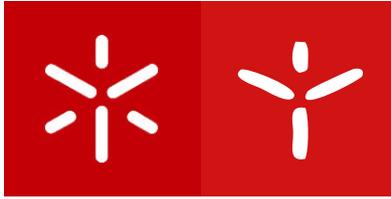


Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Gomes da Silva

As Incapacidades na Sucessão Legitimária



Universidade do Minho

Escola de Direito

Ana Rita Gomes da Silva

As Incapacidades na Sucessão Legitimária

Tese de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, da Família e das
Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Cristina Dias

Declaração

Nome: Ana Rita Gomes da Silva

Endereço eletrónico: anarita.gomess@gmail.com

Número de Cartão de Cidadão: 13780240

Título da tese: As Incapacidades na Sucessão Legitimária

Orientadora: Cristina Dias

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Direito das Crianças, da Família e das Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

UNIVERSIDADE DO MINHO: __/__/____

ASSINATURA: _____

Agradecimentos

O espaço limitado desta secção de agradecimentos, seguramente não me permite agradecer, como devia, a todas as pessoas que, ao longo do meu Mestrado em Direito das Crianças, da Família e das Sucessões me ajudaram, direta ou indiretamente, a cumprir os meus objetivos e a realizar mais esta etapa da minha formação académica.

Desta forma, deixo apenas algumas palavras, poucas, mas um sentido e profundo sentimento de reconhecido agradecimento.

À Professora Cristina Dias, expresso o meu profundo agradecimento pela orientação e apoio incondicionais que muito elevaram os meus conhecimentos e, sem dúvida, muito estimularam o meu desejo de querer, sempre, saber mais e a vontade constante de querer fazer melhor. Muito obrigada pelo profissionalismo e pela total disponibilidade que sempre revelou comigo.

Aos meus primos, em especial à *Sara* e ao *Pedro* pela disponibilidade constante e por nunca negarem os meus pedidos de ajuda.

À minha tia Conceição, pela revisão do texto, sem ela não teria sido possível.

À Minha Família, em especial aos *Meus Pais*, à *Minha Irmã* e ao *Meu Irmão do Coração*, um enorme obrigada por acreditarem sempre em mim e naquilo que faço e por todos os ensinamentos de vida. Espero que esta etapa, que agora termino, possa, de alguma forma, retribuir e compensar todo o carinho, apoio e dedicação que, constantemente me oferecem. A eles, dedico todo este trabalho.

“O Direito Sucessório, máxime o legitimário oscila, oscilará sempre, entre dois valores afinal: o valor individualista, que exaltará, tanto quanto possível, a liberdade de testar ou de disposição por morte, e que avulta no Direito romano, e o valor familiar (...), que se lhe contrapõe e que demarca o Direito germânico”

In CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Da imputação de Liberalidades da Sucessão Legitimária*

As Incapacidades na Sucessão Legitimária

Resumo

A presente dissertação de mestrado consiste no estudo precípua da sucessão legitimária, nomeadamente nas incapacidades sucessórias, no âmbito do Direito Sucessório português.

Aqui, aflora-se a abordagem histórica dos institutos da indignidade e da deserção, institutos que possibilitam o afastamento dos herdeiros legitimários da sua legítima. Passando por uma breve alusão ao sistema sucessório que vigora em Portugal, foca-se posteriormente na sucessão legal e suas modalidades.

Outrossim já no âmbito da sucessão legitimária, se expõe sobre a posição do herdeiro legitimário e as formas que a lei lhe atribui de proteção contra as disposições do autor da sucessão que afetem a sua legítima, fazendo, assim, menção à autonomia da sucessão legitimária e natureza da vocação.

Verificamos que no Direito Sucessório português, assim como no Direito estrangeiro, a sucessão legitimária e as causas de deserção e indignidade nem sempre assumiram a mesma relevância.

Parece-nos, portanto, oportuno realizar um estudo sobre as “incapacidades sucessórias” no âmbito da sucessão legitimária, percebendo qual o regime que vigora, qual a posição da doutrina portuguesa e estrangeira relativamente à questão e aquilatar uma adequada resolução que os vários sistemas jurídicos oferecem para esta quezília.

Neste contexto, propõe-se a introdução de novas causas de deserção, optando, assim, como solução, pelo modelo que se aproxima do ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito às causas de deserção.

Disability in the Imperative Succession

Abstract

This master dissertation consists in the foremost study of the legitimate succession, namely the disability's, under the Portuguese Succession Law.

It is intended to bring out the historical approach of the institutes of unworthiness and disinheritance, which allow the removal of the legitimate heirs from their legitim, making a brief allusion to the inheritance system in Portugal, also focusing the legal succession and its modalities.

Furthermore, concerning the legitimate succession, it is stated the position of the legitimate heir and the ways of protection that the law gives against the provisions of the author of the succession affecting his legitim, mentioning, thus, the autonomy of the legitimate succession and the nature of its vocation.

We found that in the Portuguese Succession Law the legitimate succession and the causes of disinheritance and unworthiness not always assumed the same relevance as in the foreign law.

It seems therefore appropriate to make study on the "succession incapacities" under legitimate succession, understanding the operative regime, the position of the Portuguese and foreign doctrines on the issue and assess an appropriate resolution offered by the various legal systems for this problem.

In this context, it is proposed to introduce further causes of disinheritance, choosing, as a solution, the model that approaches the German law regarding the causes of disherison.

Índice

Agradecimentos	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Introdução	1
Capítulo I - Evolução histórica do Direito das Sucessões	5
O sistema sucessório português	7
Sistemas Jurídicos Sucessórios em ordem a uma aproximação ao cerne da questão	11
A evolução do instituto da indignidade e da deserdação	28
Antecedentes da solução legal portuguesa	30
Capítulo II - Fenómeno Sucessório	33
Sucessão legal e as suas modalidades	33
O herdeiro legitimário	34
Proteção do Legitimário: o Princípio da intangibilidade da legítima	36
Distinção entre vocação e devolução	37
Capítulo IV - Tutela da Legítima	41
Noção de legítima. Natureza da legítima	41
Tutela da legítima	42
Cautela Sociniana	43
Legado em substituição da Legítima	44
Legado por conta da Legítima	45
Redução por inoficiosidade	46
Qual a ordem da redução?	47
Capítulo III - Sucessão Legitimária	49
Designação Legitimária	49
Autonomia da sucessão legitimária	50
Natureza da vocação legitimária	53
Capítulo V - Capacidade Sucessória	55
Capacidade e Ilegitimidade	55
Capacidade Sucessória	55
A capacidade sucessória como regra	56
A capacidade sucessória passiva como requisito da vocação	57
Capítulo VI - Incapacidades Sucessórias	59
Incapacidades na sucessão legitimária	59
O Instituto da Indignidade	61

Qualificação da Indignidade na Doutrina Portuguesa _____	61
No âmbito do Código de Seabra _____	61
Após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 _____	62
No Direito Estrangeiro _____	64
Posição adotada pelo legislador de 1966 quanto à natureza jurídica da indignidade _____	67
Posição Defendida _____	70
Causas de Indignidade _____	71
Declaração de Indignidade _____	73
Posição Defendida _____	77
Qualificação da ação prevista no artigo 2036.º _____	79
1. Ação Constitutiva _____	79
2. Ação de Simples Apreciação _____	81
3. Ação “complementar” _____	82
Crítica _____	84
Legitimidade para interpor a ação de declaração de indignidade _____	86
Efeitos da Indignidade _____	87
Reabilitação do Indigno _____	88
Relações entre o indigno, o beneficiário da indignidade e terceiros _____	89
Conclusões sobre o modo de atuação da indignidade _____	93
Capítulo VII - Aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima _____	95
Posição Defendida _____	100
Capítulo VIII - Instituto da Deserdação _____	103
Influência da deserdação em todas as espécies de sucessão _____	107
Capítulo IX - Âmbito de aplicação da Indignidade e da Deserdação: colocação do problema _____	109
A Posição da Doutrina _____	109
Capítulo X - Admissão de causas de indignidade ou deserdação análogas à lei _____	113
Capítulo XI - Aumento das causas da deserdação _____	117
Considerações Gerais _____	117
Influência da sociedade na família _____	118
Na génese e composição _____	118
Nas funções e nas relações _____	120
Nas tendências atuais _____	120
Proposta para as alterações legislativas ao art.2166.º Código Civil _____	122
Deserdação por abandono dos ascendentes _____	122
O conceito de abuso de idosos _____	122
“Censos Sénior” _____	125

Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar _____	126
A deserdação: O exemplo brasileiro _____	129
O princípio da afetividade aplicada ao campo sucessório _____	130
Conclusões: _____	130
A alienação parental como forma de deserdação _____	131
Conceito de alienação parental _____	132
O Instituto da Deserdação: O exemplo brasileiro _____	132
Conclusões _____	133
Capítulo XII - Conclusão _____	135
Capítulo XIII - Bibliografia _____	137
Bibliografia Eletrónica _____	140
Acórdãos in www.dgsi.pt , de: _____	140

Introdução

Quando falamos em Direito das Sucessões, é importante fazer uma contextualização, começando desde logo, por definir o que se entende por sucessão. O art.2024.º do Código Civil, na esteira da noção apresentada por Pires de Lima e Antunes Varela, define sucessão como “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. À definição legal tipificada opõe-se Galvão Telles¹ para quem “quando alguém falece, todos os seus direitos e obrigações, que não sejam intransmissíveis por morte, se transferem a uma ou mais pessoas (...) é o que se chama sucessão”.

A palavra sucessão tem diferentes aceções em Direito, destacando-se um sentido amplo e outro estrito. Na sucessão *latu sensu* há uma total sobreposição com o termo transmissão, independentemente da sua modalidade. *Stictu sensu*, sucessão identifica a transmissão *mortis causa*.

Galvão Telles² escreve que “cientificamente as palavras sucessão e transmissão podem e devem tomar-se como sinónimas.” E como tal emprega “indiferentemente uma e outra” ainda que “quando falamos de sinonímia entende-se que nos referimos ao sentido amplo (...) juridicamente, dá-se sucessão ou transmissão quando uma pessoa fica investida num direito ou numa obrigação ou num conjunto de direitos e obrigações que antes pertenciam a outra pessoa, sendo os direitos e obrigações do novo sujeito considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais”.

Importa, ainda, delimitar o seu objeto. Assim, constitui objeto fundamental deste ramo de Direito o destino dos bens de uma pessoa que morreu. Esta ideia, que se infere da noção de sucessão constante no art.2024.º, pode ser desenvolvida à luz deste mesmo preceito. Trata-se de apurar quem vai ser chamado para lhe serem atribuídos (devolvidos na letra da lei) os bens que pertenciam ao falecido.

Em termos gerais, o Direito Sucessório rege a atribuição do património de certa pessoa existente à data da sua morte. É, de facto, este, na sua essência, o significado moderno do

¹ TELLES, Inocêncio Galvão, (1996), p.59

² TELLES, Inocêncio Galvão, (1996), p.25

objeto do Direito das Sucessões, ou, noutra perspetiva, do fenómeno sucessório, como resultado de uma longa evolução que começou no direito romano.³

Assim, pode-se perceber que na fixação do objeto do Direito das Sucessões é reservado um papel determinante à morte, enquanto facto jurídico *stricto sensu*.

Tomando em linha de conta o que já referimos, pode definir-se o Direito das Sucessões como o conjunto de normas jurídicas que regulam o fenómeno *sucessão por morte*.

Sob este ponto de vista, e em termos gerais, ele envolve, quanto a certa pessoa, a quem vão ser devolvidos os bens do falecido, a aquisição de direitos e a adstrição a vinculações que, em regra, existiam, como tais, na titularidade daquele.

Por assim ser, na sucessão por morte verifica-se, na sua manifestação típica -acentua-se-, uma transmissão.

Sem pôr em causa o significativo papel reservado à morte neste ramo de Direito, a sucessão não se esgota nele.

O fim último do fenómeno sucessório – atribuição dos bens de uma pessoa falecida a certos destinatários – implica a ocorrência de outros factos jurídicos *lato sensu* que se produzem em momentos diferentes e se encadeiam, tendo em vista a realização daquele fim.

Nos termos do art.2024.º, a sucessão implica, pelo menos, a seleção de uma ou mais pessoas que são chamadas à titularidade das relações jurídicas do falecido, para lhe serem devolvidos os bens de que este era titular.

³ No direito romano o testamento, como expressão do poder de disposição patrimonial do “pater”, é tardio. A sucessão legítima terá dominado os primeiros tempos de Roma. Em todas as sociedades indo-europeias os familiares viviam em comunhão patrimonial (propriedade de mão comum ou de tipo germânico). Era a unidade familiar a proprietária dos bens; as alterações na composição “interna” dessa unidade não implicavam qualquer fenómeno sucessório, pois a unidade familiar era sempre a mesma. Nem tão pouco se pode falar aqui de um “direito de acrescer dos sobreviventes”, pois os membros do agregado familiar não eram comproprietários ou titulares de quotas ideais. Em Roma, foi com a afirmação da “pátria potestas” que o património familiar se transformou em património do “pater”, e este passou a poder dispor dele também mortis causa. É a “propriedade familiar” indo-europeia e germânica que acaba por determinar a sucessão nos quadros do grupo familiar. O “direito” dos parentes próximos esbate-se, já que não é um direito “sobre” os bens, mas um direito “aos bens” deixados sem titular por morte. Limitando-se o poder dos proprietários dos bens de dispor deles por morte. Foi o interesse, social e juridicamente relevante, dos familiares mais próximos, que levou, no Direito da Alta Idade Média, a limitar o poder de dispor. O testamento medieval diferenciava-se do testamento romano por se limitar a estabelecer a sorte do património e já não, com a instituição de herdeiro, a criar um sucessor no poder sobre a família.

Assim sendo, podemos perceber que o instituto sucessório é indispensável uma vez reconhecida a propriedade privada. Podendo os indivíduos ser proprietários no sentido amplo da palavra, ou seja, ter bens e dívidas, podem ser sujeitos de direitos sobre as coisas, de créditos, de débitos, tornando-se necessário que alguém ocupe o seu lugar após a sua morte. De outra forma, originar-se-ia uma ruptura injustificada da vida jurídica com perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas. Ora, o instituto sucessório dispõe de forma que haja um ou mais adquirentes do patrimônio, definidos segundo regras preestabelecidas. Na verdade, em maior ou menor grau, a propriedade privada existe em todos os sistemas jurídicos, inclusive nos coletivistas, e como tal o instituto sucessório existe também em todos os sistemas jurídicos como uma realidade constante e necessária.

A este propósito, diz Oliveira Ascensão que “a morte, como fenómeno definitivo e irreversível, é causa de descontinuidade na vida social”. Com efeito, a morte termina as relações interpessoais, provoca um intervalo nas relações institucionais, máxime, relações familiares e interrompe as relações patrimoniais. Porém, a vida social exige continuidade, pelo que o Direito das Sucessões concretiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontinuo causado pela morte.

Na verdade, se os direitos e obrigações de que o de cuius era titular se extinguissem com a morte, chegaríamos a soluções inaceitáveis. Não podendo a lei admitir estes resultados, liga à morte das pessoas um fenómeno de sucessão, para que as relações jurídicas do de cuius continuem após a sua morte na titularidade de outro sujeito.

É neste sentido que surge a sucessão legitimária. Esta tem como função dar relevância à família, que é vista como célula base da sociedade.

A própria Constituição fornece dados que ajudam a clarificar a questão. A caracterização da família como instituição fundamental da sociedade resulta diretamente dos arts.36.º e 37.º do texto constitucional e tem a sua continuação nas obrigações que o diploma fundamental impõe ao Estado, para reservar e dignificar a família e a auxiliar a prosseguir as elevadas tarefas que lhe estão reservadas na vida social (arts.67.º e 68.º).

Esta posição da família é hoje vista, primordialmente, em relação à chamada pequena família ou família nuclear, constituída pelo: cônjuge, descendentes e ascendentes. Em face destas considerações, logo se deixa ver que o fundamento do chamamento dos familiares do de

cuius à sucessão, por força da lei, assenta na relevância dos vínculos que se estabelecem entre os membros da família.

Desde há muito que se entende, por isso, no Direito português, que a herança deve assegurar esta função, independentemente da vontade do *de cuius*, ou o que é mais importante, mesmo contra a vontade dele.⁴

Para prosseguir a função específica que domina a sucessão legitimária, é reservada a tais sucessíveis uma parte dos bens do falecido - legítima, quota legitimária ou quota indisponível -, sob a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição *mortis causa* e, mesmo quanto a negócios gratuitos dentro de certos limites, a de disposição *inter vivos*.

Contudo, e apesar da necessidade que existe de se assegurar esta continuidade das relações do *de cuius*, existem pessoas que, inicialmente se poderia pensar que seriam as beneficiárias destas mesmas relações, mas que por diversas situações não o poderão ser.

Assim, sabe-se que em certos casos o sucessível prioritário, mesmo sobrevivendo ao autor da sucessão, pode não vir afinal a ser chamado.

É sobre estas situações que nos debruçaremos de forma mais profunda, percebendo de que meios dispõe afinal o autor da sucessão para afastar aquele de teve um comportamento repugnante face à consciência social, e portanto não deva ser chamado à sucessão, ou caso já o tenha sido, haja lugar a uma resolução de uma vocação já realizada.

Iremos mais longe, no sentido de perceber se este sistema sucessório atual se adequa aos dias de hoje e consegue dar resposta a situações estruturantes da sociedade moderna.

⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições do Direito das Sucessões*

Capítulo I - Evolução histórica do Direito das Sucessões

Poucas disciplinas dependem tanto da história para a sua compreensão atual como o Direito das Sucessões. Até pela escassa variação legislativa, encontraremos constantemente o lastro de formações históricas, por vezes até em conflito, no direito vigente. Apesar da importância desta contextualização histórica, nem sempre é fácil fazê-lo, dada a limitação temporal e a especialização disciplinar.⁵

No antigo direito europeu, certos bens estavam excluídos da massa comum da herança, uma vez que a sua atribuição se regia por regras próprias. Assim acontecia com os vínculos, e a resultados semelhantes se podia chegar com os fideicomissos.

A ordem liberal reagiu violentamente contra estas situações que seriam violadoras da liberdade dos bens e da liberdade do testador. Elas foram, pois, suprimidas ou fortemente cerceadas e impôs-se o princípio da liberdade de testar. Mas raramente esse princípio foi concretizado de modo absoluto. Coexistiu com o sistema da legítima ou sistemas análogos, pelos quais certos familiares mais próximos não poderiam ser excluídos pelo de cujus de sucederem num quinhão da herança.

No contexto europeu, o Direito das Sucessões é, ao contrário do que acontece, por exemplo, com o Direito das Obrigações, do Direito Comercial e do Direito Penal – um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica. Este fenómeno observa-se também em países cientificamente mais adiantados como é o caso da Alemanha. Em Itália, uma notável renovação doutrinária produziu os seus frutos com o novo código civil. Não encontrou, porém, continuadores de folego equivalente.

A situação é semelhante e pouco animadora, nos restantes países juridicamente mais próximos do nosso.

Em Portugal, o nome de Paulo Cunha pode situar-se na origem de uma renovação deste ramo do direito. O Código de 1867 refletia o ambiente individualista então reinante. Seabra, com o seu conhecimento das tradições jurídicas portuguesas e o seu bom senso soube temperar esse individualismo.

⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

Sob a égide da filosofia dominante no séc. XIX, com fortes reflexos na nossa codificação civil, tendia-se a exaltar o indivíduo em detrimento da comunidade, transformando o seu querer em valor absoluto. Daqui resultava que, muitas vezes, se sobrepunha injustificadamente o interesse individual ao interesse coletivo.

Era preciso reagir contra este estado das coisas e rever a nossa codificação em ordem e dar-lhe um maior acento social, protegendo devidamente a coletividade e os mais débeis contra egoísmos e prepotências.

Para a elaboração do Código Civil de 1966 foram apontadas algumas diretrizes relativamente ao Direito das Sucessões.

Entre as diretrizes iniciais adotadas, embora sem caráter definitivo, figuravam várias respeitantes especificamente ao direito sucessório, nomeadamente diretrizes sobre a sucessão legítima, a sucessão legitimária, a sucessão testamentária e a sucessão contratual. Assim, de entre as mais importantes, podemos destacar as seguintes: a sucessão legitimária deveria ser tratada como espécie autónoma, não só quando concorre com a sucessão testamentária, mas até quando se limitasse a concorrer com a sucessão legítima (quer o projeto, quer o Código seguiram esta orientação); a quota indisponível deveria variar, embora em termos restritos, consoante o número de sucessores legitimários, não se mantendo pois o regime anteriormente em vigor, segundo o qual a legítima era independente desse número (também este critério foi respeitado pelo projeto e pelo Código).

Com o novo Código, pode dizer-se que se procurou acentuar o lado social do direito sucessório, adotar uma sistematização mais adequada, introduzir maior justiça nas soluções, simplificar o sistema sem prejuízo dessa justiça, dar melhor estruturação aos institutos, melhorar o fundo dos preceitos e a sua formulação técnica.

Dentro do referido quadro, realçaremos as seguintes inovações: a sucessão é regulada por forma a imprimir relevo à posição da família; a sucessão legítima deixa de ser vista como uma espécie de sucessão presumida ou tácita e a sucessão legitimária como simples limite à liberdade de disposição dos bens; na ordenação das matérias as duas modalidades de sucessão legal passam mesmo à frente da sucessão testamentária. O projeto alargava o número dos sucessíveis legitimários incluindo nele o cônjuge; mas esta inovação, apesar de aprovada e

especialmente louvada pela comissão revisora sem discrepância, foi depois posta de parte e não figurava no Código. Veio a retomá-la o Decreto- Lei n.º496/77.

Adotaram-se explícitas providências que podem ser utilizadas para evitar a excessiva fragmentação do património, com os seus inconvenientes de ordem social e económica, como a impropriamente chamada partilha em vida, o legado por conta da legítima, o legado em substituição da legítima.

Deu-se, de um modo geral, regulamentação mais completa e esclarecedora às matérias. Formulou-se em termos mais nítidos a distinção básica entre herdeiro e legatário. Alargou-se o direito de representação à sucessão testamentária. Fez-se variar com o número de filhos a legítima dos descendentes, que se ampliou para dois terços no caso de os filhos serem dois ou mais. Regularam-se, com o adequado desenvolvimento, institutos que não estavam previstos no direito anterior ou só o estavam de maneira deficiente, como a herança jacente, a petição da herança, a alienação da herança, etc.

O sistema sucessório português

A existência do fenómeno sucessório está ligada, por um lado, ao reconhecimento da propriedade privada (desempenhando aqui a sua função individual). Esta só é plenamente assegurada se se admitir a sua transmissibilidade em vida e por morte (reconhecida constitucionalmente no art.62.º, n.º1, da CRP). Por outro lado, a eliminação da transmissão mortis causa da propriedade geraria graves perturbações sócio- económicas e no tráfego jurídico (questões que se prendem à função social).⁶

Acautelado, pelo fenómeno sucessório, o destino dos bens da pessoa falecida, este fim pode ser atingido por diferentes meios. E, como veremos ao referirmos os fundamentos das várias modalidades da sucessão, que visam atingir tal fim (dar um destino aos bens), há uma certa tensão entre estas. Reconhecida a necessidade do fenómeno sucessório, a sua caracterização não tem obedecer a um único modelo.

⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob. cit. Sucessões*, pág.23-24

As conexões fundamentais do direito das sucessões são a propriedade, a família e o Estado.⁷

Em função destes três fatores, é possível identificar três sistemas ou modelos:

- Sistema individualista ou capitalista: assenta no reconhecimento da propriedade provada da generalidade dos bens e no princípio da autonomia provada. Consagra-se, por isso, uma ampla transmissibilidade dos bens, inclusivamente mortis causa. O titular dos bens tem plena liberdade de dispor dos mesmos. Daí decorre uma ampla liberdade de testar, a qual sofre apenas ligeiras restrições, determinadas pela necessidade de garantir a formação livre e esclarecida da vontade do testador. Neste modelo, a sucessão testamentária traduz a vontade do de cuius, que pode determinar o destino dos seus bens a atribuí-los a quem considerar estar em melhor condições para os receber e prevalece sobre a sucessão legítima. A quota indisponível ou legítima, a existir, será simples limite à liberdade de testar.

- Sistema familiar: prevalece a conexão com a família, assentando na ideia de um património familiar, afeto aos interesses de um certo grupo, a quem caberá a sua propriedade. A sua manifestação mais pura encontra-se no antigo direito germânico, em que se identificava uma comunhão familiar (*Hausgemeinschaft*), pertencendo os bens em comum (*zur gesammten Hand*) aos membros da família em cada momento. Este modelo visa a permanência dos bens do de cuius dentro da sua família. Significa, por isso, que a sucessão legítima prevalecerá sobre a sucessão testamentária, que apenas será admitida em termos limitados. Aqui, entende-se que só são herdeiros os familiares do autor da sucessão, não sendo permitido, a estes, instituir um herdeiro por testamento mas só um legatário.

- Sistema socialista: faz prevalecer a conexão com o Estado, dominando um regime de propriedade coletiva, a que se contrapõe a chamada propriedade pessoal, limitada a certas categorias de bens, mais ligados às necessidades da vida corrente do seu titular. A transmissibilidade dos bens pessoais é limitada e, no caso de morte, revertem para o Estado, para além de certos valores. Mas se todos os bens de um indivíduo, à sua morte, se transmitirem para o Estado, deixaria de existir direito das sucessões. Os sucessíveis legais são predominante, mas não exclusivamente familiares próximos do *de cuius*. Integram também nesta categoria pessoas que mantêm relações alimentares com o falecido.

⁷ DIAS, Cristina, *Lições do Direito das Sucessões*

Realça-se ainda aqui a grande prevalência da sucessão legal sobre a sucessão testamentária.

Finalmente, este sistema desconhece qualquer desigualdade de tratamento da família legítima e ilegítima, isto é, constituída no casamento e fora do casamento.

Posto isto, e após a realização de construções deste género, facilmente se percebe que raramente se encontrará, na prática, qualquer destes sistemas, na pureza das suas características.

Encontraremos, antes, sistemas com elementos de vários tipos, ou seja, com características de um e outro sistema, falando-se então de sistemas mistos.

É assim que se configura o sistema sucessório português atualmente, que tem como notas dominantes as do sistema capitalista, mas participa também de elementos dos sistemas familiar e socialista. Não se mostra afastado desta orientação Pereira Coelho, já Capelo de Sousa identifica o sistema português como “claramente capitalista, se bem que modernizado.”.

Importa, então, esclarecer os elementos de cada sistema que podemos encontrar no sistema sucessório português.

Desde logo, a nota dominante capitalista ou individualista radica na clara correlação que o próprio texto constitucional estabelece entre o reconhecimento da propriedade privada e o fenómeno sucessório. Não é despidendo que no art.62.º, n.º1, da CRP, a consagração da livre disposição por morte surja como mero corolário do reconhecimento da propriedade privada. Por outro lado, é ainda amplo, sobretudo após as revisões constitucionais, o campo de aplicação da propriedade privada e o Código Civil consagra o princípio da transmissibilidade por morte na generalidade dos bens patrimoniais (cfr. arts. 2024.º e 2025.º).

Relativamente aos elementos próprios de um sistema familiar, a sua maior interferência no sistema sucessório português verifica-se no instituto da sucessão legitimária a favor do cônjuge, dos descendentes e ascendentes. Releva também, nesta nota familiar, a circunstância de a sucessão legítima não se configurar como mera sucessão testamentária tácita, mas ser ditada, por razões de justiça objetiva que decorrem dos vínculos de solidariedade familiar.

Os elementos de carácter socializante, sendo menos relevante no nosso sistema atual, prendem-se, uns com a configuração do fenómeno sucessório, em si mesmo, enquanto outros têm apenas relevância indireta.

Situam-se no primeiro plano a limitação, ao quarto grau, da sucessão dos colaterais (salvo quanto aos descendentes dos irmãos, quando sucedam por direito de representação), enquanto no regime anterior se admitia o chamamento de parentes até o sexto grau. Mas não é também indiferente, deste ponto de vista, o facto de se ter eliminado a relevância da anterior distinção entre legítimos e ilegítimos.⁸

Já a intervenção do Estado no fenómeno sucessório, não tem interesse, uma vez que este é equiparado aos demais sucessíveis legítimos e surge em posição subalterna. O Estado pode também ser beneficiado na sucessão testamentária, mas aí a sua posição ainda mais se identifica com a de qualquer outro sucessível particular.

Neste domínio, diluíram-se significativamente, com as alterações introduzidas pelas revisões do texto constitucional, as notas socializantes decorrentes das limitações impostas, quanto ao campo de aplicação da propriedade privada, pelo primitivo texto da Constituição de 1976 e que se projetavam no âmbito da sucessão, quanto ao seu objeto.

Os mais relevantes elementos de socialização do fenómeno sucessório situam-se, no sistema jurídico português, portanto, num plano exterior à sucessão e só nela interferem por via indireta.

Na Constituição, com interesse para o ponto em análise, mantêm-se alguns aspetos do regime fiscal que interferem com o fenómeno sucessório. Situam-se, neste plano, as incumbências do Estado decorrentes da al.a) e em particular da al.b) do art.81.º, segundo esta última norma, o Estado deve “promover a justiça social, assegurar as igualdades de oportunidade e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal.” Este é o fator mais relevante, na perspetiva da socialização do fenómeno sucessório.

⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições do Direito das Sucessões*

Sistemas Jurídicos Sucessórios em ordem a uma aproximação ao cerne da questão

Entre os sistemas escolhidos, encontram-se aqueles cujo grau de maturidade, bem como originalidade na resolução dos problemas nos permite identifica-los como os sistemas sucessórios mais importante. Tendo em conta a referida maturidade, há uma tendência para estes sistemas serem imitados por outros que ainda não se encontram no mesmo nível de desenvolvimento, o que nos dá mais uma razão para centrarmos a nossa análise naqueles primeiros.⁹

Falamos, assim, no Direito francês e Direito italiano na família romanística, no Direito alemão na família germânica e no Direito inglês na família anglo- americana.

Atendendo à necessidade de delimitar o vasto tema em análise, abordaremos dois pontos essenciais: a noção de sucessor nos sistemas sucessórios e a transmissão sucessória nesses mesmos sistemas.

- O sistema sucessório francês: O Direito francês apresenta uma influência considerável do Direito germânico. O Direito francês antigo era constituído por regras romanas e germânicas. Essa mistura é visível na conjugação da ideia romana de continuação de pessoa do *de cuius* com a ideia germânica de *saisine*, conjugação essa de tal forma forte que “chegaram a ser consideradas como indissolúveis”.¹⁰

De acordo com a importância do parentesco cognatício, apenas os parentes mais próximos do *de cuius* se consideravam investidos desde o momento da morte. Mesmo em vida, os herdeiros já possuíam os bens familiares em regime de propriedade coletiva, o que facilitava esta solução após a morte do pai como chefe de família.

Esta ideia germânica de *saisine*, bem como a ideia de que ela seria atribuída apenas aos parentes mais próximos torna-se uma característica importante do Direito francês através da ideia de solidariedade familiar.¹¹

A ideia de *saisine* e a ideia de continuação da pessoa do *de cuius* são ideias completamente independentes na sua origem. Da primeira ideia resultava uma responsabilidade dos herdeiros *cum viribus*, pois tratava-se, essencialmente, de uma

⁹ MORAIS, Daniel, *Viabilidade de uma Unificação Jus-Sucessória a Nível Europeu*

¹⁰ PERCEROU, J., *Étude Générale de Droit Français sur le Passif Héritaire*

¹¹ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.49

sucessão nos bens; da segunda, resultava uma responsabilidade *ultra vires*, uma vez que se tratava de uma sucessão na pessoa.

Para esta ideia de continuação da personalidade física do *de cuius*, contribuiu também o Direito Canônico. Nos termos deste Direito, era permitido punir com excomunhão os filhos pelos crimes dos pais com base na ideia de continuação da pessoa física do *de cuius* através dos filhos.

O herdeiro de sangue deixa de ser visto como um sucessor nos bens e passa a ser visto como um sucessor na pessoa do *de cuius*.

Concluindo, no que se refere à *saisine*, do encontro entre o Direito romano e os princípios germânicos resulta que apenas aos herdeiros que continuavam a pessoa do *de cuius* seria atribuído a *saisine*.

Os juristas no final do século XVIII viam a *saisine* como uma consequência da continuação da pessoa do *de cuius* e era este o estado da questão no momento da feitura do *Code Civil*.

A influência do elemento germânico e do elemento romano na noção de sucessor também se manifesta no que se refere à existência de uma quota indisponível. Assim, por um lado, os países de Direito costumeiro sofreram a influência da reserva germânica; por outro lado, os países de Direito escrito sofreram influência da legítima romana.¹²

De acordo com o *Code Civil*, a distinção entre herdeiro e legatário, corresponde à distinção entre sucessão legal e sucessão testamentária, uma vez que não existe a hipótese de instituição de herdeiros por via testamentária. Em relação a este aspeto, a influência germânica é clara.

A sucessão legal denomina-se sucessão *ab intestat*¹³ e a sucessão dos herdeiros reservatários, que são herdeiros necessários, surge como uma subdivisão da sucessão *ab intestat*, correspondendo a outra subdivisão aos sucessores irregulares.¹⁴ Assim, todos os que sucedem por virtude da lei são chamados a herdeiros e todos os que sucedem por virtude do testamento são chamados legatários.

¹² MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.51

¹³ Apesar de a expressão mais correta ser *ab intestato*, a doutrina francesa utiliza a expressão *ab intestat*, pelo que será essa a denominação por nós utilizada no texto no que se refere ao Direito francês.

¹⁴ O cônjuge é visto como um sucessor irregular porque apenas são herdeiros os parentes do *de cuius*.

A lógica do sistema francês já não encontra o seu “centro” na distinção entre sucessão legal e a sucessão testamentária, mas sim na distinção entre os sucessores que têm a *saisine* e aqueles que não a têm, tendo em conta que a lei permite a atribuição da *saisine* a sucessores que não são herdeiros.

Também a sucessão dos herdeiros reservatários nos permite compreender de que forma o *Code Civil* sofreu a influência do elemento romano e do elemento germânico e assim compreender a figura do sucessor no seu âmbito. Em relação aos reservatários, o *Code Civil* instituiu um sistema com predomínio do elemento germânico. Na opinião de Pamplona Corte-Real¹⁵, isto resulta de uma preocupação em definir uma quota disponível, através dos artigos 913.º e ss do *Code Civil*, tal como sucedeu no Direito germânico que, como vimos, evoluiu desde uma sucessão forçada absoluta até à admissibilidade de uma quota disponível.

A definição de uma quota disponível é indício da atribuição automática da quota indisponível que é, por isso, considerada *pars hereditatis*, vista como a sucessão *ab intestat* deduzida da quota disponível.

Por isso, a doutrina francesa não tem dado grande atenção ao problema da qualificação jurídica da reserva, concebendo-a como uma *pars hereditatis*.¹⁶

“A tónica familiar e pessoal da posição do herdeiro é, pois, a marcante no sistema francês.”¹⁷

Relativamente à transmissão da propriedade e a transmissão da posse, verifica-se no Direito francês, uma distinção entre as mesmas.

A propriedade é transmitida de forma direta e imediata a todos os sucessores, sem necessidade de qualquer formalidade e a posse é transmitida apenas àqueles em que a lei investe uma confiança especial, ou seja, aos herdeiros.¹⁸ Muitas vezes a transmissão da propriedade dá-se mesmo na ignorância dos sucessores.¹⁹

¹⁵ Da imputação de liberalidades

¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Legado em Substituição da Legítima*

¹⁷ CORTE- REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões – Volume II, Sucessões*

¹⁸ Deste modo se evitam situações de fraude, nas quais alguém poderia apreender os bens sucessórios, por exemplo, com base num testamento falso ou irregular, por adquirir a propriedade desde o momento da morte. Por outro lado, os sucessores também podem desconhecer que se deu a abertura da sucessão, ou podem pretender renunciar aos bens. Assim, para evitar a negligência na gestão dos bens, é cauteloso deixar passar algum tempo entre a aquisição de direitos sobre os bens e a possibilidade de exercer esses mesmos direitos.

¹⁹ A possibilidade de escolha que é atribuída aos herdeiros e legatários não afeta este princípio, na medida em que a aceitação apenas confirma o seu título e a renúncia apenas o faz desaparecer. De qualquer forma, esse título existe desde o momento da morte. Assim, a aceitação retroage a esse momento. No

Estabelece a lei que os herdeiros têm a posse desde o momento da morte, enquanto os sucessores irregulares, também denominados *non saisis*, devem pedir às autoridades judiciais a atribuição dessa posse.

A *saisine* a que se refere o *Code Civil* não abrange a propriedade, mas apenas a posse. Assim, a *saisine* é uma autorização legal concedida por lei ao herdeiro para exercer as ações e direitos do de cujus, sem necessidade de qualquer formalidade, e que se baseia na confiança que a lei deposita nos herdeiros a quem a lei a atribui.

Quando aos herdeiros, desde 1894 que o número de herdeiros *saisis* não para de aumentar. Inicialmente, o *Code Napoléon* apenas atribuía a *saisine* aos parentes legítimos, recusando-a aos parentes ilegítimos, ao cônjuge e ao Estado, a quem denominava sucessores irregulares.²⁰

A alteração da forma depreciativa como eram vistos os filhos ilegítimos levou a que estes fossem considerados herdeiros *saisis* pela lei de 25 de Março de 1896. Com a *ordonnance* de 23 de Dezembro de 1958, foi a vez do cônjuge, ao ser considerado, também ele, herdeiro *saisi*. Apenas o Estado continua a não ter a *saisine*, de acordo com o artigo 724.º do *Code Civil* mas, na medida em que este não é herdeiro, pode dizer-se que todos os herdeiros têm atualmente a *saisine*.

É também importante salientar que a *saisine* é independente da transmissão da propriedade. Assim, o herdeiro pode ter a *saisine* de bens dos quais não tem a propriedade. Esse será o caso de um herdeiro reservatário em concurso com um legatário universal, na medida em que o legatário universal tem a propriedade dos bens sucessórios desde o momento da morte, mas tem de solicitar a *délivrance* ao herdeiro que, por sua vez, tem a *saisine* mas não tem a propriedade dos bens sucessórios que cabem ao legatário universal.²¹

No caso dos legatários, existem duas situações diferentes. Em caso de o legatário não ser herdeiro, tendo em conta que o seu título se baseia no testamento, é oportuno

entanto, apenas os sucessores a título particular, bem como o sucessor universal que não concorre com nenhum outro, adquirem um direito em relação aos bens que lhes cabem. O sucessor universal quando concorre com outros, e o sucessor a título universal apenas adquirem um direito à indivisão. Apenas com a partilha serão determinados os bens concretos que lhes cabem.

²⁰ Quer o Estado, quer o cônjuge, não eram *saisis* na medida em que pertenciam às últimas classes sucessórias, sendo necessário verificar se não havia outros herdeiros que pertencessem a classes prioritárias. Em relação aos filhos ilegítimos, a forma depreciativa como eram vistos justificava o facto de não terem a *saisine*.

²¹ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.88

verificar se o seu título não tem um vício formal ou substancial. Nesse caso, o legatário não tem a *saisine*. Esse controlo é feito através da *demande en délivrance*.

Assim, a formalidade imposta ao legatário para exercer os seus direitos é a solicitação da *délivrance*; por outro lado, o Estado deve recorrer ao *envoi en possession*. Ambas consistem numa verificação do título do sucessor. A diferença reside do facto de, na *délivrance*, ao contrário do *envoi en possession*, não haver sempre a participação de um tribunal. O legatário deve recorrer em primeiro lugar ao herdeiro, e só depois, em caso de insucesso, ao tribunal.

Para os legatários, uma questão que se coloca é a de saber a quem devem solicitar a *délivrance*. Em geral, o legatário deve dirigir-se ao sucessor saisi a quem compete continuar a administração dos bens sucessórios. “(...) a *délivrance* é (...) poderíamos mesmos dizer um *désensaisinement* daquele, herdeiro ou legatário universal, que tem propriedade na atribuição da *saisine*, uma transferência privada da *saisine* do continuador da pessoa ao simples sucessor nos bens.”²²

Nem os legatários a título universal, nos termos do artigo 1011.º do *Code Civil*, nem o legatário a título particular, nos termos do artigo 1014.º do *Code Civil*, têm a *saisine*.

Em caso de ser atribuída a *saisine* ao legatário, há ainda uma outra distinção que é importante fazer e que tem em conta o tipo de testamento em que se funda o seu título. No caso de se tratar de um testamento autêntico, a *saisine* do legatário opera como a *saisine* do herdeiro, podendo desde o momento da morte apreender os bens sucessórios. Isso deve-se à confiança nesse testamento pela participação de um notário.²³

No caso de se tratar de um testamento ológrafo²⁴ ou testamento místico²⁵, é necessário que o legatário cumpra mais uma formalidade para que a *saisine*, que lhe é atribuída no momento da morte, possa atingir a sua plenitude, principalmente através da possibilidade de apreensão dos bens sucessórios.

²² PETITJEAN, Henri, *Fondements et Mécanisme de la Transmission Successorale en Droit Français et en Droit Anglais*

²³ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.89

²⁴ Nos termos do artigo 970.º do *Code Civil*, o testamento ológrafo é aquele que é escrito pela mão do testador, datado e assinado sem o cumprimento de quaisquer outras formalidades.

²⁵ No Direito francês, o testamento místico é aquele que é escrito pelo próprio testador, ou por outra pessoa, assinado pelo testador, e selado por ele, sendo depois entregue ao notário para o conservar. Este tipo de testamento é menos utilizado do que o testamento ológrafo, pois o seu formalismo implica um grande número de causas de nulidade que envolvem a responsabilidade dos notários.

Em caso de o legatário ser também herdeiro, não existe qualquer necessidade de recorrer à demande *en délivrance* porque a saisine que lhe é atribuída enquanto herdeiro é indivisível, permitindo-lhe apreender a totalidade dos bens sucessórios que lhe são atribuídos.

- Sistema sucessório inglês: o sistema inglês é marcado por uma liberdade de testar absoluta. De qualquer forma, essa liberdade não resulta de uma influência imediata do Direito romano. Salienta Maine²⁶ que, no Direito inglês, a liberdade de testar não surge como fonte de injustiças, mas antes como forma de garantir a justiça.

Para a obtenção de uma liberdade de dispor por morte, liberdade essa que encontrava um obstáculo na necessidade de respeito pela expectativa do primogénito, surgiram, a partir do século XIV, o *use* e depois o *trust*.

No século XV, através da *equity*²⁷ foram sendo progressivamente reconhecidos direitos ao beneficiário, direitos que se consolidam no início do século XV sendo denominados *equitable interests*, análogos aos *interests* reconhecidos pela *common law* mas aqui tutelados dentro do sistema da *equity*.

Tendo em conta esta absoluta liberdade de testar existente no Direito inglês, o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 estabeleceu a possibilidade de o cônjuge, os filhos e qualquer pessoa a quem o de cujus prestasse alimentos no momento da morte, poderem exigir do *personal representative* o pagamento de uma soma periódica, de bens, ou de um valor para o seu sustento.

Para as sucessões que foram abertas depois de 1 de janeiro de 1996, os parceiros heterossexuais do *de cujus* também têm a possibilidade de exigir do *personal representative* uma soma para o seu sustento. O tribunal tem ampla discricionariedade na determinação da forma de cumprimento desse direito.

O tribunal valoriza determinados aspetos na sua decisão, tais como saber se o demandante pode ou poderá vir a sustentar-se, quais as obrigações que o *de cujus* tinha relativamente a ele com a possibilidade de as ter cumprido de forma indireta, a composição e valor do património de cujus, a existência de uma deficiência física do

²⁶ MIRANDA, Antonello, *Il Testamento nel Diritto Inglese Fondamento e Sistema*

²⁷ A *equity* era uma forma de o Chanceler evitar as injustiças decorrentes da aplicação da *common law*, na sua qualidade de guardião da consciência do rei. In Antonello Miranda, *op. Cit.*, p. 68, nota 114

demandante, a conduta do demandante relativamente ao *de cuius*, a idade, e a duração do casamento.²⁸

Antonello Miranda²⁹ salienta que, apesar de terem aumentado nos últimos anos, continuam a ser raros os casos em que o *High Court*, tribunal com competência nesta matéria, decide a favor do demandante atendendo ao respeito dos juizes pela vontade do testador que terá, presumem, bons motivos para as suas escolhas.

Por outro lado, para que se aplique o *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975 é necessário que o testador não tenha disposto testamentariamente de forma alguma a favor das pessoas que a ele podem recorrer. Para evitar a sua aplicação, o testador é, muitas vezes, aconselhado a fazer uma disposição a favor dessas pessoas, mesmo que modesta.

Mas então, qual a noção de herdeiro do Direito inglês?

No que se refere ao Direito inglês, o conceito romano de sucessão universal no sentido justinianeu do termos é inexistente. No Direito inglês, não existe uma conceção de *hereditas*.³⁰

Apesar de a palavra *heir* derivar do *heres* romano, o sentido de ambas é bastante diverso. Se, para Justiniano o *heres* era visto, ainda que de forma simbólica, como o continuador da pessoa do *de cuius*, no Direito inglês, o *heir* era aquele que sucedia na *real property* nos termos das regras da sucessão *ab intestato*.³¹

Buckland e McNair³² salientam que existe uma maior proximidade entre o *personal representative* e o *heres* romano. Isto deve-se ao facto de a jurisdição eclesiástica aplicar princípios do Direito Canónico, princípios esses influenciados pelo Direito romano.

Para Roca Sastre³³, o *personal representative* deve ser visto como o continuador da pessoa do *de cuius*, uma vez que é o proprietário fiduciário dos bens sucessórios.

Ao referir-se ao Direito inglês, Roca Sastre evita a utilização da palavra “herdeiro”, uma vez que não existe no Direito inglês o conceito continental de herdeiro, tendo em conta a ausência da ideia de universalidade hereditária. Este autor utiliza, por isso, a expressão “destinatário da herança.”³⁴

²⁸ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.63

²⁹ *Ob. cit.*, p. 446 e 447

³⁰ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.64

³¹ W.W. Buckland- A.D.McNair, *Roman Law and Common Law- A Comparison in Outline*

³² *Ob. cit.*, p.148

³³ *La Adquisición Hereditaria en el Derecho comparado*”, *Estudios sobre Sucesiones-Tomo II*, p.440

³⁴ *Ob. cit.*, p.438, nota 54

No Direito inglês, conservou-se o testamento medieval no qual apenas existem legados e, de entre esses, apenas o legado de *residue* pode ser equiparado à instituição de herdeiro do Direito continental, com a diferença de que, no momento da atribuição do legado, este constitui um valor líquido, uma vez que as dívidas já foram pagas pelo *personal representative*.

O fenómeno sucessório encontra-se dividido em duas fases, a *administration* e a *distribution*. A *distribution* é, na realidade, o resultado das operações de *administration*. A fase da *administration* é constituída principalmente pelo pagamento das dívidas e dos legados. A isto se denomina o *clearing off* da sucessão. A fase da *distribution* reduz-se à distribuição pelos parentes mais próximos do *residuary estate*, ou seja, o saldo líquido que permanece após o pagamento das despesas funerárias, despesas de administração, das dívidas e outros encargos e ainda dos legados em dinheiro.³⁵

De tudo o que foi dito, se retira que, no Direito inglês, a figura central no fenómeno sucessório é o *personal representative* e não os sucessores. E mais se retira que não se pode falar propriamente em herdeiros no sentido continental do termo, a não ser no que se refere à situação marginal do *heir* na *residuary estate* em caso de *intestacy*, bem como do *residuary legatee*. E nem parece legítimo afirmar que o *personal representative* seja um herdeiro, pois a sua função é unicamente a de liquidar a herança.

Relativamente à transmissão dos bens, no Direito inglês, a transmissão dá-se de uma forma indireta e diferida. Um aspeto particularmente importante no Direito inglês é o objeto da transmissão, ou seja, os bens. A transmissão depende quer da noção de propriedade, quer da noção de bens. Neste aspeto, o Direito inglês é particularmente original.

No direito inglês a propriedade não existe em sentido absoluto. Ela é caracterizada pela duração do gozo. Esta conceção da propriedade levou a que o Direito inglês considerasse o bem como o aspeto mais importante e não tanto a pessoa que se encontra ligada a ele. Isso permitiu a criação de regimes patrimoniais autónomos dos quais se destaca o *trust*.³⁶

O *trust* é uma figura que marca a evolução do Direito inglês. A sua unidade resulta de uma afetação comum dada a um conjunto de bens.

³⁵ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.65

³⁶ Na realidade a *administration* constitui um caso particular da aplicação deste instituto mais geral que é o *trust*.

Surge assim um *trustee* que tem por função gerir os bens e um beneficiário do *trust*. Por virtude dessa afetação de bens, estes separam-se do património do seu proprietário denominado *settlor*.

O *trust* expresso tem três elementos necessários: a intenção precisa, beneficiários certos e a determinação dos bens afetados.³⁷ O *trust* não deve ser visto como um desdobramento da propriedade, uma vez que o interesse do beneficiário do *trust* não é um direito de propriedade, mas antes um interesse em que, em certas circunstâncias os tribunais protegem.

A essência do instituto reside precisamente na confiança que é depositada no *trustee*, confiança essa que, quando traída, permite uma reação por parte dos beneficiários do *trust*. Em primeiro lugar, o tribunal intervém para disciplinar o *trustee* e a proteção dos beneficiários surge como algo indireto.³⁸

No Direito inglês, a transmissão dos bens é efetuada em duas etapas. Isso resulta da interposição de um terceiro entre o de cujus e os beneficiários, com a função de liquidar a herança. Esse intermediário denomina-se *personal representative*, e pode ser quer um executor, nomeado no próprio testamento, quer, no silêncio do testamento, um *administrator* designado pelo tribunal.

Assim, perante o facto morte e para responder ao problema da continuidade da vida jurídica, o Direito inglês utiliza a continuidade dos bens. É por isso que a primeira questão que se coloca, na perspetiva do Direito inglês, aquando da morte de alguém, é a de resolver o problema da herança vaga e não o problema dos direitos hereditários. Podemos dizer que a conceção sucessória inglesa se traduz na aplicação rigorosa do princípio de sucessão nos bens.

- Sistema sucessório italiano: O Código Civil italiano de 1865 sofreu uma grande influência do Código Civil francês. De qualquer forma, distanciou-se deste último relativamente a alguns aspetos entre os quais é de salientar a hipótese de instituição de um herdeiro testamentariamente, de acordo com o artigo 760.º, bem como a inclusão do cônjuge sobrevivente entre os herdeiros legitimários, de acordo com o artigo 812.º a 814.º.³⁹

³⁷ WORTLEY B.A., *Le Trust et ses Applications Modernes en Droit Anglais*, RIDC, 1962, n.º1, p.699 a 701

³⁸ WORTLEY, B.A., *op. cit.*, p.702

³⁹ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.67

É também de salientar o surgimento da imputação “ex se” (que estabelecia que os legitimários deviam subtrair à sua legítima as doações e legados que lhes tivessem sido feitos, a não ser que tivessem sido disso dispensados), a inserção da matéria da sucessão necessária⁴⁰ no capítulo da sucessão testamentária, vista como um limite à liberdade de testar⁴¹, e a existência de uma quota legítima fixa de acordo com o artigo 806.º, independente do número de legitimários, definida como uma quota da herança.

De acordo com o Código Civil italiano de 1942, continua a ser possível a instituição de herdeiros por via testamentária, tendo em conta que o artigo 588.º estabelece que aquele que sucede na universalidade, ou numa quota dos bens do *de cuius* adquire a qualidade de herdeiro.

Por outro lado, nos termos do artigo 457.º do atual Código Civil italiano: “A herança devolve-se por lei ou testamento. - Não se abre a sucessão legítima senão quando falta, no todo ou em parte, a testamentária. - As disposições testamentárias não podem prejudicar os direitos que a lei reserva aos legitimários”.

O argumento utilizado para esta formulação era o de que, no âmbito do Código anterior, a sucessão legítima tinha um papel subordinado relativamente à sucessão testamentária, tendo em conta a influência dos princípios baseados no dogma da vontade. A sucessão legítima era vista, no âmbito do anterior Código, como a vontade presumida do *de cuius*.

Ao afirmar-se no projeto, logo no início do artigo, que a herança se devolve por lei, pretendia-se consagrar a primazia da sucessão legítima.

Alguns autores, como Santoro Passarelli, defenderam essa primazia, uma vez que o seu fundamento de tutela dos interesses da família é um fundamento superior que justifica que nela se veja um *prius* relativamente à sucessão testamentária.⁴²

Cariota Ferrara⁴³ vê também o fundamento da sucessão legítima na tutela dos interesses da família.

No entanto, na redação final, o legislador afastou-se da primazia da sucessão legítima, pois, como salienta Azzariti⁴⁴, a afirmação dessa primazia não teria resultados práticos e resumir-se-ia numa afirmação meramente verbal, tendo em conta que a sucessão legítima apenas se abre na

⁴⁰Já no âmbito do Código Civil de 1865, a doutrina utilizava o termo “sucessão necessária” para designar a espécie de sucessão que no Direito português denominamos “sucessão legítima”. In Jorge Duarte Pinheiro, *Legado em substituição da Legítima*, p.28.

⁴¹A sucessão necessária surge regulada sob o capítulo “Della porzione di cui si può disporre per testamento”, nos artigos 805.º e ss.

⁴²FERRARA, Luigi Cariota, *Le Successioni per Causa di Morti. Parte Generale*, p. 163

⁴³*Ob. cit.*, p.171

⁴⁴*Le Successioni e le Donazioni*, p.7 e 8.

falta de sucessão testamentária.

Assim, se do artigo referido se retira, à primeira vista, que a sucessão testamentária tem primazia em relação à sucessão legítima, no entanto, o mesmo artigo estabelece que a herança se devolve por lei ou por testamento. O Facto de estas duas espécies de sucessão poderem concorrer ou excluir-se não obsta a que cada uma seja regulada por um sistema de normas completo.⁴⁵

A sucessão testamentária tem alguns limites⁴⁶: o testador deve proceder a uma atribuição patrimonial e não se deve limitar a excluir alguém ou a alterar a ordem estabelecida legalmente, a disposição deve ser válida, a própria lei ode revogar a vontade do testador, essa vontade do testador pode ser influenciada pelo acrescer e pela representação, etc.⁴⁷

Relativamente à autonomia da sucessão necessária, no âmbito do Código Civil de 1865, a doutrina dividia-se no que se refere à autonomia da sucessão necessária relativamente à sucessão legítima. N. Coviello, Francesco Ferrara e Salis consideravam a sucessão necessária uma espécie de sucessão autónoma.

Para tanto, invocavam os seguintes argumentos: a sucessão necessária baseava-se na lei, distinguindo-se, por isso, da sucessão testamentária; a sucessão necessária, ao contrário da sucessão legítima, prevalecia relativamente à sucessão testamentária; as normas da sucessão necessária eram injuntivas, ao contrário das normas relativas à sucessão legítima que seriam supletivas; os colaterais apenas eram sucessíveis legítimos; as quotas variavam e também o modo de efetuar o seu cálculo e, finalmente, os legitimários poderiam recorrer à ação de redução, meio próprio de tutela ao seu dispor.⁴⁸

Em sentido contrário, De Pirro, Polacco, De Ruggiero, Degni e L. Coviello entendiam que a sucessão necessária não tinha autonomia, tendo em conta que o artigo 720.º do Código Civil apenas previa dois títulos de vocação, a saber, a lei e o testamento. A sucessão necessária seria uma sub- espécie da sucessão legítima, uma vez que em ambas a causa de devolução é a lei e

⁴⁵ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.70

⁴⁶ Cariota Ferrara salienta que é necessário conjugar o artigo 457.º do Código Civil com outras disposições, tais como os artigos 536.º e ss que regulam os direitos dos legitimários e prevêm a possibilidade de estes recorrerem a uma ação de redução, para reagir contra disposições testamentárias e contra doações que afetem a quota que lhes é reservada. Salienta que também é necessário ter em conta os artigos 587.º ss que regulam a sucessão testamentária, nomeadamente no que se refere à eficácia do testamento depois da morte, ao acrescer entre co-herdeiros (atendendo, no entanto, à existência de representação, bem como à vontade diversa do testador) e à revogação ope legis por supervivência de filhos, de acordo com o artigo 687.º, *Le Successioni per Causa di Morti. Parte Generale*, p.164 e 165

⁴⁷ In FERRARA, Luigi Cariota, *ob. Cit.*, p.167

⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. Cit.*, p. 42 e 43

os sucessíveis legitimários seriam alguns dos sucessíveis chamados na sucessão legítima.⁴⁹

No Código Civil de 1942, a sucessão necessária encontra a sua regulamentação numa parte geral, no âmbito dos artigos 536.º a 564.º, que constituem o capítulo X. esta mudança foi justificada no âmbito dos trabalhos preparatórios com o facto de a sucessão necessária representar um limite não só à sucessão testamentária, mas também um limite à sucessão legítima em sentido estrito.⁵⁰

O Código Civil de 1942, ao contrário do Código de 1865, e no sentido do *Code Civil*, definiu uma quota disponível, afastando-se do elemento romano neste aspeto. No entanto, a “*quota di riserva*” não se configura nos mesmos moldes da reserva francesa.

Cariota Ferrara considera⁵¹ que existe uma identidade entre a sucessão legítima e a sucessão necessária, ambas com fundamento na lei, ao contrário do que sucede na sucessão testamentária que tem o seu fundamento na vontade. Da qualquer forma, este autor salienta⁵² que não se pode deixar de considerar que a sucessão necessária é uma sub-espécie particular no interior da sucessão legítima, razão pela qual se deve falar de uma sucessão legítima em sentido estrito e sucessão necessária, no interior da sucessão legítima em sentido amplo.

Casulli⁵³ é um dos poucos autores que considera que a sucessão necessária tem autonomia.

Existem autores que não só não reconhecem autonomia à sucessão necessária, mas vão mais longe e recusam ao legitimário a própria qualidade de herdeiro.

Por outro lado, os autores que mais fortemente contestam a autonomia da sucessão necessária têm tendência para não qualificar o legitimário como herdeiro.⁵⁴

No âmbito do Código Civil de 1865, o legitimário era visto como um herdeiro pela maioria da doutrina, uma vez que recebia uma quota da herança, de acordo com o artigo 805.º, e o herdeiro era definido como aquele que recebe a universalidade ou uma quota dos bens do testador.

Por outro lado, a legítima era definida como quota da herança pelo artigo 808.º do Código Civil. Finalmente, o artigo 1003.º estabelecia que a renúncia à herança implicava que não se podia obter nada a título de legítima, o que demonstrava que não se podia ser legitimário sem se ser herdeiro.⁵⁵

⁴⁹PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p. 43

⁵⁰AZZARITI, *ob. cit.*, p. 216

⁵¹*Ob. cit.*, p. 169

⁵²*Ob. cit.*, p. 170

⁵³PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p. 81

⁵⁴MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.72

⁵⁵PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p. 43 e 44.

Para Azaritti⁵⁶, a qualificação do legitimário como um herdeiro é um erro. Esse erro teve origem na influência no Código Civil francês, de acordo com o qual, os legitimários são herdeiros porque são parentes próximos do *de cuius*. O mesmo autor considera que não se pode concluir que o legitimário é herdeiro pelo mero facto de ser um sucessor necessário. Perante o sistema fragmentário e disperso do anterior Código Civil, Azzariti defendia que a única conclusão possível era a de que o legitimário era um sucessor especial.⁵⁷

Como argumentos, invocava o facto de o montante da quota do legitimário ser determinado no momento da morte, de acordo com o artigo 822.º, tal como no Código de 1942, nos termos do artigo 556.º⁵⁸, o que implicaria que não lhe fosse devolvida uma quota da universalidade, uma vez que para isso seria necessário que a massa se formasse no momento da partilha, caso em que o legitimário teria o condomínio da herança.

Por outro lado, de acordo com o mesmo artigo 822.º, o legitimário teria direito a receber um valor líquido, o que implicava que não respondia pelo passivo. Assim, a quota do legitimário era uma quota concreta e não uma quota abstrata.⁵⁹

Ascoli e Santoro Passarelli defendiam uma posição intermédia. O legitimário teria um direito a ser instituído herdeiro, o que significava que, se fosse preterido pelo testamento, não teria essa qualidade até ao momento em que destruísse a disposição testamentária que afetasse o seu direito através de uma ação de redução.⁶⁰

Azzariti⁶¹ criticou esta posição defendendo que a função da ação de redução é regular as relações entre os legitimários e os sucessores testamentários ou os donatários que tenham recebido bens do *de cuius* num montante superior à quota disponível, e não regular as relações entre os legitimários e a herança.

No âmbito do anteprojeto do Código Civil de 1942, o problema de saber se o legitimário deve ser qualificado como herdeiro também foi discutido, uma vez que, sendo o princípio *Solus Deus heredem facere potest* estranho ao Direito italiano, não haveria necessidade de qualificar como herdeiro senão quem o testador determinasse.

Cicu⁶² opõe-se a Azzariti, tentando responder à análise que este faz do artigo 556.º do Código

⁵⁶*Ob. cit.*, p. 221

⁵⁷*Ob. cit.*, p. 222

⁵⁸Este artigo reproduz o referido artigo 822.º do anterior Código Civil e estabelece que “se forma uma massa de todos os bens que pertenciam ao defunto ao tempo da sua morte, subtraindo-lhe o passivo.”

⁵⁹*Ob. cit.*, p. 226 e 227

⁶⁰AZZARITI, Guisepppe, *ob. cit.*, p.223, nota 435

⁶¹*Ob. cit.*, p. 232, nota 448

⁶²PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. Cit.*, p.84 e 85

Civil. Faz uma distinção entre “*quota di riserva*” e “*quota di legittima*”. Define a primeira como quota que é atribuída *ipso iure* ao legitimário, no momento da morte do autor da sucessão e que é uma quota do *relictum* atribuída de acordo com o artigo 537.º e ss. Essa atribuição significa que o legitimário é herdeiro mesmo que tenha sido preterido. Assim “a função da «quota di riserva» é a de investir o legitimário do título de chamado à herança, com todos os direitos e deveres inerentes (...)”⁶³.

Por sua vez, a “*quota di legittima*” tem por objetivo garantir que o legitimário recebe um valor líquido, não sendo prejudicado por liberalidades que excedam a quota disponível e é calculada de acordo com o artigo 556.º do Código Civil. A sua função é subsidiária relativamente à “*quota di riserva*”.

Uma vez que Cicu considera que a ação de redução serve apenas para o legitimário adquirir a propriedade dos bens e não a qualidade de herdeiro, a sua tese afasta-se da posição de Santoro Passarelli. Verifica-se que, para Cicu, o legitimário recebe uma quota hereditária e uma *pars bonorum*.⁶⁴

A tese de Cicu trouxe a resposta a uma série de questões que se colocavam relativamente à posição do legitimário, ligadas à sua qualidade de herdeiro desde o momento da abertura da sucessão. No entanto, esta tese foi criticada por consagrar uma forma de tutela dupla, tentando-se, antes, encontrar uma unidade relativamente à posição do legitimário através de uma ligação entre a “*quota di riserva*” e a “*quota di legittima*”.

Quanto à questão da transmissão da propriedade e da posse, no Direito italiano, a transmissão da propriedade apenas se verifica com a aceitação, de acordo com o artigo 459.º do Código Civil, o que significa que se trata de um sistema de transmissão direta e diferida. De qualquer forma, a aceitação retroage ao momento da abertura da sucessão.⁶⁵

Para evitar usurpações dos bens hereditários no período anterior à aceitação, o artigo 460.º do Código Civil estabelece quais os poderes do chamado à herança antes da sua aceitação.

Se o chamado renunciar, o artigo 521.º estabelece que tudo se passa como se ele nunca tivesse sido chamado.

Apesar de normalmente a execução do testamento ser atribuída ao herdeiro, o testador pode nomear um executor testamentário⁶⁶ com a função de garantir que as disposições testamentárias

⁶³PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob. cit.*, p.84

⁶⁴MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p. 76

⁶⁵MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p. 113

⁶⁶Como vimos em relação ao Direito inglês, este instituto tem origem no Direito Canónico medieval.

do testador sejam cumpridas. A lei estabelece que o executor deve administrar como um bom pai de família.

- Sistema sucessório alemão: O Direito das Sucessões alemão sofreu influência quer do elemento romano quer do elemento germânico. Do Direito romano deriva a ideia de sucessão universal (*Gesamtrechtsnachfolge*), a liberdade de disposição testamentária (*Testierfreiheit*) e a sucessão familiar (*Familienerbfolge*)⁶⁷. Os herdeiros são nomeados primariamente através de testamento, e a sucessão dos parentes verifica-se nos casos de sucessão *ab intestato*.⁶⁸

O BGB, reflete o espírito liberal do século centrando o sistema sucessório na figura do testador e na sua vontade.⁶⁹

Isto resulta claramente da concretização da sucessão legítima em moldes obrigacionais e da inerente liberdade testamentária ilimitada. No Direito alemão, o legítimo não é um herdeiro, mas apenas um credor. A influência exercida pelo Direito romano resulta da Pandectística alemã. Os §§2303.º a 2338 do BGB regulam a situação do legítimo (*Pflichtteilsrecht*). De acordo com o § 2303.º do BGB, os descendentes, os pais e o cônjuge podem exigir metade do valor da quota hereditária legal, como forma de compensação contra os herdeiros nomeados pelo *de cuius*.

Esta configuração obrigacional do direito dos legítimos tem a sua justificação numa opção de pragmatismo que guiou os redatores do BGB. Nos trabalhos preparatórios, discutiu-se se a legítima devia ser configurada dentro dos moldes franceses, ou se deveria, antes, ser configurada como uma prestação pecuniária de acordo com o modelo austríaco e prussiano. O resultado foi a consagração de uma solução dentro deste último modelo.

Apesar de bastante criticada, Kipp, Enneccerus e Wolff⁷⁰ consideram esta solução correta, uma vez que a inclusão dos legítimos entre os co-herdeiros complicaria a liquidação da herança e, na maior parte dos casos, os legítimos apenas pretendem obter um valor monetário e não uma quota da herança.

Esta solução particular do BGB tem influenciado a doutrina italiana através da negação da qualidade de herdeiro ao legatário, bem como a doutrina espanhola.⁷¹

⁶⁷Sobre estes princípios cfr. Enneccerus-Kipp – Wolff, *Derecho de Sucesiones-Volume I*, p.3, ponto II.

⁶⁸MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.80

⁶⁹EBENROTH, Carsten Thomas/ AUER, Thomas, “*The Law of Succession*”, *Introduction to German Law*, p.273 e 274

⁷⁰*Derecho de Sucesiones – Volume I*, p.78

⁷¹De acordo com o artigo 806.º do Código Civil espanhol, a legítima é uma quota do património hereditário de que o testador não pode dispor e que é atribuída aos herdeiros legítimos. Tendo em

Uma vez que é um crédito, a pretensão da legítima é transmissível, de acordo com o § 2317 do BGB. Essa pretensão tem que ser exercida num prazo de três anos a contar do momento do conhecimento da abertura da sucessão pelo titular e da disposição que o prejudica; ou no prazo de trinta anos independentemente desse conhecimento, de acordo com o § 2332 do BGB.

Os legitimários têm um direito de informação sobre a composição do património a exercer contra o herdeiro, nos termos do § 2314 BGB. Por outro lado, o devedor da legítima é o herdeiro de acordo com o § 2303 do BGB. Apenas o herdeiro que é simultaneamente legitimário pode recusar-se a satisfazer outro legitimário.⁷²

O direito alemão estabelece uma diferença entre legítima ordinária (*ordentlicher Pflichtteil*) e legítima extraordinária (*ausserordentlicher Pflichtteil*). De acordo com os §§2303, e 2310 a 2313 a legítima ordinária é calculada sobre o *relictum*. Excepcionalmente pode abranger liberalidades em vida nos termos dos §§2315 e 2316 BGB, uma vez que deve ser imputado na legítima o que o *de cuius* tiver atribuído ao legitimário por negócio *inter vivos* estabelecendo a sua imputação na legítima. O §2316 estabelece que devem ser consideradas as liberalidades em vida feitas a um descendente que o autor da sucessão mande sujeitar à colação.

A legítima extraordinária tem como função garantir a legítima relativamente a doações feitas em vida pelo autor da sucessão, nos termos dos §§2325 e 2327.⁷³

Assim, se uma liberalidade em vida exceder amplamente a quota legal de um legitimário, por

conta que o artigo 815.º do Código Civil espanhol estabelece que o herdeiro legitimário poderá exigir a legítima, se lhe for deixado, a qualquer título que seja, um valor inferior a essa legítima, a doutrina conclui que a legítima pode ser satisfeita a qualquer título. Assim se depreende que não existe uma quota indisponível consubstanciada pela legítima, mas apenas a atribuição do direito à legítima. Diez-Picazo e António Gullon consideram que o legitimário não é necessariamente um herdeiro, pois tudo depende do título que o testador haja utilizado para cumprir a legítima. Um aspeto que consideram decisivo para excluir a qualificação do legitimário como herdeiro, é o facto de este suceder apenas no ativo e não no passivo, como resulta do artigo 818.º do Código Civil espanhol. Diez-Picazo e António Gullon consideram ainda que a legítima surge apenas como um limite à liberdade de disposição testamentária. Luís Diez-Picazo e António Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV-Derecho de Familia Derecho de Sucesiones*, p.567 e 568.

⁷²De acordo com o artigo 806.º do Código Civil espanhol, a legítima é uma quota do património hereditário de que o testador não pode dispor e que é atribuída aos herdeiros legitimários. Tendo em conta que o artigo 815.º do Código Civil espanhol estabelece que o herdeiro legitimário poderá exigir a legítima, se lhe for deixado, a qualquer título que seja, um valor inferior a essa legítima, a doutrina conclui que a legítima pode ser satisfeita a qualquer título. Assim se depreende que não existe uma quota indisponível consubstanciada pela legítima, mas apenas a atribuição do direito à legítima. Diez-Picazo e António Gullon consideram que o legitimário não é necessariamente um herdeiro, pois tudo depende do título que o testador haja utilizado para cumprir a legítima. Um aspeto que consideram decisivo para excluir a qualificação do legitimário como herdeiro, é o facto de este suceder apenas no ativo e não no passivo, como resulta do artigo 818.º do Código Civil espanhol. Diez-Picazo e António Gullon consideram ainda que a legítima surge apenas como um limite à liberdade de disposição testamentária. DIEZ-PICAZO, Luís/GULLON, António, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV-Derecho de Damilia Derecho de Sucesiones*, p.567 e 568.

⁷³MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.82

exemplo, ele é excluído do cálculo do *Pflichtteil* dos outros legitimários, bem como o valor da liberalidade em causa. De qualquer forma, o §2325, n.º3 BGB estabelece que, se já tiverem decorridos mais de dez anos após a entrega do objeto doado, a doação não será tomada em consideração.

Dos §§ 2305 e 2306 BGB se retira que, quando as dezas hereditárias forem inferiores ao *Pflichtteil*, o legitimário pode exigir a diferença (*Pflichtteilsrestanspruch*). Se repudiar essas dezas, apenas poderá exigir o complemento (*Zusatzpflichtteil*). Dos mesmos artigos resulta que, no caso de o legitimário ser beneficiado com uma deza onerada com encargos que não ultrapasse o valor do *Pflichtteil*, esses encargos têm-se por não escritos, e o legitimário tem direito à diferença.

Dos mesmos §§ se retira ainda que, se a deza hereditária de que beneficia o legitimário for de valor superior ao *Pflichtteil*, mas com encargos, o legitimário pode aceitar ou repudiar a deza e, em caso de repudiar, poderá ainda exigir a legítima.⁷⁴

Finalmente, se lhe for deixado um legado, independentemente de haver uma indicação de que o legado tem por finalidade preencher a legítima, e independentemente de ele estar ou não onerado, o legitimário pode sempre recusar o legado e exigir a legítima, de acordo com o §2307 BGB. Caso aceite o legado, pode exigir a diferença quando o valor do legado é inferior ao *Pflichtteil*.⁷⁵

De tudo isto se conclui que, no Direito alemão, o *Pflichtteil* pode ser satisfeito por via de atribuições mortis causa, uma vez que a deza a título de herança que esteja desonerada, ou que fique desonerada por determinação legal, não pode ser repudiada sem limitar o direito à legítima.⁷⁶

No Direito alemão, apenas o sucessor universal é herdeiro, o sucessor particular é um legatário, como resulta do §2087 BGB. Tal como sucede no Direito italiano, também no Direito alemão o sucessor universal é aquele que sucede na totalidade do património, ou numa quota desse mesmo património, e legatário é aquele a quem são atribuídos objetos determinados como resulta do referido §. Assim, podemos concluir que, à face do Direito alemão, o herdeiro é livremente instituído pelo autor da sucessão, dentro dos moldes do Direito romano, atendendo à configuração obrigacional da posição dos legitimários, e podemos concluir que o herdeiro é o

⁷⁴ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.82

⁷⁵ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária*, p. 728 e 729

⁷⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *ob. cit.*, p.733

principal sucessor.

No que diz respeito à transmissão da propriedade e da posse, de acordo com o BGB, os chamados são automaticamente herdeiros, sem necessidade de aceitação. Até à aceitação, existem apenas herdeiros provisórios; após a aceitação da herança, os herdeiros tornam-se herdeiros definitivos, de acordo com o § 1943 BGB. Em caso de renúncia, tudo se passa como se aquele que renuncia nunca tivesse sido herdeiro. Trata-se de uma forma de transmissão direta e imediata.⁷⁷

O sistema de transmissão direta tem como desvantagem a possibilidade de usurpação dos bens sucessórios. Para obviar a essa situação, o Direito alemão consagra a necessidade de obtenção de um certificado de herdeiro para que o sucessível prove a sua qualidade de herdeiro em relação a terceiros.⁷⁸

A evolução do instituto da indignidade e da deserdação

Quer a indignidade, quer a deserdação podem invocar um passado que remonta ao Direito Romano, mas a fisionomia de ambas não se manteve inalterável através dos tempos, nem mediaram sempre as mesmas relações entre si.

Em Roma, a deserdação (*exheredatio*) surgiu em consequência do dever formal de instituir herdeiros em testamento: o *pater* ou instituiu herdeiros os *heredes sui* ou deserda-os, doutra forma o testamento não seria válido. Primeiro livre, foi depois a deserdação, condicionada à ocorrência de determinadas causas.

A indignidade apareceu mais tarde, como um castigo aplicado ao herdeiro que praticava, no tocante ao autor da sucessão, certos atos tipificados na lei: a herança era-lhe retirada e entregue ao Estado, mas o sucessível não perdia, com isso, a qualidade de herdeiro.

Com a evolução, a deserdação desligou-se do dever formal de instituir herdeiros, e passou a revestir a sua atual fisionomia, de arma posta nas mãos do autor da sucessão para excluir um legitimário da sucessão, havendo justa causa.

⁷⁷ MORAIS, Daniel, *ob. cit.*, p.118

⁷⁸ Como vimos, no Direito francês, este controlo é feito através da *saisine*.

A indignidade também se aproximou da sua fisionomia atual: também se fundava em justa causa e funcionava na ausência de qualquer manifestação de vontade por parte do *de cuius*, mas o seu efeito passou a ser o da atribuição da sucessão aos subsequentes e não ao Estado.

Na altura de Justiniano, chegou-se a uma tipificação das causas da deserdação, não acontecendo porém, o mesmo com a indignidade. Aqui o tribunal devia, caso a caso, verificar se era ou não justificado o afastamento de dado sucessível em consequência do facto por ele cometido.

Com a codificação, a situação voltou a alterar-se. Não só as causas de indignidade passam a ser também tipificadas por lei, como a própria coexistência dos dois institutos foi contestada. Para alguns, a deserdação representava um inútil acrescento, uma vez que as suas finalidades poderiam ser perfeitamente satisfeitas através da indignidade. Em consequência, as legislações dividiram-se em dois grupos:

- I. Os códigos francês, italiano e outros, suprimiram a deserdação: a indignidade sucessória passou a ser o único instituto previsto.

É certo que nesses países ainda se discute se é ou não possível a deserdação, mas a verdade fala-se em deserdação num sentido que se afasta do tecnicamente aceite pelo direito português e confunde-se antes com o sentido corrente da palavra: pergunta-se, não se é lícito ao autor da sucessão afastar um legitimário, mas se ele pode em testamento limitar-se a excluir um qualquer sucessível designado por lei.

Entre nós o problema não tem dificuldade: se pode ser deserdado um legitimário por maioria de razão, pode ser afastado quem concorreria à sucessão legítima.

- II. No outro polo colocam-se os países germânicos e os que foram influenciados pela legislação destes: indignidade e deserdação continuam a coexistir como institutos independentes.⁷⁹

Neste segundo grupo de casos surge um problema específico que as leis não costumam resolver expressamente, apesar do seu grande interesse. Consiste em demarcar o âmbito de

⁷⁹Portugal, marcando uma exceção a este critério de distinção, enfileira nesta segunda corrente.

atuação de cada figura. Serão elas concordantes, ou pelo contrário, na medida em que uma se aplique não deixa lugar para a intervenção da outra?

Nenhuma dúvida se pode colocar hoje quanto à aplicação da indignidade, quer no que respeita à sucessão testamentária, quer no que respeita à sucessão legítima. É de igual modo evidente a aplicabilidade da deserdação à sucessão legítima. O que está em causa é a aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima e a aplicabilidade da deserdação às restantes formas de sucessão.

Este problema decompõe-se, por sua vez, em dois aspetos diferentes:

- A repercussão da deserdação sobre as outras formas de sucessão, além da legítima;
- A atuação da indignidade sobre a sucessão legítima

Antecedentes da solução legal portuguesa

Transposto o período antigo, em que a indignidade não resultava de causas fixas mas de uma decisão judicial, caso a caso, como nos restantes países, entrou-se com a codificação no sistema da tipificação legal de causas de indignidade. Simultaneamente, omitiu-se toda a referência à necessidade de uma decisão judicial.

A doutrina tomou, neste ponto, uma posição bastante confusa, que aliás pode ser reflexo da falta de unidade e de clareza que caracterizava o tratamento desta matéria na lei antiga.

José Tavares coloca o problema: a indignidade será verdadeira incapacidade ou causa de exclusão?

Como regra, de acordo com Oliveira de Ascensão, pode dizer-se que os autores aceitavam implicitamente, sem discussão, o caráter automático da atuação da indignidade.

Será essa a posição tácita de Cunha Alves e é a posição expressa de Paulo Cunha, que diz que as causas de indignidade funcionam *ope legis*.

No Anteprojeto de Galvão Telles neste ponto, em afastamento da solução trazida pelo novo Código Italiano, toma-se firmemente a posição de integrar a indignidade entre as causas de incapacidade sucessória. Já então se inclui esta matéria na secção da capacidade sucessória e o art.11.º proclama que “carecem de capacidade sucessória, por uma razão de indignidade...”,

não fazendo nenhuma referência a qualquer intervenção judicial, pelo que é fácil concluir que o articulado pressupõe uma atuação *ope legis* da indignidade: o que incorrer em indignidade não chegaria a ser chamado àquela sucessão.

O elemento significativo está no seguinte:

1. Por um lado, não só se mantêm as ligações entre esta matéria e a da incapacidade, como até se reforçam: a epígrafe do que seria o art. 2034.º passa a ser “incapacidade por indignidade” e o futuro art.2037.º, n.º2, passa a conter a expressa menção da incapacidade do indigno.

2. Por outro lado, introduz-se a referência a uma declaração judicial de indignidade. O atual art.2036.º é do seguinte teor: “A ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, ou dentro de um ano a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas als. c) e d) do artigo 2034.º”.

Por seu turno, os arts. 2037.º e 2038.º passam a fazer referência à declaração judicial de indignidade.

Capítulo II - Fenómeno Sucessório

Sucessão legal e as suas modalidades

Nos termos da lei, a sucessão em Portugal, pode ser legal, quando se baseia na lei, podendo neste caso ser legítima ou legitimária, ou voluntária, quando tem por base um negócio jurídico, e aqui falamos do testamento (sucessão testamentária) e nas doações por morte (nos casos admitidos por lei – sucessão contratual).

A sucessão legitimária é a que se dá em benefício de certos sucessores (herdeiros legitimários), aos quais a lei reserva uma quota da herança (a legítima) que o autor da sucessão não pode dispor (arts. 2156.º e segs). Aqui, existe uma preocupação bastante vincada de que os bens sejam atribuídos a certos familiares.

Esta finalidade, de que os bens permaneçam na mesma família, é conseguida pela sucessão legitimária, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (art.2157.º CCivil). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* – a legítima ou quota indisponível – sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição (mortis causa e até quanto a negócio gratuitos *inter vivos*).

Quanto à sucessão legítima, a família é objeto de uma garantia institucional, sendo protegida constitucionalmente nos artigos 36.º e 67.º CRP. Por isso, quando o autor da sucessão não manifesta a sua vontade no sentido de atribuição dos seus bens a alguém, a lei determina o chamamento dos seus familiares, de acordo com uma hierarquia que tem em conta a proximidade de vínculos familiares (art.2133.º CCivil).

Relativamente ao chamamento do Estado, este só se dá se faltarem todos os familiares elencados no art.2133.º CCivil, o que se compreende, dada a proteção, mesmo constitucional, conferida à família. Mas qual é a verdadeira razão deste chamamento?

Tem-se considerado, para resposta a esta questão, a função social da propriedade, permitindo que, aquando da morte de um membro da comunidade, os seus bens sejam postos ao serviço da coletividade.⁸⁰

⁸⁰ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*

A atribuição ao Estado de um lugar na hierarquia dos sucessíveis legítimos visa dar um destino aos bens do *de cuius*, evitando que eles fiquem ao abandono.

Na sucessão legítima, a preocupação de que os bens sejam atribuídos a certos familiares é mais marcada. Esta finalidade (de que os bens permaneçam na mesma família) é atingida pela sucessão legítima, cujo fundamento reside, assim, na proteção da família mais próxima: cônjuge, descendentes e ascendentes (art.2157.º). A estes sucessíveis é reservada uma parte dos bens do *de cuius* – a legítima ou quota indisponível – sobre a qual não pode ele exercer a sua liberdade de disposição (*mortis causa*) e até, quanto a negócios gratuitos, *inter vivos*.⁸¹

No que diz respeito à sucessão testamentária, esta representa a principal forma pela qual se manifesta a liberdade do autor da sucessão dispor dos seus bens. De facto, o autor da sucessão pode dispor do seu património por morte com plena liberdade, por testamento, mas não pode afetar a quota que a lei reserva aos herdeiros legítimos.⁸²

O herdeiro legítimo

É nosso objetivo determinar qual a posição jurídica do legítimo.

Quando o *de cuius* dispôs, por morte, da quota disponível da totalidade, a pergunta que desde logo se coloca é se o legítimo é herdeiro. Segundo o Prof. Oliveira Ascensão⁸³, não se vê que outra qualificação lhe atribuir. Ele é, sem dúvida, chamado à sucessão como herdeiro. E sendo herdeiro, é herdeiro legítimo.

Não é um herdeiro legítimo, não só porque o estatuto legal que lhe corresponde é distinto, como o próprio objeto da sucessão que lhe cabe é diverso do da sucessão legítima.

O herdeiro legítimo é chamado à herança, ou seja, ao património deixado pelo falecido.

Por sua vez, o herdeiro legítimo tem direito à legítima.

⁸¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*

⁸² Aqui residirá a tensão existente no nosso ordenamento jurídico sucessório entre o sistema capitalista e individual e o sistema familiar, entre a proteção da família e a liberdade de estar.

⁸³ *O Herdeiro Legítimo*

Se o *de cuius* não dispôs de nada, na prática não se sente a necessidade de distinguir uma sucessão legítima e uma legitimária. Tudo se passa como se o título legítimo abrangesse tudo. O título legitimário fica como que dormente. Uma vez que as regras aplicáveis são as mesmas (art.2157.º) só há na prática que referir o título legítimo.

Nas situações em que o *de cuius* fez em vida liberalidades em benefício de legitimários é fundamental distinguir consoante a quota do legitimário ficou preenchida parcial ou totalmente.

No primeiro caso, o beneficiário não perde a qualidade de herdeiro. O segundo caso é mais difícil. Parecerá anómala a figura de um herdeiro que nada tem a receber da herança, pois a sua parte foi totalmente preenchida com liberalidades em vida. Não se inicia nomeadamente nenhuma intenção de o excluir por parte do autor da sucessão.

Isto põe-nos no encalce de uma figura muito significativa: a figura do herdeiro, que não obstante, não tem parte na herança.

Existem, ainda, situações em que o *de cuius* dispôs de tudo em benefício de terceiros. Situações, essas, que trataremos mais adiante, uma vez que o que nos prende agora é a qualificação como herdeiro.

Assim, dizemos que a mera qualificação como herdeiro não está na disponibilidade do autor da sucessão. É a lei que dispõe e qualifica. Daí que é da própria lei que resulta que a qualidade de herdeiro só pode ser retirada ao legitimário em dois casos. Se este repudiar ou se for afastado da sucessão. Este afastamento só pode acontecer por meio da deserdação ou da indignidade. Fora disto, não pode ser atingido o direito a ser herdeiro legitimário.⁸⁴

Sendo assim, o legitimário que não participe da legítima, não perde a qualidade de herdeiro.

Mantem-na em tudo o que não for incompatível com aquela não participação.

Podemos então concluir que o legitimário beneficia já em vida do autor da sucessão de uma expectativa jurídica, que não se limita a um direito a bens, nem sequer ao direito a uma quota. É um direito, condicionado, a ser herdeiro, que se concretiza após a abertura da sucessão.

A lei admite cedências na composição da legítima mas não na qualidade de herdeiro.

⁸⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *O Herdeiro Legitimário*

Como dissemos o legitimário prioritário só perde a sua qualidade de herdeiro se repudiar, ou se for deserdado ou excluído por indignidade.

Nas palavras do Prof. Oliveira Ascensão a posição de legitimário caracteriza-se simplesmente como o direito a ser herdeiro.

Proteção do Legitimário: o Princípio da intangibilidade da legítima

A proteção da legítima é feita através de meios especialmente previstos pela lei sucessória.⁸⁵

Quando falamos em herdeiro legitimário, e mais especificamente na proteção que a própria lei lhe confere, é obrigatório falar no princípio da intangibilidade da legítima.

Este princípio tem uma forte expressão nos arts. 2163.º e 2164.º.

O art. 2163.º prevê limitações que não implicam direitos de terceiros, enquanto o art.2164.º prevê limitações em benefício de terceiros.

Mas, para além deste, existe ainda outro critério distintivo entre estes dois artigos, igualmente importante, que diz respeito à, perspectiva, qualitativa e quantitativa.

O art.2163.º prevê limitações qualitativas resultantes, quer da designação dos bens que devem preencher a legítima, quer de encargos instituídos a que não corresponda um beneficiário: encargos pela alma, atividades culturais a cargo do herdeiro e assim por diante. Relativamente a este ponto, a lei é radical, na medida em que, se esses encargos limitarem a legítima, o legitimário não tem que os aceitar. O legitimário tem direito à legítima “limpa”⁸⁶. Os encargos ou limitações só o vinculam se quiser.

O art.2164.º diz respeito às limitações quantitativas, já que prevê onerações em que há um terceiro beneficiário. Aqui, ao contrário do que acontece no art.2163.º, não se dispõe que o encargo não pode ser imposto ao legitimário. Tal facto acontece por dois motivos, por um lado porque se quer preservar quanto possível a disposição do autor da sucessão em benefício de

⁸⁵ DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*

⁸⁶ ASCENSÃO, Oliveira, *O Herdeiro Legitimário*

terceiros e por outro porque se pressupõe que ao legitimário couberam mais bens que os necessários para perfazer a sua legítima.

A lei dá, então, ao legitimário a alternativa de cumprir o legado ou de entregar ao legitimário tão-somente a quota disponível.

Para melhor compreensão, vamos suscitar três hipóteses diferentes.

Se ao legitimário cabe também a totalidade da quota disponível e este não quiser cumprir o encargo, abre mão da quota disponível, ficando então com a legítima limpa.

Quando ao legitimário cabe apenas parte da quota disponível, este abre mão do que lhe couber na quota disponível e do mesmo modo tem direito à legítima limpa.

Temos ainda a possibilidade de o testador dispor da quota disponível em benefício de terceiros. Aqui, o art.2164.º não pode funcionar. Contudo, o legitimário não terá que aceitar o encargo, uma vez que o princípio mais forte é o de que o legitimário tem direito à legítima limpa.

O que acontece é que, então, estamos numa situação análoga à do art.2163.º: o testador, considerando a mera legítima, impôs-lhe encargos.⁸⁷

O elemento de diversificação está em esses encargos serem em benefício de terceiros.

Distinção entre vocação e devolução

Para Luís Carvalho Fernandes, a questão consiste em saber se no fenómeno sucessório se devem demarcar duas fases diferentes – a vocação e a devolução – ou se, pelo contrário, não se está apenas perante duas denominações da mesma realidade.

No debate desta questão, convém partir-se do regime que está consagrado no sistema jurídico português, o qual, nos termos do art.2050.º, n.º1 aponta para uma solução do segundo tipo, ao dispor que o domínio e a posse dos bens da herança se adquirem pela aceitação.

Mesmo aceite esta base, as relações entre a vocação e a devolução não são pacíficas na doutrina portuguesa, podendo logo assinalar-se dois entendimentos destas figuras:

⁸⁷ ASCENSÃO, Oliveira, *O Herdeiro legitimário*

- há quem conceba a vocação e a devolução como identificando uma única fase;
- há quem demarca uma da outra.

Em primeiro lugar, a corrente que atribui substancialmente o mesmo sentido à vocação e à devolução. Para esta aceção, existem, para o mesmo instituto, designações diferentes. A devolução consiste na atribuição do direito de suceder (*ius delationis ou ius succedendi*) a uma ou mais pessoas. Se, neste fenómeno, se considerar o aspeto subjetivo, de enlaçamento daquele direito com o destinatário, identifica-se a vocação. Em contrapartida, como dizia Galvão Telles, “a devolução é o fenómeno na integralidade; a vocação o seu momento subjetivo”.

Em contraposição a este entendimento, a devolução aparece, para outros autores, caracterizada como uma fase autónoma em relação à vocação, dela se delimitando em mais de um aspeto.

Segundo Espinosa Gomes da Silva, por devolução deve entender-se o fenómeno que, após a morte do *de cuius*, consiste numa operação, meramente ideal, de seleção das pessoas a quem há-de vir a ser atribuído o direito de suceder. Tendo presentes estas características, da devolução não resulta, de imediato, a aquisição de qualquer direito por tais pessoas. A atribuição do direito de suceder, que pode coincidir ou não com esta devolução, é o que se chama vocação.

Num sentido que se pode considerar intermédio em relação às duas conceções anteriores, sustenta-se que a vocação e a devolução se referem a uma mesma realidade, considerada, porém, de pontos de vista diferentes.

Assim, se for considerada segundo uma perspetiva subjetivista, ou seja, relacionada com a posição dos sucessíveis, está em causa a atribuição, a estes, do direito de suceder – nisto consiste a vocação, ou numa perspetiva objetivista, isto é, relacionada com os bens que integram a sucessão, está em causa a atribuição destes aos sucessores – e fala-se em devolução.

Sustentam esta orientação Pereira Coelho e Pamplona Corte Real.

Oliveira Ascensão liga a vocação a um momento subjetivo do fenómeno sucessório e a devolução a um momento objetivo, mas, para além disso, demarca as duas figuras em termos que conduzem a autonomizar a sua orientação.

Assim, na vocação ou chamamento “tudo se reduz à atribuição do direito de suceder”: este é o aspeto subjetivo.

A devolução, que constitui o aspeto subjetivo, tem em vista a atribuição dos bens. Para este autor, a posse dos bens pelo herdeiro é automática, ao contrário do que acontece com a titularidade dos mesmos.

No livro do Direito das Sucessões, só acidentalmente surge a palavra vocação (cfr. epigrafe do art.2026.º). O legislador usa chamamento para identificar o fenómeno que normalmente se denomina como vocação.

Logo quando define sucessão, o art.2024.º refere-se ao “chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida”.

Nem por isso, porém, a doutrina fica inibida de designar esta fase de sucessão como vocação.

Quanto à devolução, as duas últimas aceções acima indicadas podem encontrar apoio no citado art.2024.º, ao referir-se, num segundo momento, “a consequente devolução dos bens” pertencentes à herança.

Já no n.º2 do art.2032.º, a palavra “devolução” aparece com outro sentido, mais amplo, pois parece abarcar o próprio chamamento ou vocação.

Relativamente a esta matéria, Luís Carvalho Fernandes, entende que se deve manter a distinção entre vocação e devolução.

Repensando a matéria, entende este autor que, para usar de pleno rigor, faz, na verdade, sentido distinguir, após a abertura da sucessão, uma primeira fase que, para seguir a sugestão legislativa, se poderá identificar como chamamento ou vocação, em que está apenas em causa a seleção do sucessor ou sucessores, e outra em que se dá a atribuição do direito de suceder, mediante cujo exercício, se for no sentido de aceitação, se verifica a aquisição da herança.

Contudo, cumpre reconhecer que a seleção do sucessível só ganha sentido com a consequente atribuição do direito de suceder: uma coisa implica a outra. A autonomização de uma fase meramente ideal, de seleção dos sucessíveis, sem que lhe corresponda qualquer efeito autónomo no desenvolvimento do fenómeno sucessório, não tem utilidade, como bem assinala

Oliveira Ascensão. Ora, um efeito específico só ocorre com a atribuição de direito de suceder. Nisto consiste a vocação.

Com a atribuição do direito de suceder, os bens hereditários ficam postos à disposição do chamado, que os poderá adquirir mediante aceitação.

Poderia chamar-se devolução a este fenómeno de pôr os bens à disposição do sucessível chamado. Mas este não é mais do que um efeito inerente à vocação, que acompanha a atribuição do direito potestativo de suceder. Tal fenómeno só justificaria tratamento autónomo se lhe correspondessem efeitos próprios, como seria a aquisição sucessória. Todavia, o benefício de demonstração ulterior, estes só se verificam, no sistema jurídico português, com a aceitação, tanto pelo que respeita ao domínio como à posse dos bens hereditários.

Em suma, a solução correta é, por isso, a de não autonomizar a devolução como uma fase do fenómeno sucessório.

Capítulo IV - Tutela da Legítima

Noção de legítima. Natureza da legítima

A determinação da natureza jurídica da legítima, enquanto quota reservada aos herdeiros legitimários, é uma das questões clássicas da sucessão legitimária.

Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários (art.2156.º).

O art.2156.º descreve a legítima sob duas perspetivas: a do autor da sucessão e a dos herdeiros legitimários. Para o autor da sucessão, a legítima é a porção de bens de que não pode dispor; para os herdeiros legitimários, a legítima é a porção de bens que lhes é legalmente destinada. Coincidem, assim, as noções de legítima (para os herdeiros legitimários) e de quota indisponível (para o autor da sucessão).⁸⁸

Relativamente à natureza da legítima, confrontam-se duas conceções fundamentais⁸⁹:

- Legítima como parte da herança (*pars hereditatis*): o direito à legítima é um direito a uma parte dos bens da herança. Representa uma parte (ou quota) da herança, calculada segundo determinado critério. O legitimário tem aqui, a posição de sucessor, em particular de herdeiro.
- Legítima como parte dos bens (*pars bonorum*): esta tese não confere mais do que direito a uma parte do valor (abstrato) desses bens. O legitimário não tem, consequentemente, a posição de verdadeiro herdeiro, mas de credor da herança.

Embora o código não resolva expressamente a questão, e não se possam considerar inteiramente definitivos os pontos do regime positivista, na opção entre estas duas construções são mais significativos os elementos que apontam no sentido da construção preferencial da legítima como parte da herança.

Como argumentos a favor desta orientação apresentamos: a própria definição de legítima contida no art.2156.º como “*porção de bens que o testador não pode dispor.*”; a circunstância de a lei identificar claramente o legitimário como herdeiro e como tal o tratar; o

⁸⁸ CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*

⁸⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob. cit. Sucessões*, pág.401-402.

princípio da intangibilidade da legítima, na versão que dele dá o art.2163.º e ainda a redução das liberalidades inoficiosas, que, por vezes, se faz em espécie e não em valor (art.2174.º, n.º1, primeira parte).

Quanto à natureza jurídica da legítima, há que acentuar que esta não é o direito a uma parte do valor dos bens da herança, mas sim o direito a uma parte dos bens da herança. O herdeiro legítimo não é um simples credor da herança por uma quantia em dinheiro calculada sobre o valor desta; tem o direito a uma quota abstrata da herança. Parte-se, pois, da referência ao objeto, que vem descrito como porção de bens e pareceria que se estava perante uma indisponibilidade de uma massa fixa de bens. Mas os preceitos seguintes desvanecem essa impressão, porquanto⁹⁰:

- a) a legítima é variável, oscilando entre 1/2, 1/3 e 2/3 da herança. Não basta, pois, que alguém tenha sucessíveis legítimos para que logo saiba qual será a sua legítima. Esta só se fixa após a abertura da sucessão, com a determinação dos sucessíveis prioritários.
- b) os preceitos, que fixam a legítima numa quota, mostram-nos que o objeto não consiste afinal numa porção de bens, como resultaria do art.2156.º, mas numa dada quota. É esta que está reservada aos herdeiros legítimos.

Tutela da legítima

O art.2163.º proíbe o autor da sucessão de impor encargos sobre a legítima e também de, contra a vontade dos legítimos, designar os bens que a hão-de integrar.

A lei garante a integralidade qualitativa da legítima, como quota do património hereditário.

O autor da sucessão não pode, por atos *inter vivos* ou *mortis causa*, determinar o preenchimento dessa quota, contra vontade dos legítimos.

Tão pouco, pode o testador impor qualquer tipo de encargo sobre a legítima contra vontade do herdeiro, nos termos do art.2163.º.

⁹⁰ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

Assim, qualquer disposição do testador que imponha encargos sobre a legítima terá de entender-se como sujeita à ineficácia resultante da oposição do herdeiro legítimo.

A disposição que gravar toda a herança, em caso de oposição do herdeiro, deverá ficar reduzida, gravando apenas a quota disponível, se a houver, para o legítimo receber a legítima como quota pura.

Cautela Sociniana

É permitido ao testador, mesmo quando tenha sucessivos legítimos, deixar a outrem um usufruto ou constituir a favor de alguém uma pensão vitalícia que, em qualquer dos casos, atinja a legítima. É neste sentido que surge a chamada cautela sociniana, como um meio de os herdeiros legítimos reagirem contra tais disposições.

Contudo, a tutela que este instituto assegura aos legítimos não consiste em manter a intangibilidade da legítima, mas sim, em atribuir-lhe, em alternativa, o direito de adotar um de dois comportamentos, perante a disposição do testador.

O primeiro consiste em cumprir o legado, ou seja, admitir o usufruto ou pagar a pensão vitalícia.

Pode, porém, o legítimo preferir, em vez disso, entregar ao legatário a quota disponível.

Como se pode verificar, é ao legítimo que cabe, perante as circunstâncias, avaliar qual das situações é para ele menos gravosa.

O art. 2164.º não tomou posição no debate doutrinal relativo ao modo de atuar deste instituto, quando haja vários legítimos. Assim, nestes casos, o entendimento correto é o de recorrer ao regime da compropriedade, cuja aplicação a título subsidiário se mostra legitimada pelo art. 1404.⁹¹

⁹¹Neste sentido se pronunciaram Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil, vol. VI, págs. 264-266.

O art.2164.º refere-se explicitamente a duas modalidades de encargos, impostos à legítima, que são clássicos, como, de resto, deixa perceber a própria designação do meio que contra eles reage, recebido do Direito romano.

Apesar de a letra estrita da lei, a doutrina não deixa de colocar o problema de saber se o preceito pode ser alargado a outros encargos, como seja o caso da substituição fideicomissária. Pronuncia-se em sentido afirmativo Oliveira Ascensão⁹², solução que merece o acolhimento do Prof. Luís Carvalho Fernandes.⁹³

Legado em substituição da Legítima

Como a própria designação sugere e o art.2165.º, n.º1 confirma, neste instituto, a vontade do autor da sucessão é a de dispor, a favor do legitimário, de bens determinados que irão substituir a sua quota legítima.

À semelhança do que acontece na cautela sociniana, também aqui no legado em substituição da legítima, a vontade do testador não é de todo determinante da fixação do direito do herdeiro legitimário, já que este tem a liberdade de optar por uma de duas soluções. Aqui a liberdade é efetiva, uma vez que pode mesmo verificar-se o afastamento da vontade do *de cuius*.⁹⁴

Mais uma vez, a lei se mantém fiel ao seu método, continuando a exigir a aceitação para a eficácia desta forma de satisfação da legítima.

Mas a aceitação do legado apresenta-se como a situação normal. Por isso, sendo o sucessível notificado para declarar se aceita ou repudia, se nada declarar entende-se que aceita, nos termos gerais do art.2049.º, mas que aceita o legado e não a herança, logo que é legatário e não legitimário (art.2165.º, n.º3)^{95 96}

⁹² *Direito Civil- Sucessões*

⁹³ *Lições de Direito das Sucessões*

⁹⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob. cit. Sucessões*, pág.435

⁹⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

Se repudiar, recebe a sua legítima nos termos gerais. Mas se aceitar perde o direito à sua legítima, isto é, ou aceita o legado ou recebe a sua legítima. A aceitação do legado implica a perda do direito à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado (art.2165.º, n.º2). Isto implica que, aceitando o legado, o herdeiro não pode exigir quaisquer valores para preenchimento da sua legítima, mesmo que o valor do legado seja inferior àquela (e a parte da legítima que lhe caberia acresce à parte dos outros herdeiros legitimários, se os houver).⁹⁷

O n.º4 do art.2165.º esclarece que o legado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível do autor da sucessão (na legítima do herdeiro). Mas, se exceder o valor da legítima do herdeiro, é imputado, pelo excesso, na quota disponível.

Como qualquer outro legado, o legado em substituição da legítima está sujeito a eventual redução por inoficiosidade, se, ultrapassando a legítima do beneficiário do legado, afetar a legítima dos outros herdeiros legitimários.

Legado por conta da Legítima

No legado por conta da legítima, o testador faz uma atribuição de bens a certo legitimário, para aqueles serem levados em conta (imputados) na sua quota legitimária.⁹⁸

Adaptando a letra da lei (art.2163.º), o testador designa bens para preencher essa quota. É, no fundo, um caso de herdeiro *ex re certa*.

Apesar de o Código Civil não se ocupar especificamente deste tipo de legado, o mesmo não pode ser desconsiderado, em função do art.2163.º.

⁹⁶ A maior dificuldade referente a esta situação, no domínio do Código de Seabra, estava em conjugar o caráter formal do repúdio com esta perda do direito à legítima que sobreviria por mero efeito de aceitação do legado. A questão perdeu significado, pois o art.2165.º, n.º2 expressamente determina que a aceitação do legado implica a perda do direito à legítima, assim como a aceitação da legítima envolve a perda do direito ao legado. Dá-se a caducidade de um dos títulos em alternativa, independentemente do repúdio.

⁹⁷ DIAS, Cristina, *Lições do Direito das Sucessões*

⁹⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Direito das Sucessões*, pág.437

Quer isto dizer que, apesar de ser um legado válido, não pode ser imposto ao legitimário, ficando a sua eficácia dependente de aceitação deste.

Como se pode ver, o legitimário é inteiramente livre de aceitar ou repudiar o legado. Se o aceitar, mantém a sua qualidade de herdeiro legitimário, tendo em consequência direito a preencher a sua quota legitimária com os bens que, para além do legado, sejam necessários para a integrar.

Dito de outro modo, este legado interfere apenas com o aspeto qualitativo da legítima e não com o seu aspeto quantitativo.

Além disso, se a quota disponível não estiver esgotada, o legitimário a quem foi feito este legado tem direito de a ela concorrer com os demais herdeiros legítimos.

Redução por inoficiosidade

Para defesa da sua legítima, os herdeiros legitimários têm um meio de reagir contra as disposições de carácter gratuito que o autor da sucessão tenha realizado, entre vivos ou *mortis causa*, que ofendam a sua legítima, que é a redução por inoficiosidade.⁹⁹

O qualificativo é da própria lei, que define no art.2168.º como inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários. Acentue-se que tanto se têm em vista as doações como os legados.¹⁰⁰As liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida (art.2169.º).

O direito de reduzir as liberalidades é irrenunciável em vida do autor da sucessão (art.2170.º). No entanto, este direito caduca dentro de dois anos, a contar da aceitação da herança pelo herdeiro legitimário, conforme dispõe o art.2178.º.¹⁰¹

⁹⁹ DIAS, Cristina, *Lições do Direito das Sucessões*

¹⁰⁰ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

¹⁰¹ DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*

Qual a ordem da redução?

Nos termos do art.2171.º, a redução abrange, em primeiro lugar as disposições testamentárias a título de herança, em segundo lugar, os legados e, por último, as liberalidades feitas em vida.

Se a redução das liberalidades que ocupam o primeiro lugar, na ordem de redução for suficiente para preencher a legítima dos herdeiros legitimários, não se reduz as que ocupam os lugares subsequentes na referida ordem.

Os arts. 2172.º e 2173.º regulam especificamente a redução das referidas liberalidades.

As deixas a título de herança são reduzidas proporcionalmente. Se houver vários herdeiros, cada um terá de sofrer uma redução proporcional no seu quinhão (art.2172.º, n.º1). Não é despidiendo que se comece pelo herdeiro: é a posição deste que antes de mais atinge o legitimário, em que a lei vê tanto um herdeiro nato, um continuador do *de cuius*, que lhe dá um direito a ser herdeiro. Este direito, como vivos, só se perde pelo repúdio ou pelo afastamento da sucessão, ou pela aceitação de certa massa de bens em substituição da legítima.

A redução dos legados faz-se também proporcionalmente (art.2172.º, n.º1). Em todo o caso, aqui como na redução das disposições a título de herança, é necessário não perder de vista a regra do n.º2 do mesmo artigo: esta matéria também está na disponibilidade do testador, que pode indicar que certas disposições produzirão efeito de preferência a outras.

A lei só fala em redução. Mas é claro que se toda a atribuição a título de herdeiro for inquinada a instituição caduca e, por isso, se passa aos legatários. Da mesma forma, se todo o legado for atingido, não se dá uma mera redução, mas a caducidade da instituição de legatário e, por isso, se passa às liberalidades feitas em vida.

Capítulo III - Sucessão Legitimária

Designação Legitimária

A designação legitimária participa do caráter imperativo da sucessão legitimária, referido no art.2027.º. Daí que o autor da sucessão não possa alterar o elenco dos herdeiros legitimários, também chamados forçosos, não possa mudar a ordem e os termos em que estes são chamados à sucessão e, igualmente, não possa modificar a porção da legítima fixada pela lei para os seus herdeiros legitimários nem, nos termos do art.2163.º, compor unilateralmente a legítima destes ou sujeitá-los a encargos.

Também não pode, arbitrariamente e por simples manifestação de vontade, afastar qualquer sucessível legitimário da herança.¹⁰²

A situação jurídica dos sucessíveis legitimários, mesmo na fase de mera designação sucessória, encontra-se dotada de uma significativa consistência. Quer pela limitação dos poderes jurídicos do autor da sucessão, quer por dispositivos legais facultados aos sucessíveis para defesa das suas legítimas. É o caso de possibilidade irrenunciável (cfr. art.2170.º), de redução por inoficiosidade das liberalidades do autor da sucessão que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários, que abrange, acentue-se, não apenas liberalidades que hajam de produzir os seus efeitos após a morte do autor da sucessão, mas, igualmente, liberalidades que

¹⁰² Diga-se, todavia, que a vontade do autor da sucessão assume da deserdação um relevante papel, pois a incapacidade por tal motivo não vigora antes da manifestação dessa vontade, diferentemente do que acontece com a indignidade (cfr. arts.2037.º e 2038.º). Assim, na deserdação a lei como que delega no autor da sucessão, exclusivamente, o juízo sobre o herdeiro legitimário, apesar de uma certa gravidade das faltas cometidas, deverá ser ou não excluído da sucessão legitimária, o que terá de ser feito através de uma forma solene e específica (o testamento) e com expressa declaração de causa (até para permitir a impugnação). Tal radica, em duas ordens de considerações contrapostas: no anverso, uma especial consistência da designação legitimária e uma intensa proteção dos designados legitimários, que determinam a exclusividade e a forma do modo de deserdação (na indignidade sucessória qualquer sucessível diretamente interessado na sucessão pode intentar a ação de declaração de indignidade – art.2036.º), no verso, uma especial responsabilidade dos designados legitimários perante o autor da sucessão, devido a estreitos laços de sangue, de afetividade presumida e de interesses, que conduz a valorar mesmo algumas menos graves infrações aos seus deveres (cfr. als.a) e b), do n.º1, art.2166.º. Com um âmbito incriminatório mais amplo do que das correspondentes als.a) e b) do art.2034.º) e a que seja o sucessível legitimário a ter iniciativa processual e o ónus de prova em contrário (art.2167.º ao invés do que acontece com a indignidade, arts. 2036.º e 2037.º, embora a prova desta nos casos das als. a) e b) do art.2034.º se encontre bastante facilitada.

produzem os seus efeitos próprios em vida deste. Só que esse dispositivo apenas pode ser utilizado pelos sucessíveis legitimários após a morte do *de cuius*.¹⁰³

Daqui não se retire, porém, que os sucessíveis legitimários têm em vida do autor da sucessão um direito subjetivo à quota-parte que constitui a sua porção legitimária ou, muito menos, um direito subjetivo aos bens em concreto do património hereditário que possam integrar a sua quota. Na verdade, de acordo com o n.º1 do art.2050.º, o domínio e a posse dos bens da herança só se adquire pela aceitação¹⁰⁴ e esta só pode ter lugar após a abertura da sucessão, ou seja, após a morte do *de cuius* (cfr. arts. 2028.º e 2050.º), e conforme os arts.2062.º e segs e 2114.º, n.º2, o repúdio da herança pode abranger a porção legitimária.

Em face dos poderes concedidos a tais sucessíveis, estes têm em vida do autor da sucessão uma expectativa juridicamente tutelada à sua porção legitimária.

Assim, entre o momento inicial da designação sucessória legitimária e o da abertura da sucessão, relativamente a cada designado podem surgir diversas alterações, não emergentes da vontade privada do autor da sucessão, que modifiquem a vocação. Nomeadamente, a superveniência de sucessíveis legitimários, prioritários na escala legitimária, a morte ou incapacidade dos designados e a alteração legal da ordem reguladora da sucessão legitimária, que terão de ser tomadas em conta para a apreciação da concreta prevalência das designações sucessórias e de conseqüente vocação sucessória.

Autonomia da sucessão legitimária

As divergências da doutrina portuguesa que existiram no passado sobre a autonomia da sucessão legitimária, dissiparam-se na vigência do Código de Seabra.

¹⁰³ Na verdade, face às possíveis flutuações do património do *de cuius*, só na altura da morte deste, é que se está em condições de saber se há ofensa à reserva legitimária, e é isso que precisamente se tem em conta no n.º1, do art.2162.º.

¹⁰⁴ Embora, de acordo com o n.º1 do art.2050.º, o “domínio e a posse dos bens da herança” se adquiram pela aceitação da herança, isto independentemente da sua apreensão material; todavia, a plenitude e a exclusividade dos direitos dos herdeiros (v. art.2030.º) sobre bens certos e determinados só se adquire, embora com efeitos retroativos mas sem prejuízo do disposto quanto a frutos, após a realização da partilha entre os interessados (cfr. arts. 2119.º e 2101.º e segs.)

Seguiu o mesmo sentido a diretriz adotada pela Comissão encarregada pela elaboração do novo Código, que estabeleceu a plena autonomia da sucessão legitimária perante a sucessão testamentária e legítima. Foi, na verdade, essa a solução que veio a ser consagrada.

Assim, face a esta concretização da autonomia da sucessão legitimária importa perceber o sentido da remissão do art.2157.º, já que decorre da parte final deste que a sucessão legitimária se rege pelas mesmas regras que dominam a sucessão legítima. Contém, pois, neste preceito, uma remissão para os artigos 2134.º a 2138.º.

Apesar desta remissão do art.2157.º, acontece quase como se os artigos 2134.º a 2138.º mudassem de natureza, porquanto passam a valer, na sucessão legitimária, como normas injuntivas.

Nesta senda, cumpre-nos enunciar os pontos fundamentais que assinalam a diversidade de regime da sucessão legitimária e da legítima, afastando a conceção da sucessão legitimária como mera limitação à liberdade de testar.

Desde logo, a diversidade das classes de sucessíveis, na sucessão legítima e na legitimária, tem de ser entendida em termos adequados.

Na verdade, há classes de sucessíveis comuns a estas duas modalidades de sucessão, para além de ser também igual a sua hierarquia (art.2157.º). Acontece, porém, que os sucessíveis legítimos compreendem muitas mais categorias e classes, preenchidas por diversos parentes e familiares adotivos do *de cuius* e até pelo Estado.

Acresce que mesmo a assinalada coincidência é mais aparente do que real. São, sem dúvida, em certos casos, as mesmas pessoas chamadas a suceder. Mas não é necessariamente assim, pois basta que o autor haja disposto, como pode fazer, de toda a sua quota disponível a favor de terceiros, para, por exemplo, os seus descendentes, chamados a suceder, manterem a qualidade de sucessores legitimários, mas não a de sucessíveis legítimos.

Um argumento adicional para fundar a autonomia da sucessão legitimária perante a legítima pode retirar-se do disposto no art.2055.º, n.º2.

Considere-se aqui, o caso de o autor da sucessão A, deixar como herdeiros dois filhos, B e C, e de atribuir a estes, no seu testamento, a quota disponível. Se C, não tendo descendentes, repudiar essa disposição testamentária, como o art.2055.º, n.º2, lhe permite, deixa de haver

identidade entre os sucessíveis chamados a essa quota, que caberá somente a B, a título de sucessão legítima, e os chamados à quota indisponível (B e C), a título de sucessão legitimária.

Outra das notas em que se manifesta justamente a diferente configuração da posição sucessória dos herdeiros legitimários e legítimos, prende-se com a diversidade de objeto de cada uma destas modalidades da sucessão.

A sucessão legitimária respeita sempre, e apenas, a uma quota da herança, enquanto a sucessão legítima, em certos casos, abrange toda a herança, muito embora possa surgir também limitada pelo concurso, tanto da sucessão legitimária como da voluntária.¹⁰⁵

No entanto, o que mais releva neste domínio é o facto de não ser, em rigor, coincidente o próprio conceito de herança com que cada uma destas modalidades de sucessão lida, como se passa a evidenciar.

A sucessão legítima, como regra, assegura o destino dos bens que existem no momento da morte de certa pessoa, seja no todo, seja em parte.

De modo bem diferente se passam as coisas na sucessão legitimária, uma vez que, para assegurar a consistência da posição dos respetivos sucessíveis, além desses bens, há que atender, no cálculo da herança, às liberalidades feitas em vida pelo autor da sucessão. Daí que essas mesmas liberalidades – e também as atribuições feitas *mortis causa* – possam ser atacadas pelos sucessores legitimários, quando atinjam a sua legítima.

Por último, importa analisar uma das mais relevantes notas que marcam a autonomia da sucessão legitimária: a diversa natureza das normas jurídicas que regem a sucessão legítima e a legitimária.

A importância desta nota autonomizadora da sucessão legitimária resulta de ser clássico o argumento, contrário à autonomia, retirado do facto de, em qualquer dos casos, constituir a lei a fonte de vocação de tais sucessíveis, por contraposição à vontade do autor da sucessão, que caracteriza a sucessão voluntária, a testamentária, em particular. No domínio do Código de Seabra, os negadores da autonomia da sucessão legitimária invocavam mesmo, em benefício da sua tese, o seu art.1735.º, onde se estatuiu que a sucessão tinha por fundamento a lei ou a vontade do *de cuius*.

¹⁰⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições do Direito das Sucessões*

Este argumento é todavia destituído de valor. Se a sucessão legal, para usar a terminologia do atual Código, radica sempre na lei, é bem diferente a natureza das normas que regem a sucessão legítima e a legitimária. Aquelas são, em regra, normas dispositivas, que o autor da sucessão pode afastar, por ato de vontade; pelo contrário, são, em geral, injuntivas as normas que regem a sucessão legitimária.

Assim, só tendo em conta a diferença da natureza das normas se atinge o verdadeiro alcance de remissões para normas da sucessão legítima a que o legislador, por vezes, recorre na fixação do regime da sucessão legitimária.

Natureza da vocação legitimária

Sabendo nós que o legitimário pode satisfazer-se por legados ou doações em vida, poderia dizer-se que o que há de essencial é ser atribuído ao legitimário direito a uma quota de bens, antes mesmo da abertura da sucessão.

Essa opinião pode pretender-se confirmada pelo facto de a lei referir uma indisponibilidade logo na definição da legítima (art.2156.º)¹⁰⁶.

No entanto, estamos em crer que não seja só isso. O legitimário não tem apenas direito a uma quota do património, tem também direito a ser chamado a suceder como herdeiro numa quota do património, o que é algo de mais preciso. Isto quer dizer que há direito de vir a suceder como herdeiro, quando referido a período anterior à abertura da sucessão.

Após a abertura da sucessão, tende a tornar-se um direito de suceder como herdeiro. Ambos os aspetos podem ser abrangidos, falando simplesmente num direito à legítima.

O legitimário pode renunciar a este direito à legítima de forma expressa, que acontece através do repúdio, após a abertura da sucessão, ou de forma implícita, renúncia esta que só se pode fazer após a abertura da sucessão. A aceitação de doações em vida não exclui o direito de suceder como herdeiro.

¹⁰⁶ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

Após a abertura da sucessão, nem a aceitação de um legado em substituição da legítima importa a perda do direito de suceder como herdeiro. Mesmo, então, o objeto da vontade é a aceitação do legado, sendo a perda do direito uma consequência legal.¹⁰⁷

Tem também o legitimário o direito de suceder em bens não onerados, com os limites representados pela cautela sociniana e, ainda, o direito a suceder em bens indeterminados. Qualquer composição da legítima pelo autor da sucessão exige a aceitação do legitimário.

Também aqui, a perda do direito à indeterminação do objeto é uma consequência legal da aceitação da liberalidade (antes ou depois da abertura da sucessão) ou da conformação com o preenchimento da quota realizado *mortis causa*.

¹⁰⁷ ASCENSÃO, Oliveira, *ob. cit.*

Capítulo V - Capacidade Sucessória

Capacidade e Ilegitimidade

O conceito jurídico de ilegitimidade carrega consigo a ideia de usurpação de um direito alheio, de um exercício de um direito para o qual, embora em abstrato se tenha capacidade, quando inserido numa relação jurídica concreta, carece da correspondente titularidade por parte daquele que ilegitimamente o exercita.

Parece-nos, pois, que a ilegitimidade, impedindo a produção de efeitos jurídicos de certo ato praticado por um sujeito de direito, tal como a incapacidade de exercício, diferentemente desta, funda a sua razão de ser num momento anterior, qual seja o da pertinência ou titularidade da relação jurídica cujos efeitos se pretende desencadear, ao sujeito atuante, o que explica que o vício para a ilegitimidade seja a nulidade, enquanto que para a incapacidade vigora a anulabilidade.

A ilegitimidade importa sempre a ausência de título bastante e reporta-se a uma relação entre o sujeito (ilegítimo) e o objeto concreto do direito que aquele pretende atuar.

Ao contrário, a incapacidade de exercício pressupõe sempre a titularidade do direito em questão e pode fundar-se numa qualidade natural do incapaz e, então, surge naturalmente estabelecida no seu interesse e é suprável por representação ou assistência.

Capacidade Sucessória

A capacidade, como requisito da vocação, vem especificamente regulada nos arts. 2032º e 2033.º.

A capacidade para suceder conforma-se como uma qualidade das pessoas para adquirirem, mortis causa, direitos e vinculações. Está-se perante uma capacidade de gozo.

Fica claro que não está em causa apurar, em sede de vocação, as implicações da situação jurídica dos incapazes próprio sensu (menores, interditos, inabilitados), ou seja, das pessoas que sofrem de incapacidade de exercício.

Trata-se, manifestamente da capacidade para receber atribuições patrimoniais sucessórias e não para as fazer. Neste sentido, se diz capacidade sucessória (de gozo) passiva e não ativa.

A capacidade sucessória como regra

Tanto as pessoas singulares como as coletivas têm capacidade jurídica para poderem ser chamadas à sucessão de pessoas singulares.

Que, em princípio, toda e qualquer pessoa física tem capacidade sucessória é um princípio já conhecido da Teoria Geral do Direito Civil, pelo qual a capacidade civil em regra abrange também a capacidade para efeitos sucessórios. Resulta também do art.67.º.

Só que este princípio geral da capacidade jurídica é alvo das especialidades previstas no art.2033.º, no sentido do seu alargamento. Na verdade, combinando-se meramente o art.67.º com o n.º1 do art.66.º, resultaria que só as pessoas nascidas completamente e com vida teriam capacidade sucessória.¹⁰⁸

A lei admite ainda, para qualquer tipo de sucessão, a vocação sucessória dos nascituros já concebidos e, na sucessão testamentária e contratual, o chamamento de certos nascituros não concebidos.

Por outro lado, não vigoram quanto ao facto de vocação sucessória em si mesma quaisquer incapacidades de gozo ou de exercício, mesmo que filiadas em insuficiências naturais, pelo que os menores, os interditos, os inabilitados e, em geral, os incapazes de celebrar negócios jurídicos têm capacidade para a vocação sucessória.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Por força do art.2033.º, n.º1, e a exemplo dos nascituros já concebidos, as pessoas singulares em situação de parto mas ainda não nascidas completamente no momento da abertura da sucessão têm capacidade sucessória, só que terão seguidamente de nascer completamente e com vida, nem que seja por um breve instante, pois tal é condição necessária para a atribuição de direitos às pessoas singulares (art.66.º). Nesta conformidade, os nados- mortos não são sujeitos de vocação sucessória, mesmo que o seu nascimento ocorra após a abertura da sucessão.

¹⁰⁹ Cfr., neste sentido, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, 1992, págs. 211 e segs., e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Sucessões*, 2000, pág.138. Sem embargo, a lei exige, porém, para a prática de certos atos jurídicos integrantes do fenómeno sucessório, que os incapazes sejam devidamente representados e, por vezes, condiciona tais atos e certas exigências, v.g. a obrigatoriedade de aceitação da herança a benefício do inventário (art.2053.º) e a necessidade de autorização judicial para os pais, como

A capacidade sucessória passiva como requisito da vocação

O n.º1 do art.2032.º faz depender a vocação da “necessária capacidade”, o que parece envolver em si mesma várias consequências.

Desde logo, a de a capacidade ser requisito da vocação, uma vez que a sua falta exclui o chamamento; a de a capacidade ter de existir no momento da abertura da sucessão; a de os sucessíveis poderem não ser dotados de capacidade, o que coloca a questão de saber se pode haver personalidade jurídica sem capacidade sucessória passiva.

A capacidade passiva é requisito da vocação, portanto, só os dois outros pontos acima assinalados necessitam de ser agora esclarecidos e desenvolvidos.

1. Saber se a capacidade tem de existir no momento da abertura da sucessão.

Sem dúvida, a grande regra vai no sentido de o apuramento da existência de capacidade coincidir com o momento da abertura da sucessão, logo, e normalmente, com a vocação.

Estão, porém, já adquiridos os elementos necessários para se poder afirmar que em determinadas situações – nascituros *latu sensu*, pessoas coletivas a constituir – a verificação do requisito da capacidade em momento posterior à abertura da sucessão é relevante; acontece, então que a própria vocação é diferida, deixando de coincidir com a data da morte do *de cuius*.

Por outro lado, a regra acima enunciada pode ser complementada no sentido de se afirmar que é suficiente, em geral, que a capacidade exista no momento da abertura da sucessão.

2. Pôr em causa a determinação do sentido do art.2033.º.

O preceito começa por afirmar, no seu n.º1, a regra de coincidência entre a personalidade jurídica e a capacidade sucessória passiva, no campo da personalidade singular, isto é, das pessoas físicas.

Assim, bem vistas as coisas, é correto afirmar que as pessoas jurídicas tem a capacidade (de gozo) sucessória passiva ajustada à sua natureza. É dessa capacidade que os arts. 2032.º e 2033.º se ocupam.

representantes dos filhos, repudiarem a herança ou legado (al. j) do n.º1 do art.1889.º) ou aceitarem a herança, doação ou legado com encargos (al.e) do n.º1 do art.1889.º) e para os tutores aceitarem, como representantes de menor, qualquer espécie de herança, doação ou legado (al.c), n.º1 do art.1938.º)

Capítulo VI - Incapacidades Sucessórias

Apesar de a capacidade ser a regra, casos há em que a lei, excecionalmente, considera certas pessoas, perante outras, como inidóneas para lhes sucederem como herdeiras ou legatárias, pelo que, desde logo e radicalmente, não lhes atribui legitimidade¹¹⁰ para serem destinatários da vocação sucessória relativamente ao património hereditário dessas outras pessoas.

Isto pode acontecer por legalmente se entender que, pelo seu comportamento face ao *de cuius*, determinadas pessoas se tornaram indignas, socialmente ou de acordo com a vontade presumida do *de cuius*, de lhe suceder (é o caso das situação do art.2034.º), ou porque, dadas as particulares relações existentes entre certas pessoas e o *de cuius*, a liberdade da disposição testamentária deste está em si mesma prejudicada (arts.2192.º a 2195.º, 2197.º e 2198.º) ou colide com interesses legalmente protegidos de terceiras pessoas (art.2196.º) ou, ainda, porque tendo determinadas pessoas, ligadas entre si por certos laços de parentesco, de adoção ou de dependência jurídica, celebrado entre elas casamento que a lei vê com desfavor, por isso mesmo as sanciona com a incapacidade sucessória voluntária recíproca (art.1650.º, n.º2).

Incapacidades na sucessão legitimária

É uma questão já clássica na doutrina a de saber se as incapacidades sucessórias por motivo de indignidade previstas no art.2034.º se aplicam a todas as espécies de sucessão ou se elas estão excluídas para a sucessão legitimária, que no art.2166.º comporta o instituto próprio da deserdação.

Se por um lado temos autores como Oliveira Ascensão, Nuno Espinosa e Capelo de Sousa, que são da opinião que as ilegitimidades sucessórias por motivo de indignidade previstas

¹¹⁰ Na sequência da distinção da nossa doutrina (cfr. Manuel de Andrade e Mota Pinto), entre incapacidade (como um modo de ser do sujeito em si, visando a tutela de interesses do próprio incapaz) e ilegitimidade (um modo de ser para com os outros, visando a tutela de interesses alheios), a legalmente chamada incapacidade sucessória (cfr. arts. 1650.º, n.º2 e 2034.º) por indignidade enquadra-se melhor no âmbito da ilegitimidade, dado o seu carater relativo e atento o facto de ser possível a reabilitação do indigno (art. 2038.º), por força exclusiva de manifestação de vontade nesse sentido do autor da sucessão, o que atesta que tal proibição sucessória é estabelecida no interesse deste.

no art.2034.º se aplicam a todas as espécies de sucessão. Por outro lado, o Prof. Pereira Coelho entende que essas ilegitimidades não valem para a sucessão legitimária.¹¹¹

A nós parece-nos que o art.2034.º é aplicável a todas as formas de sucessão.

A favor desta tese podemos invocar alguns argumentos. Em primeiro lugar, o art.2034.º insere-se no título (I) “das sucessões em geral” e na secção que trata da “capacidade sucessória”. Em segundo lugar, o art.2034.º, ao dispor que “carecem de capacidade sucessória (...)”, não distingue entre as várias espécies de sucessão. Em terceiro lugar, o n.º2 do art.2037.º estabelece que “na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes.” Ora, a sucessão legal é legítima e legitimária e, se o legislador quisesse excluir a sucessão legitimária, tê-lo-ia dito. Por último, o instituto da deserdação, aplicando-se exclusivamente à sucessão legitimária, não abarca situações como aquela em que o *de cuius* já não pode afastar o sucessível por testamento, porque entretanto morreu ou não teve conhecimento das afrontas que este lhe fez.¹¹²

Concluimos e partilhamos da opinião do Prof. Oliveira de Ascensão no sentido de que, na sucessão legitimária funcionam cumulativamente os institutos da deserdação e da indignidade, sendo este supletivo em relação àquele.¹¹³

O que é, aliás, coerente com o facto de o legitimário, sendo o herdeiro por excelência, estar sujeito a mais e não a menos obrigações que o sucessor comum.

A deserdação é, portanto, também uma indignidade, ou seja, uma ilegitimidade sucessória passiva, destinando-se a afastar um legitimário. Apenas difere da indignidade em sentido restrito, por ter origem voluntária.¹¹⁴

Note-se que a aplicabilidade da indignidade ao herdeiro legitimário ficou também consagrada no acórdão do Supremo, de 23 de Julho de 1974.

¹¹¹ CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, “O art.2166.º será, assim, uma normal especial que derroga, para a sucessão legitimária, as normas dos artigos 2034.º e seguintes, nos limites do seu âmbito de aplicação.”

¹¹² SANTOS, Eduardo dos, *O Direito das Sucessões*

¹¹³ Oliveira Ascensão, *Direito Civil- Sucessões*

¹¹⁴ OLIVEIRA, Ascensão, *ob. cit.*

O Instituto da Indignidade

Código de 1966	Projeto de Galvão Telles	1ª Revisão Ministerial	2ª Revisão Ministerial	Projeto Cód. Civil	Código 1867
2033.º	8.º, 9.º, 10.º	2083.º	2033.º	2033.º	1776.º a 1779.º, 1781.º
2034.º	11.º Iº	2084.º	2034.º	2034.º	1749.º, 1782.º, 1937.º
2035.º	11.º, IIº	2085.º	2035.º	2035.º	
2036.º		2086.º	2036.º	2036.º	
2037.º	12.º	2087.º	2037.º	2037.º	1749.º, 1782.º, 1937.º, 1938.º, 1940.º
2038.º	13.º	2088.º	2038.º	2038.º	1782.º, único

Qualificação da Indignidade na Doutrina Portuguesa

No âmbito do Código de Seabra

Segundo o Prof. José Tavares “ (...) o que importa é determinar os efeitos da indignidade e é fácil ver que eles são precisamente os mesmos da incapacidade em geral (...).”¹¹⁵

Também o Prof. Paulo Cunha parece aderir à qualificação das indignidades como incapacidades sucessórias passivas. Segundo este autor, “Importa observar que os preceitos referidos, ora estabelecem verdadeiras incapacidades, ora referem simples casos de capacidade testamentária. Fácil é ver que as indignidades resultam de uma conduta do instituído, posterior à abertura da sucessão. Não podem, rigorosamente, ser entendidas como incapacidades para ter vocação sucessória. São casos em que o indigno teve vocação sucessória, mas por ter tomado mais tarde uma conduta indigna, a lei destrói o que já estava feito: trata-se de caducidade de uma deixa testamentária. O que sucede é que a lei trata conjuntamente os casos de incapacidade e caducidade.”¹¹⁶

Segundo o civilista Prof. Cunha Gonçalves, ao fazer reportar as indignidades não só ao momento da abertura da sucessão e, portanto, à aquisição do direito de suceder, mas ao da própria feitura do testamento, rejeita o qualificativo de incapacidades, afirmando tratar-se de “casos de caducidade ou revogação legal da disposição feita a favor de certas pessoas (...)”

¹¹⁵ *Sucessões e Direito Sucessório*, vol.I, 1903

¹¹⁶ *Direito das Sucessões III*, Lições policopiadas, pág.149 e segs

meras penalidades civis impostas por atos delituosos, a pessoas que, anteriormente, não eram incapazes de adquirir.¹¹⁷

Este autor continua a falar de “incapacidades por indignidade”, fazendo-nos crer que aquelas objeções visaram exclusivamente a sucessão voluntária e não a intestada. Aliás, não poderia ser de outro modo, já que, sendo o sucessor legal objeto de incapacidade por indignidade, não seria tecnicamente correto falar-se de um fenómeno de revogação – ato voluntário por excelência (ato revogatório) e sempre referido a um outro ato também ele voluntário.

Discutível nos parece, ainda, qualificar a indignidade como revogação legal ou caducidade pura e simples de uma deixa testamentária.

Esta será na sucessão testada um dos efeitos da indignidade, mas não a própria indignidade. Natureza e efeitos não podem identificar-se sem mais, embora por vezes se chegue à primeira através de uma análise cuidada dos segundos, mas isto, tão só, porque nos seus efeitos se revelam, não raro, o fundamento e a essência de um instituto.¹¹⁸

Após a entrada em vigor do Código Civil de 1966

Constava já do Anteprojeto do Prof. Galvão Telles, a qualificação das indignidades como incapacidades sucessórias passivas.

Todavia, tal qualificação, implicava uma verdadeira incapacidade particular (relativa) de gozo e não de exercício, uma vez que impedia a própria aquisição do direito de suceder.

O Prof. Galvão Telles responde “às observações e apreciação das contra propostas” apresentadas pelos restantes membros da Comissão, relativamente ao art.7.º “ (...) aberta a sucessão, a primeira fase que logicamente surge, é o chamamento: são chamadas as pessoas segundo a hierarquia a que se refere o art.7.º, mas para ver se podem ou não sê-lo efetivamente é preciso averiguar se têm ou não capacidade de suceder.”

Assim, para este professor, a capacidade sucessória surgiria logo como requisito do chamamento, impedindo, a sua falta, a consequente devolução do direito de suceder do indigno.

¹¹⁷ *Tratado Direito Civil*, Vol.IX, 1934, pág.716

¹¹⁸ CRUZ, Branca Martins da, *Reflexões Críticas sobre a Indignidade e a Deserdação*

Em contrapartida, o Prof. Pereira Coelho aceita a qualificação legal sem discussão, definindo-a como “idoneidade para ser destinatário de uma vocação sucessória.”¹¹⁹

Também nas palavras deste autor “A capacidade sucessória, assim entendida, não se confunde com a capacidade exigida para a prática dos vários atos ou negócios a que haja lugar no decurso do fenómeno sucessório.”¹²⁰ o que parece implicar uma possível adesão à ideia de capacidade particular (relativa).¹²¹

Todavia, vem o mesmo, posteriormente, defender que a indignidade não opera “*ipso jure*”, carecendo de “ação judicial em que se declare a indignidade do herdeiro ou legatário”.

Por outro lado, o Prof. Oliveira de Ascensão¹²² entende a indignidade como ilegitimidade e não como incapacidade. Para defender esta tese, invoca argumentos como o carácter relativo da indignidade, a proteção do incapaz como finalidade necessária da capacidade. A incapacidade exigiria obrigatoriamente uma “deficiência natural de um sujeito” e ainda a construção em que o legislador se fundou para a sua classificação é errónea, desprovida de “rigor científico”.

Adere a esta posição o Dr. Eduardo dos Santos, nas suas lições policopiadas de 80/81. Este autor funda a sua opinião essencialmente no argumento da relatividade das indignidades por oposição à relatividade das incapacidades, relatividade essa que é típica das ilegitimidades que traduziram “modos de ser dos sujeitos para com os outros”, sendo as incapacidades “modos de ser dos sujeitos em si”.

Neste sentido, também o Dr. Rabindranah Capelo de Sousa, nas suas “Lições do Direito Sucessório I”, sufraga esta posição “relatividade da ilegitimidade” e ainda pelo “facto de ser possível a reabilitação do indigno”, o que atestaria o interesse de terceiro – o autor da sucessão – na referida ilegitimidade.” Afirma ainda “ (...) não vigoram quanto ao facto da vocação sucessória em si mesma quaisquer incapacidades de gozo ou de exercício (...) ”; “o efeito principal da incapacidade sucessória por motivo de indignidade é o de tornar inexistente a eventual vocação sucessória do indigno (...) ”

¹¹⁹ *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao ano letivo de 1966/67, pág.177

¹²⁰ *Ibidem*, pág.177

¹²¹ CRUZ, Branca Martins da, *Reflexões Críticas sobre a Indignidade e a Deserdação*

¹²² *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

O Prof. Espinosa Gomes da Silva também adere a esta tese da ilegitimidade. Para este autor o problema principal estará na forma como operam as causas de indignidade e tomando partido pela necessidade da declaração judicial para que a indignidade possa “produzir efeitos”.

Contudo, o Dr. Cunha de Sá, partilha da opinião de que existem verdadeiras capacidades sucessórias passivas, nas quais inclui a indignidade. No entanto, existem, para este autor, duas ordens de dificuldades que a doutrina da legitimidade sucessória ainda não resolveu satisfatoriamente:

1. Carece de ser previamente demonstrado que não possa haver incapacidades específicas ou relativas. A não pode suceder a B. Contudo, pode suceder em relação a C, D e E.

2. Toda a incapacidade de suceder surge sempre, afinal, num concreto fenómeno sucessório e a esta se circunscreve, pois a ninguém falece a aptidão, por falta de qualidades intrínsecas e abstratas, para ser beneficiário, em geral, de transmissões por morte.

Se não há qualquer incapacidade genérica para suceder como falta de uma qualidade jurídica geral, também não faria sentido nem teria verdadeira utilidade o conceito supostamente autónomo de ilegitimidade sucessória.

No Direito Estrangeiro

Vamos agora fazer uma breve análise de outros sistemas jurídicos que se aproximam do nosso, embora sem quaisquer pretensões de fazer Direito Comparado.

- Código Civil Francês: começando pelo “*Code Napoléon*”, por ser o mais antigo código civil europeu, dir-se-á não ter constituído intenção clara do legislador francês, a qualificação da indignidade como uma incapacidade sucessória, pois o art.725.º, sob a epígrafe “Das qualidades Exigidas para suceder”, parece considerar incapaz para suceder, tão só, aquele que não existe no momento da abertura da sucessão, e que serão: aquele que não se encontra ainda concebido e a criança que não nasceu viável,¹²³ visto a morte civil que vinha prevista no n.º3 ter desaparecido com a lei de 30 de Maio de 1854. Também o art.727.º, ao afirmar que “são indignos de suceder, e, como tal, excluídos da sucessão” –

¹²³ No original, n.º2 art.725.º: “L’enfant qui n’est pas né viable.”

seguindo-se a enumeração das causas de indignidade – nos parece dirigir-se no sentido de um não comprometimento com qualquer qualificação “*a priori*”, abandonando tal tarefa à concetualização doutrinária e cujo efeito principal consiste na exclusão do indigno da sucessão em causa. Exclusão esta que só poderá ter esse caráter quando a causa de indignidade venha a verificar-se na sua plenitude apenas após a abertura da sucessão. Quando, por exemplo, as condenações a que se referem os n.ºs 1 e 2 do art.727.º venham só a ser proferidas após a abertura da sucessão e sempre na hipótese prevista no n.º3: “O Herdeiro maior que, conhecedor do homicídio do “de cujus” não o denunciou à justiça.”

Os problemas que se levantam no âmbito deste código não têm propriamente a ver com a natureza conceitual da indignidade, mas essencialmente com o seu modo de atuar: “*ipso jure*” ou “*officio judicis*”, questão cuja resolução os autores não fazem depender essencialmente daquela concetualização.”¹²⁴

- Código Civil Espanhol: Já neste Código se põe em especial acuidade o problema que até agora nos tem vindo a ocupar. E põe-se mesmo em moldes muito idênticos aos do Direito Português. Nos termos do art. 744.º “poderão suceder por testamento ou “*ab intestato*” os que não estejam incapacitados por lei”. Nesse sentido, o art.745.º indica aqueles que são incapazes de suceder, onde não inclui os indignos. Questiona-se, se esta ausência de referência acontece, por se tratar este artigo apenas de capacidade de gozo. Assim, existe o art.756.º que indica aqueles que “são incapazes de suceder por causa de indignidade”. Quanto ao momento legal para aferir da capacidade do herdeiro ou legatário, diz-nos o art.758.º, que é o da morte do autor da sucessão. Nos termos do art.760.º “O incapaz de suceder que contra a proibição dos artigos antecedentes tenha entrado na posse dos bens hereditários, estará obrigado a

¹²⁴ A comprová-lo vejam-se: Louis Josse Rand “Cours de Droit Civil Positif Français”, vol.III, 1933, págs.412 e segs.; Colin- Capitan “Cours Elémentaire de Droit Civil Français”, vol. III, 1945, págs. 517 e segs.; onde sem nunca abordar a questão da qualificação da indignidade como incapacidade ou outra, a ela se refere sempre como “qualité incompatible avec celle d’héritier” in pág.521; Marcel Planiol, “Traité Elémentaire do Droit Civil”, edição refundida por Georges Ripert, 1946, onde a página 501, define a indignidade como: “(...) l’exclusion de la succession, édictée à titre de peine contre l’héritier qui s’est rendu coupable de tors graves envers le défunt et sa mémoire. C’est à dire qu’elle se fonde sur des motifs personnels à l’indigne.” Todavia, na pág.505: “La succession est enlevée à l’indigne (...) et elle est attribuée à ceux qui étaient appelés en concours avec lui ou à son défaut. Cette restitution s’opère en vertu d’une résolution rétroactive de son titre d’héritier.”

restituí-los com as respectivas acessões e com todos os frutos que haja percebido.” Simplesmente tal restituição estará dependente da ação de declaração da indignidade que deverá ser deduzida, nos termos do art. 762.º, dentro dos cinco anos que se seguem à entrada na posse dos bens hereditários por parte do indigno. Isto é, se, decorrido este prazo, não tiver sido interposta tal ação, a situação convalida-se e o indigno passa a beneficiar de total capacidade para suceder, desde o momento da abertura da sucessão, por força do art.758.º. A mesma doutrina espanhola, que é unânime em qualificar como “incapacidades relativas”, os casos previstos nos arts. 752.º, 753.º e 754.º – que correspondem “grosso modo” aos nossos arts.2192.º e segs., sob a epígrafe “*indisponibilidades relativas*”, é aquela que põe reservas quanto à natureza jurídica da indignidade, reservas essas, contudo que assentam essencialmente numa ausência de distinção entre os diversos tipos possíveis de incapacidades, facto que conduz a doutrina espanhola a tratar a questão em sede de modo de atuação da indignidade. Contudo, apesar do que se disse, a doutrina espanhola encontra-se dividida em dois campos:

I. Uns que defendem tratar-se de uma verdadeira incapacidade, afirmando não poder o indigno sequer adquirir o “*jus delationis*”, não sendo por isso chamado àquela sucessão. Esta é a corrente que pugna pela atuação automática da indignidade;

II. Outros, que sustentam dever tratar-se de uma exclusão da sucessão, não podendo, por isso, ser qualificada como verdadeira incapacidade, pois, enquanto esta impede o chamamento, aquela permite-o, sempre que a declaração de indignidade não surja antes da abertura da sucessão, podendo mesmo o indigno chegar a aceitar a herança, entrando conseqüentemente na posse dos bens, embora tal situação esteja sujeita a resolução, através do exercício da ação de declaração da indignidade, por aqueles que para ela estejam legitimados.

- Código Civil Italiano: O Código Civil de 1865, lança achas para a fogueira, já que no art.725.º diz que “são incapazes como indignos de suceder (..)”, e no art.727.º “Aquele que foi excluído como indigno...” Para aparentemente resolver esta polémica o legislador resolveu tratar em capítulos distintos a capacidade sucessória e a indignidade. Apesar de integrarem ambas o Título I, do Livro II, a “capacidade sucessória”, vem regulada no capítulo II, e a “indignidade” no

capítulo III. O art.462.º, que integra o capítulo II, corresponde “grosso modo” ao nosso 2033.º. Já o capítulo III, é composto por quatro artigos: 463.º e segs. e trata exclusivamente da indignidade, que não nos surge assim, sujeita a qualquer classificação legal. Não existindo, porém, qualquer referência a uma eventual ação de declaração da indignidade, regressa-se à velha questão que na vigência do Código de 1865, havia dividido a doutrina:

I. Por um lado, os que continuam a falar de incapacidade, exigindo conseqüentemente que a indignidade opere “*ope lege*”.

II. Por outro, os que, fundando-se no elemento histórico, interpretam a expressão “excluído da sucessão” como fazendo supor um chamamento que, por força de uma declaração judicial, será posteriormente resolvido com força retroativa.

A propósito deste elemento histórico, que afirma a intenção do legislador de fazer vingar a tese de exclusão, “ (...) adotou-se a propósito uma resolução precisa, consagrando a tese fundada na tradição romanística, que o indigno “*potest capere sed non retinere*”, posto que pareceu mais oportuno remeter à iniciativa dos interessados a atuação da sanção.” Lino Salis “ (...) a indignidade não determina uma verdadeira e própria incapacidade, que obsta à aquisição hereditária, mas uma causa de exclusão que opera em virtude de sentença do juiz, segundo o princípio pelo qual “*indignus potest capere sed non potest retinere*”, foi genericamente aprovado.” Contra esta tese, e a favor da teoria da incapacidade, surge Cicu, para quem a “indignidade opera como causa de incapacidade e não como causa de exclusão. A consequência mediata é que o indigno não adquire a qualidade de herdeiro, pois não se produz devolução a seu favor, visto esta atuar diretamente em favor de quem é chamado no seu lugar por representação, substituição ou devolução sucessória.

Posição adotada pelo legislador de 1966 quanto à natureza jurídica da indignidade

O legislador português de 1966 qualificou o instituto da indignidade como incapacidade sucessória passiva.

Falando contudo o legislador tão só de incapacidade, importa determinar qual o sentido técnico que em cada menção legal o legislador quis imprimir, isto é, se pretendeu referir-se à capacidade geral, específica ou particular, de gozo ou de exercício.

- Art. 2033.º: a preocupação do legislador em definir tão só quem pode ou não vir a ser sujeito passivo de situações jurídicas sucessórias, apontando, por isso, para o conceito de capacidade do gozo, mas também, para uma capacidade de âmbito restrito como se impõe, pois, estando no campo do Direito Sucessório, é só para os direitos e deveres de fonte especificamente sucessória que este artigo deve conferir capacidade. Capacidade esta, todavia, que deverá ser entendida como capacidade genérica (absoluta) e particular (relativa), já que, estabelecendo a capacidade de toda e qualquer pessoa para suceder a todas as outras – vem depois particularizar, ao dizer “não excetuadas por lei”.

Branca Cruz¹²⁵, concorda com esta posição, não porque o legislador queira aqui englobar expressamente o indigno que ainda não foi declarado como tal, mas porque apesar de ter optado por, nos casos de indisponibilidade relativa – arts. 2192.º e segs. - tomar como ponto de referência o testamento e o seu autor, estabelecendo consequentemente a nulidade da disposição respetiva, em atenção a uma provável influência. Sobre a manifestação da vontade do testador, o qual não poderá, por isso, dispor livremente em favor das mesmas pessoas, a verdade é que, aquele que assim fica impedido de ser contemplado naquele testamento se encontra numa situação de incapacidade gozo particular, porque relativa àquele “*de cuius*”, naquele testamento. Daqui parece decorrer consubstanciarem os casos de indisponibilidade relativa, claras hipóteses de pessoas “excetuadas por lei”.

A razão por que se incluíram nestas “pessoas excetuadas por lei”, os casos dos arts.2192.º e segs., e não já os de indignidade ainda não declarada, deve-se ao facto de, nas hipóteses de indisponibilidade testamentária não se chegar a dar qualquer vocação em favor do assim incapacitado de receber, já que a sanção que a lei estabelece é a da nulidade da disposição respetiva e não a da mera anulabilidade. A disposição será inválida “*ab initio*”, desde a feitura do testamento e não desde a abertura da sucessão, pois é este que está inquinado, embora isto se deva traduzir logicamente num facto impeditivo da vocação daquele que fica incapacitado de receber naquele testamento – não se deve esquecer, contudo, o prazo de 10 anos, que estranhamente a lei estabelece no art. 2308.º para interposição da ação de nulidade

¹²⁵ *Reflexões Críticas sobre a Indignidade e a Deserdação*, pág.47

da disposição testamentária, apontando para uma possível convalidação da disposição nula – ao passo que na indignidade e à execução dos casos (raros) em que a sua declaração tenha lugar antes da abertura da sucessão, isto é, a sentença que a declara transite em julgado antes da morte do autor da sucessão, o indigno beneficiará do chamamento, sendo-lhe atribuído o correspondente direito de suceder, embora sujeito a eventual resolução; atribuição esta que implica a necessária capacidade de gozo.¹²⁶

- Art. 2032.º: “serão chamados (...) desde que tenham a necessária capacidade”. Surgindo-nos assim, o chamamento condicionado à existência prévia da capacidade sucessória passiva. O que só vem confirmar quanto foi dito relativamente ao sentido em que a capacidade é empregue no art.2033.º, onde nos surge exatamente como pressuposto da vocação sucessória, implicando a sua ausência uma incapacidade particular de gozo. A incapacidade sucessória passiva só pode reportar-se a um fenómeno sucessório concreto; só se pode ser incapaz de suceder a A ou a B, não a toda e qualquer pessoa. Daí que alguns autores – em particular os franceses – sustentem que, ao falar de capacidade sucessória passiva, deveria antes o legislador dizer personalidade jurídica, pois basta a constatação desta para se poder ser sujeito de relações sucessórias passivas. Daí também que só o conceito de capacidade relativa interesse ao Direito Sucessório.¹²⁷

- Art. 2034.º: só a aquisição do direito de suceder por parte daquele que por ato seu incorreu em causa de indignidade, pode explicar todo o regime subsequente. Uma das consequências práticas da posição adotada, é a de considerar como adquirido o direito de suceder por aquele que praticou um facto integrante de uma causa de indignidade, consequência que, quer a teoria da capacidade “*tout court*”, quer a da ilegitimidade, normalmente não aceitam, salvo nos casos em que a causa de indignidade ocorra -art.2034.º, al.d) – casos em que o facto ocorrido antes, só após a abertura da sucessão sobrevenha a exigida, nas als.a) e b), condenação judicial por tais factos, apenas após a abertura da sucessão, casos em que não podem negar a aquisição do direito de suceder por parte do presumível indigno.

¹²⁶ CRUZ, Branca Martins da, Reflexões Críticas sobre a Indignidade e a Deserdação

¹²⁷ CRUZ, Branca Martins da, *ob. cit.*

Falar-se de uma aquisição plenamente eficaz do direito de suceder por parte daquele que incorreu em qualquer das causas de indignidade previstas no art.2034.º, revela um total desrespeito por aquela que parece constituir a vontade clara da lei.

Se incorrer em causa de indignidade não deve significar só por si facto impeditivo da vocação sucessória, sob pena de esvaziarmos de sentido os arts. 2036.º e segs., também a solução radicalmente oposta, sustentada quer pela doutrina da exclusão, quer pelo Prof. Pereira Coelho. O que implica que até à declaração judicial a referida devolução existiu.

Isto conjugado com o restante regime, só pode querer significar que, mesmo antes da declaração judicial da indignidade, já existem efeitos atendíveis. Quer dizer, a prática do facto indigno, se não acarreta ainda o afastamento daquele da sucessão, produz já algumas consequências a ele conducentes. É no art.2038.º, n.º1, que o legislador desvenda o seu pensamento: mesmo que tenha havido ainda declaração judicial, já existe incapacidade, já se deteta uma certa forma de indignidade sujeita a confirmação judicial que, impede o infrator de poder ser um herdeiro ou legatário pleno.

E esta incapacidade (referida pelo legislador) é justamente uma incapacidade de exercício que, obstaculiza a que aquele que incorreu em causa de indignidade possa atuar o direito de suceder que adquiriu com a abertura da sucessão e de que é titular. Se contra a vontade legislativa o fizer, estará tal ato sujeito a anulação, dentro do prazo estabelecido no art. 2036.º.

Posição Defendida

A qualificação do instituto da indignidade não é de todo consensual e pacífica. Não o é em Portugal, nem em vários países como são o exemplo a Itália, França e Espanha.

No caso português, parece clara a intenção do legislador de classificar este instituto como incapacidade, como decorre da leitura do art.2034.º.

Contudo, e não ignorando a intenção do legislador, a doutrina não é unânime.

Se, por um lado, temos autores que corroboram esta posição como é o caso de Branca Cruz¹²⁸, outros, como é o caso do Prof. Oliveira Ascensão¹²⁹ insurgem-se a favor da tese da ilegitimidades, invocando argumentos como o facto de a incapacidade exigir obrigatoriamente uma “deficiência natural de um sujeito”.

Pegando nas palavras do Dr. Eduardo dos Santos¹³⁰ as incapacidades “*são modos de ser do sujeito em si*”, enquanto que as ilegitimidades “*são modos de ser do sujeito para com os outros.*”

Parece-nos mais neste sentido que se enquadra a indignidade, uma vez que, alguém sendo indigno é-o em relação àquela pessoa e não em relação a todas as pessoas. Prova disso, é o exemplo já referido de **A** que é especificamente digno de suceder a toda e qualquer pessoa, com exceção de **B**, relativamente ao qual não tem legitimidade para suceder.

Assim, não podemos comparar a indignidade com as incapacidades que surgem previstas no Título II, Capítulo I, Secção V do Código Civil, uma vez que os sujeitos elencados nestes artigos são considerados incapazes perante todas as pessoas.

Neste sentido, é de considerar que o legislador classificou erradamente a indignidade como incapacidade.

Causas de Indignidade

O art. 2034.º determina a carência de capacidade sucessória, por motivo de indignidade em quatro hipóteses.

Em primeiro lugar, sancionando o crime contra a vida do autor da sucessão e seus familiares mais próximos, prevê na sua al.a). A lei restringiu a indignidade à forma mais ignominiosa de atentado contra a vida, o homicídio doloso.¹³¹

Só que atendendo à sua especial gravidade abrangeu as diversas formas puníveis do *iter criminis*¹³², na participação tanto de autoria como de cumplicidade. Face à importância dos

¹²⁸ *Reflexões críticas sobre a Indignidade e a Deserdação*

¹²⁹ *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

¹³⁰ *O Direito das Sucessões*

¹³¹ Não se abrangem, pois, as formas de homicídio por negligência (art.137.º CPenal), o homicídio preterintencional (art.145.º, n.º1 CPenal), o incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135.º CPenal), nem muito menos os crimes de ofensas corporais, mesmo que voluntários (arts. 143.º e segs. CPenal)

efeitos, exigiu uma certeza da prática de tal crime, traduzida no requisito da existência de condenação, evidentemente transitada em julgado.

Em segundo lugar, castigando atentados contra a honra do autor da sucessão e dos mesmos familiares. Aqui, entre os diversos crimes contra a honra, o legislador foi sensível ao que estes traduzem de afrontoso e de perfídia e às suas repercussões de ordem pública, não sem deixar de exigir uma especial gravidade traduzida no patamar da pena e a aludida segurança da prática da infração.

O crime de denúncia caluniosa vem previsto e punido no art. 365.º do CPenal, onde se exige que o crime seja feito perante autoridade ou publicamente.

Nos termos dos arts. 359.º e 360.º do CPenal, o falso testemunho relevante para efeitos de indignidade tem de ser proferido perante tribunal ou funcionário competente para receber certos meios de prova.

A pena de prisão superior a dois anos era considerada pena maior face ao art.55.º do CPenal velho. Na nomenclatura das penas (principais e acessórias) do CPenal de 1982 aquela pena era considerada como principal (art.40.º) o que prevaleceu no atual Código Penal de 1995 (art.41.º).

Em terceiro lugar, cominando infrações à liberdade de testar do *de cuius*.¹³³

Não é de estranhar tal norma, sobretudo num código de raiz individualista, que apesar disso só determinou tal incapacidade nos casos mais graves, que não na hipótese de erro como processo vicioso da vontade.

Por último, a al.d), prevê violações contra o próprio testamento.¹³⁴

¹³² Assim, são relevantes para efeitos de indignidade sucessória, não apenas o homicídio doloso consumado mesmo que atenuado (v.g. o homicídio a pedido da vítima, arts.134.º e 14.º, n.º1 CPenal), mas também a tentativa de homicídio frustrado (cfr. arts. 22.º e segs CPenal). Já porém se não verifica a indignidade nos casos de homicídio em que se verifique a exclusão da ilicitude e da culpa (arts. 31.º e segs do CPenal) ou inimputabilidade do agente (arts. 19.º e 20.º) CPenal).

¹³³ Ao fazer referência ao dolo, parece-nos que o dolo aqui relevante será, fundamentalmente, o decorrente das situações previstas no art.253.º, ou seja, o uso de sugestões, artifícios ou dissimulações aí referidas, até porque esta causa de indignidade funciona independentemente de haver lugar a procedimento criminal.

¹³⁴ Aqui o conceito de dolo, diferentemente do referido supra, nota 18, parece assentar na intencionalidade do ato (cfr. art.483.º, n.º1), simplesmente a al. D) do art.2034.º tipifica depois as diversas ações dolosas. Pensamos ainda que o motivo de indignidade derivado do aproveitamento dos factos referidos na al.d) está de certo modo ligado a uma ideia de encobrimento interessado (cfr. arts. 231.º e 232.º CPenal),

Pretende garantir-se perenidade extrínseca à vontade do autor da sucessão incorporada no testamento e fazer respeitar as suas decisões, daí que excecionalmente se admita nestas hipóteses que os factos materiais da indignidade¹³⁵ possam ocorrer após a abertura da sucessão.

Importa, contudo, responder a uma questão: saber se, podendo os atos ser anteriores ou posteriores à morte do *de cuius*, eles relevam igualmente como causa de indignidade, ou se só os anteriores são atendidos.

O Código Civil tomou expressamente posição no problema, estabelecendo, no n.º1 do art.2035.º como regra básica, que os crimes enumerados nas als.a) e b), mesmo quando possam ser posteriores à abertura da sucessão, só relevam quando sejam praticados antes desse momento.

Esta regra sofre, todavia, um desvio, quando a disposição sucessória relativa a herança ou legado, esteja sujeita a condição suspensiva. Neste caso, podendo o crime ser posterior à morte do *de cuius*, ele releva desde que ocorra até à verificação da condição (art.2035.º, n.º2).

Deduz-se deste regime, a contrario, que as demais causas de indignidade, quando possam ser anteriores ou posteriores à abertura da sucessão, tanto relevam num caso como no outro.

A condenação, em si mesma, é atendida ainda quando ocorra posteriormente a ela.

Declaração de Indignidade

Nos termos do art.2036.º, “a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, ou dentro de um ano a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do art.2034.º.”

A doutrina acha-se dividida quanto à interpretação desta norma.

embora não necessariamente criminal, mas pressupondo que o indigno tenha conhecimento, no ato de aproveitamento, do atentado ilícito ao testamento.

¹³⁵ De acordo com as regras gerais (art.2033.º, n.º1), a capacidade ou incapacidade é aferível em função de factos materiais verificados até ao momento da abertura da sucessão, mesmo nas hipóteses das als. a) e b) do art.2034.º. Todavia, quanto a estas, a lei exceciona os casos em que o testador tenha deixado dependentes de condição suspensiva a instituição de herdeiro ou legatário, mais tarde feridas de indignidade (n.º2, art.2035.º).

Segundo os Profs. Pereira Coelho e Nuno Espinosa, as causas de indignidade não operam *ope legis*, não operam automaticamente: é necessária ação judicial que a declare.

O Prof. Oliveira Ascensão é de opinião diferente, se o indigno não tem os bens hereditários em seu poder, a indignidade atua automaticamente, se os tem em seu poder, todos ou parte deles, então é necessária a declaração judicial de indignidade.

O Prof. Capelo de Sousa é de opinião algo diferente da do Prof. Oliveira Ascensão.

No domínio do Código de Seabra, entendiam os autores que as indignidades funcionavam automaticamente, por força da lei. O Anteprojeto de Galvão Telles pareceu seguir a mesma orientação. Com efeito, dele não constava qualquer norma semelhante à do atual art.2036.º. E foi a 1.ª Revisão Ministerial que introduziu nova disposição (art.2086.º) que, alterada na sua redação pela 2.ª Revisão Ministerial, consolidou definitivamente o texto do atual art.2036.º.

Para suceder, é necessária capacidade sucessória (art.2032.º, n.º1, in fine).

Ora, “carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade”, os que se acham nas situações previstas no art.2034.º.

E as incapacidades jurídicas não têm que ser judicialmente declaradas. Basta que resultem de “disposição legal” (art.67.º).¹³⁶

Mas o art.2037.º, n.º1, dispõe que, “declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente (...)”. Devolução dos bens e não vocação do chamado. Sinal de que a lei pressupõe, neste caso, que o indigno está na posse dos bens, o que é confirmado pela segunda parte do citado artigo: “ (...) sendo ele considerado, para todos os efeitos, como possuidor de má-fé dos respetivos bens.”

Neste caso, o indigno tem a posse dos bens. Os interessados poderão intentar ação destinada a declarar a indignidade. Mas dentro dos prazos referidos no art.2036.º: tratando-se de causas de indignidade previstas nas als.a) e b) do art.2034.º, a ação deve ser proposta dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão ou dentro de um ano a contar das respetivas condenações; tratando-se das causas previstas nas als.c) e d) do mesmo artigo, a

¹³⁶ SANTOS, Eduardo dos, *O Direito das Sucessões*

ação tem de ser intentada dentro de dois anos a contar da abertura da sucessão ou dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento dessas causas.

Se os interessados não propõem a ação dentro destes prazos, isto é, deixam escoar os prazos então, a situação consolida-se em benefício do indigno.

Esta é a hipótese de o indigno estar na posse dos bens. Mas se ele não tem a posse efetiva dos bens?

Então, como é inexistente a vocação sucessória do indigno e não há devolução dos bens, a indignidade não carece de ser judicialmente declarada. A indignidade atua automaticamente.

Em todos os casos, tanto o indigno como os outros interessados terão sempre a faculdade de recorrer ao tribunal. O indigno, para reclamar os bens que estão na posse ou administração de outrem; os outros interessados para reclamarem os bens que estão na posse do indigno.

No primeiro caso, os interessados defendem-se por mera via de exceção. No segundo caso, para obterem a declaração judicial de indignidade.

E haverá casos em que é mesmo necessária esta declaração. Falamos na situação de o indigno ter a posse dos bens e não querer largar mão deles. Os interessados não têm outro recurso senão a via da declaração judicial de indignidade e depois, sendo necessária, a execução com base nesse mesmo título.

Contudo, para o Prof. Eduardo dos Santos¹³⁷, nenhuma vez a declaração judicial de indignidade é intrinsecamente necessária. Porque a indignidade decorre, em todos os casos, *ope legis*.

Mas como referido este ponto não é pacífico na nossa doutrina. De acordo com a Prof. Cristina Dias¹³⁸ é sempre necessária uma declaração judicial de indignidade. Para esta autora a existência da posse dos bens hereditários não dispensa a ação de declaração da indignidade, mas releva para o prazo da propositura.

Esta autora, partilha a opinião de Pires de Lima, Antunes Varela, Oliveira Ascensão, Capelo de Sousa e Luís Carvalho Fernandes, no que diz respeito à situação de não estando o

¹³⁷ *O Direito das Sucessões*

¹³⁸ *Lições de Direito das Sucessões*

indigno na posse dos bens, se tiver decorrido o prazo previsto no art.2036.º, deve admitir-se uma ação judicial com vista à declaração da indignidade, recorrendo por analogia, ao regime do prazo de invocação da anulabilidade, o qual depende de o negócio anulável estar ou não cumprido (art.287.º, n.ºs 1 e 2). A analogia com o regime da anulabilidade justifica a dispensa de prazo para a declaração de indignidade. Se o indigno não é possuidor dos bens da herança, não se impõe a propositura da ação de declaração de indignidade no prazo fixado no art.2036.º¹³⁹

Mas, então qual o espírito do art.2036.º?

A obrigatoriedade ou não da declaração de indignidade é um problema delicado. Parece-nos, todavia, que não há uma base segura para afirmar que o art.2036.º, quer na sua letra ou no seu espírito, impõe que a indignidade tenha sempre de ser judicialmente decretada para produzir os seus efeitos.¹⁴⁰

Defendendo nós esta tese, cumpre questionar então qual o espírito do art.2036.º que prevê esta ação.

Há liminarmente, que aproximá-lo do art.2037.º, relativo aos efeitos da declaração de indignidade.¹⁴¹

Tais disposições não constavam, como já referimos, no Anteprojeto de Galvão Telles.

Após isso, parece mais claro que a declaração judicial da indignidade tem na verdade em vista sobretudo¹⁴² situações em que o indigno se encontra na posse de bens da herança, como decorre do efeito principal apontado no n.º1 do art.2037.º a tal declaração. Esse efeito não é, como pareceria lógico, a inexistência ou a nulidade da vocação ou chamamento sucessório do indigno, mas a inexistência da devolução dos bens da sucessão ao indigno e a sua

¹³⁹ DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*

¹⁴⁰ No sentido de a ação judicial em causa ser apenas um dos modos certificativos da indignidade parecem apontar o termo “pode” do art.2036.º e as expressões “o mesmo que” e “já” do n.º1 do art.2038.º, parecendo ser de concluir nos termos desta última disposição que, em casos de não declaração judicial de indignidade, pode ter-se incorrido em indignidade e haver lugar a reabilitação com reaquisição da capacidade sucessória.

¹⁴¹ SOUSA, Capelo de, *Direito das Sucessões*, vol.I

¹⁴² Quer dizer-se com isto que os arts. 2036.º e 2037.º não afastam a utilização, como *medida de precaução* face a eventuais futuros litígios, da ação judicial de declaração de indignidade, em casos de ausência de posse de bens da herança pelo indigno, só que, face à nossa tradição jurídica, à história daqueles preceitos e à sua regulamentação, nos parece que não foram essas as hipóteses consideradas em 1ª linha e que nos casos de ausência de posse os outros herdeiros podem legitimamente opor-se a que o indigno entre na posse dos bens da herança, mesmo sem estarem prevenidos com uma sentença judicial declarativa da indignidade.

consideração como possuidor de má-fé, o que parece ajustar-se à consideração primacial do pressuposto de posse anterior do indigno.

O regime, também defendido por Capelo de Sousa,¹⁴³ será pois, este: o sucessível que incorra nas situações referidas no art.2034.º, por força da lei, não é chamado à sucessão do respetivo autor da herança, uma vez que, face ao n.º1, parte final, do art.2032.º e ao 67.º, não tem capacidade para ser sujeito de tais relações jurídicas sucessórias; só que a prova da realidade de tais situações está sujeita às regras gerais em matéria probatória e às do art.2036.º em matéria de prazos de caducidade. Assim, a lei faculta em qualquer circunstância a qualquer interessado na declaração judicial de indignidade um direito de ação, de acordo como princípio geral do art.2.º do Código do Processo Civil. Simplesmente, em certos casos, o recurso a tal ação declarativa da indignidade é o meio exclusivo para ulteriormente se dispor de título executivo, sobretudo no caso em que o indigno está na posse de bens da sucessão, cuja entrega ou quantia equivalente se pretende executar no património do indigno.

Em contrapartida, aqueles que pugnam pela necessidade desta ação, invocam a favor desta, a necessidade de certeza jurídica.

Defendem que os próprios interesses de terceiros reclamam que a situação seja esclarecida com precisão, de modo que todos saibam quem é o herdeiro a quem deverão dirigir-se. Ressalvando que, nada melhor, para o efeito, do que exigir uma decisão judicial como condição para o funcionamento da indignidade.

Posição Defendida

Também aqui, como na generalidade dos assuntos do Direito das Sucessões, a doutrina não é unânime, não havendo por isso, consenso relativamente à necessidade desta ação de declaração de indignidade a que se refere o art. 2036.º.

A configuração da capacidade sucessória como requisito da vocação e a qualificação legal da indignidade como incapacidade deviam conduzir, em rigorosa lógica jurídica, ao

¹⁴³ *Direito das Sucessões*, vol.I, pág.299

funcionamento automático do instituto, ou seja, verificadas as situações elencadas no art. 2034.º, elas gerariam, *ipso facto*, a indignidade.

Já percebemos, todavia, que não parece ser este o regime estatuído no nosso Código Civil, como apuramos a partir do seu art. 2036.º, o qual prevê a necessidade de uma ação destinada a obter a declaração de indignidade.

Contudo, nós partilhamos a opinião de Capelo de Sousa que defende que a indignidade atua automaticamente, ou seja, o sucessível que incorra nas situações referidas no art.2034.º, não é chamado à sucessão do respetivo autor da herança uma vez que não tem capacidade para ser sujeito de tais relações jurídicas sucessórias.

Somos do entendimento de que a indignidade produz os seus efeitos independentemente da declaração judicial, e que esta é apenas necessária quando indigno tiver entrado na posse efetiva dos bens da sucessão, tal como defende o prof. Oliveira Ascensão.

Para aqueles que defendem a obrigatoriedade desta declaração por razões de certeza e segurança jurídica, respondemos com o argumento de que, se assim fosse, chegaríamos a uma jurisdicionalização da vida corrente, onde quem sairia prejudicado é pobre, que não tem consultores jurídicos nem está em condições de manejar os difíceis escaninhos da máquina judicial. Ainda mais, este recurso corrente à justiça não parece corresponder à vida da maioria da população, que não está habituada a um pronto e exato conhecimento da lei, e muito menos a uma resolução judicial dos seus problemas.

Assim questionamos o que tem mais valor: se a segurança jurídica, se os valores fundamentais que se visa salvaguardar.

Imaginemos a situação de não existir ninguém com legitimidade para intentar a ação de declaração de indignidade ou quem a possui não sabe ou não o pode fazer. Aqui, o indigno sairia beneficiado desta não atuação automática da indignidade, pois seria chamado a suceder àquele contra quem praticou um ato criminoso.

Em suma, o que é aqui importante é excluir um sucessível porque choca os princípios sociais que aquele que praticou atos daquela gravidade, que direta ou indiretamente ferem o autor da sucessão ou a sua memória, venha a ser sucessor, beneficiando graças aos seus malefícios, ou pelo menos apesar deles.

Assim, defendemos a atuação automática da indignidade, apenas sendo necessário recorrer à ação de declaração da indignidade, no caso de o indigno já se encontrar na posse dos bens.

Qualificação da ação prevista no artigo 2036.º

Uma vez que, o art.2036.º prevê esta declaração de indignidade torna-se necessário verificar qual a natureza dessa mesma ação, já que, das palavras da lei, não se pode retirar nenhuma orientação legal, quanto à classificação da mesma.

Examinaremos sucessivamente a possibilidade de a ação ser¹⁴⁴:

- Constitutiva
- Simples apreciação
- Complementar

1. Ação Constitutiva

A previsão de uma ação judicial significará, a uma primeira vista, que a indignidade funciona *officio judicis*, logo a decisão judicial seria constitutiva. Para os defensores desta tese, o que incorreu em causa de indignidade não deixou de ser chamado à sucessão e ser verdadeiro herdeiro, até que uma sentença constitutiva vem excluí-lo dessa posição. A partir de então deixa de ser considerado herdeiro; e se o chamamento subsequente é considerado como tendo sido feito na data da abertura da sucessão, isso deve-se à retroação geral de todo o fenómeno sucessório àquele momento. Mas a posição do indigno foi até aquele momento uma posição legal.

Contudo, para o Prof. Oliveira Ascensão, nada na lei permite atribuir carácter constitutivo à decisão judicial a que fazem referencia os arts. 2036.º, 2037.º e 2038.º.

O art.2037.º estabelece que “declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má-fé dos respetivos bens.”

¹⁴⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

A lei não fala de uma devolução que se resolve, antes diz que a devolução foi inexistente. Ora o novo código não entrega casualmente a categoria “inexistência jurídica”.

Se aqui se diz que é inexistente, quer dizer que se não produzira devolução nenhuma. E a consequência que estabelece é conforme com esta visão. O indigno é considerado possuidor sem qualquer título, mesmo inválido: foi abusivamente que se apossou dos bens. Também aqui a nossa lei se diferencia da lei alemã, que não estabelece esta cominação da posse de má-fé: nomeadamente com a consequência, ao que cremos, de que o indigno não terá que restituir o valor dos frutos que a coisa podia ter produzido.

No mesmo sentido concorre enfim o art.2038.º. Por um lado, porque admite a declaração judicial de indignidade antes da abertura da sucessão. Isto é incompatível com a visão de uma sentença constitutiva, a fazer cessar os efeitos de uma vocação já realizada, pois não há nenhuma vocação antes da abertura da sucessão.¹⁴⁵

Por outro lado, porque muito expressamente confirma que a incapacidade resultante da indignidade não é dependente da decisão judicial, portanto que esta não é constitutiva da indignidade.

Ao dizer que o que tiver incorrido em indignidade, mesmo que esta já tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória, está também a dizer que o que incorreu em indignidade, mesmo que esta não tenha sido judicialmente declarada perdeu a capacidade sucessória. A exclusão da sucessão é pois consequência da indignidade e não da sentença. É importante que seja este artigo a dizê-lo, pois é o único em que houve necessidade de prever simultaneamente a cominação da incapacidade e da declaração judicial.

Afinal, a indignidade continua a ser de atuação automática, não havendo qualquer contradição com a qualificação como incapacidade dos arts. 2033.º e 2034.º.

Mas sendo assim, perguntamos, qual é o significado da ação a que o art.2036.º se refere.

Na opinião do Prof. Oliveira de Ascensão, é inegável que o art. 2036.º prevê uma ação “destinada a obter a declaração de indignidade” e que caduca (parece seguro que se trata aqui duma caducidade em sentido técnico) em prazos muito breves.

¹⁴⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

2. Ação de Simples Apreciação

É possível encontrar algumas afirmações neste sentido, embora talvez casuais da doutrina francesa¹⁴⁶. Também Cicu¹⁴⁷, vacilando um tanto na defesa do caráter automático da atuação da indignidade, afirma a certa altura que pelo menos nos casos em que é necessária uma sentença penal não é precisa uma declaração judicial da indignidade.

Qualificando-se a declaração de indignidade como ação de simples apreciação poderia pretender-se, embora com afastamento das posições dominantes na Alemanha e na Itália entre aqueles que exigem uma decisão judicial, restituir a harmonia às previsões legais que pareciam contraditórias.

Qual seria então o papel que a indignidade desempenharia, dentro do fenômeno sucessório?

A indignidade seria verdadeiramente uma “incapacidade”, no sentido em que os autores atribuem ao uso desta expressão, ou seja, um facto que, uma vez produzido, impediria a vocação, caso fosse anterior à abertura da sucessão.

O indigno, embora beneficiário de um facto designativo não seria chamado à sucessão. Simplesmente, enquanto a indignidade não fosse verificada por tribunal não produziria efeito algum. Não se poderia entrar em conta com ela, e portanto o indigno atuaria na vida social tal como se tivesse sido efetivamente chamado, por exemplo, poderia exigir a entrega dos bens a terceiros, sem que estes lhe pudessem opor que ele não era o verdadeiro sucessor. Declarada porém a indignidade o véu da inoponibilidade esboroava-se, e o indigno apareceria à luz na sua verdadeira face: como um herdeiro aparente, que na realidade nunca fora chamado àquela sucessão, e por isso, era considerado para todos os efeitos possuidor de má-fé dos respetivos bens (art.2037.º, n.º 1).¹⁴⁸

Mas uma ação de simples apreciação é categoria que, logo pelo seu enunciado, suscita as maiores perplexidades.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CAPITAN, Colin, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, 8.ª ed., Paris, 1936

¹⁴⁷ Cicu, *Successioni per causa di morte*, Parte generale, Milão, 1954; *Diseredazione e rappresentazione*, em *Scritti minori*, II, Milão, 1965

¹⁴⁸ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

¹⁴⁹ Para Oliveira de Ascensão não é aceitável.

Os autores alemães¹⁵⁰, como dissemos, consideram a ação de declaração de indignidade constitutiva. Mas deve notar-se que ao menos alguns deles dão da situação uma descrição que, nos seus pressupostos, não se afasta da que seria tida em conta para se falar de uma ação de declaração necessária – e todavia não deixam de considerar a ação constitutiva. Assim, Arwed Blomeyer¹⁵¹ escreve: “Nestas ações, a sentença traduz uma mera apreciação, da nulidade do casamento ou da ilegitimidade do filho, por exemplo. Mas tem efeito constitutivo na medida em que a situação jurídica apreciada não podia até aí ser feita valer; este efeito corresponde ao de uma impugnação judicial”. No mesmo sentido vai Leo Rosenberg¹⁵², que além daqueles dois exemplos inscreve a verificação da filiação ilegítima, a ação da indignidade, a impugnação das deliberações de assembleia geral, a declaração de nulidade de uma sociedade.

Vamos sintetizar da seguinte forma: se a indignidade só puder ser feita valer após a declaração judicial, pode a ação ser qualificada como uma ação de simples apreciação?

Para o Prof. Oliveira de Ascensão¹⁵³, a resposta deve ser negativa. Uma ação de simples apreciação deixa intacta a situação substantiva, o que importaria já por si a mudança da qualificação.

3. Ação “complementar”

Acentua Kisch¹⁵⁴ que nestes casos a sentença não provoca nenhuma alteração no plano substantivo, é mero pressuposto que permite a alguém invocar uma alteração já verificada.

Dir-se-á que a sentença não é a causa da produção daqueles efeitos, que já se tinham verificado, é só condição para que alguém os possa fazer valer.

Consequentemente, não há propriamente retroatividade, mas a mera verificação de que aqueles efeitos se haviam produzido desde a concretização da *facti species* substancial; por outro lado, quaisquer pretensos efeitos vigentes desde então em consequência da ininvocabilidade da situação substancial revelam-se uma mera aparência e são declarados inexistentes.

¹⁵⁰ Bartholomeyczik; Arwed Blomeyer

¹⁵¹ Zivilprozessrecht, Berlim- Gotinga- Heidelberg, 1963

¹⁵² Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts, 7ª ed., Munique e Berlim, 1956

¹⁵³ Oliveira de Ascensão “As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória”

¹⁵⁴ Beitrage zur Urteilslehre, 1969, reprodução da 1ª edição

Torna-se fácil ao autor marcar as diferenças da ação de simples apreciação. Tendo em vista a existência de uma nulidade, diz que nestas ações a invocação da nulidade é só facilitada, enquanto que nas ações “complementares” só a sentença torna possível essa invocação. E daqui fez derivar outras consequências, nomeadamente o carácter excepcional destas ações oposto à admissibilidade geral das ações de simples apreciação; a suficiência da verificação do interesse em agir por parte do autor; a eficácia da sentença em relação a terceiros.

Esta posição é em abstrato admissível, e parece-nos ser até a construção que mais adequadamente corresponderá à previsão legal da indignidade, partindo-se do princípio de que a lei condiciona a invocação da indignidade à pronúncia de uma sentença. Teríamos pois uma decisão judicial que atuaria só na ordem do conhecimento ou da invocabilidade, pois todos os efeitos substanciais deveriam ser imputados ao facto principal que ela se limitaria a revelar.

Este é o quadro, que com toda a objetividade pretendemos traçar, do que seria a explicação do regime legal da indignidade através da categoria ação “complementar”.

Na aplicação desta doutrina à ação de declaração de indignidade, uma dificuldade particular: a existência de um prazo, aliás extremamente reduzido, para a instauração da ação. Se esta não é constitutiva, parece que em princípio se pode fazer verificar a situação substantiva enquanto ela dura. Como se compreende estão que, sem que aparentemente nenhuma alteração substantiva tenha intervindo, se comine a caducidade da ação?

No próprio livro das sucessões encontramos, a propósito da nulidade do testamento ou da disposição testamentária, regime semelhante.

Pode até alegar-se que a caducidade da ação de declaração de indignidade provoca menos dificuldades que a caducidade da ação de declaração de nulidade do testamento.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ao negócio testamentário são aplicáveis as disposições da parte geral sobre negócio jurídico, e portanto é aplicável também o art.287.º, que estabelece o regime geral da anulabilidade. Este preceito, depois de estatuir o prazo de um ano para a arguição, dispõe: “Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via da ação como por via de exceção.” Temos pois, por aplicação direta, que a anulabilidade do negócio testamentário pode ser arguida a todo tempo enquanto este não estiver cumprido – portanto, enquanto os herdeiros e os legatários não assumirem, em relação à herança. Temos pois que a situação mais semelhante à que nos ocupa, existente no Direito das Sucessões – a caducidade da ação de nulidade do testamento – não funciona enquanto o testamento não estiver cumprido. Oferece-nos pois um *simile* de grande significado para a interpretação do art.2036.º: a caducidade não opera se a devolução aparente para o indigno não estiver consumada, o mesmo é dizer, enquanto o indigno não entrar na posse efetiva dos bens hereditários. Esta aproximação do regime da anulabilidade, no âmbito específico da caducidade da ação prevista no art.2136.º, tem muita importância, até porque remove uma dificuldade que doutra maneira se poderia suscitar, no tocante ao momento a partir do qual o prazo se conta.

Na indignidade, a explicação será um tanto mais fácil.

O facto designativo existe de qualquer modo: a superveniência da causa de indignidade atua como facto impeditivo da vocação.

Essa causa dentro da explicação que estamos agora a ensaiar, não pode porém ser invocada para nenhum efeito enquanto não houver sentença que a verifique. Se a ação caduca, a indignidade deixa de poder ser verificada e, portanto, embora tivesse atuado automaticamente, é como se não existisse.

Nenhum impedimento se pode invocar contra a atuação do facto designativo, pelo que tudo se passa como se este tivesse produzido o seu efeito normal, isto é, a vocação.

Crítica

As vantagens que o prof. Oliveira de Ascensão aponta para uma atuação automática da indignidade, acabam por ser sacrificadas totalmente, sem qualquer contemporização; porque a admissão, a que nestes termos se pode chegar, de uma atuação *ope legis* da indignidade se torna afinal um esquema teórico, sem qualquer satisfação dos interesses que doutra forma de procuravam atingir.

Não teria sentido que a indignidade só pudesse ser declarada e prazos curtíssimos, não só pelas razões apresentadas atrás, mas porque assim a própria ratio da indignidade é falseada.

No instituto da indignidade pesa mais o lado negativo, a exclusão do indigno daquela sucessão, que o positivo, a atribuição da sua parte a outro sucessível. A pessoa deste é indiferente para a lei, a sua posição é inferior ou quanto muito paralela à do indigno na hierarquia dos sucessíveis, e não merece nenhuma proteção particular. Se o subsequente recusar, o indigno nem por isso recupera a sua posição. O que é importante é excluir um sucessível, porque choca os princípios sociais que o que praticou atos daquela gravidade, que direta ou indiretamente ferem o autor da sucessão ou a sua memória venha a ser o sucessor, beneficiando graças aos seus malefícios, ou pelo menos apesar dos seus malefícios.

O sistema que agora criticamos seria o menos adequado para assegurar estas finalidades. Deixando tudo na disponibilidade dos restantes sucessíveis e permitindo a veloz sanção de situação do indigno, encara o instituto como se o seu fundamento fosse premiar

sucessíveis diligentes, uma vez que, o indigno passa a ficar como que condicionado na sua aquisição à atuação dos restantes.

A verdade é que para a lei o que interessa é que o indigno seja excluído, por razões que nada têm que ver com o facto de o beneficiário dessa exclusão ser ou não diligente.

Se a lei de qualquer forma atribuísse importância à situação daquele que vai adquirir, parece que só esse poderia intentar a ação de declaração de indignidade.

Mas nem sequer a coerência formal dos preceitos do código parece, na opinião do prof. Oliveira de Ascensão, que seja mantida até ao fim. Um dos dois efeitos da indignidade expressos na lei não é afinal explicado por esta posição. Referimo-nos neste caso, ao preceito do art.2037.º, n.º2, que estabelece: “Na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes.”

Repare-se: não é a declaração de indignidade, mas a própria incapacidade, que provoca o efeito – vocação indireta.

Demonstram-no suplementarmente¹⁵⁶:

1. Todos os preceitos já indicados, em que a lei refere a indignidade e a consequente incapacidade independentemente da declaração judicial;
2. O confronto com o n.º1 do art.2037.º, que abre justamente com as palavras: “Declarada a indignidade...”

Quer dizer, no preceito dedicado aos “efeitos da indignidade”, a lei num caso refere-se à declaração da indignidade, no outro à indignidade em si.

A técnica do livro das sucessões é muito apurada, e especificamente no capítulo da indignidade, se encontramos muita complexidade que não torna imediata a solução, não encontramos, todavia, falhas técnicas a lamentar.

Temos pois que a lei nos aponta aqui uma relevância da indignidade tomada por si, ela dá origem à representação, independentemente da declaração judicial. Mas isto mostra que não há uma vocação do indigno, pois o não poder aceitar, que é pressuposto da representação, verifica-se logo que a sucessão for aberta e o facto que é causa da indignidade estiver praticado.

¹⁵⁶ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

Legitimidade para interpor a ação de declaração de indignidade

- O primeiro e principal: o autor da sucessão.
- Todos aqueles que por via dos vários mecanismos possam vir a beneficiar da declaração de indignidade:
 - Direito de representação
 - Substituição direta ou fideicomissária
 - Direito de acrescer
 - Sucessão legítima
 - Donatário

Interroga-se ainda a doutrina quanto à atribuição desta legitimidade aos credores dos sucessíveis.¹⁵⁷

Segundo Branca Cruz, tal legitimidade só deverá existir, nos termos do art.606.º, n.º2, ou seja, “quando seja essencial à satisfação ou garantia do direito do credor”.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, negam a possibilidade de sub- rogação no pedido de revogação duma doação por ingratidão do donatário (arts.974.º e 975.º) por considerarem tratar-se neste caso de um direito “que por sua própria natureza (...) só pode ser exercido pelo próprio titular. Branca da Cruz, concorda que assim seja ainda em vida do autor da sucessão, pois sempre pode este querer perdoar ao ingrato ou reabilitar o indigno e manda a lei respeitar essa vontade – arts.975.º e 2038.º, n.º2 – mas não já após a sua morte, em que, não só essa possibilidade desaparece, como a própria natureza dessa possibilidade se esbate um pouco, com a dependência de interposição da respetiva ação na vontade de terceiros. E, sendo que, causas de ingratidão são também as causas previstas nos arts.2034.º para a indignidade e 2166.º para a deserção – e entre eles está a do homicídio do próprio doador ou autor da sucessão.

¹⁵⁸ A doutrina espanhola vai mais longe e defende mesmo a atribuição de legitimidade “a todos aqueles cujo direito possa melhorar em consequência da exclusão do indigno.”

Efeitos da Indignidade

Conforme o art.2037.º, “declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado para todos os efeitos, possuidor de má- fé dos respectivos bens” (n.º1).

“Na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes” (n.º2).

Da leitura do n.º1 temos de concluir que, declarada a indignidade e existindo devolução dos bens hereditários a favor do indigno, esta é havida como inexistente.

E que o indigno é possuidor de má- fé dos bens, com todas as legais consequências. Sendo portanto, obrigado a restituir os frutos e a responder pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido (art.1271.º). Podendo em contrapartida, ser indemnizado das benfeitorias necessárias que haja feito e levantar as benfeitorias uteis realizadas (art.1273.º, n.º1) e perdendo as benfeitorias voluptuárias (art.1275.º, n.º2).

O disposto no n.º2 do art.2037.º obriga-nos a distinguir entre as várias espécies de sucessão.

Sendo o indigno um sucessível testamentário, não há lugar ao direito de representação, como se deduz *a contrario sensu* do referido preceito e do disposto no n.º1 do art.2041.º; o qual limita o direito de representação, na sucessão testamentária, aos casos de pré-morte do sucessível e de repúdio da herança ou do legado por ele.

Tratando-se de sucessão contratual, também não se verifica o direito de representação (art.2040.º)

Mas, se o indigno é um sucessível legal, legítimo ou legitimário, nesse caso pode ter lugar o direito de representação, se ele era filho ou irmão do autor da sucessão (art.2042.º).

E, em todos estes casos, qual o destino dos bens a que seria chamado o indigno?

Sendo a sucessão testamentária, serão chamados à sucessão os substitutos ou os outros co- herdeiros, se os houver e tiverem o direito de acrescer (arts. 2301.º, 2302.º e 2304.º) e, na sua falta, os sucessíveis legítimos do testador.

Sendo a sucessão contratual, serão chamados o substituto quando tal seja possível e tenha sido estipulado, e, na sua falta, os sucessíveis legítimos do doador.

Sendo a sucessão legal, legítima ou legitimária, serão chamados os descendentes do indigno, se este for filho ou irmão do de cuius, e, na sua falta, os outros sucessíveis legais deste.¹⁵⁹

Reabilitação do Indigno

Conforme decorre do art.2038.º, “o que tiver incorrido em indignidade, mesmo que esta tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória, se o autor da sucessão expressamente o reabilitar em testamento ou escritura pública” (n.º1).

“Não havendo reabilitação expressa, mas sendo o indigno contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade, pode ele suceder dentro dos limites da sucessão testamentária” (n.º2).

Concluimos daqui que a reabilitação do indigno pode ser expressa ou tácita. Expressa, se o de cuius o reabilitar em testamento ou em escritura pública (art.2038.º, n.º1). Tácita, se o autor da sucessão, conhecendo a causa da indignidade, o contemplar em testamento.¹⁶⁰

Mas os efeitos da reabilitação são diferentes num e no outro caso. Se a reabilitação é expressa, ela valerá para todas as formas de sucessão, voluntária e legal. Se a reabilitação é tácita, ela só valerá para a sucessão testamentária e dentro dos limites da disposição.

Como é fácil de ver, a reabilitação do indigno está sempre nas mãos do ofendido. E das três uma: ou a ofensa é anterior ao testamento e conhecida do autor da sucessão, e, então, o puro facto de testar a favor do ofensor é tido como reabilitação dele; ou a ofensa é, de igual modo, anterior e conhecida e o de cuius reabilita expressamente o ofensor no testamento; ou a ofensa é anterior ou posterior ao testamento, e o ofendido reabilita o ofensor em escritura pública.¹⁶¹

¹⁵⁹ SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*

¹⁶⁰ SANTOS, Eduardo dos, *ob. cit.*

¹⁶¹ SANTOS, Eduardo dos, *ob. cit.*

O Prof. Eduardo dos Santos levanta a dúvida, se será revogável a reabilitação? Segundo o mesmo, se se tratar de uma disposição testamentária a favor do indigno, ele é revogável por outro testamento (art.2179.º).

Mas, se se tratar de uma reabilitação expressa, ela só será ineficaz se existiu vício do consentimento, que a tornou inválida.¹⁶²

Relações entre o indigno, o beneficiário da indignidade e terceiros

A. Antes do decurso dos prazos fixados no art.2036.º

1. O beneficiário da indignidade exige a entrega dos bens

No que respeita ao poder do sucessível que será beneficiado com a exclusão do indigno (e que daqui por diante designaremos simplesmente como beneficiário da indignidade, abrangendo assim, quer os casos em que esse sucessível teria uma vocação simultânea com a do indigno se não fosse a indignidade, quer aqueles em que teria uma vocação sucessiva) de exigir os bens da herança. Se a indignidade atua automaticamente, ele pode exigir os bens, quer ao indigno quer a terceiro, independentemente da declaração judicial da indignidade.¹⁶³

Isto não quer dizer que na prática não possam existir dificuldades. O terceiro, a quem for exigida a entrega dos bens, pode reclamar do beneficiário da indignidade a prova da qualidade de sucessor. Se essa prova é fácil quando o beneficiário teria uma vocação simultânea com a do indigno, pode trazer dificuldades quando o beneficiário seria um sucessível subsequente, e só veio ser chamado justamente em consequência da indignidade.

2. O indigno exige a entrega dos bens

O indigno, antes de decorridos os prazos do art. 2036.º, reclama bens do beneficiário da indignidade ou de terceiros. Se a indignidade atua automaticamente, temos que o indigno não tem qualidade que o autorize a tal; logo, o beneficiário da indignidade pode manter os bens em seu poder, independentemente de qualquer declaração judicial, e o terceiro não deve entregar os bens ao indigno, pois a este falta a qualidade de herdeiro.

¹⁶² SANTOS, Eduardo dos, *ob. cit. Sucessões*

¹⁶³ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

Podem contudo surgir problema, visto que a causa de indignidade, pode, todavia, não ser aparente.

Se a aparência tem ou não consequências, resolve-se por aplicação dos princípios gerais.

Vigora então o art.2076.º, que permite que o sucessível verdadeiro reclame também a entrega ao terceiro, sem prejuízo da responsabilidade do disponente pelo valor dos bens alienados.

Apenas acrescentamos que o indigno deve ser sempre considerado de má-fé.

B. Após o decurso dos prazos fixados no art.2036.º

1. O indigno tem em seu poder tudo o que poderia receber se não houvesse impedimento à atuação do respetivo facto designativo

É a hipótese especificamente abrangida pelo art.2036.º, a posição do indigno tornou-se inatacável. A ação caducou, porque ele está na posse efetiva da sucessão.

Da mesma forma, se o indigno só entrou na posse da herança decorridos os prazos do art.2034.º, a situação não se altera: a sua posição é inimpugnável, pois foi “cumprida” a sucessão.

Tudo se passa como se o indigno fosse sucessor; e isto tem novas consequências. Assim, se o indigno foi designado herdeiro, ele não só pode reivindicar os bens como está sujeito à responsabilidade por dívidas e outros encargos da herança, nos termos gerais. Se ele é tratado como herdeiro tem de ser admitido ao exercício dos direitos pessoais que a lei faculta ao herdeiro para defender a posição social que foi ocupada pelo de cuius.

Poderá ser considerada desfavorável esta consequência do sistema legal, mas mais nos parece questionável que ela é positivamente imposta.¹⁶⁴

2. O beneficiário da indignidade está na posse efetiva da parte que ao indigno caberia

Aqui, qualquer atuação do indigno é inútil, muito embora tenham decorrido os prazos do art.2034.º sem que a ação tenha sido intentada. Se o indigno fizer a petição da herança ou do

¹⁶⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

legado, o beneficiário pode a todo o tempo opor-lhe, por exceção, a indignidade, e pode o beneficiário tomar até a iniciativa de propor uma ação de declaração de indignidade, para tornar a situação indiscutível.

3. Nenhum deles entrou na posse efetiva da sucessão

Se o fundamento da caducidade fosse castigar o sucessível inativo, que não se aproveita de indignidade de outro sucessível, diríamos que a partir desse momento ele estaria impedido de atuar como sucessor. Mas não é assim. A caducidade tem como fundamento tornar estável a situação do sucessível que, sendo embora indigno, beneficia de uma devolução aparente dos bens. Assim sendo, o beneficiário da indignidade mantém perante terceiros a sua posição, e pode inclusivamente intentar a ação de declaração de indignidade, que a isso não obsta o art. 2034.º.

Inversamente, se o indigno exigir a terceiro a entrega da sucessão, este pode e deve contestar, nos termos gerais, que ele seja um verdadeiro sucessor.

4. Os bens a que o título (inválido) do indigno respeita estão repartidos entre o indigno e o beneficiário da indignidade

a) O indigno pode exigir ao beneficiário da indignidade a entrega dos bens?

Não pode. O sucessível que aceitou a sucessão, quer dentro dos prazos indicados no art.2036.º, quer após eles decorridos, tornou-se um verdadeiro sucessor: os bens que detiver detém-nos pois com um título (a título de herdeiro) e não sem título. Nada na lei permite supor que a devolução da sucessão ao beneficiário da indignidade seja nestes casos havida como inexistente, pois isso só poderia resultar, de uma aplicação analógica do art.2037.º, n.º1, que seria indevida, por não fundada. O que o sucessível beneficiário adquiriu, adquiriu definitivamente: é irrelevante que ele tenha ou não em seu poder a totalidade da herança.

A sua qualificação de herdeiro só não será tida em conta se o indigno constituir uma situação de facto contrária, o que por definição não pode acontecer nestes casos pois o sucessor verdadeiro detém parte dos bens.

Supondo-se que o sucessível beneficiário detenha efetivamente parte dos bens, mas não a título de herdeiro. Poderá nessa altura ainda aceitar a sucessão, opondo-se vitoriosamente à pretensão do indigno?

Aqui a resposta é afirmativa. Na medida em que a sucessão não está “cumprida”, o indigno não pode opor a sua qualidade ao sucessível beneficiário: a sua pretensão teria pois de decair desde que este assumisse a qualidade de herdeiro.

b) O beneficiário da indignidade pode exigir ao indigno a entrega dos bens? É a hipótese inversa da anterior.

Não pode. Para reivindicar esses bens do indigno o sucessível teria de passar pela declaração judicial de indignidade e esta, por aplicação direta do art.2036.º, não é possível já.

Mais difícil é saber se o indigno adquire a qualidade de herdeiro.

Nos casos normais, em que o indigno se apoderou de toda a sucessão, nunca houve propriamente a vocação do indigno, mas a lei vai proceder como se tivesse havido, pois veda aos tribunais o conhecimento da indignidade. É o que sucede também na hipótese levantada: tudo se passa como se o indigno fosse herdeiro, nenhuma alteração qualitativa trazendo o facto de o indigno só ter em seu poder parte da sucessão.

Na hipótese, felizmente quase académica de, quer o indigno quer o sucessível beneficiário, haverem aceitado a título de herdeiros e cada um ter em seu poder parte dos bens em causa, vamos assistir à estranha coexistência de um herdeiro e de que deve ser tratado como se o fosse. Esta coexistência não pode deixar de trazer problemas.

Outra particularidade desta situação, está na sujeição à responsabilidade pelas dívidas. Tendo ficado repartidos os bens entre ambos, nos termos que acabamos de indicar, cada um responderá na medida dos bens que efetivamente receber, adaptando-se neste sentido as disposições gerais sobre a responsabilidade do herdeiro.¹⁶⁵

c) O beneficiário da indignidade pode pedir bens que estão em poder de terceiro?

A resposta é evidentemente afirmativa, pois ele é sucessor verdadeiro, e não apenas adquirente de uma massa de bens da sucessão.

d) O indigno pode pedir bens que estão em poder de terceiro?

A situação aqui é muito diversa da que reportamos no caso de o indigno exigir os bens antes do decurso do prazo de caducidade estabelecido pelo art.2036.º. Agora, o indigno é

¹⁶⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

tratado como se fosse herdeiro: e, se bem que não possa opor essa qualidade ao herdeiro verdadeiro, pode opô-la a qualquer outra pessoa.

Sendo herdeiro, aplica-se-lhe, diretamente ou por analogia, o art. 2078.º, n.º1, que estabelece que, sendo vários os herdeiros, cada um pode pedir separadamente a totalidade dos bens em poder de terceiro, sem que este possa opor-lhe que tais bens lhe não pertencem por inteiro. O terceiro, sendo pois alheio à situação, deve entregar os bens.

e) Em caso de conflito perante terceiro, qual das posições prevalece?

Se razões de certeza levam a consolidar a posição adquirida pelo indigno mediante a caducidade da ação, e fazem a ordem jurídica tratá-lo como se o sucessor fosse, essas razões são já insuficientes para fazer decidir a favor do indigno um conflito com o sucessor verdadeiro.

Este, justamente porque o é, pode impor a sua qualidade sempre que não prejudique o que foi adquirido pelo indigno. A sucessão não está totalmente cumprida, permita-se-nos de novo o uso da expressão, e nessa medida a indignidade pode ser alegada.

Temos pois que, se o sucessor verdadeiro reivindicar bens em poder de terceiros, o indigno se não pode opor; e se, pelo contrário, o indigno reivindicar, o sucessor verdadeiro pode opor-se e sairá vitorioso dessa confrontação.

O que quer dizer que essa situação quantitativa não altera as suas posições, e ambos devem ser tratados como herdeiros; mas na medida em que as suas posições se choquem, o que só pode acontecer em relação a elementos ainda não cumpridos da herança, deve-se dar em definitivo preferência ao sucessor verdadeiro.

Conclusões sobre o modo de atuação da indignidade

Estamos agora em condições de concluir que aquela aproximação que se fez entre a indignidade e a incapacidade, quer ao nível do Anteprojeto do Direito das Sucessões, quer ao nível da 1ª Revisão Ministerial tem a sua razão de ser, desde que não procuremos na referência à incapacidade uma qualificação jurídica precisa.

Quer-se dizer que a indignidade atua automaticamente: recebe-se o sistema expresso pela máxima *nec capere nec retinere*. Portanto, ou o indigno não é chamado, ou, se a prática do

ato causa da indignidade for posterior ao chamamento, dá-se automaticamente a resolução deste.

A ação prevista no art.2036.º não é indispensável para a obtenção dos efeitos da indignidade; ou melhor, só é indispensável quando a sucessão estiver “cumprida” indevidamente, pela aparente devolução dos bens a favor do indigno. Nos seus verdadeiros limites, a ação pode ser qualificada como “ação complementar”, não é possível fazer valer a inexistência daquela devolução sem uma declaração judicial dessa inexistência.

Só nos interessa sublinhar que a *facti species* está completa, e que a ação pode influir no plano da eficácia mas não fará mais que revelar um fenómeno efetivamente atuado.

Com isto se conjugam na mais ampla medida as duas *rationes* que se invocavam na defesa das soluções globais contrastantes, da atuação da indignidade *ope legis* ou *officio judicis*: pois, por um lado, evita-se a jurisdicionalização da vida corrente e dá-se prioridade à preocupação de excluir o indigno; por outro, evita-se a perturbação social que pode provocar a prolongada instauração de uma aparência jurídica sem contestação por parte dos interessados.

Capítulo VII - Aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima

Este parece-nos um problema fundamental: a indignidade é também aplicável à sucessão legítima ou pelo contrário nesta só atua a deserção.

Se compararmos as posições da doutrina em Portugal e nos demais países em que a indignidade e a deserção coexistem, verificamos que em todos o problema está em aberto.

Perante as ordens jurídicas estrangeiras, a doutrina dominante vai no sentido da aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima.

Assim, no sentido de uma cumulação da deserção e da indignidade no que respeita à sucessão legítima, no direito estrangeiro, citaremos, no direito suíço, Marc Ilkowicz¹⁶⁶, no direito alemão, Horst Bartholomeyczik¹⁶⁷ e Theodor Kipp¹⁶⁸ e para o direito espanhol Juan Vallet de Goytisolo¹⁶⁹.

Em Portugal, Paulo da Cunha¹⁷⁰ e Pereira Coelho¹⁷¹ vão no sentido da não aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima.

Paulo Cunha usa mesmo um argumento de maioria de razão. As hipóteses de maior gravidade são previstas por lei como causa de deserção, exigindo portanto a manifestação de vontade do testador. Seria aberrantes que nos outros casos, no seu entender menos graves, o de cuius não tivesse de ordenar a deserção.

Pensamos que estes e outros argumentos terão de ser olhados com suspeita logo que se tenha em conta os absurdos a que conduz semelhante posição.¹⁷²

Se o sucessível legítimo somente pudesse ser afastado da sucessão por declaração expressa do autor da sucessão, então não haveria maneira de o excluir nos casos em que, por qualquer razão, fosse impossível ao *de cuius* proceder a essa exclusão.

¹⁶⁶ De l'exhérédation en droit suisse, Genebra, 1930, 72 e segs.

¹⁶⁷ Erbrecht, 4.ª ed., Munique e Berlim, 1960

¹⁶⁸ Derecho de sucesiones (trad. Esp., II, Barcelona, 1951

¹⁶⁹ El apartamento y la desheredación, separata do Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1968, 11-12

¹⁷⁰ Sucessão Legítima, lições publicadas por Lourenço Pereira e outros, Lisboa, 1947, 101-104

¹⁷¹ MARQUES, Artur/LEITÃO, Hélder, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas, 3.ª ed., Coimbra, 1968, 186-187

¹⁷² ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

Suponhamos que alguém atenta contra a vida do pai. Se o pai não morrer logo, poderá fazer testamento em que o deserda; se morrer logo, porém, já não haverá maneira de afastar o parricida da sucessão. É uma espécie de prêmio aos assassinos mais efetivos, e que por outro lado subverte inteiramente o sistema de valores da lei.

Generalizando: verifica-se que a pretensa inaplicabilidade da indignidade à sucessão legitimária teria como consequência tornar indiscutível a posição sucessória daquele que praticou uma ação condenável, mesmo que prevista na lei como causa de deserdação.

Para além disto, esta posição viria a desnaturar completamente a relação que deve existir entre o autor da sucessão e o legitimário.

O legitimário tem uma expectativa sucessória particularmente protegida, na verdade, expectativa essa que podemos definir como um verdadeiro direito a vir a ser herdeiro.

O legitimário só tem o direito a vir a ser herdeiro porque a lei pressupõe e exige uma ligação pessoal particularmente forte entre o autor da sucessão e o legitimário, que justificará que seja este quem ocupe a posição jurídica e social que era ocupada pelo *de cuius*.

O legitimário não é, pois, para a ordem jurídica portuguesa, o beneficiário de um mero enriquecimento, é o herdeiro por excelência. Por isso, se se lhe outorga mais proteção do que a outros, compreende-se que também se lhe exija mais. Nada teria pois de estranho que os legitimários estivessem sujeitos, não só às causas de indignidade que atingem todo e qualquer sucessível, mas ainda a causas particulares, que permitem a deserdação a são deixadas na disponibilidade do autor da sucessão.

Se recordarmos que na sucessão legitimária a lei procura corresponder às exigências da piedade familiar, e por isso impõe ao de cuius esta forma de sucessão, logo veríamos o que teria de incoerente manter a mesma imposição quando nos encontramos perante hipóteses de rebelião contra essa mesma piedade familiar por parte do sucessível, pela prática de atos que ficam compreendidos nas previsões da indignidade. O sucessível deixa então de poder ser considerado o herdeiro por excelência, e compreende-se que a lei reaja a este abalo na ordem moral da família excluindo aquele que se revelou indigno, mesmo nos casos em que o autor da sucessão, podendo tê-la tornado expressa, não o fez. A frustração do enriquecimento, por parte

do legitimário, é apenas uma consequência do facto de ele ter deixado de ser digno de ocupar a posição de herdeiro.¹⁷³

A regulamentação legal corresponde totalmente a esta visão.

Com o Código de 1966, a indignidade deixou de ser regulada a propósito da sucessão testamentária. O seu tratamento é agora claramente genérico: é incluída entre as matérias comuns a todo o direito das sucessões, a propósito da capacidade sucessória. Esta intenção de proclamar o caráter genérico do instituto não deve ser menosprezada. A técnica do Livro das Sucessões é normalmente muito apurada, e não se pode supor que o legislador esqueceu que os institutos regulados no título das sucessões em geral seriam aplicados a todas as formas de sucessão – portanto, à sucessão legitimária também. A própria expressão com que o art.2034.º anuncia esta matéria (“carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade”) não deixa qualquer abertura a um tratamento à parte da sucessão legitimária.

A indignidade é genérica, portanto também aplicável à sucessão legitimária. O autor da sucessão, que deseje quebrar a expectativa sucessória do legitimário mas receia uma impugnação da deserdação por parte deste, quando após a sua morte a prova se tornar mais difícil, pode consolidar desde logo a situação, fazendo declarar indigno o legitimário, desde que se verifique algum dos pressupostos previstos na lei.

Paulo Cunha afirmou que, se nos casos mais graves tivesse de ser pronunciada a deserdação, e nos casos menos graves funcionasse a indignidade, e causas de deserdação, vemos que só as hipóteses mais graves são abrangidas na indignidade, isso seria aberrante.

Qualquer que fosse a situação perante o direito antigo, o certo é que esta descrição não reflete a situação atual. Nos casos em que há uma aparente justaposição de causas de indignidade e causas de deserdação, vemos que só as hipóteses mais graves são abrangidas na indignidade, enquanto que à deserdação é dada uma extensão maior.

¹⁷³ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

Causas de Indignidade (art.2034.º)	Causas de deserdação (art.2166.º)
Condenação por crime de homicídio doloso contra o autor da sucessão, cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado (al.a)	Condenação por crime doloso contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão ou certos familiares deste. (al.a)
Condenação por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos. (al.b)	Condenação por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas (al.b)
Certos atos contra a liberdade de estar (al.c)	
Certos atos contra o testamento (al.d)	
	Recusa de alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge (al.c)

As alíneas a) e b) dos arts. 2034.º e 2166.º, dizem respeito a causas em que há um núcleo comum entre a indignidade e a deserdação. As alíneas c) e d) do art.2034.º são causas específicas da indignidade (estes atos não são de supor a propósito da sucessão legítima pois por testamento nunca se pode atingir a situação dos legítimos). Por sua vez, a al.c) do art. 2166.º é causa específica da deserdação, o que se justifica uma vez que, este facto surge mais frequentemente e com maior significado nas relações entre parentes da linha reta.

Como podemos verificar, não existe um perfeito paralelismo entre as causas de indignidade e as causas de deserdação.

Não cremos que da verificação da existência destas causas específicas se possa tirar qualquer ilação quanto ao âmbito comparado de ambos os institutos, antes elas são apenas a resultante de uma maior ou menor possibilidade estatística da sua verificação.

Os factos previstos nas als.a) e b) do art.2034.º, são extremamente graves, muito mais lesivos do que os previstos nas als.a) e b) do art.2166.º e os das als.c) e d) do art.2034.º são factos que alteram o ambiente de previsibilidade e de confiança nas designações sucessórias e que fazem ruir ou prejudicar o fundamento do sistema sucessório, ou seja, a vontade do autor da sucessão, sobretudo nos sistemas de raiz individualista, como o nosso, em que mesmo a quota legítima surge apenas como um limite a essa vontade. Daí que o legislador os vise não

apenas reprimir, obviando às suas consequências, como sobretudo prevenir, evitando-os; o que só se conseguirá se todos os sucessíveis, incluindo os legitimários, forem passíveis de tais sanções, de modo a obter a desejada, pelo legislador, paz sucessória.

Por outro lado, não convencem Capelo de Sousa, os argumentos de que o art.2166.º é uma norma especial face ao art.3034.º. Primeiro, porque, se fosse esse o caso o legislador deveria fornecer indicações suficientes nesse sentido, o que não aconteceu. Segundo, porque, na opinião deste autor, os institutos da indignidade e da deserdação se situam em planos diferentes e têm mecanismos e objetivos diferentes, o que aliás se espraia no n.º2 do art.2166.º ao dizer que “o deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais”, o que parece pressupor fundamentos diferentes nas suas figuras e apenas uma “equiparação”, que aliás necessitou de ser afirmada explicitamente, em matéria de consequências jurídicas de incapacidade.

Terceiro, porque a aplicação exclusiva na sucessão legitimária do instituto da deserdação deixa de fora situações carentes de adequada tutela jurídica, sobretudo nos casos em que não é possível (em caso de morte) ou exigível (v.g. em casos de dolo ou coação) ao autor da sucessão excluir o sucessível por testamento com expressa declaração de causa ou nos casos em que o autor da sucessão não teve conhecimento dos atos afrontosos do sucessível, mas que nem por isso deixam de ser para si e para a sociedade menos reprováveis.

A favor da aplicabilidade geral do art.2034.º, acontece que a especificidade daquela reside no facto de não poder ser afastada pela vontade do autor da sucessão (art.2027.º), porque há razões familiares ou sociais no sentido de garantir uma legítima a certos sucessores, mas só nos casos em que tais sucessores sejam capazes, e, nomeadamente, dignos. Quando haja indignidade por parte dos sucessíveis legitimários pela prática de tais atos tão afrontosos como os do art.2034.º, a nossa lei parece dissociar-se inclusivamente das razões pelas quais consagrou a sucessão legitimária.

As causas de deserdação são afinal mais amplas do que as de indignidade. O legislador quis alargar, permitindo a deserdação em casos em que a declaração de indignidade não é permitida.

Ao contrário do que se pretendeu há uma maior amplitude nas causas de deserdação do que nas causas de indignidade. Porque as causas de indignidade bastam quando se trata de

matéria submetida à vontade do testador, e que ele pode em geral afastar ou completar com uma determinação testamentária: têm por isso de se indicar com precisão quais os fundamentos que permitirão excluir o sucessível mesmo na ausência de declaração do *de cuius*.

Na deserdação, pelo contrário, pretende-se pôr nas mãos do autor da sucessão uma arma cuja utilização só ele é juiz e que lhe permite, mesmo para além da atuação da indignidade, verificar se no caso concreto certos sucessíveis cujas obrigações para com ele são particularmente intensas devem ser mantidas na sucessão.

No que respeita ao quinhão legitimário é mesmo esta a única possibilidade de excluir os legitimários, pois qualquer ato de mera disposição de bens, por ir contra a legítima, não seria válida. A maior amplitude da previsão é compensada pela necessidade de uma expressa declaração do autor da sucessão.

Posição Defendida

Muitos são os argumentos a favor e contra a aplicabilidade da indignidade à sucessão legitimária.

Por um lado, uns defendem que as causas de maior gravidade são previstas por lei como causa de deserdação, exigindo por isso manifestação do testador, sendo para os defensores desta teoria aberrante que nos outros casos, menos graves, o *de cuius* não tivesse de ordenar a deserdação.

Assim, concluímos e somos da opinião que na sucessão legitimária, funcionam cumulativamente os institutos da deserdação e da indignidade, sendo este supletivo em relação àquele.

Contudo, se acolhêssemos esta tese, e o legitimário só pudesse ser afastado da sucessão por declaração expressa do autor da sucessão, não haveria possibilidade de o excluir nos casos em que, por qualquer razão, fosse impossível ao *de cuius* proceder a essa exclusão. Imaginemos o caso do filho que mata o pai.

Posição que, aliás é coerente com o facto de o legitimário ser considerado um herdeiro por excelência já que a lei lhe outorga uma maior proteção em relação aos demais e ainda lhe

atribui uma posição especial, a de vir ocupar a posição jurídica a social que era ocupada pelo *de cuius*.

Neste sentido, é compreensível que também lhe exija mais. Posto isto, o herdeiro legitimário está sujeito não só às causas particulares, que permitem a deserdação e são deixadas na disponibilidade do autor da sucessão, e também às causas de indignidade que atingem todo e qualquer sucessível.

Capítulo VIII - Instituto da Deserdação

Código de 1867	Projeto de Galvão Telles	Projeto Código Civil	1.ª Revisão Ministerial	2.ª Revisão Ministerial	Código de 1966
1875.º a 1880.º	168.º, 169.º	2166.º	2227.º	2166.º	2166.º
1884.º	173.º	2167.º	2228.º	2167.º	2167.º

O art.2166.º, que admite a privação do direito à legítima por determinação da vontade do autor da herança (a chamada deserdação), fixa os respetivos pressupostos e traça o seu regime jurídico, tem o seu precedente nos artigos 1875.º, 1876.º, 1878.º, 1879.º e 1880.º do Código de 1867.

Assim, podemos dizer que, a deserdação é a disposição testamentária pela qual o de cuius priva um sucessível legítimo da sua legítima.¹⁷⁴

A legítima, como foi por nós referido, é um direito sucessório atribuído por lei a determinadas pessoas, independentemente da vontade do autor da herança, por força do vínculo familiar que as une ao de cuius.

No primitivo direito romano, a liberdade de testar estava limitada pela regra *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, isto é, o testador não podia fazer testamento válido se, tendo sui heredes, os não instituísse herdeiros ou os deserdasse. O direito pretoriano permitiu aos liberi que não houvessem sido instituídos ou deserdados em testamento a bonorum possessivo contra tabulas.

Depois, concedem-se aos sui heredes mal deserdados a *petitio hereditatis ab intestato*. Por fim, o direito justinianeu restringiu as causas de deserdação à conduta indigna do legítimo para com o autor da sucessão.

Os sujeitos da deserdação são, naturalmente, o testador e o sucessível legítimo. O seu objeto é, também naturalmente, a legítima. E só a deserdação total é plenamente admissível.

¹⁷⁴ SANTOS, Eduardo dos, *O Direito das Sucessões*

Havendo uma deserdação parcial, isto é, quando a um legitimário se atribui uma quota inferior à sua legítima, não pode falar-se em deserdação.¹⁷⁵

A legítima como já foi por nós referido é um direito sucessório atribuído por lei a determinadas pessoas, independentemente da vontade do autor da herança, em atenção ao vínculo familiar que as une ao falecido, pode afinal ser afastada, por declaração dessa vontade do finado, quando atos excecionalmente graves do sucessível o justifiquem.

É precisamente ao ato de privação da legítima determinado pelo testador em certas circunstancias excecionais taxativamente descritas na lei que, se dá o nome de deserdação.

A palavra deserdação escreve a este propósito Cunha Gonçalves tem duas aceções. Num sentido amplo e vulgar, deserdação é o simples facto de exclusão de qualquer pessoa da sucessão legítima, total ou parcial, de uma parte dos direitos incluídos no conceito de propriedade. Num sentido restrito e próprio, deserdação é o ato pelo qual o autor da herança priva um herdeiro legitimário da sua quota legítima.

Sintetizando dir-se-á no seu sentido corrente, a palavra deserdação abrange todos os casos em que, por determinação direta ou indireta do de cuius, o sucessível legitimário não é chamado a participar na repartição da quota indisponível, ao passo que, no seu sentido técnico ou rigoroso, privativo da legislação portuguesa e espanhola, a deserdação surge somente como privação, por determinação expressa do testador, do próprio direito à legítima.

A deserdação difere da indignidade nas causas, na extensão e na forma de atuar. No entanto, partilha com esta a sua natureza.

A deserdação trata-se de uma verdadeira incapacidade, visto o seu resultado ser em princípio o de afastar o sucessor legitimário da sucessão, impedindo a própria aquisição do direito de suceder. E será assim, porque, tendo no testamento a sua fonte necessária, a deserdação opera automaticamente, a partir da abertura da sucessão. Mesmo se o testamento só foi conhecido posteriormente, como é aliás normal, não pode chegar a dar-se qualquer vocação.

¹⁷⁵ SANTOS, Eduardo dos, *ob. cit.*

Também o deserdado vê o seu direito de suceder precludido naquele momento, pois, a declaração de vontade que lhe serve de fonte e que dispõe de força bastante para, só por si, operar a deserdação, produz os seus efeitos a partir daquele momento.

É necessário saber a qual dos momentos (abertura da sucessão ou condenação) se deverá atender para fazer operar a deserdação.

Ora, pensamos que o momento relevante deverá ser o da efetivação da condenação, que o mecanismo da retroação fará retroceder ao momento da abertura da sucessão.

A deserdação vem regulada nos arts. 2166.º e 2167.º, em sede de sucessão legitimária, por ser nesta modalidade que os seus efeitos se produzem. De resto, só nela, e em função do regime particular dos legitimários, o instituto faz sentido.

A deserdação constitui o meio jurídico específico através do qual o autor da sucessão pode, por ato da sua vontade, privar um sucessível legitimário da sua legítima.

Um dos aspetos mais relevantes – mas também mais complexo – do instituto da deserdação respeita à identificação das suas causas.

À semelhança do que ocorre na indignidade, cabe também perguntar, na deserdação, qual o sentido da enumeração contida no art.2166.º, n.º1

A resposta à questão que aqui se coloca é para Carvalho Fernandes, a de não se poder fazer, em sede de deserdação, recurso à analogia, mesmo nos termos limitados em que, por vezes, é admitida na indignidade. A razão prende-se com o papel que a deserdação desempenha em sede de sucessão legitimária e que vai além das consequências típicas da indignidade.

Trata-se, agora, de privar certos sucessíveis de direitos especiais, que lhe são atribuídos pelas restantes razões oportunamente identificadas.

Verificadas as causas identificadas (art.2166.º), se, nas duas primeiras, o sucessível tiver sido condenado pelos crimes cometidos, a deserdação não opera automaticamente, pois depende de uma manifestação de vontade do autor da sucessão contida em testamento. Para o efeito, deve o de cuius indicar expressamente a causa que determina a deserdação (art.2166.º, n.º1).

A deserdação priva o sucessível legitimário da sua legítima, na sua totalidade, não sendo de admitir uma deserdação apenas parcial, por a tal se opor um dos princípios que regem a tutela do instituto; a sua intangibilidade (art.2163.º).

Questão diferente é saber se, havendo deserdação, só a legítima é afetada ou se aquela estende também os seus efeitos à porção que ao legitimário caiba na quota disponível.

Não se trata de saber se o testador pode privar o sucessível da quota disponível, pois isso é por de mais evidente, segundo as regras da sucessão legítima. O que está em causa é apenas apurar se, limitando-se o autor da sucessão a deserdar o sucessível legitimário, ele fica também impedido de ser chamado como sucessível legítimo.

Embora a questão não seja isenta de dúvidas, deve ser-lhe dada resposta no sentido de a deserdação implicar também o afastamento do sucessível quanto à sucessão legítima por se afigurar ser essa a solução mais ajustada à vontade normal do testador.¹⁷⁶

Por efeito desta equiparação, deve entender-se que é admitida a reabilitação do deserdado em termos equivalentes aos expostos para a indignidade.

A particular gravidade dos efeitos da deserdação justificam a atribuição, ao deserdado, de meios contra ela reagir.

Uma manifestação importante da tutela do deserdado encontra-se na faculdade de impugnar a deserdação.

Contém-se esta matéria no art.2167.º. Este preceito indica, como fundamento da impugnação, a inexistência da causa invocada. De resto, este regime deixa perceber melhor a necessidade de invocação da causa. O prazo de impugnação é muito curto, fixa-o o art.2167.º, em dois anos contados da abertura da sucessão.

¹⁷⁶ Em sentido equivalente, vd. C. Pamplona Corte- Real, Sucessões, pág. 212. Limitavam os efeitos da deserdação, em princípio, à sucessão legitimária, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil, vol. VI, pág.271.

Influência da deserdação em todas as espécies de sucessão

Relativamente a este aspeto, poderíamos citar numerosas referências de autores portugueses sobre a deserdação, e tirar delas a fácil conclusão de que todos a consideram irrelevante no que toca às outras formas de sucessão.

Se o autor da sucessão deserda um legitimário e atribui positivamente a herança a outra ou outras pessoas, nenhum problema se suscita; a deserdação satisfaz o seu conteúdo mínimo, de privação da legítima (art.2166.º) e esgota-se nele.

Suponhamos, porém, que o autor da sucessão se limita a deserdar um legitimário, sem nada dispor para além disso. Não parece haver razão para duvidar da validade da estatuição, perante os arts. 2166.º e 2179.º, n.º2. Poderá então o deserdado, resignando-se a ver o que seria a sua legítima passar aos restantes sucessíveis, concorrer todavia à quota disponível?

Muito embora esta posição seja alicerçável na estrita letra da lei, parece-nos absolutamente de repudiar, tão disforme é o resultado a que ela conduz.¹⁷⁷ É certo que a atuação dos efeitos da deserdação é determinada pelo autor da sucessão, mas é claro que dificilmente se porá o caso de este querer excluir o legitimário da legítima e mantê-lo na quota disponível.

O que quer isto dizer que no ato de deserdação podemos destrinçar nestes casos uma exclusão da sucessão legítima e uma exclusão de outras formas de sucessão, ou seja, quer a deserdação em sentido estrito quer a deserdação naquele sentido mais amplo, em que significa a exclusão de qualquer sucessível chamado por lei. Não havendo nenhuma dúvida quanto à admissibilidade desta segunda atitude, podemos dizer que a deserdação em sentido estrito implica aqui uma deserdação em sentido amplo.¹⁷⁸

Nada altera esta fisionomia do problema, o facto de o legitimário haver anteriormente sido designado pelo autor da sucessão, em testamento ou pacto sucessório. Se posteriormente o autor da sucessão se limita a declarar, em testamento, indicando a causa que deserda aquele sucessível, parece claro que o deserdado deixa de poder socorrer-se também da anterior designação. A deserdação, voltámos a verificá-lo, implica o afastamento daquela sucessão, salvo se o autor da sucessão se limitar a determinado ou determinados aspetos.

¹⁷⁷ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

¹⁷⁸ ASCENSÃO, Oliveira, *ob. cit.*

Assim, podemos dizer que a deserdação não tem efeitos apenas sobre a sucessão legítima, antes se repercute sobre todas as formas de sucessão.

Assim, como o indigno é afastado da sucessão testamentária, contratual ou legítima, salvo declaração de vontade em contrário do autor da sucessão, o deserddado também deverá ser.

Saber, porém, se o conceito de deserdação deve ser revisto, de maneira a significar, não apenas a privação da legítima, mas antes a exclusão de um legítimário de toda a sucessão, é o problema mais específico da deserdação. A solução estaria aliás dependente de se determinar se a exclusão das outras formas de sucessão opera por força da deserdação propriamente ou por força da equiparação legal do deserddado ao indigno.

Posição Defendida

Relativamente a esta questão, e apesar de a mesma ter para alguns autores como é o caso do Prof. Oliveira de Ascensão, menos relevância do que a da aplicabilidade da indignidade à sucessão legítima, importa saber se este instituto se aplica a todas as outras formas de sucessão, na eventualidade de o autor da sucessão se limitar a deserddar o legítimário e nada disser relativamente à quota disponível.

Respondendo à questão levantada, entendemos que a deserdação se aplica a todas as formas de sucessão.

Uma vez deserddado, o herdeiro legítimário é afastado totalmente da sucessão.

Já que, a deserdação é o meio mais evidente que a lei concede ao autor da sucessão de afastar o legítimário, não faria sentido, nem tão pouco seria respeitado o fundamento deste instituto, se de uma forma ou de outra, o herdeiro que praticou um ato previsto no art. 2166.º fosse chamado à sucessão.

Capítulo IX - Âmbito de aplicação da Indignidade e da Deserdação: colocação do problema

A indignidade está inserida na parte geral do Direito das Sucessões, o que apontaria para a sua aplicação a todos os títulos sucessórios (o que tem suscitado controvérsia na doutrina).

Em contrapartida, a deserdação reporta especificamente à sucessão legítima.

No tocante à indignidade, o art.2037.º, n.º2, ao referir-se aos efeitos da indignidade na “sucessão legal” – que compreende a sucessão legítima e a sucessão legítima – inculcaria ainda o âmbito global deste instituto.

Sabido contudo que a norma especial – neste caso o art. 2166.º - afasta em princípio a norma geral – art.7.º, n.º3 – o problema reabre-se, sendo necessário fazer a concatenação dos dois institutos, tanto mais que, não havendo embora coincidência entre as causas da indignidade e da deserdação, certo é que algumas são comuns. E relembramos que o modo de operar dos institutos é diverso: diferentemente da indignidade, a deserdação opera sempre automaticamente por via da declaração expressa da vontade do testador aposta no testamento com indicação da causa.

A Posição da Doutrina

Para o prof. Pereira Coelho, o instituto da deserdação derroga sempre o da indignidade, dado o seu caráter especial relativamente a este.

Subjacente a esta tese, parece radicar a ideia de que a deserdação pressuporia um regime de favor para o sucessível legítima, afastando-o do regime geral da indignidade, por força da sua relação mais estreita com o autor da sucessão.¹⁷⁹

Já para o prof. Oliveira Ascensão funcionam cumulativamente os institutos da deserdação e da indignidade, sendo este subsidiário em relação àquele. O que está totalmente

¹⁷⁹ Prof. Pereira Coelho, onde se lê: “(...) compreende-se que os herdeiros necessários só em casos excepcionais e muito restritos possam ser privados da legítima que em princípio lhes pertence (...) justifica-se que o legislador ponha nas mãos do autor da sucessão a decisão do caso e não permita uma declaração de indignidade nos termos gerais do art.2034.º.”

de acordo com o facto de o legitimário, sendo herdeiro por excelência, estar sujeito a mais e não a menos obrigações que o sucessor comum.

Mas perguntar-se-á a que tipo de subsidiariedade se querará referir este autor. Pressuporá que a indignidade poderia aplicar-se tão só quando, no campo comum de causas, o testador de facto não tivesse tido a possibilidade de deserdar ou, estará ainda na sua ideia fazer operara a indignidade, no campo específico das respetivas causas, não por ser possível ao autor da sucessão, nestes casos, deserdar o sucessível legitimário?

Quanto a isso, o prof. Oliveira de Ascensão esclarece-nos que, por testamento nunca se pode atingir a situação dos herdeiros legitimários – não representa uma restrição a omissão destas causas como fundamento de deserdação. Parece, não obstante, o prof. Oliveira de Ascensão concluir pela aplicação da indignidade aos “casos em que não pode haver exclusão em testamento” seja por impossibilidade fáctica ou por impossibilidade legal de deserdar. Sendo o ato do sucessível legitimário simultaneamente possível de deserdação e de indignidade, tendo o autor da sucessão tido a possibilidade de o deserdar, não deverá o mesmo sucessível legitimário considerar-se por qualquer forma incapaz de suceder, isto é, não lhe será neste caso aplicável o instituto da indignidade, apesar do preenchimento das suas causas.

Esta ideia da subsidiariedade da indignidade, relativamente à deserdação, não manifestando embora um radicalismo tão exacerbado quanto a tese do prof. Pereira Coelho, de acordo com Branca Cruz, não parece contudo, que dela divirja fundamentalmente na sua essência, portanto, tendo o prof. Oliveira Ascensão procedido a um cotejo cuidado das causas integrantes de um e outro instituto, o que leva a detetar casos de total impossibilidade (fáctica ou legal) para o testador manifestar a sua vontade, deserdando o indigno, aceita-se todavia – e repare-se, justamente onde o problema da articulação (fulcral) dos dois institutos, no campo possível de atuação comum das respetivas causas, se põe com maior acuidade – o princípio do primado da vontade do autor da sucessão no tocante à sucessão legitimária.

Relativamente a esta questão, Branca Cruz, entende que o herdeiro legitimário, em virtude da sua mais estreita relação pessoal com o autor da sucessão, é mais gravoso do que aquele que corresponde ao instituto da indignidade. Em sede de causas comuns, deverá a indignidade aplicar-se não subsidiariamente, mas em concomitância com a deserdação.

Quando o autor da sucessão teve a possibilidade de deserdar o herdeiro legítimo e apesar disso não o fez, se deve, ainda aqui, dar relevância ao desmerecimento do ato do sucessível em causa, sancionando-o com a incapacidade de exercício que a indignidade acarreta. Isto porque, na opinião desta autora, na sequência da ideia a que adere, de que ao herdeiro legítimo quis a lei exigir mais, traduzir-se a deserdação numa facilitação de meios, permitindo por simples declaração de vontade do autor da sucessão o afastamento do herdeiro legítimo da mesma sucessão.

Procurar-se-á deste modo, garantir com maior eficácia este afastamento, tornando assim desnecessária a interposição da ação de declaração de indignidade, a que, quer o autor da sucessão, quer os herdeiros subsequentes se veriam forçados. Interpretação esta que não põe em causa a regra de que a norma especial afasta a norma geral, pois, sempre que exista em abstrato a possibilidade de fazer atuar os dois institutos, se dará prevalência ao mecanismo mais simples e eficaz da deserdação, desde que expressa no testamento com a necessária indicação da causa.

Se bem que o deserdado seja equiparado ao indigno, nunca se poderia pensar que os dois institutos são a mesma coisa. O simples facto de funcionarem cumulativamente nos casos de deserdação bastaria para provar essa diversidade.

A sua semelhança está, no facto de se reconduzirem a ilegitimidades testamentárias; e ilegitimidades testamentárias passivas, se assim o podemos dizer, pois a sucessão não pode decorrer entre aqueles dois sujeitos por razões que respeitam ao sucessível e não ao de cuius.

Mas os pressupostos de verificação de uma e de outra causa são profundamente diversos:

- a indignidade atua automaticamente (desde que se verifique alguma das circunstâncias previstas na lei);
- a deserdação exige, para além da verificação da causa legal, a declaração do autor da sucessão nesse sentido.

Porque tem de ser declarada em testamento, a deserdação produz os seus efeitos logo à abertura da sucessão: é pois, tecnicamente, um facto impeditivo da vocação.

A indignidade, porque deriva de causas que tanto se podem produzir antes como depois da abertura da sucessão, pode funcionar quer como facto impeditivo da vocação quer como facto resolutivo de uma vocação já verificada. Podemos, então, chegar aqui a três conclusões:

1. Quer a indignidade quer a deserdação são ilegitimidades sucessórias “passivas”, mas distinguem-se pela sua técnica de atuação;

2. A deserdação implica o afastamento do legitimário de todas as formas de intervenção naquela sucessão, na falta de estipulação do de cuius em contrário;

3. A indignidade é aplicável à sucessão legítima, concorrentemente com a deserdação.

O alargamento dos efeitos da indignidade à sucessão legítima depara-se num primeiro exame, com a dificuldade emergente dos termos em que a deserdação opera. Está aqui a ser referido o facto de esta exigir uma manifestação expressa da vontade do autor da sucessão, sujeita, além disso, à observância de certas formalidades.

Sempre que da causa da indignidade decorra a impossibilidade de, em testamento, se fazer operar a deserdação, não pode deixar de se lhe atribuir relevância na sucessão legítima, sob pena de se verificar benefício do infrator.

Não releva invocar, contra este entendimento, as razões ligadas à tutela do legitimário, pois elas conduziriam à conclusão desrazoável de dela beneficiar mesmo quem para tanto não é digno. Ora, o próprio instituto da deserdação desmente tal solução.

Capítulo X - Admissão de causas de indignidade ou deserdação análogas à lei

O art. 2034.º diz-nos que carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, aqueles que estiverem incluídos nas quatro classes que enumera: mas não diz que só eles incorrem em indignidade. É natural pois que se pergunte se o intérprete não poderá elevar-se até outras circunstâncias que produzam o mesmo efeito, a indignidade sucessória.

O problema é semelhante para a deserdação, se bem que a letra do art.2166.º seja um tanto mais restritiva.

Diz-se que o autor da sucessão pode deserdar “quando se verifique alguma das seguintes ocorrências”.

Assim, cabe-nos questionar o carácter taxativo ou não da enumeração legal.

Lançando os olhos sobre as posições adotadas em doutrinas estrangeiras, na discussão de hipóteses semelhantes, verificamos que, se num caso ou outro se admite uma extensão da incapacidade ou da deserdação para além do círculo das previsões legais, em geral aceita-se sem discussão o carácter taxativo destas.

Se procurarmos, uma justificação doutrinária destas afirmações, para além do que parecem ser meras intuições, supomos que os autores tenderão a fundar-se:¹⁸⁰

- Na invocação de um princípio geral de capacidade sucessória;
- No próprio facto de a lei ter recorrido à tipificação.

No que respeita ao primeiro fundamento, ele encontra uma funda repercussão no art.2033.º do Código de 1966, em que se afirma que têm capacidade sucessória “... todas as pessoas... não excetuadas por lei.” A incapacidade parece ser expressamente qualificada como uma exceção. Carecem de capacidade sucessória, por indignidade, as pessoas que incorrem nalgumas das causas previstas na lei – logo poderia pensar-se que essas causas deveriam ser tomadas como exceções, em sentido próprio, ao princípio da capacidade, pelo que não permitiriam aplicação analógica. E nada adiantaria objetar que tecnicamente indignidade não é

¹⁸⁰ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*

incapacidade: para este raciocínio basta a observação de que a lei a considerou como tal, pelo que sempre representaria exceções ao princípio geral da capacidade.

Temos, porém, as maiores dúvidas de que se possa utilmente trabalhar em direito com semelhantes jogos lógicos de regra e exceção, numa amplitude tão desmedida. Sem dúvida que resulta da lei um princípio geral da capacidade; duvida ainda que desse princípio se pode tirar a consequência prática de que deixa de ser possível uma livre atividade no intérprete na fixação de casos de “incapacidade”.

Parece-nos porém de um certo primarismo lógico ter como suficiente a expressão legal para se afirmar que todas as regras sobre incapacidade são regras excepcionais em sentido técnico.

Se este argumento não é decisivo, a grande razão em favor do caráter restrito estará no próprio facto da enumeração ou tipificação. A índole limitativa resultará primacialmente de o legislador ter estabelecido um catálogo de causas relevantes.¹⁸¹

Com a codificação, e dentro da preocupação geral de reagir ao arbítrio judicial, as causas de indignidade passaram a ser previstas expressamente.

Mas com isto apenas reencontramos o que dissemos há pouco perante o princípio geral da capacidade: é de supor que tenha sido excluída uma livre atividade do intérprete na fixação das causas de indignidade ou da deserdação, mas isso não implica que toda a analogia seja vedada.

Essas tipologias podem ter significado muito diverso, pois podem ser¹⁸²:

- taxativas: quando a norma fixa todas as especificações possíveis de dado conceito;
- exemplificativas: quando é livre a fixação pelo intérprete de novas figuras, que correspondem igualmente àquele conceito;
- delimitativa: quando só é possível a elaboração de novas figuras se forem análogas a algum dos tipos normativamente previstos.

¹⁸¹ ASCENSÃO, Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade*

¹⁸² ASCENSÃO, Oliveira, *ob. cit.*

A enumeração legal das causas de indignidade e de deserdação tem na sua base, como vimos já, razões de segurança, e por isso automaticamente excluiremos que se aceitasse aqui uma tipologia exemplificativa.

“Suponhamos que alguém, através da hipnose, induziu o autor da sucessão a revogar o testamento.” Haverá indignidade?

Diz-nos a al.c) do art.2034.º que carece de capacidade sucessória, por indignidade, “o que por meio de dolo ou coação induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento...”

A situação não está prevista na fórmula e também não estará prevista no espírito do preceito, se concluirmos que a lei só teve em vista as hipóteses em que se influencia a vontade alheia mas sem a suprimir, como é típico dos vícios na formação de vontade. Mas há uma analogia clara entre a causa típica de indignidade e a situação da hipnose, não regulada.

Será então, a analogia relevante?

Segundo o Prof. Oliveira Ascensão¹⁸³ as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas, mas não pode deixar de se encontrar um acento restritivo no enunciado das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão. Entre uma e outra consideração, este autor conclui que o art.2034.º consagra uma tipicidade delimitativa. Ou seja, que não é possível uma analogia livre, a partir do conceito da indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei. Por outras palavras, não seria possível a *analogia iuris*, mas já seria possível uma *analogia legis*.

Nesse sentido, isto é, a favor da admissibilidade da analogia, já se pronunciou a jurisprudência.

Leia-se o acórdão do STJ de 07 de Janeiro de 2010 “*Apesar de nenhuma das alíneas do preceito qualificar a prática do crime de violação sobre o autor da sucessão como comportamento indigno não constitui entendimento pacífico, na doutrina e jurisprudência, que o art.2034.º consagre tipicidade taxativa e que, por isso, afaste todo e qualquer tipo de analogia. A indignidade sucessória reveste natureza sancionatória civil, sendo opinião do Prof. Oliveira Ascensão, que “é uma consequência autónoma no plano civil e funda-se no ato reprovável do indigno, vis a vis do autor da sucessão e a sua incidência é tal no relacionamento entre ambos*

¹⁸³ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*

que é capaz de remover todos entraves da ordem pública que o legislador impôs à vontade do testador, devolvendo-lhe a plenitude.” Este autor conclui que, “se uma situação se revelar análoga às previstas nesses modelos, não haverá razão para banir o recurso geral à analogia.””

No caso *sub judice* tratava-se uma violação de um pai a uma filha. O tribunal afirma que, apesar de o crime praticado pelo réu, não o fazer cair na exceção da incapacidade por indignidade, as circunstâncias concretas do caso conduzem a que o reconhecimento do direito do réu a suceder à sua filha viola manifestamente aquilo que são as concepções ético- jurídicas dominantes; o reconhecimento desse direito afrontaria de uma forma clamorosa aquilo que a moralidade e os bons costumes exigem, afrontara também aquilo que o direito tem em vista ao garantir mesmo constitucionalmente (art.62.º CRP), o direito à transmissão dos bens e que a lei civil, no caso de sucessão legal – art.2131.º e seguintes – reconduz ao cônjuge e aos (certos) parentes (para além do inevitável Estado, à falta daqueles).

O tribunal da Relação de Guimarães já entendeu, em acórdão de 22 de Janeiro de 2009, que o art.2034.º se aplica analogicamente a todas as espécies de sucessão.

Só depende a aplicação analógica do preceito a condenados por outros crimes de gravidade igual à dos crimes previstos naquele preceito.

Reproduzimos a situação que nele se faz da opinião de Oliveira de Ascensão: “a segurança jurídica que exigiu a previsão legal das causas de indignidade e de deserdação, levou ao estabelecimento de grandes categorias de casos que trazem limitação à atividade do intérprete; mas implica o afastamento da exigência fundamental do tratamento igual de casos semelhantes, que está na base da analogia, desde dados pela lei – desde que utilize somente a analogia legis.”

Capítulo XI - Aumento das causas da deserdação

Considerações Gerais

O Direito Sucessório como o conhecemos não é o mesmo daquele que surgiu com a primeira codificação.

Ao longo do tempo foi sofrendo alterações, resultantes não só da evolução natural, mas sobretudo para tentar dar respostas às mudanças que ocorrem na sociedade e conseqüentemente na família, elemento esse que está intrinsecamente relacionado com o fenómeno sucessório, uma vez que este visa essencialmente regular e preservar as relações familiares.

Assim, torna-se fulcral perceber a evolução deste pilar do direito sucessório.

A família é considerada como sendo o primeiro grupo humano organizado e como unidade base da sociedade. Daí a importância que no passado e no presente se tem dado à família e às mudanças que a têm caracterizado na sua estrutura, nas relações dentro e fora dela, com influências recíprocas na mudança.¹⁸⁴

Procuram encontrar-se explicações para as novas concepções do grupo familiar, atribuindo-as às mudanças sociais.

A evolução e a mudança que caracterizaram de modo significativo o mundo atual não exclui a família. Embora considerada uma das instituições mais persistentes no tempo, a mudança social reflete-se amplamente na família, arrastando-a desde os processos da industrialização e urbanização para novas realidades, às quais tem procurado adaptar-se. Porém, e dada a visibilidade que a família assume na sociedade, também esta procura ajustar as instituições às exigências e necessidades da família.

É evidente que a velocidade imprimida à mudança está ligada aos diversos fatores económicos, sociais, culturais e tecnológicos. Por isso, verifica-se um ritmo frenético e agitado, produzindo um fenómeno global e complexo.

¹⁸⁴ PEREIRA, Tarlei Lemos, *Ensaio sobre a deserdação por falta de vínculo afetivo e boa-fé familiar*, São Paulo

No aspeto socioeconómico dá-se a passagem da evolução dos processos produtivos tradicionais ou clássicos, aos novos e dependentes do desenvolvimento tecnológico atual. No aspeto sociocultural temos a presença de novos valores relacionados com os processos culturais da inculturação, aculturação, desculturação e socialização. De referir ainda uma nova conceção da vida, da organização social e das organizações em geral, uma nova visão da comunicação social e um crescimento dos mesmos meios.

Influência da sociedade na família

A família resulta de um conjunto dinâmico e complexo de variáveis estruturais intrafamiliares, mas também as realidades extra-familiares. Assim, a família, nas suas relações com o contexto sociocultural, passa pela evolução que caracteriza de modo significativo o mundo de hoje. Portanto, não pode ser vista fora deste contexto e desta realidade.

Historicamente, a família é um produto da sociedade; portanto, está estritamente ligada à sua mudança.

Vemos que se encontra na sociedade uma pluralidade de tipos ou modelos gerais de família que a representam e a descrevem no seu conjunto, em épocas históricas diferentes.

Estes modelos não evoluíram e sofrendo alterações que se explicam com um tipo próprio de sociedade pertencente a uma determinada época histórica.

Na génese e composição

Na sociedade pré-moderna: a família aparecia finalizada para atingir os seguintes objetivos: definição do estatuto social das pessoas, procriação legitimada e socialmente reconhecida por uma relação sexual estável.

Na sociedade moderna: orienta-se sobretudo para a satisfação de necessidades profundas das pessoas. A mesma função procriativa adquire já à partida um novo significado, enquanto é vista não só como serviço ao grupo social, mas como fonte de gratificação e

integração, como potencial necessidade emocional mais do que como continuação ou reforço do grupo social.

A partir destas ideias, pode dizer-se que a família tem a sua origem no matrimónio. A partir daqui mulher, marido e filhos ou outros parentes, encontram-se ligados entre si, por vínculos legais, económicos, parentais, religiosos, direitos e deveres, numa rede de proibições sexuais, segundo o tipo de família, ou de matrimónio realizado e um conjunto variável e diferenciado de sentimentos psicológicos como o amor, o afeto e o respeito.

Na família pré-industrial: prevalecia de facto um modelo de família patriarcal ou família extensa alargada, onde os usos e costumes da origem da família (ou seja, o matrimónio que dá origem à família) estavam normalmente dependentes dos pais e da família dos noivos. Eram eles que programavam a constituição da nova família independentemente dos noivos, que pouca influência tinham nesses preparativos. Eram os pais e a família que dispunham todas as circunstâncias antes do matrimónio.

Portanto, compreende-se que as relações na família, inicialmente, se encontrassem no interior de uma componente estrutural bastante rígida, comportando uma divisão de papéis e deveres bastante inflexível e, quase poderíamos dizer, até severa.¹⁸⁵

Com a emergência da sociedade moderna, dão-se mudanças e alterações profundas no domínio da autoridade em relação à origem da família, tornando-a cada vez mais enfraquecida.

Dá-se uma viragem e aparece a família moderna, uma família transformada onde predomina o modelo de família nuclear. Daí que esta família tenha uma origem mais espontânea e mais livre, tendo-se difundido depois na revolução industrial e urbana, com todas as suas fundamentações teóricas ao longo do século XIX e início do século XX, o que levou a uma maior consolidação deste novo modelo.

Grosso modo, os quadros nos quais se processa a constituição da família estão essencialmente ligadas: à variabilidade da família; ao ciclo da vida; à herança; à escolha do cônjuge; à idade do matrimónio (hoje os jovens decidem casar mais tarde); ao papel desempenhado pelos membros da família, ao tempo e ao grau de dependência dos cônjuges.

¹⁸⁵ DIAS, Maria Olívia, *A família numa sociedade em mudança problemas e influências reciprocas*

Nas funções e nas relações

É importante verificar que o estatuto social dos membros da família deriva da sua posição ocupacional e está relacionado, de modo significativo, com qualidades diferentes nas relações e funções conjugais, na relação entre pais e filhos ou com outros familiares. Daí o maior ou menor grau de coesão entre os membros da família.

O tecido familiar perdeu, em parte o seu carácter institucional e estrutural prevalecente, empobrecendo parte dos seus papéis e, por isso, tornando-se mais frágil e debilitado, quanto ao exercício operacional das funções que lhe são atribuídas.

A família perdeu o seu papel de estratificação, tornando-se menos sólida, menos rica nas suas relações e até menos eficaz no controlo social sobre o comportamento dos seus membros. Verifica-se, assim, uma redução das suas funções.

Ressalta, acima de tudo, que o nascimento, o desenvolvimento e os momentos que o caracterizam, a velhice, a doença, a dor, o sofrimento, a morte, etc., distanciam-se da família e são entregues a agências especializadas, que não desempenham um contributo humano como vinha sendo dado pela família.

Nas tendências atuais

Enquadrada numa teoria social da família, poderíamos perguntar: será que esta evolução terminou?

Como foi referido, o modelo tradicional que substancialmente acentua as funções essenciais da instituição família viu-se modificado no modelo nuclear, em consequência da mudança social.

Com efeito, particularmente associado a esta problemática, reconhece-se que o modelo atual contém vestígios que podem continuar a por em perigo a mesma família e que se encontram nos conceitos: instabilidade, separação, especialização exasperada dos deveres e dos fatores a eles ligados e a permissividade como consequência de uma conceção materialista que a sociedade lhe foi impondo.

Desta longa descrição podemos concluir que a mudança na gênese, composição, funções e na sua dinâmica foi substancialmente verificada. Porém, não podemos esquecer que se mantêm as bases que garantem a unidade e a continuidade como instituição familiar.

Mas a família não é do passado, a família foi do passado, é do presente e será do futuro, mesmo que paralelamente tenha que suportar as crises sociais que, por vezes, a têm desgastado.

Refira-se, portanto, que esta condição é o resultado, ou consequência, do próprio processo e dinâmica social, refletindo as mudanças tanto nas estruturas como nas relações que definem a família.

Esta contextualização em relação à família, tornou-se necessária e até mesmo imprescindível, dada a sua estreita relação com a sucessão legitimária.

Já sabemos que esta espécie de sucessão, tem como objetivo primordial a proteção da família e da continuidade do património na mesma, fruto até das orientações do próprio texto constitucional.

Como deixamos dito, a sucessão legitimária visa proteger os herdeiros legitimários e consequentemente a sua legítima. Esta proteção vai tão longe que em certos casos, põe em causa a vontade do de cuius.

Sabemos que, o conceito de família que observamos nos dias de hoje, não é o mesmo que teve na origem do direito sucessório que ainda se encontra em vigor. O ramo do Direito visava dar resposta e soluções a uma realidade que já não existe, ou que se encontra substancialmente alterada.

Assim, questionamo-nos, se ainda se justifica a excessiva proteção que a lei atribui à família, nomeadamente à família nuclear (herdeiros legitimários) através da sucessão legitimária, quando a própria família perdeu parte do caráter institucional e estrutural e já não desempenha muitas das funções que lhe estavam atribuídas.

Proposta para as alterações legislativas ao art.2166.º Código Civil

Deserdação por abandono dos ascendentes

O conceito de abuso de idosos

O conceito de maus tratos de idosos refere-se a um comportamento destrutivo, dirigido a um adulto idoso, que ocorre num contexto de confiança e cuja frequência (única ou regular) não só provoca sofrimento físico, psicológico e emocional, como representa uma séria violação dos direitos humanos. É ainda consensual que o conceito em causa integra vários tipos de mau trato, designadamente o abuso físico, psicológico, material e negligência.

Este tipo de abuso conduz a uma diminuição da dignidade e da auto-estima do idoso.

A negligência ativa consiste no recurso ou fracasso intencional ao nível da prestação de cuidados necessários ao bem-estar da pessoa idosa. Situam-se neste tipo de negligência ações como a negação deliberada de alimentação, de cuidados de higiene ou de saúde. A negligência passiva difere da ativa pelo facto de não ser consciente e intencional. Outras categorias de abuso temos o abandono e a molestação sexual.

A relação entre os níveis de dependência e de mau trato de idosos tem encontrado suficiente sustentação empírica.

A elevada dependência de idosos, ao nível da prestação de cuidados por parte dos membros da família (sobretudo dos cônjuges e filhos), mas também a dependência destes em relação às prestações financeiras daqueles é considerada por muitos investigadores como um fator de risco importante.

Rosalie S. Wolf e Karl A. Pillemer sustentam, inclusivamente, que os perpetradores de abusos sobre os idosos são mais dependentes destes, o que o contrário. A dependência dos primeiros face aos segundos faz-se sentir sobretudo nos domínios da habitação/ residência, sustento do lar, apoio financeiro e ao nível dos transportes.

Em conformidade com o estudo mais recente do INE, publicado em julho de 2015 e referente a 2014, as alterações na composição etária da população residente em Portugal e para

o conjunto da UE são reveladoras do envelhecimento demográfico da última década. Neste contexto, Portugal apresenta no conjunto dos Estados- membros:

- O 5.º valor mais elevado do índice de envelhecimento
- O 3.º valor mais baixo do índice de renovação da população em idade ativa
- O 3.º maior aumento da idade mediana entre 2003 e 2013

O número de idosos ultrapassou o número de jovens pela primeira vez, em Portugal, em 2000, tendo o índice de envelhecimento, que traduz a relação entre o número de idosos e o número de jovens, atingido os 141 idosos por cada 100 jovens em 2014.

Também o índice de dependência de idosos, que relaciona o número de idosos e o número de pessoas em idade ativa (15 a 64 anos de idade), aumentou continuamente entre 1970 e 2014, passando de 16 idosos por cada 100 pessoas em idade ativa em 1970, para 31 em 2014.

Perante este cenário, é fundamental atualizar e inovar as políticas de família e dar especial enfoque ao envelhecimento ativo.

Em relação ao envelhecimento ativo urge dar-lhe a relevância que ele merece, ou seja, considerando os mais idosos como um dos eixos principais da sociedade.

Uma sociedade equilibrada passa necessariamente por estabelecer pontes entre as gerações.

Importa garantir a existência de mecanismos efetivos de proteção que salvaguardem e atendam às particularidades, riscos e fragilidades dos mais idosos. Muitos destes idosos são pessoas que, devido à sua especial suscetibilidade, necessitam de uma proteção especial e reforçada, quer seja em termos sociais, económicos, de saúde ou de justiça.

O Código Civil prevê, no art.1874.º: (“Deveres de pais e filhos”), que pais e filhos se devem mutuamente respeito, auxílio e assistência, ou seja, a obrigação de prestarem reciprocamente alimentos e a de contribuem para os encargos da vida familiar de acordo com as respetivas possibilidades.

O art.2009.º CCivil prevê quais as pessoas obrigadas a alimentos e respetiva ordem de precedência, lá figurando precisamente os pais e os filhos, pela ordem da sucessão legítima.

O CCivil preocupa-se em prever designadamente a obrigatoriedade de assistência dos filhos aos pais, mas não prevê qualquer consequência para o não cumprimento desse dever, nomeadamente em termos sucessórios – exceciona-se apenas a possibilidade de deserdação prevista no art.2166.º.

Com efeito, o ascendente já pode deserdar o sucessível que seja descendente pelo facto de este faltar, sem justificação, ao cumprimento do dever de alimentos para com o autor da sucessão. Trata-se, contudo, de ato praticável apenas na sucessão testamentária e com expressa declaração de causa, ou seja, é um ato que depende da vontade expressa do ascendente, isto é, é um ato da responsabilidade de quem está a ser vítima da falta de dever de alimentos.

Nesta senda, foi apresentado uma iniciativa (projeto lei n.º246/XIII/1ª, 23 de maio de 2016) que pretende incluir duas novas alíneas no artigo 2134.º que preveem a incapacidade sucessória, por indignidade, de quem tiver sido condenado por exposição ou abandono ou de quem tiver sido condenado por violação da obrigação de alimentos, quando tais crimes tenham sido praticados contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado.

O Código Penal, no art.154.º sob a epígrafe coação, determina que: “Quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a uma ação ou omissão, ou a suportar uma atividade, é punido com pena de prisão até três anos com pena de multa.”

O n.º4 do referido preceito ressalva que “Se o facto tiver lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adotantes ou adotados, ou entre pessoas, de outro ou do mesmo sexo, que vivam em situação análoga à dos cônjuges, o procedimento criminal depende de queixa.”

Nesse sentido, foi também apresentado um projeto de lei n.º245/XIII/1.ª com vista à alteração do Código Penal, dispensando de queixa o crime de violação da obrigação de alimentos e agravando as respetivas penas.

Assim, este projeto propõe o aditamento do art.154.º- D, com a seguinte redação:

“Coação de idoso a cargo

1 – Quem, com dolo, constranger pessoa idosa que se encontre a cargo do agente e esteja, à data, notoriamente limitada ou alterada nas suas funções mentais em termos que impossibilitem a tomada de decisões de forma autónoma e esclarecida, a ingressar ou permanecer temporariamente em instituição destinada ao internamento ou acolhimento de pessoas idosas que não se encontre licenciada nem disponha de autorização provisória de funcionamento válida, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos números 2 e 3 do artigo 154.º”

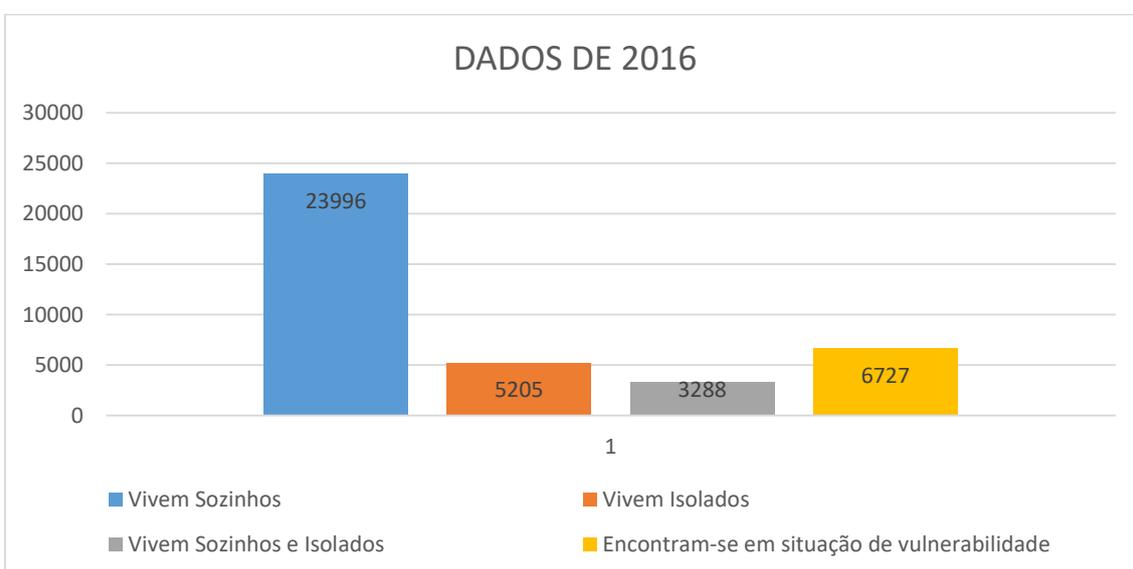
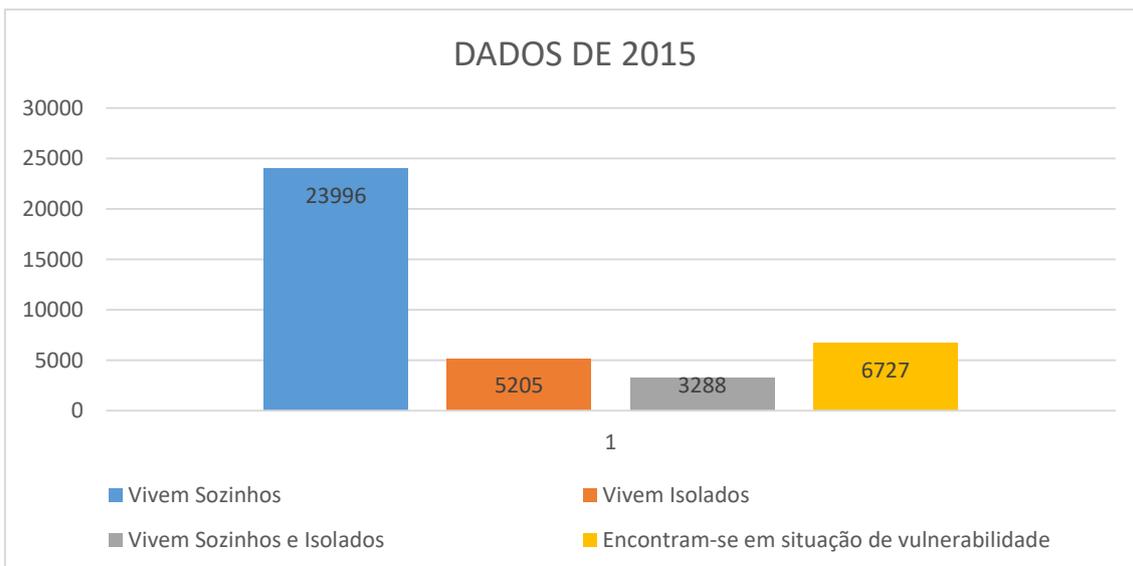
“Censos Sénior”

A GNR tem realizado os “Censos Sénior”, com o objetivo de sinalizar a população idosa que vive sozinha ou isolada.

Assim, segundo dados desta ação, desde o ano de 2011, ano que foi realizada a primeira operação “Censos Sénior”, têm sido sinalizados mais idosos a viverem sozinhos e/ou isolados ou em situação de vulnerabilidade.

Estes dados vêm dar mais força à necessidade da revisão da norma que prevê a deserção, com vista à criação de previsão legal, da possibilidade de deserdar por exposição ou abandono de idosos.

Através da análise dos gráficos é fácil de perceber que este, é um grupo etário cada vez mais vulnerável e ao qual é dada cada vez menos atenção e importância, até mesmo por parte daqueles que a lei tanto protege que são os herdeiros legítimos.



Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar

Propomo-nos agora desenvolver, a possibilidade de deserdar herdeiros legitimários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, uma vez que estas hipóteses não se encontram previstas no art.2166.º CCivil.

A falta de afeto entre herdeiros legitimários, nos casos crónicos em que a própria vida os separa e os torna estranhos, deveria autorizar a deserção, uma vez desfeita a relação e, conseqüentemente, as reciprocas obrigações civis.

A deserdação, que só pode ser ordenada por meio de testamento, é um ato de iniciativa do autor da herança, sendo a única forma que este tem para afastar da sua sucessão herdeiros legitimários, descendentes e ascendentes.

(...) A deserdação, pois, excepciona aquela regra geral que reserva aos herdeiros legitimários – descendente, ascendentes e cônjuge, a quota indisponível. No entanto, embora útil, no nosso sentir, a existência desta possibilidade de alguém afastar da sua sucessão aqueles a quem a lei garantiu, em princípio toda a proteção, não se pode dar de modo arbitrário, conforme o estado de espírito momentâneo do testador. A exclusão só se dará por razões expressamente contempladas na lei, cujo elenco é taxativo, razões essas que deverão estar claramente mencionadas no testamento.¹⁸⁶

Este afastamento do herdeiro legitimário deriva da ideia de que, onde não houver afetividade não haverá uma família verdadeiramente formada para cumprir o seu primordial papel de possibilitar aos seus integrantes do desenvolvimento das suas melhores potencialidades humanas. Exemplo deste entendimento é o caso da doutrina brasileira o entendimento de que não bastam os laços de sangue para a constituição de uma família dita nuclear, mas sim a capacidade de se estabelecer um vínculo de afeto, carinho e amor, é que deve prevalecer em todos os sentidos.

Sabendo-se que o contrário do amor é a indiferença – e não o ódio como se poderia eventualmente supor – analisaremos a possibilidade de deserdação, por falta de afetividade e de boa-fé familiar, hipóteses que não estão contempladas no art.2166.º que é considerado de elenco taxativo, ou seja, *numerus clausus*.

A dita deserdação, é óbvio, teria o condão de resguardar os nacos da herança que tocariam aos demais herdeiros do falecido – que com ele conviveram, prestaram auxílio mútuo e foram afetuosos – sem nenhum decréscimo patrimonial.

Como foi já por nós demonstrado, no Direito Romano, primeiro surgiu a deserdação, para, depois passar a serem reconhecidos os casos de indignidade.

Se o testador não se referisse a um dos filhos o testamento era anulado.

¹⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Direito das Sucessões*, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág.298.

A denominada *ex hereditio* foi o primeiro ato solene de despojamento da herança do filho, imposto como castigo pelo pai.

Posteriormente essa forma de deserdação converteu-se numa declaração testamentária com o objetivo de excluir determinados herdeiros da sucessão.

Somente na época imperial é que se consegue a ação contra a deserdação injusta (querela *inofficiosi testamenti*).¹⁸⁷

No Direito Justiniano, já estava criada uma herança legítima, sendo que a deserdação devia ser feita nominalmente, com base na lei, pautando-se na ideia de ingratidão.

Nessa época, então, a deserdação só era possível quando colocada no testamento e justificada por motivos expressos e plausíveis, cuja discussão ficava sempre aberta ao herdeiro legítimo. A expressão moderna da indignidade e deserdação já estava desde essa época desenhada, mas sabe-se que, historicamente, a deserdação é uma instituição que vem de remotas eras, pois encontra-se no Código de Hammurabi, que data de 2000 anos antes de Cristo.

Hodiernamente, embora a deserdação constitua um instituto jurídico bastante polêmico, não sendo admitido em diversas legislações é, todavia, acolhido pela legislação civil de Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile, Colômbia, Macau, além da brasileira.

Contudo, noutros casos como Inglaterra, EUA, México, não se fala em deserdação já que o autor da herança pode dispor, sem nenhuma limitação, dos seus bens.

Na visão moderna do Direito da Família, a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano de igualdade, de liberdade, da solidariedade e de responsabilidade recíproca. Portanto, mesmo existindo laços de sangue, não se terá uma verdadeira família, na expressão jurídica da palavra caso os demais elementos mencionados não estejam presentes entre pessoas de um mesmo círculo. É a vitória do afeto sobre a indiferença.

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a

lealdade, não existem mais razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Porém, há que se ter em mente que mesmo tido sido assegurado o direito da herança, por meio da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que os herdeiros não possam ser deserdados, mormente por falta de afetividade e de boa-fé familiar.

Justifica-se plenamente este pensamento, na medida em que “em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, as suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado.”¹⁸⁸

Mesmo existindo na lei portuguesa o direito à herança e tendo o Código Civil determinada a ordem da vocação hereditária, seria possível operar-se a deserdação dos herdeiros legitimários, por perda de afeto, ao menos naqueles casos crônicos em que a própria vida se encarrega de separar definitivamente os parentes próximos como pais e filhos. É forçoso considerar que o sistema jurídico hodierno é aberto e móvel.

A deserdação: O exemplo brasileiro

A deserdação é considerada como um ato pelo qual o de cuius exclui da sucessão, mediante testamento com expressa declaração a causa, o herdeiro legitimário, privando-o da sua legítima, por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado no art.2166.º. Tal pena não irá para além da pessoa do delinquente, logo não incidirá sobre os sucessores deste.

Além das causas que autorizam a exclusão de herdeiro por indignidade a deserdação do descendente pelo ascendente dar-se-á nos termos do Código Civil brasileiro de 2002 se houver:

- a) Ofensas físicas, leves ou graves, por indicar falta de afeição para com o ascendente.
- b) Injúria grave que atinja seriamente a honra, respeitabilidade e a dignidade do testador.
- c) Relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto, por serem incestuosas e adúlteras.

¹⁸⁸ PEREIRA, Tarlei Lemos, *Ensaio sobre a deserdação por falta de vínculo afetivo e boa-fé familiar*, São Paulo

d) Desamparo da ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, por indicar, da parte do herdeiro, desafeição pelo autor da herança, e falta de sentimento de solidariedade humana.

A lei retira do arbítrio do testador a decisão quanto aos motivos da deserdação, devido à gravidade do facto, logo, será imprescindível que o disponente especifique a causa legal que o levou a deserdar o herdeiro legítimo.

Ressalte-se, por derradeiro, que a quebra da afetividade autorizadora da deserdação deverá ser sempre definitiva, não podendo sujeitar-se a estados de humor inconstantes, como de um pai que num dia diz amar o filho e no outro não. Óbvio que, além disso, há que atentar constantemente à boa-fé familiar, pois não age assim o filho que se aproxima do pai, depois de décadas de falta de convivência, auxílio e afeto, movido exclusivamente pelo desejo de assegurar a sua parte da herança.

O princípio da afetividade aplicada ao campo sucessório

Trata-se a família de um núcleo social primário, tendo havido consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o sentimento afetivo, não mais sendo suficientes meros laços de sangue para se concluir pela existência de uma entidade familiar.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo, discorrendo sobre o princípio da afetividade, escreve:

“A afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito da família na estabilidade das relações socio afetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. A evolução da família expressa a passagem do facto natural da consanguinidade para o facto cultural de afetividade (este no sentido de afetividade). A família recuperou a função que, por certo esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.”

Conclusões:

1. A afetividade, tem clara repercussão no campo sucessório. Tendo havido uma grave e duradoura quebra de afeto entre herdeiros legítimos (descendentes, ascendentes e

cônjuge), isso autorizaria o autor da herança, em tese, a deserda-los, por testamento, uma vez indicada a causa. E nem poderia ser diferente, pois a ausência de afetividade descaracteriza a entidade família e, conseqüentemente as recíprocas obrigações civis, não bastando apenas a existência de laços de sangue.

2. A boa-fé que se fala, não é apenas a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também, a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, e vice-versa.

3. Existindo absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros legitimários, por período considerável de tempo, autorizada estaria a deserdação por quebra de afetividade.¹⁸⁹

A alienação parental como forma de deserdação

A sociedade está em constante modificação no decorrer da história e, assim, o direito deve acompanhar tais mudanças, para garantir a paz social e a proteção do ser humano.

A alienação parental, apesar de ser um fenômeno antigo, vem despertando maior interesse recentemente.

O princípio da afetividade, com tanta repercussão no direito da família, também deve influenciar, de igual forma, o direito sucessório.

Isso porque a intenção da deserdação é desprestigiar aquele herdeiro legitimário cuja relação de afetividade com o testador esteja abalada, independentemente dos laços sanguíneos.

Diante do exposto, então, entendemos pela possibilidade de deserdação em caso de alienação parental pautada no princípio da afetividade que, “mesmo não constando na palavra da afeto no Texto Maior como direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização, constante da dignidade humana.”

¹⁸⁹ PEREIRA, Tarlei Lemos, *Ensaio sobre a deserdação por falta de vínculo afetivo e boa-fé familiar*, São Paulo

Conceito de alienação parental

A alienação parental é um processo de “implantação de novas memórias” ou imposição de informações, geralmente falsas ou extravagantes, de modo a desmoralizar o progenitor alienado, a fim de provocar sentimento de raiva e desprezo por parte dos filhos ao progenitor ou o afastamento entre eles.

Assim, ocorre alienação parental quando se configura “uma situação patológica no ambiente familiar em que estivesse inserida a criança, normalmente em decorrência do seu desfasamento e da má resolução de sentimentos de índoles diversas”.

Segundo Maria Berenice Dias, “muitas vezes, após a rutura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento da rejeição, traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro.”

Para Caetano Lagrasta a prática de atos de alienação parental consiste num “verdadeiro estudo de tortura, visando a colaboração destes do ódio ao alienado (ex-companheiro ou cônjuge; avós; parentes ou qualquer dos responsáveis pelo bem estar daqueles).”

Para Maria Berenice Dias explica que “os laços de afeto e de solidariedade derivam de convivência familiar, não de sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade.”

O Instituto da Deserdação: O exemplo brasileiro

O direito brasileiro prevê especificamente a deserdação dos ascendentes pelos descendentes. Assim, no art.1963.º do seu código civil autoriza a deserdação dos ascendentes quando:

- Ofensa física
- Injúria grave
- Relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou neta

- Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade

Todavia, sabemos que o ordenamento jurídico é incapaz de regular toda e qualquer relação, ainda mais quando se trata de direito da família, com todas as suas características e particularidades.

Assim, será possível nos termos do art.2166.º deserdar uma ascendente quando este:

- I. Culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, se tenha omitido no cumprimento das obrigações do direito da família que lhe incumbe legalmente;
- II. Tenha sido destituído do poder familiar
- III. Não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil

Esta alteração no âmbito do direito sucessório e, conseqüentemente, no direito da família, é de suma importância para a adaptação do ordenamento jurídico à realidade social vigente.

Estas alterações visam privar da legítima, desde aqueles que não prestam alimentos até aos que abandonam moralmente como também afasta o pai ou mãe que tenha perdido o poder familiar ou que não tenham reconhecido voluntariamente a sua filiação.

Conclusões

Para evitar que o progenitor alienante seja prestigiado como herdeiro, mesmo sem merecer essa herança, defendemos a possibilidade de deserdação baseada no princípio da afetividade, este pautado na existência de afeto ou não nas relações familiares, uma vez que, a prática da alienação parental representa um sério desamparo afetivo e desarranjo psicológico à criança ou adolescente alienado.

Assim, a deserdação poderá alcançar o seu principal objetivo, que é proteger o autor da sucessão, garantindo-lhe a livre disposição dos seus bens.

Capítulo XII - Conclusão

Após esta abordagem ao tema das Incapacidades na Sucessão Legitimária, acabamos por nos aperceber da sua grande amplitude, da sua evolução, da controvérsia que o tema gera, acalentando viva e acesa discussão, cuja chama continuará ateadada por muito tempo, sem que se anteveja, a breve trecho, a ideal solução definitiva.

Assim, prevê-se que continuará esta interessante discussão, não só em Portugal, como em outros países onde a solução não parece ainda estar à vista.

São cada vez mais os defensores de uma reforma e atualização do Direito Sucessório em geral, mas mais especificamente no que diz respeito à quota indisponível e ao respeito pela vontade do autor da sucessão.

Tivemos ainda a oportunidade de constatar que a doutrina não é unânime em relação a muitos pontos destas matérias, entrando muita vezes em choque com aquilo que foi estabelecido pelo próprio legislador, nomeadamente no que diz respeito à classificação das incapacidades (ilegitimidades) sucessórias, à necessidade de declaração judicial de indignidade, à aplicação da indignidade e da deserção a todas as formas de sucessão e até relativamente aos valores axiológicos e até mesmo constitucionais que devem prevalecer.

Se a lei civil pretende ser o reflexo de uma sociedade moderna e pretende conseguir dar resposta à evolução dessa mesma sociedade, tem que procurar adaptar-se ao seu modo de estar, de sentir e perceber que esta sociedade coloca novos problemas e que para isso necessita de novas soluções que se adequem à sua realidade. Aquilo que seria impensável em tempos passados ocorre nos dias de hoje, e é isso que o legislador tem que perceber. Não pode manter-se acorrentado ao passado e a ideias ultrapassadas ou pouco apropriadas.

Pelo alcance, pela limitação de espaço, não foi pretensão fazer um trabalho exaustivo, mas antes uma abordagem global e o mais abrangente possível, na certeza porém, que, por mais que disséssemos, muito ficaria, com certeza, ainda por abordar.

Sabendo que não é possível a lei conseguir abranger e dar resposta a todas as situações, estas, alterações que propomos no âmbito do Direito Sucessório, é de suma importância para a adaptação do ordenamento jurídico à realidade social vigente, e só assim

será possível alcançar aquele que é o objetivo primordial que é proteger o autor da herança, garantindo-lhe a livre disposição dos bens.

Capítulo XIII - Bibliografia

AMARAL, Jorge Augusto Pais de Oliveira, *Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2014

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português (em especial o confronto do regime do Código de 1987 com a evolução subsequente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

ASCENSÃO, José de Oliveira, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória*, Coimbra Editora

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Sucessões*, 5ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O herdeiro Legitimário*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 57.º, vol.I, 1997

CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed. Revista e atualizada, Almedina, 2012

COELHO, F. M. Pereira, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992

COELHO, F. M. Pereira, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra 1992

CRUZ, Branca Martins, *Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação*, Coimbra, Almedina, 1986

DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*, 3ª ed. Almedina

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª ed., Lisboa, Quis Juris, 2012

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Direito das Sucessões*, Almedina, 2012

FERREIRA- PINTO, Fernando Brandão, *Sucessões por morte*, Digital JurisBook, 2013

GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Antotado*, vol. VI, Direito das Sucessões

MARQUES, J. P. Remédio, “Legado em substituição da legítima e o problema do esgotamento da posição hereditária dos ‘legatários’ instituídos”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXVII, 2001

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Legado em substituição da legítima*, Lisboa, Cosmos, 1996

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 4ª ed. Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2016

PROENÇA, José João Gonçalves, *Direito das Sucessões*, 3ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2009

CORTE- REAL, C. Pamplona, *Da imputação das liberalidades na sucessão legitimária*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989

CORTE- REAL, C. Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quis Juris, 2012

SOUSA, Radindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, vol.I, 4ª ed. Renovada, Coimbra Editora, 2013

TELLES, I. Galvão, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6ª ed. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

TELLES, I. Galvão, *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

SANTOS, Eduardo, *O Direito das Sucessões*

MARTINS, M. Costa, *A cautela sociniana (sentido e limites) (Art.2164.º do C.C)*, Lisboa, Editora Danubio, 1982

AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français d'Après la Méthode de Zachariae*, Tome Neuvième, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par M. Étienne Bartin, Paris, 1917

AZZARITI, Giuseppe, *Le Successioni e Le Donazioni, Libro Secondo del Codice Civile*, Nápoles, Jovene Editore, 1990

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano VI. Le Successioni. Parte Generale*, Roma, 1930, ristampa corretta Milano, Guiffrè, 1974

BOULANGER, François, *Étude Comparative du Droit International Privé des Successions en France et en Allemagne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964

BUCKLAND, W.W./ McNAIR, Arnold, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, 2.ª edição revista por F. H. Lawson, Cambridge, at the University Press, 1965

CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, (tradução da segunda edição italiana por José Manuel Gonzalez Porras, com extensas anotações de Direito espanhol comum e foral por Manuel Albaladejo), Bolonha, Publicaciones del Real Colegio de España, 1964

DENKER, James, *England*, in *European Succession Laws*, Bristol, Jordans, 1998

DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV – Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1986

GRIMALDI, Michel, *Droit Civil- Successions*, Paris, Litec, 1998

LIMA, Alberto Pires de, *Fundamento e Legitimidade do Instituto Sucessório*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929

MENGONI, Luigi, *Successioni per Causa di Morte – Parte Speciale, Sucessione Necessaria*, Milão, Giuffrè, 1984

SILVA, João Gomes da, *Herança e Sucessão por Morte, A Sujeição do Património do De Cujus a um Regime Unitário do Livro V do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002

MORAIS, Daniel, *Viabilidade de uma Unificação Jus- Sucessória a Nível Europeu, Unificação Meramente Conflitual ou Unificação Material?*, Almedina

COLIN, Capitan, *Cours élémentaire de droit civil français, III*, 8.ª ed., Paris, 1936

MEALHA, Esperança Pereira, *Partilha em vida e seus efeitos sucessórios*, em AA. VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2002

Bibliografia Eletrónica

www.gnr.pt/comunicado.aspx?linha=12

censos.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=censos2011_apresentação&xpid=CENSOS

<https://jus.com.br/artigos/21035/deserdacao-por-falta-de-vinculo-afetivo-e-de-boa-fe-familiar>

www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1612

Acórdãos in www.dgsi.pt, de:

- Supremo Tribunal de Justiça
- Tribunal da Relação