adicionalmente, e porque os herdeiros legítimos já têm, em vida do *de cuius*, uma expectativa juridicamente tutelada de receber a sua legítima<sup>53</sup>, a lei confere proteção a essa mesma expectativa através da possibilidade, conferida aos legítimos pelo art. 242.º n.º do CC, de arguir a simulação de negócios jurídicos, tanto gratuitos como onerosos, que tenham sido celebrados com o objetivo de defraudar o seu direito à quota legítima.

Apesar de todas estas previsões na lei ordinária, a sucessão legítima e a legítima representam restrições ao direito de propriedade privada e da sua transmissão *mortis causa* que não encontram qualquer fundamento exposto na Constituição<sup>54</sup>. Como se justifica, então, a sua manutenção no ordenamento jurídico português?

#### 7. A solidariedade familiar como fundamento da legítima

A doutrina fundamenta a sucessão legítima na proteção da família enquanto instituição fundamental da sociedade<sup>55</sup>, garantida pelos arts. 67.º e 68.º da CRP, bem como na realização de um valor de solidariedade familiar<sup>56</sup>.

Esta fundamentação, que transita, como se viu, da influência germânica na família jurídica em que se insere o nosso ordenamento jurídico, encontrou também provimento após a Reconquista Cristã, sendo certo que a Doutrina Social da Igreja reconhece amplamente a função social da propriedade e a limitação desta para proteção da família e do bem comum<sup>57</sup>.

A ideia essencial oriunda do direito germânico será a de conservar no seio da família um património para o qual todos, porventura de diferentes formas, contribuíram, assegurando assim a permanência e a coesão do agregado familiar e o cumprimento do dever de assistência recíproca vertido nos arts. 1874.º e 2009.º do CC.

Os defensores da manutenção desta espécie de sucessão advogam que o direito à legítima surge vinculado às relações familiares entre o autor da sucessão e os seus

---

<sup>53</sup> Cfr. (Dias et al., 2018), pg. 19.

<sup>54</sup> Cfr. (Xavier & Coutinho, 2020), pg. 705.

<sup>55</sup> Cfr. (Cura Mariano, 2019), pg. 763.

<sup>56</sup> Cfr. (Xavier & Coutinho, 2020), pg. 705.

<sup>57</sup> Cfr. (Xavier, 2016b), pg. 24.

herdeiros<sup>58</sup>. Alegam que, exceto em situações de infortúnio, nós começamos e terminamos as nossas vidas acompanhados de outros, sobretudo os nossos parentes mais próximos, pelo que a continuidade intergeracional das relações familiares deve ser refletida na lei sucessória<sup>59</sup>. Defendem, pois, que os benefícios da vida coletiva familiar bem como os contributos que advêm das anteriores gerações de parentes que se entreajudaram deveriam ser refletidos na distribuição da herança de uma forma que não pode ser reduzida a uma mera computação de contributos económicos.

Estes argumentos dificilmente justificam a existência da legítima na sua configuração atual. De facto, de mãos dadas com a perda da função modelo do casamento para toda a vida – em virtude da introdução da figura do divórcio -, vem a crescente disseminação de parcerias não conjugais e de novas formas de constituição de família<sup>60</sup>. Assim sendo, e uma vez que as previsões legais de sucessão legitimária não se moldaram ainda às circunstâncias variáveis de constituição de família que resultam das mudanças sociais, impõe-se a questão: servirá, atualmente, a legítima como efetiva proteção da família? Acreditamos que não, uma vez que a realidade atual de parceria e família sugere relações parafamiliares muito próximas e, por isso, dignas de proteção sob o escopo das normas constitucionais, mas que, por não surgirem associadas a qualquer conexão legal, não são acauteladas.

Acresce ainda que os argumentos de solidariedade familiar e contribuição coletiva para o património familiar são profundamente desajustados da conjuntura atual. No passado, a reserva legitimária representava uma forma dos filhos se tornarem independentes e deixarem por fim a casa dos pais<sup>61</sup>. Com o aumento da esperança média de vida, os legitimários acabam por herdar a legítima no momento de maior estabilidade e acumulação de riqueza, o que deita por terra a ideia de que a legítima servirá como um meio de assistência do seu beneficiário<sup>62</sup>. Esta falha de raciocínio é particularmente patente na defesa da legítima dos ascendentes: se a legítima tem por fundamento a solidariedade familiar, fará sentido a transmissão injuntiva da quota indisponível a familiares que, pela idade, se estime já serem economicamente autossuficientes? Também no caso da legítima do cônjuge, particularmente quando o autor da sucessão não deixa quaisquer descendentes, se poderá levantar a mesma questão: se este fica já

---

<sup>58</sup> Cfr. (Aloy, 2007), pg. 13.

<sup>59</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 274.

<sup>60</sup> Cfr. (Leipold, 2010), pg. 3.

<sup>61</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 271.

<sup>62</sup> Cfr. (Aloy, 2007), pg. 10.

suficientemente provisionado em virtude do regime de bens<sup>63</sup>, que papel terá uma legítima de metade da herança na concretização de valores de solidariedade familiar?

Além do mais, as mudanças nos sistemas de acumulação e transmissão de riqueza nas famílias<sup>64</sup> permitem aferir que, ao contrário do que se verificava na época de codificação da lei sucessória, é atualmente raríssima a acumulação de riqueza sob a forma de grandes patrimónios, o que significa que os maiores contributos do *de cuius* aos seus herdeiros transmitir-se-ão *inter vivos*, por exemplo, através da formação académica e profissional proporcionada<sup>65</sup>.

No que respeita à contribuição coletiva para o património, dificilmente se pode alegar que a aquisição e manutenção de bens na comunidade familiar se baseia hoje nas contribuições dos legitimários, principalmente dos descendentes<sup>66</sup>.

Quanto a estes, os defensores da manutenção da legítima sustentam que embora não participem economicamente na construção do património de seus pais, contribuem com outros importantes benefícios, quer estes sejam quantificáveis ou não. A verdade é que durante um longo período de potencial acumulação de riqueza, os descendentes integram o agregado familiar e, ainda que não contribuam materialmente através de rendimentos do trabalho, a sua mera existência constitui indubitavelmente uma influência nas vidas profissionais e familiares dos seus pais. A tese é, portanto, a de que as relações familiares são geralmente bidirecionais, e incluem benefícios intangíveis que dificilmente poderão ser avaliados em termos económicos<sup>67</sup>. Este argumento é, no entanto, uma faca de dois gumes: uma vez que as relações familiares são, efetivamente, bidirecionais, tal implica que as trocas sejam continuamente recíprocas, pelo que o contributo inquantificável dos descendentes é compensado contemporaneamente pelos pais sob a forma de sustento económico, educacional e emocional, pelo que estes, no fim de vida, nada mais têm a compensar.

Assim, é atualmente indefensável uma ligação real e económica entre família e património<sup>68</sup>, uma vez que atualmente os bens suscetíveis de serem transmitidos por

---

<sup>63</sup> Para além da questão levantada em relação ao valor de solidariedade familiar alegado na concretização da legítima, impõe-se neste legitimário específico – o cônjuge sobrevivente – outra questão relevante: se os nubentes têm a possibilidade de, através de convenção antenupcial, selecionar o regime de bens da separação com o objetivo de evitar a transmissão de bens ligada ao casamento, que sentido fará a lei sucessória atribuir a este cônjuge sobrevivente uma parte tão substancial do património do falecido? Neste sentido, veja-se (Xavier, 2017), pg. 604.

<sup>64</sup> Cfr. (Aloy, 2007), pg. 10.

<sup>65</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 11.

<sup>66</sup> Cfr. (Leipold, 2010), pg. 5.

<sup>67</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 274.

<sup>68</sup> Cfr. (Leipold, 2010), pg. 4.

morte foram conseguidos maioritariamente devido ao esforço pessoal e profissional de cada um, não tendo sido herdados das gerações anteriores nem fruto das contribuições dos restantes membros da família nuclear<sup>69</sup>.

Ainda assim, Albert Lamarca i Marquès aponta certas vantagens da sucessão legitimária que considera justificativas da sua manutenção. Em primeiro lugar, defende o autor que, por não depender das circunstâncias concretas dos herdeiros, a legítima proporciona um elevado grau de certeza ao destino do património com o falecimento do seu titular, o que se traduz em menos disputas familiares<sup>70</sup>. Embora verídico, esta certeza pode também significar rigidez, conduzindo inúmeras vezes a distribuições de património injustas (em luz de critérios como a necessidade e o mérito) e contrárias aos desejos do *de cuius*.

Entende ainda que, ao contrário do alegado pelos autores abolicionistas e reformistas, a legítima pode funcionar como um mecanismo de proteção da liberdade de dispor do *de cuius*. Num argumento algo rebuscado, defende que visto o cenário mais comum ser aquele em que os pais beneficiam os seus filhos através de testamento, nos casos em que assim não acontece podem ser levantadas questões acerca da validade das disposições testamentárias. Com efeito, entende que “dada a probabilidade de qualquer aparente deserdação de um filho por parte do testador ser o resultado de um erro ou de influência indevida (como seja a coação), assegurar que uma porção da herança vai para os filhos pode muito bem ser a melhor forma de respeitar os desejos do testador”<sup>71</sup>.

Este argumento é facilmente refutável atendendo à finalidade e seriedade do testamento: considerando que nele se vertem as disposições de última vontade do seu autor, dificilmente se aceita a premissa de que uma deserdação ocorreu por lapso ou omissão, sendo também excepcionais as interferências externas indevidas. Não faria sentido pugnar pela diminuição da liberdade de testar apenas pelo risco de influência, pois se é certo que a liberdade acarreta riscos, também o faz a falta dela. Como refletem Keeton and Gower, “*The difficulty, of course, is to discover a system sufficiently elastic to enable a testator to disinherit his undeserving family, while yet preventing an unjust father or an unfaithful husband from leaving his dependents penniless.*”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr. (Xavier, 2016b), pgs. 104 e 105.

<sup>70</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pgs. 269 e 270.

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, pgs. 271 a 273. Tradução nossa de “*Given the probability that any apparent disinheritance of a testator’s child is the result of mistake or undue influence, ensuring that a portion of the inheritance goes to the children may well be the best way to respect testators’ wishes in the aggregate.*”

<sup>72</sup> Cfr. Keeton, G. and Gower, L., 1935. Freedom of Testation in English Law. *Iowa Law Review*, 20 (2), 326-340 *apud* (Douglas, 2014), pg. 225.

Por último, o autor é da opinião de que a abolição da reserva legitimária originária efeitos adversos nas relações familiares, quer verticais, quer horizontais. Quanto às primeiras, defende que se o destino do património do autor da sucessão pode ser decidido por “mero capricho ou decisão de último minuto”, tal poderá significar que os herdeiros apenas cuidem dele e lhe prestem assistência mediante a garantia de que vão ser contemplados no testamento<sup>73</sup>. Embora tal possa acontecer, releva também o fenómeno simétrico originado pela sucessão legitimária: não poucas as vezes, os legitimários não dão qualquer assistência ao *de cuius*, por vezes até abandonando-o, com a segurança de que, de qualquer forma, têm a sua quota assegurada por lei. Já no que concerne as segundas, entende o autor que a total liberdade de dispor pode inadvertidamente introduzir elementos de competitividade de mercado nas relações familiares, fazendo com que irmãos compitam pelo património, tornando-o objeto de ações egoístas e calculistas<sup>74</sup>, num fenómeno que designa por *Cainismo*. Embora tal possa ser factual, entendemos que a relação familiar vertical não deve ser condicionada por uma possível competitividade entre irmãos.

Neutralizadas as vantagens desta espécie de sucessão e refutados os argumentos que atualmente lhe subjazem, importa refletir se faz sentido continuar a afirmar que o fundamento da legítima é a solidariedade familiar intergeracional. E se, não obstante, concluirmos que é efetivamente este o seu fundamento, não será necessária uma reforma que adeque a legítima à sua finalidade?

---

<sup>73</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 278.

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 275.

### CAP III – *FAMILY PROVISIONS* E OUTRAS TÉCNICAS DE PROTEÇÃO PARASUCESSÓRIA

Os ordenamentos jurídicos europeus reconhecem duas espécies de sucessão<sup>75</sup>: a legal – que decorre, como o nome indica, da lei - e a voluntária - que se resume no nosso ordenamento, salvo as pontuais exceções dos pactos sucessórios admitidos, àquela que decorre do testamento.

Enquanto a primeira se baseia num princípio de sucessão familiar motivado por ideias de solidariedade intergeracional, a segunda protege a autonomia individual do testador e o seu direito de propriedade privada e de livre disposição desta por morte.

Na tentativa de equilibrar estes dois vetores aparentemente inconciliáveis, surgem diferentes sistemas que refletem a proporção em que cada um deles é valorizado, resultando assim em propostas que acomodam uma maior liberdade de disposição dos bens por morte e, outras, por oposição, que assentam numa maior salvaguarda da sucessão legal familiar.

Nenhum país europeu consagra, atualmente, a plena liberdade de disposição dos bens por morte<sup>76</sup>. No entanto, as mais recentes tendências legislativas registam movimentos opostos de aproximação<sup>77</sup>, consoante estejam em causa sistemas enquadráveis na família jurídica de *Civil Law* ou de *Common Law*.

#### 8. Tendências legislativas nos países europeus com sucessão legitimária

Observando as reformas recentes no Direito sucessório francês<sup>78</sup>, releva a *Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006*, cuja principal inovação foi a supressão da *réserve héréditaire* dos ascendentes<sup>79</sup>, acompanhada da criação de um direito destes reaverem os bens que tiverem doado em vida ao autor da sucessão (art. 738 n.º 2 do *Code Civil*). Com o mesmo objetivo, foi criada, no *Code Civil*, a secção “*Da renúncia antecipada à ação de redução*”, que prevê a possibilidade de afastar este instituto<sup>80</sup>, flexibilizando-o. Embora a reserva

---

<sup>75</sup> Cfr. (Zimmermann, 2019), pg. 2.

<sup>76</sup> Cfr. (Aloy, 2007), pg. 3 e (Xavier, 2016a), pg. 355.

<sup>77</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 355 e 366 e (Bartolini & Patti, 2018), pg. 434.

<sup>78</sup> Para uma descrição mais detalhada das alterações legislativas mencionadas, *vide* (Xavier, 2016a), pgs. 359 a 364.

<sup>79</sup> Medida também implementada, através de recentes reformas, nos ordenamentos austríaco, luxemburguês e belga, cfr. (Christandl & Nemeth, 2020), pg. 163.

<sup>80</sup> Deste modo, é atenuada a proibição dos pactos sucessórios, uma vez que esta renúncia constitui um pacto sobre a futura sucessão, excepcionalmente autorizado por lei.

continue a ser imposta ao *de cuius*, promove-se a possibilidade de pactos familiares que “protejam” determinados beneficiários da ação de redução dos legitimários.

Esta reforma, que assimila várias mudanças sociais, económicas e “morais”<sup>81</sup>, reflete a tentativa de reforçar o valor da autonomia individual, retirando algum do peso das tendências de solidariedade intergeracional e familiar.

Note-se, todavia, que no Direito francês não há qualquer previsão legal de deserdação, sendo consideradas quaisquer tentativas como nulas por violação da Ordem Pública<sup>82</sup>.

No direito alemão, regista-se uma tendência destoante do quadro continental e completamente oposta.

A reforma do direito sucessório alemão de 2009, com as alterações introduzidas pela *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*, teve por objetivo a expansão do direito de autodeterminação e liberdade de disposição do testador<sup>83</sup>.

No entanto, este intuito foi largamente reprimido pela Decisão do *Bundesverfassungsgericht* – o Tribunal Constitucional Federal – de 2005, que garantiu constitucionalmente a legítima dos descendentes, pelo que jamais poderá o testador excluí-los da herança por testamento, nem fazer a sua legítima depender de necessidade destes<sup>84</sup>. Esta garantia, que consagra a legítima como expressão da solidariedade familiar baseada na proteção constitucional alemã da família<sup>85</sup>, reflete a ideia de que o património familiar não resulta apenas dos esforços individuais do testador, mas provem também da riqueza por ele herdada, o que legitima a imposição de um limite à liberdade testamentária, que não pode ser afastado meramente por falta de “trato familiar”. Embora apenas se tenha pronunciado no sentido de garantir a legítima dos descendentes, o legislador considerou aplicável o mesmo raciocínio, com as devidas adaptações, à legítima do cônjuge e até dos ascendentes. Esta decisão foi surpreendente e controversa atendendo às tendências legislativas atuais nos restantes países de *Civil Law*.

Numa tentativa de aumentar, não obstante, a autonomia do testador, foram consagradas novas causas de deserdação e respetivos pressupostos<sup>86</sup>, embora se realce que o esmorecer das relações familiares entre o testador e o herdeiro legitimário, e até o

---

<sup>81</sup> Cfr. (Bartolini & Patti, 2018), pg. 441.

<sup>82</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 441.

<sup>83</sup> Cfr. (Leipold, 2010), pg. 4.

<sup>84</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 364.

<sup>85</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 274, nota de rodapé 14.

<sup>86</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 365.

próprio abandono familiar, continuam a não configurar qualquer uma das causas previstas<sup>87 88</sup>.

Em contraste, as mais recentes alterações legislativas italianas em matéria sucessória têm procurado aumentar a liberdade de disposição dos bens por morte. A primeira alteração nesse sentido, introduzida pelo *decreto legge 14 marzo 2005*, redimensionou o alcance da ação de redução de liberalidades, excluindo do seu escopo os bens alienados quando decorram 20 anos após o registo da doação.

Também através da *Legge 14 febbraio 2006 n. 55* foi feita uma alteração relevante neste sentido, constituindo o que muitos autores consideram uma “disciplina derogatória do princípio geral de proibição dos pactos sucessórios<sup>89</sup>” - o “*patto di famiglia*”, que permite ao empresário dispor livremente da sua empresa, mediante o acordo dos membros da família e sem colocar em causa a tutela legitimária daqueles que, por força do pacto, possam ser privados da titularidade da empresa. Este pacto não diminui os direitos dos restantes legitimários, uma vez que os beneficiários terão de reconhecer àqueles, salvo renúncia dos mesmos, o direito a uma soma correspondente à sua quota legitimária<sup>90</sup>.

Releva ainda o facto de não existir no direito italiano qualquer disposição que legitime a deserdação, seja por que motivo for. A este propósito pronunciou-se a *Corte di Cassazione* – Supremo Tribunal Italiano – em 2012, de forma algo revolucionária face ao até então entendido, permitindo a deserdação, mas apenas quando não se trate de herdeiro legitimário, de outra forma a cláusula será nula<sup>91</sup>.

Por último, no que respeita a países europeus com reserva legitimária, também no direito espanhol foram feitas alterações recentes no sentido das já mencionadas. Enquanto sistema no qual a legítima tem a natureza de *pars bonorum*, proliferam atualmente as situações nas quais a legítima pode ser paga em dinheiro, bem como os atos de partilha legitimados por lei à disposição do autor da sucessão - na reforma operada em 2003 pela *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa*, foi alterado o art. 1056.º do *Código Civil*, que passou a prever a possibilidade de o testador empresário manter a titularidade da sua empresa indivisa, atribuindo-a exclusivamente a um dos seus herdeiros

---

<sup>87</sup> Cfr. (Bartolini & Patti, 2018), pg. 439.

<sup>88</sup> Em 1900 constava do BGB uma enumeração de motivos específicos indicativos de uma quebra irremediável da relação familiar resultante de comportamentos da pessoa com direito a uma “porção compulsória”: um total afastamento, pelo qual o último fosse responsável, constituía motivo justificativo da sua exclusão total da herança. No entanto, do atual § 2333 n.º 1 a 4 BGB não consta qualquer possibilidade de deserdação por falta de trato familiar. Cfr. (Zimmermann, 2019), pg. 37.

<sup>89</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 367.

<sup>90</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 368.

<sup>91</sup> Cfr. (Bartolini & Patti, 2018), pg. 441.

e encarregando-o de pagar a legítima em dinheiro aos restantes legitimários<sup>92</sup>. Esta previsão consagra uma exceção ao princípio segundo o qual o autor da sucessão não pode escolher quais os bens que compõe a legítima do herdeiro sem o consentimento deste.

Adicionalmente, e em matéria de deserdação, Espanha, bem como a comunidade autónoma da Catalunha<sup>93</sup>, seguem a tendência de outros ordenamentos<sup>94</sup> ao considerar a falta de qualidade e permanência dos vínculos afetivos como motivo lícito para exclusão do direito à legítima. O Supremo Tribunal reinterpreto o art. 853.º n.º 2 do *Código Civil* por forma a alargar o conceito de abuso, nele integrando o abuso emocional sofrido pelo testador por motivo de abandono.

As tendências legislativas da generalidade destes países europeus<sup>95</sup> têm sido, como se viu, no sentido de reforçar a autonomia privada do *de cuius* em matéria de disposição dos bens por morte, tendência que não se verificou ainda em Portugal, apesar da urgência de reforma já há muito sinalizada por grande parte da doutrina, devido à notória falta de harmonia e adequação do atual sistema<sup>96</sup>.

Por oposição, analisando as linhas legislativas em países de *Common Law* observamos antes uma aproximação do modelo continental de *Civil Law*, abandonando a outrora plena liberdade de testar e incorporando elementos de proteção da família nuclear, nomeadamente através das *family provisions*<sup>97</sup>.

#### 9. *Family provisions* – funções equivalentes às da legítima nos sistemas de *Common Law*?

Pamplona Corte-Real divisava já o surgimento de um sistema semelhante ao do Direito anglo-saxónico no qual a liberdade de testar é plena e existe apenas um direito a alimentos à custa da herança em situações pontuais e avaliadas casuisticamente, por forma a salvaguardar parentes com necessidades que assim o justifiquem<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 369.

<sup>93</sup> Cfr. (Arroyo et al., 2016), pg. 205.

<sup>94</sup> A nível europeu tanto a Áustria como a Croácia, Eslovénia, República Checa e Malta consagram as situações de negligência, quer material quer afetiva, como motivo de deserdação. Cfr. *Ibidem*, pg. 207.

<sup>95</sup> Embora a presente reflexão incida apenas sobre países europeus, talvez releve mencionar a solução consagrada em Louisiana, o único estado dos EUA que prevê tutela legitimária, cfr. *Ibidem*, pgs. 212 e 213. Neste estado, para além da consagração da falta de trato familiar como causa de deserdação, foi ainda reduzido o escopo dos herdeiros considerados legitimários. Desde 1989 apenas são considerados legitimários os descendentes com menos de 24 anos ou permanentemente incapacitados independentemente da idade.

<sup>96</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pgs. 356, 371 e 372.

<sup>97</sup> Cfr. *Ibidem*, pg 355 e (Bartolini & Patti, 2018), pg. 434.

<sup>98</sup> Cfr. (Xavier, 2016a), pg. 355.

A proposta dos países de *Common Law* para garantir o valor de solidariedade familiar é precisamente a possibilidade conferida a certos familiares do *de cuius* de, considerando-se injustamente acauteladas por disposições testamentárias, requererem ao tribunal uma *family provision* ao abrigo do *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*<sup>99</sup>.

Sumariamente, este diploma normativo permite que o tribunal, mediante uma avaliação casuística, altere a distribuição do património decorrente das indicações do *de cuius* no testamento ou a ditada pela sucessão *ab intestato*<sup>100</sup> quando se entenda que o requerente não tenha sido por estas suficientemente acautelado, mediante a prova de factos que demonstrem uma necessidade efetiva do requerente.

A criação deste regime de “*discretion*” em contraposição à existência de uma quota indisponível serve a ideia de que a reivindicação de uma provisão deve ser avaliada segundo o seu concreto mérito, no sentido de prover sustento a quem dele efetivamente necessita e não a de cumprir algum ideal abstrato de “justiça”, sendo priorizadas as soluções do caso concreto<sup>101</sup> em contraste com os valores de segurança e certeza associados ao reconhecimento de uma quota determinada<sup>102</sup>.

Consta do mesmo diploma (Secção 1) o elenco daqueles com legitimidade para requerer a provisão, elenco esse algo limitado “*pelas ideias tradicionais de família constituída através do casamento e parentesco*”<sup>103</sup>: o cônjuge ou companheiro; um ex-cônjuge ou ex-companheiro (conquanto não tenha contraído ainda novo matrimónio ou formado nova união); aquele que, durante os 2 anos imediatamente anteriores ao falecimento do *de cuius*, tenha com ele coabitado em condições análogas às de um cônjuge; filho do *de cuius*<sup>104</sup>; aquele com que o *de cuius* tenha tido relação anterior de

---

<sup>99</sup> Doravante *Inheritance Act 1975*. Disponível para consulta em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>.

<sup>100</sup> Cfr. (Alsop, 2019), pg. 1.

<sup>101</sup> Cfr. (Vicente, 2014), pg. 270.

<sup>102</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 227. A razão motivadora da legislação original era aliviar os encargos de viúvas e crianças incapazes de prover o seu próprio sustento. Assim, a ideia mais enfatizada era a de mitigar situações de necessidade e prover sustento e não atribuir um direito a uma quota fixa do património.

<sup>103</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 227.

<sup>104</sup> Releva aqui o facto de quaisquer filhos do *de cuius*, ainda que maiores, terem legitimidade para requerer uma *family provision* nos termos desta lei, ao contrário da previsão anterior que limitava esta legitimidade aos filhos menores, filhas solteiras e filhos adultos incapacitados – aqueles que, na redação anterior, se consideravam como possivelmente dependentes do autor da sucessão.

responsabilidades parentais<sup>105</sup>; e aquele que dependesse do *de cuius* no período imediatamente anterior à sua morte, e por ele fosse sustentado, total ou parcialmente.

Deste rol não constam quer os irmãos do falecido, quer os seus ascendentes, contrastando com as regras da sucessão *ab intestato*, na qual estes parentes concorrem à herança caso ao falecido não sobrevivam descendentes ou cônjuge. Tal deve-se ao facto de aqueles não serem considerados dependentes financeiramente do falecido<sup>106</sup>.

Constam, no entanto, deste elenco as parcerias civis e situações de coabitantes em condições análogas ao casamento há pelo menos dois anos, bem como aqueles que tenham sido tratados pelo *de cuius* como filhos, abrangendo assim as relações entre pessoas do mesmo sexo e as novas formas de constituição de família no escopo do diploma.

Para além da legitimidade para requerer uma provisão, importa ainda alegar e provar factos que demonstrem uma relação de dependência<sup>107</sup> para com o autor da sucessão. Este critério, que impõe que, no período imediatamente anterior à sua morte, o *de cuius* tivesse um papel essencial no sustento do dependente, evidencia o interesse fulcral desta *family provision*: muito mais que o trato familiar e os atos próprios de familiares, exige-se uma relação de dependência assimétrica<sup>108</sup>, que ecoa a assunção tradicional do valor de solidariedade intergeracional no seio familiar. Para efeitos deste critério, considera-se que o requerente era sustentado pelo *de cuius* quando este último fizesse contribuições monetárias substanciais para prover às suas necessidades razoáveis (o que irá também variar consoante o padrão de vida, tanto do *de cuius* como do requerente).

Após a determinação da legitimidade do requerente e a prova dos factos que demonstram a sua dependência do falecido, caberá ao tribunal, nos termos das Secções 2 e 3 determinar a (in)suficiência da provisão feita pelo testador ou decorrente das regras de sucessão *ab intestato*.

Esta determinação será feita com recurso aos seguintes critérios, contidos na Secção 3 do diploma: as necessidades e recursos que o requerente tem ou terá previsivelmente

---

<sup>105</sup> Tradução nossa de “any person who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family”, Secção 1, art. 1.º, d) do *Inheritance Act 1975*.

<sup>106</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 228.

<sup>107</sup> Ainda que a dependência, por si só, não constitua critério nuclear suficiente para a conceção da provisão, devendo ser conjugada com outros fatores, a verdade é que sem ela dificilmente a reivindicação terá provimento, o que constitui uma aproximação entre o instituto das *family provisions* e o direito a alimentos, cfr. (Aloy, 2007), pg. 6.

<sup>108</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 229.

num futuro próximo; as necessidades e recursos que o beneficiário da herança tem ou terá previsivelmente num futuro próximo; quaisquer obrigações ou responsabilidades que o falecido tivesse para com o requerente e/ou para com o beneficiário da herança; o valor e natureza dos bens que compõe a herança; quaisquer incapacidades, físicas ou mentais quer do requerente quer do beneficiário; outros fatores, incluindo a conduta do requerente ou qualquer outra pessoa, que em luz das circunstâncias do caso concreto o tribunal considere relevantes.

Se se pronunciar pela insuficiência da provisão feita, o tribunal terá ainda de fixar qual o montante considerado como “*reasonable financial provision*” que deverá ser fixado ao requerente.

Sempre que o requerente seja qualquer outra pessoa que não o cônjuge ou companheiro do *de cuius*, a *family provision* será fixada na medida do estritamente necessário para prover ao sustento do requerente<sup>109</sup>, nos termos da Secção 1, art. 1B, (2), b). Tratando-se, por outro lado, de um requerimento apresentado por cônjuge ou companheiro, não se aplica esta limitação da necessidade, devendo o montante ser calculado por forma a permitir a manutenção do padrão de vida de que beneficiava na constância do matrimónio, nos termos das alíneas a) e aa) do mesmo artigo.

Apesar do seu mérito, resultante, em larga escala, da flexibilidade que permite ao autor da sucessão dispor do seu património como bem lhe aprouver – respeitando assim o seu direito fundamental de propriedade privada em todas as suas acepções -, as *family provisions* padecem de certas imperfeições que convocam o debate de se até estas deveriam ser alvo de uma reforma. *Lady Hale*, juíza do *Supreme Court*, reflete<sup>110</sup> sobre o aumento dos litígios emergente desta solução, bem como sobre o elevado custo dos mesmos em Inglaterra, que poderá constituir um obstáculo precisamente para quem mais precisa das *family provisions* – aqueles que não conseguem prover o seu próprio sustento. Outra desvantagem deste instituto por si apontada é o facto de a lei que o preceitua não fornecer qualquer diretriz sobre como ponderar os diversos fatores a ter em conta no momento de decisão, o que conduz a um elevado grau de incerteza - que pode inclusive funcionar como uma restrição à liberdade de testar<sup>111</sup>. Esta incerteza decorre, para além

---

<sup>109</sup> Cfr. (*Press Summary - Ilott (Respondent) v The Blue Cross and others (Appellants) [2017] UKSC 17 On appeal from [2015] EWCA Civ 797, 2017*), pg. 2, disponível para consulta em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0203-press-summary.pdf>.

<sup>110</sup> Cfr. (Bartolini & Patti, 2018), pg. 436.

<sup>111</sup> Na prática, e por medo de que, após a sua morte, os presumíveis herdeiros entrem em litígio devido ao que consta do testamento, os testadores acabam por incluir no mesmo parentes que não pretendiam

da dependência da lei familiar inglesa da discricionariedade desestruturada, da aparente dualidade de jurisdições que aplicam o *Inheritance Act 1975* – a *Chancery Division* e a *Family Division*, que têm abordagens diferentes e conduzem por vezes a que situações muito semelhantes tenham desfechos (demasiado) díspares<sup>112</sup>.

Outras desvantagens deste instituto poderão ser aferidas através da análise de decisões amplamente controversas, como é o caso de *Ilott v The Blue Cross and others*<sup>113</sup>.

Nesta decisão, que é apenas o culminar de longos anos de litígio e recurso a várias instâncias, foi atribuída pelo *Supreme Court* uma *family provision* de £50,000 à requerente, Mrs Ilott, filha maior da testadora, Mrs Jackson.

Da factualidade deste caso releva que até ao falecimento da mãe, em 2004, contavam já 26 anos de total ausência de trato familiar, tendo a requerente fugido de casa aos 17 anos para ir viver com o agora marido, com o qual casou sem disso dar notícia à mãe. Viveram as suas vidas isoladamente, sem qualquer conexão - quer afetiva quer monetária. Esta ausência de relacionamento familiar foi o que motivou a mãe, em ambos os seus testamentos, a excluir completamente da sucessão a sua filha, dizendo que não sentia que tivesse qualquer obrigação moral ou financeira para com esta em luz do seu abandono, tendo inclusive instruído os testamenteiros a resistir a qualquer reivindicação que ela pudesse fazer<sup>114</sup>. Mrs Jackson deixou, através de testamento, a sua herança a instituições de caridade.

A primeira instância julgou a favor da requerente, considerando que o testamento não acautelou provisão suficiente a favor desta, ordenando que lhe fosse atribuída uma *family provision* no valor de £50,000. Esta decisão evidencia uma das desvantagens deste instituto que, à semelhança de qualquer outro que limite a liberdade de dispor e testar, consiste no facto de, não poucas as vezes, conduzir a resultados flagrantemente contra a vontade expressa do testador e contra os motivos subjacentes à sua decisão<sup>115</sup>. Não só

---

beneficiar, o que acaba por restringir a ampla liberdade teórica prevista na lei. Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 270.

<sup>112</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 241. O autor, Gillian Douglas, cita a sugestão de Cownie e Bradney, que defendem que enquanto que o *Family Court* poderá receber o requerimento e relevar as circunstâncias e detalhes específicos da relação familiar entre requerente e testador, o *Chancery Court* perderá pouco tempo com tais detalhes, focando-se muito mais na letra da lei, abordagens que naturalmente resultarão em decisões heterogéneas.

<sup>113</sup> Decisão integral do *Supreme Court of England* disponível para consulta em <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0203.html>.

<sup>114</sup> Cfr. (Bartolini & Patti, 2018), pg. 429.

<sup>115</sup> Apesar do diploma sob análise não vincular o tribunal a uma consideração obrigatória das razões pelas quais o testador dispôs da forma que o fez, se estas forem fiéis à verdade dos factos e conforme os bons costumes, o tribunal pode tê-las em consideração aquando da tomada de decisão. Cfr. *Ibidem*, pg. 435.

isso, como o faz, neste caso concreto e em muitos semelhantes, em benefício de alguém que durante um quarto de século negligenciou a sua própria mãe, estando patente uma outra grande falha deste sistema: a não inclusão da proximidade e qualidade do vínculo familiar nos fatores a considerar para a atribuição da *family provision*<sup>116</sup>. Embora um dos critérios a ter em conta, nos termos da Secção 3, seja uma espécie de cláusula aberta na qual esta proximidade pode ser valorada, resulta da letra da lei<sup>117</sup> que o tribunal tem apenas a possibilidade - e não o dever - de a relevar, o que pode conduzir a situações de profunda injustiça. Há quem defenda que por uma questão de princípio, a transmissão de bens por morte não deveria depender apenas da necessidade dos herdeiros, mas também de outros fatores igualmente meritórios<sup>118</sup>, nomeadamente a manutenção e qualidade dos vínculos familiares com o *de cuius*.

A ocorrência de situações de manifesta injustiça devido a esta falha foi evidenciada na decisão de segunda instância, que aumentou exponencialmente a *family provision* atribuída à requerente, valorando pouco ou nada os 26 anos de total afastamento entre esta e a testadora. Embora o *Supreme Court* tenha revertido a decisão à provisão decretada pela primeira instância, talvez relevem, de todo o modo, os resultados adversos que a desconsideração desta dimensão da vida familiar poderá ter.

Uma outra crítica dirigida às *family provisions* é a assimetria nas relações que motiva a sua atribuição. Pelo facto de se exigir uma dependência ou um desequilíbrio, incorre-se por vezes no erro de beneficiar aqueles que, por infortúnio ou desleixo, dependem ainda do autor da sucessão e “punir” aqueles que alcançaram já a autonomia e conseguem prover o seu próprio sustento<sup>119</sup>, operando como uma espécie de “*quantified post mortem child support*”<sup>120</sup>.

Embora faça todo o sentido aprovisionar aqueles que, em virtude de incapacidades, não têm meios de se autossustentar, exigir uma dependência financeira sem qualquer análise crítica à luz da *ratio legis* acaba por premiar por vezes aqueles que Kerridge e Brierley apelidavam de “*lame ducks*”<sup>121</sup>, filhos adultos do testador que, à semelhança de Mrs Iott e por diferentes motivos, não são ainda autossuficientes.

---

<sup>116</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 232.

<sup>117</sup> “(g) *any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant.*”, (sublinhado nosso).

<sup>118</sup> Cfr. (Lamarca i Marquès, 2014), pg. 270.

<sup>119</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 270.

<sup>120</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 270.

<sup>121</sup> Cfr. (Douglas, 2014), pg. 238.

Neste sentido é particularmente relevante a decisão *Ames v Jones*<sup>122</sup> de 2016. Este caso concreto, julgado no *Central London County Court*, teve início com um requerimento da filha do *de cuius*, Danielle Ames, que requereu a fixação de uma *family provision* relativamente ao património do falecido pai, que a excluiu da sucessão por forma a beneficiar a sua segunda mulher, e madrasta de Danielle, como quem mantinha uma relação há 33 anos.

Danielle Ames, uma mulher de 41 anos que se encontrava desempregada, requereu, ao abrigo do *Inheritance Act 1975*, que lhe fosse fixada provisão suficiente alegando para tal dificuldades financeiras e impossibilidade de prover o seu próprio sustento, bem como dos seus filhos.

Embora tenha alegado estas dificuldades, Danielle não logrou apresentar e provar factos que demonstrassem qualquer dependência do seu falecido pai. Adicionalmente, e num aspeto particularmente interessante, o Tribunal observou que Danielle era perfeitamente capaz de trabalhar e de encontrar emprego, tendo por isso julgado improcedente o seu pedido por considerar que a sua situação de desemprego e, conseqüentemente, de necessidade, era o resultado das suas escolhas de vida, do seu estilo de vida.

Este caso demonstra que na atribuição das *family provisions* pode efetivamente ser analisada e valorada a factualidade conducente à situação de necessidade por forma a não “premiar” alguém que optou por se colocar a si próprio nessa situação de vulnerabilidade.

## 10. Soluções intermédias

Existem já algumas soluções intermédias, que combinam elementos característicos dos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, conciliando o direito à legítima (seja através de uma quota dos bens que compõe a herança ou através de um direito ao seu valor) - e, através dele, tutelando o valor da solidariedade familiar – com o valor da liberdade de dispor, “temperando” assim as restrições com valores de autonomia individual.

Uma das soluções consiste na diminuição das classes de sucessíveis legitimários, com a supressão da legítima dos ascendentes. Adotada, como já vimos, em França e na Áustria, entre outros países, esta medida é decisivamente um passo na direção certa, mas que se revela ainda insuficiente para acautelar a liberdade de disposição do *de cuius*. Neste contexto, atente-se na previsão legitimária do Estado de Lousiana, no qual o direito à

---

<sup>122</sup> Disponível para consulta em <https://www.familylawhub.co.uk/default.aspx?i=ce5521>.

legítima é concedido apenas a filhos menores de 24 anos ou aqueles que, independentemente da idade, estejam permanentemente incapacitados<sup>123</sup>.

Outra possibilidade seria a de flexibilizar o montante da legítima. Em 1989, foi introduzida no Código Civil Austríaco a possibilidade de reduzir a legítima subjetiva de um determinado herdeiro em metade na circunstância de não haver qualquer relação de proximidade familiar entre este e o *de cujus*<sup>124</sup>.

Na Estónia, por exemplo, caso o autor da sucessão deserde (ou prejudique face ao direito que teria por força da sucessão legítima), por meio de testamento ou pacto sucessório, ascendente, descendente ou cônjuge que seria chamado a suceder *ab intestato* e este se encontre incapacitado para o trabalho - e, por isso, não consiga prover o seu próprio sustento – este parente tem direito à legítima<sup>125</sup>. Também na Lituânia existe previsão semelhante, uma vez que, nos termos da lei, os filhos, ascendentes e cônjuge do *de cujus* têm direito à legítima sempre que necessitem de sustento no momento da abertura da sucessão, sendo a legítima metade da quota disponível<sup>126</sup>.

As duas últimas soluções têm o revés de, à semelhança das *family provisions*, apenas valorarem a necessidade e dependência do sucessível em causa, descurando outros fatores igualmente relevantes, como um mais estreito vínculo afetivo ou, até, dependência no sentido inverso, isto é, ser o agora autor da sucessão que, à data do falecimento, dependia do apoio patrimonial e afetivo do sucessível em questão.

No entanto, e embora se possa questionar a importância de relevar os vínculos afetivos, bem como outros fatores, para a atribuição de uma quota legitimária, a verdade é que estas soluções, embora não o façam, alcançam exatamente aquilo a que se propõe: a colmatação das necessidades efetivas de determinados sucessíveis, acautelando assim o valor de solidariedade familiar nos respetivos ordenamentos jurídico-sucessórios, sem onerar em demasia a autonomia privada do *de cujus*.

Também as já mencionadas soluções conseguidas por reformas recentes em Itália - no sentido do permitir os pactos sucessórios, ainda que apenas na sucessão da empresa familiar - e em Espanha – permitindo ao empresário testador compor a legítima de um dos seus sucessores com participações na titularidade da empresa – representam um

---

<sup>123</sup> Cfr. (Arroyo et al., 2016), pg. 212.

<sup>124</sup> Cfr. (Arroyo et al., 2016), pg. 211. Esta disposição (§773, a, ABGB) foi alterada em 2004, prevendo-se a sua aplicação exclusiva às relações entre pais e filhos.

<sup>125</sup> Cfr. (Aloy, 2007), pg. 6.

<sup>126</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 6.

avanço louvável no sentido da prossecução da autonomia privada por forma, neste caso, a não dividir (e conseqüentemente desvalorizar) uma unidade produtiva.

Uma outra perspectiva, adotada pela Alemanha, pela comunidade autónoma da Catalunha e pelo Estado de Louisiana, entre outros, é o aumento do leque das causas de deserdação. Esta técnica, embora teoricamente viável, não nos parece defensável na prática, uma vez que acarreta um aumento dos litígios envolvidos na prova necessária dos factos que consubstanciam motivo de deserdação, prova essa que é também muito difícil<sup>127</sup>, uma vez que a lei não estabelece qualquer presunção de verdade no que diz respeito às alegações do testador, e nem sempre é possível provar, por exemplo, que a rutura do vínculo se deve exclusivamente ao sucessível, podendo assim a impugnação da deserdação acabar por ter êxito<sup>128</sup>. A estas desvantagens acresce ainda a estigmatização geralmente associada à deserdação, fenómeno que muitos testadores procuram evitar, o que torna esta opção inviável na prática.

Embora todas estas opções, em maior ou menor medida, contribuam para um certo decréscimo das restrições provocadas pela legítima, apenas a sua substituição por outros mecanismos que, embora prossigam idênticas finalidades de solidariedade familiar, admitam a manutenção de um maior âmbito do direito de propriedade privada e da sua livre transmissão por morte, permitirão uma resposta satisfatória às necessidades de autonomia do autor da sucessão.

## 11. Outras técnicas de proteção parassucessória

Para além da possibilidade de instituição de um sistema semelhante ao previsto nos países de *Common Law*, existem ainda outras possíveis soluções a considerar como alternativa à legítima que permitem uma garantia suficiente do valor de solidariedade familiar e intergeracional que com esta se pretende acautelar.

Embora se entenda que, não obstante as suas falhas, o instituto das *family provisions* acautele de forma que consideramos adequada a autonomia privada do autor da sucessão e os seus direitos de propriedade privada e livre disposição, pensa-se que a sua implementação seria demasiado disruptiva para o espírito do sistema sucessório português<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. (Leipold, 2010), pg. 807.

<sup>128</sup> Cfr. (Arroyo et al., 2016), pg. 220.

<sup>129</sup> Tendo em conta que nos sistemas romano-germânicos é a norma que fornece ao julgador o ponto de partida do raciocínio e caminho conducentes à solução do caso – cfr. (Vicente, 2014), pg. 270 -, parece-nos

Cumpra-nos então indagar quais as alternativas que, com idêntico respeito pela liberdade de disposição dos bens por morte, melhor se adequem ao nosso sistema sucessório, sendo certo que, como pudemos constatar através da análise do instituto das *family provisions*, nem todos os instrumentos jurídicos de regulação do destino do património após a morte têm de ser de natureza estritamente sucessória.

O estudo da viabilidade de utilização de outros instrumentos jurídicos com esta finalidade iniciou-se em primeira instância por Antonio Palazzo que, acompanhado de uma significativa fação da doutrina italiana, aprofundou e desenvolveu a distinção entre os negócios *mortis causa* e os negócios *post mortem* e *trans mortem*, como fenómenos parassucessórios<sup>130</sup>. Estes grupos de negócios jurídicos são distinguíveis entre si mediante a produção de efeitos jurídicos ocorra por causa da morte ou apenas depois da morte<sup>131</sup>.

Neste último caso, a morte representa apenas o momento da produção dos efeitos jurídicos do contrato, tratando-se, pois, meramente de uma “*produção dos efeitos do negócio diferida*”.

Em Portugal, foi precursora nesta matéria Rita Lobo Xavier que, na esteira dos autores italianos, encarou a uma nova luz a importância do contrato no âmbito da transmissão *mortis causa* do património, investigando a possibilidade de utilização de instrumentos jurídicos pré-existentes de direito privado com finalidades parassucessórias, num exercício ao qual deu o nome de Planeamento Sucessório<sup>132</sup>.

Denota a autora que estes instrumentos são não poucas as vezes objeto de mal-entendidos e má vontade, porque frequentemente associados a situações de fraude à lei ou evasão fiscal<sup>133</sup> e ligados a ideias de “capitalismo sem rosto”. Entende, no entanto, numa opinião com a qual tendemos a concordar, que a ânsia de planear de forma adequada a transmissão do património pode servir propósitos perfeitamente legítimos, como a garantia do sustento do cônjuge sobrevivente ou de filho com capacidade diminuída, bem como a continuidade de determinados bens na titularidade de membros da família ou o futuro de uma empresa da qual se foi fundador<sup>134</sup>.

---

que uma solução dependente do apenas eventual impulso processual de um requerente e cuja fixação está vinculada, em atribuição e medida, ao entendimento do tribunal, não será a mais adequada.

<sup>130</sup> Cfr. (Xavier, 2016b), pg. 110.

<sup>131</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 110.

<sup>132</sup> Para um estudo mais aprofundado do Planeamento Sucessório e dos instrumentos possíveis para a transmissão do património à margem do direito sucessório, veja-se, por todos, (Xavier, 2016b).

<sup>133</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 12.

<sup>134</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 12.

Posteriormente, também Daniel Morais abordou aquilo que designou por “revolução sucessória”<sup>135</sup>, que consiste “na atenuação da fronteira entre situações jurídicas sucessórias e «parassucessórias»”. Embora considere os institutos alternativos ao testamento absolutamente fundamentais para a compreensão do sentido moderno da transmissão da riqueza entre gerações, o autor entende que estes constituem uma “fuga à forma jurídica” que agora invade o Direito Sucessório, pois prescindem dos institutos que o legislador criou para o efeito<sup>136</sup>.

Apesar de estes institutos alternativos ao testamento apresentarem, de facto, uma opção diversa dos instrumentos previstos pelo legislador na disciplina sucessória portuguesa, a verdade é que a sua utilização é totalmente lícita<sup>137</sup> e permite uma composição mais idónea dos reais interesses do autor da sucessão, que se tornam cada vez mais intrincados pela complexidade quer dos bens a transmitir, quer das próprias situações familiares, motivo pelo qual ambos os autores advogam a sua importância<sup>138</sup>.

No entanto, e no que concerne a tutela legitimária portuguesa, não se pretende pelo presente estudo defender que a eliminação da legítima, por se considerar desadequada, deveria dar lugar unicamente à utilização de instrumentos de índole contratual com finalidades parassucessórias, uma vez que a sua utilização, porque dotada de carácter discricionário, abandonaria por completo o valor da solidariedade intergeracional e familiar ao critério dos particulares.

Defende-se, no entanto, o seguinte raciocínio: da mesma forma que podemos dotar negócios jurídicos pré-existentes de finalidades parassucessórias para com eles salvaguardar a liberdade de disposição do *de cuius* e suprir as ineptidões do testamento, porque não fazê-lo com figuras pré-existentes de Direito Privado que permitam a realização adequada do valor de solidariedade intergeracional e familiar que com a legítima se pretende acautelar?

---

<sup>135</sup> Cfr. (Morais, 2018), pg. 20. Embora se possa concordar que há uma crescente normalização do recurso a estes mecanismos com finalidades parassucessórias, estes sempre foram utilizados paralelamente ao testamento, pelo que poderá ser algo impreciso dar-lhe o nome de “revolução”.

<sup>136</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 11.

<sup>137</sup> Note-se que, embora a utilização destes instrumentos seja lícita, constata-se ainda na lei portuguesa uma aberta hostilidade à conformation de efeitos sucessórios através de contratos, “*seja para prever que a sua produção ocorra e definir os termos em que ocorrerá, seja ainda para dispor dos direitos que se venha a adquirir por morte de outrem*”, cfr. (Pedro, 2018), pg. 424.

<sup>138</sup> Em consonância, vide (Pedro, 2018), pgs. 423 e 424 e (Remédio Marques, 2015), pg. 619.

### 11.1. O art. 1707.º-A do CC e o regime da renúncia à condição de legitimário

Através da Lei n.º 48/2018 de 14 de agosto, foi introduzida no ordenamento jurídico português a possibilidade de, por acordo aposto à convenção antenupcial, os nubentes poderem renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário um do outro, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º do CC<sup>139</sup>, “afetando, assim, a “posição sucessória” (...) do cônjuge sobrevivente em caso de dissolução do casamento por morte”<sup>140</sup>.

Esta renúncia recíproca, que resulta na exclusão de cada um dos nubentes do elenco de potenciais sucessíveis legitimários do outro, significa que quanto a estes não operará a correspondente vocação sucessória uma vez aberta a sucessão<sup>141</sup>.

Atente-se, no entanto, a uma das condições de válida celebração do pacto renunciativo vertida no n.º 3 do art. 1700.º - o casamento terá de ser celebrado sob o regime da separação de bens -, pelo que este exercício de autonomia privada não é, portanto, reconhecido a todos os esposados<sup>142</sup>. Esta opção legislativa é particularmente questionável quando analisada sob o prisma da tutela legitimária: o legislador entendeu que o interesse em excluir a produção de certos efeitos sucessórios do casamento só merece tutela quando no plano matrimonial vigore o regime de bens que reflete a opção dos nubentes por uma maior autonomia patrimonial<sup>143</sup>. No entanto, independentemente do regime de bens, o cônjuge que a isso não renuncie sempre será herdeiro legitimário, o que constitui um verdadeiro paradoxo e reflete, de facto, a falta de harmonia na legislação sucessória portuguesa.

Não obstante, e no âmbito dos efeitos jurídicos deste pacto renunciativo, não parecem existir quaisquer dúvidas, à luz do n.º 2 do art. 1707.º-A, que nem o direito a alimentos consagrado no art. 2018.º nem as prestações sociais por morte atribuídas ao cônjuge sobrevivente são prejudicadas pela celebração deste pacto<sup>144</sup>. Adicionalmente, a renúncia válida e eficaz à condição de herdeiro legitimário nos termos deste artigo “*dará lugar à*

---

<sup>139</sup> Esta nova alínea trata-se, portanto, de uma outra “*disposição por morte considerada lícita*”, constituindo uma exceção ao princípio da proibição dos pactos sucessórios vertida no art. 2028.º do CC. Sobre os pactos sucessórios renunciativos entre nubentes, veja-se, por todos, (Pedro, 2018).

<sup>140</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 422.

<sup>141</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 428. Daniel Morais considera que o cônjuge renunciante é chamado no momento da abertura da sucessão, embora o repúdio opere automaticamente, cfr. (Sottomayor, 2020), pg. 361.

<sup>142</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 429.

<sup>143</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 430.

<sup>144</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 441.

*constituição a favor do cônjuge sobrevivente renunciante aos direitos sucessórios previstos nos n.ºs 3 a 10 do art. 1707.º-A*<sup>145</sup>.

Significa isto que, renunciando ao seu estatuto de herdeiro legitimário, ao cônjuge sobrevivente é conferido um direito a alimentos legais<sup>146</sup>, à habitação da casa de morada de família e ao uso do respetivo recheio.

Estes direitos são, aliás, muito semelhantes<sup>147</sup> à proteção sucessória já atualmente concedida ao unido de facto, que através do art. 2020.º é legitimado a exigir alimentos da herança, tendo ainda, por força do 5.º da Lei 7/2001, de 11 de maio, o direito de habitação da casa de morada da família.

Deste modo, o cônjuge renunciante e o unido de facto gozam de proteções praticamente idênticas, tendo ambos o direito real de habitação da casa de morada de família por cinco anos e o direito de uso do respetivo recheio por igual período, direitos que podem ainda ser prorrogados pelo Tribunal por motivos de equidade<sup>148</sup>.

A esta proteção acresce ainda o facto de, no caso do cônjuge renunciante, este pertencer ainda às primeiras classes de herdeiros legítimos<sup>149</sup>, pelo que, na circunstância de o *de cuius* não dispor voluntariamente do seu património por morte, este continuaria a ser amplamente beneficiado.

Por se considerar que o regime de proteção do cônjuge renunciante, bem como o do unido de facto, acautelam de forma cabal e adequada as eventuais necessidades destes, valorizando simultaneamente os vínculos (para)familiares que estes tinham com o *de cuius*, entendemos que estas figuras jurídicas seriam perfeitamente apropriadas para prover ao sustento dos atuais legitimários e acautelar o valor de solidariedade familiar.

De facto, atendendo às primeiras alíneas do art. 2009.º, constatamos que a obrigação de alimentos parece decorrer da lei em virtude de existir, ou já ter existido, um vínculo de natureza familiar<sup>150</sup> e “*funda-se na solidariedade decorrente da existência de laços*

---

<sup>145</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 441.

<sup>146</sup> Direito esse que já lhe é, aliás, conferido pelo art. 2018.º do CC, pelo que o viúvo sempre terá o direito a ser alimentado pelos rendimentos da herança do falecido.

<sup>147</sup> Para uma análise mais detalhada das similitudes e diferenças na proteção sucessória de ambos veja-se, por todos, (Dias Costa, 2019).

<sup>148</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 9.

<sup>149</sup> A questão do alcance da renúncia possibilitada pelo art. 1707.º-A do CC é amplamente discutida, pois a resposta tem implicações numa variedade de faculdades reconhecidas a estes sucessíveis. Para um aprofundamento desta questão, bem como dos argumentos a favor da posição que aqui defendemos, *vide* (Pedro, 2018), pgs. 441 a 444.

<sup>150</sup> Cfr. (Sottomayor, 2020), pg. 1056.

*personais e tem por finalidade assegurar a segurança económica da existência do sujeito necessitado.*”<sup>151</sup>, o que a torna idónea à realização do valor da solidariedade social.

Posto isto, e tendo em atenção o disposto no art. 1707.º-A do CC, que regula a posição do cônjuge sobrevivente que renunciou à condição de herdeiro legitimário, parece poder entender-se que o legislador considerou o cônjuge sobrevivente suficientemente protegido se lhe fossem garantidos direito a alimentos e direitos de habitação no imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio.

---

<sup>151</sup> Cfr. *Ibidem*, pg. 1056.

## CONCLUSÕES

Atenta a sua génese histórica, o atual direito sucessório português insere-se na família jurídica romano-germânica. Pese embora a estrutura basilar de sucessão *mortis causa* derive da tradição romanística absorvida pelo nosso ordenamento, manifestada atualmente no primado da sucessão testamentária, perduram ainda certos elementos originários do domínio bárbaro que, assegurando a permanência de um “património familiar”, não cederam perante as ideias de liberdade de disposição. Um desses elementos é precisamente a reserva legitimária prevista nos arts. 2156.º e seguintes do CC, que resulta da evolução de institutos originários do Direito germânico.

Limitando, de forma talvez excessiva, os direitos fundamentais de propriedade privada e de livre disposição dos bens por morte, consagrados no art. 62.º da CRP, esta reserva legitimária não goza de qualquer proteção constitucional expressa, estando prevista apenas em legislação ordinária.

A doutrina justifica esta restrição ao direito fundamental de propriedade privada na sua função social, na proteção constitucional da família enquanto instituição essencial da sociedade (arts. 67.º e 68.º da CRP), bem como na proteção de um valor de solidariedade familiar intergeracional.

Em função de numerosos fatores, nomeadamente, o aumento da esperança média de vida, as alterações na composição da riqueza, as novas formas de constituição de família, entre outros, a legítima, na sua configuração atual, não nos parece realizar de forma satisfatória o valor de solidariedade familiar que se propõe a acautelar, motivo pelo qual urge a sua adequação ou, até mesmo, substituição.

Essa urgência foi já constatada em vários ordenamentos jurídicos próximos do nosso, nos quais foram promovidas alterações legislativas no sentido de desonerar a sucessão por morte do excessivo peso atribuído à solidariedade familiar e aumentar a liberdade de dispor do autor da sucessão, quer através de alterações na tutela legitimária, quer através da flexibilização da proibição dos pactos sucessórios ou do aumento do leque de causas de deserdação.

Existem, no entanto, ordenamentos jurídicos nos quais não existe sequer uma reserva legitimária, como é o caso dos países de *Common Law*. Nestes, o valor de solidariedade familiar é acautelado através do instituto das *Family Provisions* que consiste na possibilidade conferida a certas pessoas de, considerando-se injustamente acauteladas,

face às suas necessidades, pelas deixas testamentárias do *de cuius*, requererem ao tribunal a fixação de uma “*reasonable financial provision*” relativamente ao património deste.

Não obstante as suas fragilidades, o instituto das *Family Provisions* tutela de forma adequada a autonomia privada do *de cuius*; no entanto, a sua implementação em Portugal seria demasiado disruptiva do espírito do nosso sistema sucessório.

Apesar disso, poderá ser equacionada uma solução algo semelhante, designadamente, a utilização de instrumentos de Direito Privado já existentes com finalidades parasucessórias por forma a acautelar a solidariedade familiar que se pretende garantir com a legítima.

Tendo em atenção o disposto no art. 1707.º-A do CC, que regula a posição do cônjuge sobrevivente que renunciou à condição de herdeiro legitimário, parece poder entender-se que o legislador considerou o cônjuge sobrevivente suficientemente protegido se lhe fossem garantidos direito a alimentos e direitos de habitação no imóvel onde foi fixada a casa de morada da família e de uso do respetivo recheio.

Poderá assim sustentar-se a eventual pertinência, como alternativa à legítima, das atribuições supramencionadas, estimando-se, no entanto, que o *iter* adotado venha a ser, como sempre o foi em matéria sucessória, de progresso mais gradual. Assim, relevam ainda, como perspetivas de reforma da tutela legitimária, soluções intermédias como serão a da supressão da legítima dos ascendentes, a da diminuição da quota legitimária, bem como a do alargamento do leque de causas de deserdação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Costa, M. J. de. (1997). *A Liberdade de Testar e a Quota Legitimária no Direito Português. Em especial, o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente* (Coimbra Editora).
- Aloy, A. V. (2007, July). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret - Revista Para El Análisis Del Derecho*, 1–25.
- Alsop, K. (2019). Challenging the myths of the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. *The Gazette Official Public Record*.
- Antunes Varela, J. de M., & Pires de Lima. (2010). *Código Civil Anotado: Vol. VI* (Coimbra Editora, Ed.; Reimpressão).
- Arroyo, E., Amayuelas, I., & Amorós, E. F. (2016). Kinship Bonds and Emotional Ties: Lack of a Family Relationship as Ground for Disinheritance. *European Review of Private Law*, 24(2), 203–222.
- Bartolini, F., & Patti, F. P. (2018). *The freedom to disinherit children*. 428–445. [https://www.academia.edu/37663176/The\\_Freedom\\_to\\_Disinherit\\_Children](https://www.academia.edu/37663176/The_Freedom_to_Disinherit_Children)
- Christandl, G., & Nemeth, K. (2020). Austrian Succession Law Rewritten: A Comparative Analysis. *European Review of Private Law*, 149–172. [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00100/index.shtml#tab-](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml#tab-)
- Cura Mariano, J. (2019). A Sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade. In Almedina, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro* (Vol. 1, pp. 745–769).
- Dias, C. A. (2016). A proteção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legitimária. In Almedina, *Autonomia e Heteronomia no direito da família e no direito das sucessões* (pp. 449–463).

- Dias, C. A., Gonçalves, A., Morais, D., Mota, H., Campos, I. M., Sottomayor, M. C., Barbosa, P., Martigo Cruz, R., & Henriques, S. (2018). *Código Civil Anotado: Livro V - Direito das Sucessões* (Almedina).
- Dias Costa, E. (2019). *A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO DIREITO PORTUGUÊS: A PROPÓSITO DA LEI 48/2018, DE 14 DE AGOSTO*. <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/55>
- Douglas, G. (2014). Family Provision and Family Practices - The discretionary Regime of the Inheritance Act of England and Wales. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(2), 222–242.
- Lamarca i Marquès, A. (2014). We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(2), 264–279.
- Leipold, D. (2010). Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? *Mohr Siebeck GmbH & Co. KG*, 802–811.
- Leite de Campos, D. (1980). Família e Sucessão. *BFD*, 56, 131–153.
- Morais, D. de B. R. S. (2018). *Revolução Sucessória: os Institutos Alternativos ao Testamento no século XXI* (Principia Editora, Ed.; 1ª).
- Pamplona Côrte-Real, C. (1989). *Da Imputação de Liberalidades da Sucessão Legitimária* (D.-G. das C. e I. M. das F. Centro de Estudos Fiscais).
- Pedro, R. T. (2018). Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea C) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto. *Revista Da Ordem Dos Advogados*, 415–454.
- Proença, J. J. G. (1951). Natureza Jurídica da Legítima. In Coimbra Editora, *Suplemento IX do Boletim da Faculdade de Direito* (pp. 243–458).
- Remédio Marques, J. P. F. (2015). O Direito das Sucessões nos Cem Anos do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. *BFD*, 91, 601–634.

Sottomayor, M. C. (2020). *Código Civil Anotado: Livro IV - Direito da Família*. Almedina.

Press Summary - Ilott (Respondent) v The Blue Cross and others (Appellants) [2017] UKSC 17 On appeal from [2015] EWCA Civ 797, (2017). <http://supremecourt.uk/decided-cases/index.html>

Vicente, D. M. (2014). *Direito Comparado: Vol. I* (Almedina, Ed.; 4ª).

Xavier, R. L. (2011). O Fundamento do direito das sucessões e o conceito de sucessão mortis causa no ensino do Professor Luís Carvalho Fernandes. In Universidade Católica Editora (Ed.), *Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes: Vol. III* (pp. 261–272).

Xavier, R. L. (2016a). Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real* (pp. 351–372).

Xavier, R. L. (2016b). *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões* (Universidade Católica Editora, Ed.; 1ª).

Xavier, R. L. (2017). Para quando a renovação do Direito sucesório português? In *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil* (pp. 593–614). Universidade Católica Editora.

Xavier, R. L., & Coutinho, P. (2020). Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão mortis causa - abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspectiva do interesse coletivo. In *ESTUDOS DE HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR MANUEL AFONSO VAZ* (pp. 693–716).

Zimmermann, R. (2019). The Compulsory Portion in German Law. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series*, 19, 1–51. <http://ssrn.com/abstract=3499075>