

DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.005

ANÁLISE CRÍTICA DAS VARIAÇÕES DA LEGÍTIMA E DA LIBERDADE DE TESTAR NA IBERO-AMÉRICA¹

CRITICAL ANALYSIS OF THE VARIATIONS OF LEGITIMATE AND FREEDOM TO TEST IN IBERO-AMERICA

Walsir Edson Rodrigues Júnior

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC Minas. Professor de Direito Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Advogado e sócio do escritório CRON Advocacia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6335-4397>. E-mail: walsir@cron.adv.br.

Pollyanna Thays Zanetti

Doutoranda, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Padre Arnaldo Janssen. Professora de Direito Civil no curso de Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras. Bolsista Capes. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5907-7243>. E-mail: pollyannazanetti@yahoo.com.br.

Resumo: O presente estudo visa compartilhar os resultados iniciais obtidos na pesquisa acerca do atual estágio da quota legítima e da liberdade de testar na Ibero-América. Inicialmente, tratou-se brevemente acerca dos três sistemas sucessórios atualmente vigentes no território ibero-americano, apontando as principais críticas que são dirigidas a cada um deles. Posteriormente, buscou-se levantar os fundamentos do direito sucessório e da quota legítima nas legislações portuguesa e espanhola, berço da Ibero-América, bem como destacar as atuais discussões doutrinárias sobre a permanência de tais fundamentos diante das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas. Por fim, verificou-se a necessidade de repensar a legítima de acordo com os novos padrões familiares que se apresentam, de maneira a conformar a proteção da família e a liberdade de disposição dos bens para depois da morte, tendência que desponta nos países que adotam uma legítima rígida.

Palavras-chave: Legítima. Sucessão. Ibero-América. Quota indisponível. Liberdade de testar.

Abstract: This study aims to share the initial results obtained in the research about the current stage of the legitimate quota in Ibero-America. Initially, the three succession systems currently in force in the Ibero-American territory were briefly discussed, pointing out the main criticisms directed at each of them. Subsequently, we sought to raise the foundations of inheritance law and the legitimate quota in

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

Portuguese and Spanish legislation, cradle of Ibero-America, as well as highlight the current doctrinal discussions on the permanence of such foundations in light of the social changes that have taken place in recent decades. Finally, there was a need to rethink the legitimate in accordance with the new family standards that are presented, in order to conform the protection of the family and the freedom to dispose of property for after death, a trend that emerges in countries that adopt a legitimate rigid one.

Keywords: Legitimate. Succession. Ibero-America. Unavailable quota. Freedom to test.

Sumário: **1** Introdução – **2** Os três grandes sistemas sucessórios – **3** O berço do direito ibero-americano: Portugal e Espanha – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

É certo que existem muitas semelhanças entre as leis dos países que compõem a chamada Ibero-América.² Em parte, essas semelhanças estão relacionadas ao fato de que esses ordenamentos jurídicos derivam de uma mesma fonte: a adaptação visigótica do direito romano repassada às antigas colônias espanholas e portuguesas por suas metrópoles.³ A língua é outro fator que aproxima as nações ibero-americanas. Isso porque, dada a sua origem comum, a língua portuguesa e a espanhola possuem muitas similitudes, o que possibilita um fácil diálogo entre essas nações.

Apesar das semelhanças, cada ordenamento jurídico desenvolveu disposições legais de acordo com as suas especificidades políticas, econômicas, sociais e culturais, o que torna o estudo comparativo desses ordenamentos jurídicos um interessante objeto de pesquisa.

No que tange ao direito privado, várias mudanças têm sido operadas, de maneira a adaptar o ordenamento jurídico às mudanças sociais. No Brasil, por exemplo, o Código Civil de 2002 preocupou-se em proteger os direitos de personalidade e trouxe significativas mudanças ao direito de família, adequando-se aos ideais constitucionais de proteção da pessoa e promoção da sua dignidade. O direito sucessório, entretanto, não foi capaz de acompanhar esses avanços legais e sociais, tendo sido mantido inalterados os fundamentos que o regem.⁴

² Para fins da presente pesquisa, entende-se por Ibero-América o conjunto de países formado por Portugal, Espanha e todas as antigas colônias portuguesas e espanholas no continente americano.

³ SCHMIDT, Jan Peter. Intestate succession in Latin America. In: REID, Kenneth G. C.; WAAL, Marius J. de; ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative succession law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. v. II. p. 119.

⁴ Nas palavras de Raphael Rego Borges Ribeiro: “Mesmo com a disseminação acadêmica da metodologia civil-constitucional e com o advento do novo Código Civil, o fenômeno hereditário positivado se manteve estruturalmente e ideologicamente preso ao passado. Houve poucas alterações legislativas significativas, e as que houve têm se mostrado insuficientes para romper com o modelo sucessório oitocentista”

De uma breve análise histórica do instituto da legítima, por exemplo, é possível verificar que seus fundamentos e suas regras básicas têm se mantido inalterados desde o direito romano clássico, não obstante todas as mudanças sofridas pelo direito de família e pelos direitos de personalidade ao longo dos séculos. Exatamente por isso, a grande problemática enfrentada atualmente pelos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema de legítimas é verificar a quem esse sistema atende, considerando as transformações pelas quais a sociedade e a família passaram desde a origem romana do instituto.

Trata-se de questão extremamente relevante, na medida em que esse sistema, adotado pela maioria dos países ibero-americanos, é incapaz de promover efetivamente a proteção da família pretendida pelo legislador. Isso porque, com o aumento da expectativa de vida e as várias mudanças sociais ocorridas – como a inserção da mulher no mercado de trabalho e a emancipação dos filhos em relação ao poder do pai –, no momento da abertura da sucessão, em regra, a família nuclear que se pretende proteger através da instituição de uma quota indisponível da herança já não depende economicamente do *de cuius*.⁵ Nessas situações, a limitação à liberdade de testar afrontaria a autonomia privada do autor da herança.

Além disso, ainda que existam herdeiros economicamente dependentes do *de cuius*, a legítima não se mostra a opção mais viável para a sua proteção, considerando que se trata de quota preestabelecida pelo legislador, de maneira que as reais necessidades do legitimário não são consideradas quando da sua fixação ou partilha, situação que vai na contramão do fundamento do próprio sistema clássico, que visa equilibrar a liberdade de disposição patrimonial do testador e o dever de solidariedade familiar.

Esse equilíbrio entre a preservação da autonomia privada do testador e a proteção da família, entretanto, pode ser vislumbrado, por exemplo, no direito cubano e no direito mexicano que adotam a ampla liberdade de disposição patrimonial para

(RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021. p. 14).

⁵ Comentando sobre os atuais valores sociais e a prevalência da legítima no Código Civil brasileiro de 2002, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor de Azevedo Almeida Júnior afirmam: “[...] a continuidade dos bens no interior da família encontrou justificativa, até 1988, na organização política e econômica da sociedade brasileira, bem como na noção comum de que entre os familiares haveria a presumida afeição e consequente desejo de amparo, sobretudo se considerada a premissa de que o pai – que provavelmente faleceria cedo, com base na expectativa de vida do momento histórico – se encarregava do provimento das necessidades dos integrantes do grupo familiar. No entanto, na atualidade, dada a modificação dos valores regentes do direito civil e da realidade brasileira, torna-se premente uma análise interpretativa sistemática sobre a necessidade e/ou benefício resultante da manutenção desse limite” (SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021. p. 5).

depois da morte, sendo tal regra excepcionada apenas para atender a um dever de solidariedade concreto existente entre o *de cuius* e seus herdeiros necessários.

A coexistência do sistema de liberdade testamentária presente no México e em vários países da América Central com o sistema de preservação da quota legítima dos países da América do Sul é muito interessante quando considerada a origem comum dessas legislações e a sua própria formação histórica. Por isso, o estudo do direito comparado mostra-se extremamente relevante, na medida em que possibilita o diálogo entre os diversos ordenamentos jurídicos coexistentes, que decorrem da mesma família jurídica, mas que, por razões diversas, tomaram rumos completamente distintos. Por isso, a presente pesquisa partirá do seguinte problema central: qual o atual estado da arte da quota legítima na Ibero-América?

Visando responder ao problema proposto, a pesquisa terá enfoque principal nas legislações portuguesa e espanhola das quais todas as outras legislações dos países ibero-americanos derivaram, sendo apontadas, oportunamente, as variações da legítima existentes dentro do território ibero-americano e as razões aparentes da existência dessas variações.

O objetivo principal do presente estudo – que representa apenas os primeiros passos da pesquisa acerca dos desafios da sucessão legítima na Ibero-América – é, pois, apresentar, de maneira breve, os três grandes sistemas sucessórios presentes na Ibero-América e os desafios que enfrentam no atual contexto legislativo e social, bem como investigar a situação atual da legítima em Portugal e na Espanha – berço do direito ibero-americano –, os fundamentos sobre os quais ela se funda e quais obstáculos em relação a ela precisam ser superados nesses países.

2 Os três grandes sistemas sucessórios

Pode-se dividir em três grupos os sistemas sucessórios atualmente vigentes: a) o sistema clássico que reconhece aos herdeiros necessários uma quota-parte da herança da qual o testador não poderá dispor; b) o sistema que reconhece a ampla liberdade de testar; e c) o sistema intermediário, em que os herdeiros necessários farão *jus* a uma quota da herança desde que comprovem situação de necessidade.⁶

No sistema clássico, a liberdade de testar do indivíduo é limitada pela existência de herdeiros necessários a quem a lei resguarda uma porção da herança, a legítima. Nos países que adotam esse sistema sucessório clássico, a quota

⁶ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *Boletim JADO*, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 9-11, maio 2010.

legítima poderá ser fixa – como é o caso do Brasil –, ou variável, a depender do número de filhos deixados pelo *de cuius*, como ocorre em Portugal. Ainda, em alguns sistemas decorrentes do direito espanhol, é possível verificar uma divisão da quota legítima entre legítima estrita e *mejora*, sendo a primeira a parte que deve ser igualmente dividida entre todos os legitimários, e a segunda a parte de que o testador poderá dispor livremente entre os herdeiros necessários.

Por configurar um obstáculo à ampla liberdade testamentária e, consequentemente, ao livre desenvolvimento da personalidade, há uma tendência por parte da doutrina, nos países que adotam a sucessão necessária, no sentido de reduzi-la ou aboli-la, principalmente diante do atual contexto social em que o argumento da proteção da família através da instituição de uma quota indisponível da herança já não se sustenta.

Ao comentar sobre a prevalência da legítima em uma quota fixa e a manutenção da irrestrita liberdade para testar no que diz respeito à quota disponível no Código Civil brasileiro de 2002, Raphael Rego Borges Ribeiro destaca que:

Em relação à tutela quantitativa da vontade testamentária (que diz respeito a quanto do seu patrimônio o testador pode dispor por testamento), a manutenção do inflexível e abstrato regime da legítima se revela potencialmente insuficiente para atender a sua *raison d'être* nos casos em que a extensão do patrimônio hereditário ou a existência de interesses constitucionalmente legítimos dos herdeiros necessários demandam uma sucessão forçada com *quantum* superior a 50%. Em relação à tutela qualitativa (que se refere à análise de merecimento de tutela dos interesses consubstanciados nas disposições testamentárias), o legislador não se preocupou em evidenciar o perfil funcional do testamento. Alhures, a legislação condiciona a propriedade e o contrato às suas funções sociais. A respeito do testamento, silêncio. Nesse sentido, a codificação apenas exige que a disposição testamentária respeite a parte disponível, em caso de haver herdeiros necessários; lamentavelmente, não há qualquer referência à funcionalização do testamento à concretização da dignidade da pessoa humana ou aos interesses sociais. Diante de todos os problemas apontados, como bem ressaltou Ana Luiza Maia Nevares, “é como se o fenômeno sucessório estivesse alheio a toda evolução do Direito Civil. O testador permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988”.⁷

⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civillistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021. p. 22-23.

Apesar de todas as críticas, nos países que adotam essa sistemática, a legítima – principalmente a dos descendentes – está muito enraizada socialmente, de maneira que, embora uma reforma seja necessária, um rompimento total através da sua abolição poderá não ser bem recebido.⁸

Para os defensores do sistema de legítimas, a possibilidade de o autor da herança poder excluir da sucessão descendentes, ascendente e cônjuge, para conceder a totalidade dos bens a pessoa estranha ao núcleo familiar, configuraria grande injustiça, além de prestigiar possíveis abusos por parte do testador. Da mesma maneira, alegam que o banimento da legítima poderia causar uma verdadeira diferenciação entre os filhos, situação que afrontaria o princípio da igualdade.⁹

O segundo grupo é formado pelos países que adotam a ampla liberdade testamentária. Embora, tradicionalmente, a irrestrita liberdade para testar decorra do direito anglo-saxão, esse sistema foi adotado por países da América Central como México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicarágua, Costa Rica e Panamá.

A origem da liberdade de testar nas antigas colônias espanholas da América Central decorreu do desejo de cortar laços com as retrógradas instituições castelhanas após a independência,¹⁰ bem como da tentativa de aproximar as legislações desses países da legislação norte-americana e suas tendências liberais.¹¹

⁸ DÍAZ ALABART, Silvia. Últimas tendencias en el derecho sucesorio español. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 194.

⁹ Sobre o tema, existem estudos que apontam que nos países onde há maior liberdade de testar institui-se um preconceito de gênero. No México, por exemplo, na transmissão de terras, há uma tendência de favorecimento dos filhos sobre as filhas. De acordo com Héctor Robles Berlanga: “Existe una discusión sobre la libertad testamentaria versus patrimonio familiar de la tierra. Algunas de las organizaciones campesinas e investigadores señalan que, estas disposiciones aumentaron la desigualdad entre géneros en la tenencia de la propiedad, ya que los padres tienen la libertad de favorecer totalmente a los hijos sobre las hijas” (ROBLES BERLANGA, Héctor. Una nueva mirada al campo mexicano. In: CORDERA CAMPOS, Rolando. *La globalización de México: opciones y contradicciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 212).

¹⁰ Em 1922, um projeto de lei visou abolir a legítima do direito mexicano. De acordo com Isis del Carmen Estrada Flores, “El autor del proyecto de 1822538 empleó como argumentos, para el demostrar la necesidad del cambio de sistema, las dolencias del sistema legitimario. Para el autor las legítimas favorecían en los legitimarios «la dolencia, la fatuidad y el vicio», florecían matrimonios desgraciados celebrados por el mero interés de la futura herencia, y limitaba en los herederos la necesidad de desarrollar una actividad productiva. Para terminar de apuntar los puntos débiles señala que los hijos buenos no necesitarán la herencia en cambio los hijos que han sido malos la necesitarán, pero no serán merecedores de ella, y apoya sus palabras en lo dicho por Sócrates: «Si los hijos son buenos, no ha menester la herencia y si son malos no la merecen»” (ESTRADA FLORES, Isis Del Carmen. *Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las legítimas alimentarias en el derecho comparado*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Lleida, Lleida, 2015. p. 230).

¹¹ Na exposição de motivos do Código Civil de Honduras de 1880, os legisladores destacam que “En Inglaterra i en los Estados Unidos de América, los pueblos más libres de la tierra, i que han demostrado poseer el más alto sentido económico, no se conoce la reserva o legítima de los hijos” (HONDURAS. *Código Civil de la República de Honduras*: 1880. Tegucigalpa: Topografía Nacional, 1880. p. 33).

O primeiro passo no sentido de constituir legalmente uma liberdade de disposição dos bens para depois da morte na Ibero-América se deu no antigo Estado da Guatemala, através da promulgação da Lei Doze de 10 de abril de 1837, cuja exposição de motivos afirmava que:

[...] o direito de dispor em todos os momentos da propriedade legítima e dos bens adquiridos através do trabalho, é a base da indústria e do progresso social: Que se funda na natureza e na ordem das famílias, porque fortalece a autoridade dos pais e reprime as desordens domésticas: Que a vontade de um pai de família, no ato de testar, é geralmente a mais justa e arranjada, e a lei que tenta forçá-la ou dirigi-la é menos perspicaz e conveniente: Que as disposições coercitivas deste direito sagrado são contrárias ao seu objeto, a uma clara simplicidade, e comumente iludidas ou reivindicadas por longos e injustos litígios.¹²

Conforme pode-se perceber, a lei foi fortemente marcada pelos ideais liberais que reconheciam a propriedade como direito absoluto. Por ter sido pioneira no sentido de permitir que o testador afastasse da herança seus parentes próximos para instituir como herdeiro qualquer pessoa fora do círculo familiar, a lei guatemalteca inspirou as posteriores legislações da América Central que viriam a permitir a liberdade testamentária.

Essa liberdade, embora seja ampla, não é absoluta, sendo resguardado ao cônjuge e a determinados parentes em linha reta um direito a alimentos em caso de necessidade, a exemplo da *family provision* do direito inglês, previsão já trazida pela Lei Doze.¹³

As críticas dirigidas ao sistema de liberdade para testar estão relacionadas à sua imprecisão, considerando que a necessidade do herdeiro pode não ser

¹² No original: “que el derecho de disponer en todo tiempo de la propiedad legítima y de los bienes adquiridos por el trabajo, es el cimiento de la industria y de los progresos sociales: Que está fundado en la naturaleza y en el orden de las familias, porque afianza la autoridad paterna, y reprime los desórdenes domésticos: Que la voluntad de un padre de familia, en el acto de testar, es por lo general la más justa y arreglada, y la ley que intenta forzarla ó dirijirla, es menos perspicaz y conveniente: Que las disposiciones coartativas de este sagrado derecho, son contrarias á su objeto, á una clara simplicidad y comúnmente eludidas ó reclamadas por largos é injustos litijios” (MONTÚFAR, Lorenzo. *Reseña histórica de Centro América*. Guatemala: El Progreso, 1878. p. 346).

¹³ De acordo com o art. 2º da lei: “La disposición precedente no priva, y antes da un derecho a los hijos legítimos para reclamar sus alimentos, en caso de no heredar, y este mismo derecho tendrán los demás hijos, de cualquiera condición que sean, en la manera, en los casos y con las pruebas que lo previenen las leyes”.

argumento forte o suficiente para a concessão de alimentos a cargo da herança,¹⁴ motivo pelo qual o sistema é rejeitado por alguns autores.¹⁵

Por fim, o terceiro grupo é formado por países que adotam uma posição intermediária. Nesse sistema, tipicamente adotado por países socialistas, é assegurada a ampla liberdade de disposição para depois da morte, desde que não haja “herdeiros especialmente protegidos”¹⁶ (descendentes, ascendentes e cônjuge) e que não estejam aptos para trabalhar e dependam economicamente do *de cuius*. Sempre que houver herdeiros dessa categoria, a liberdade de testar limita-se a uma parte da herança, sendo a outra parte igualmente dividida entre eles.

No sistema intermediário, a lei pauta-se na vulnerabilidade do herdeiro para conceder-lhe uma quota-parte da herança, considerando que em determinadas circunstâncias a morte do *de cuius* pode agravar a sua situação de hipossuficiência financeira, seja em razão da idade, de deficiência incapacitante ou outro motivo capaz de comprometer a capacidade de autofinanciar-se.¹⁷

Os sistemas intermediários são dirigidos as mesmas críticas feitas ao sistema clássico. A imposição de uma legítima em valor fixo e igualmente dividida entre os herdeiros especialmente protegidos não é capaz de promover a proteção da família e não concretiza o dever de solidariedade imposto aos familiares, na medida em que não considera as reais necessidades do herdeiro em situação de

¹⁴ Exemplo interessante pode ser extraído do caso *Garland v Morris & Anor*, em que uma filha claramente necessitada reclamava direito à *family provision*. Ao analisar o caso, o Tribunal entendeu que a comprovada necessidade da filha não era capaz de afastar a vontade do pai expressada em testamento, que deixou toda a herança para o outro filho. No julgamento, levou-se em consideração o fato de que a requerente não tinha contato com o pai há mais de 15 anos e que havia recebido sozinha a herança da mãe (Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75060d03e7f57eab308>. Acesso em: 14 jun. 2021).

¹⁵ Entre os autores que rejeitam o sistema de liberdade testamentária está Antoni Vaquer Aloy (VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*, Barcelona, jul. 2017. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78954/103095>. Acesso em: 7 jun. 2021).

¹⁶ Na Rússia, berço do modelo intermediário, são entendidos como “herdeiros especialmente protegidos” os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, bem como qualquer outra pessoa – parente ou não – dependente economicamente do falecido e que com ele tenha vivido pelo menos durante o ano anterior à abertura da sucessão. Já em Cuba, único país ibero-americano a adotar esse modelo, são “herdeiros especialmente protegidos” apenas descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente.

¹⁷ Essa ideia de proteção dos herdeiros vulneráveis adotada pelos sistemas intermediários visa concretizar o princípio da solidariedade familiar, afastando-se do modelo clássico sem, contudo, adotar uma liberdade irrestrita para testar. Com razão, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas apontam que: “O alegado fundamento da solidariedade, mencionado por autores tradicionais, não se sustenta, pois nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade, ainda que familiar. Em muitas hipóteses, a solidariedade familiar pode ser concretizada na proteção financeira a um parente que não se inclua no rol dos herdeiros necessários. Somente haverá solidariedade quando os herdeiros forem vulneráveis economicamente. Isso porque a transmissão de patrimônio a alguém maior, capaz e apto a se sustentar não consubstancia um ato de solidariedade” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 88).

dependência. Além disso, tem-se a mesma imprecisão existente no sistema que admite a ampla liberdade para testar.

Atualmente, na Ibero-América, há a coexistência de todos os sistemas sucessórios, embora a maioria dos ordenamentos jurídicos adote o sistema clássico decorrente do direito romano-germânico, herdado das antigas metrópoles europeias.¹⁸

Na América do Sul, por exemplo, apesar das convicções pessoais de Don Andrés Bello,¹⁹ um dos grandes codificadores oitocentistas, sua obra-prima – o Código Civil chileno de 1855 – manteve intocada a tradição de legítimas adotada pelo direito espanhol, tendência que foi acompanhada por todos os demais países do Sul das Américas.

Já na América Central, como se afirmou, vários países buscaram romper com o sistema de sucessão forçosa após a independência, sendo o Código Civil de Honduras, de 1880, o primeiro Código Ibero-Americano a prever a liberdade para testar. Como é possível verificar na exposição de motivos do referido Código, ele foi fortemente inspirado pela doutrina de Le Play, Tocqueville e Andrés Bello, todos de ideologia liberal. A instituição de uma liberdade para testar na codificação hondurenha estava intimamente relacionada à busca pelo progresso através do desenvolvimento econômico e da consolidação da propriedade privada.

3 O berço do direito ibero-americano: Portugal e Espanha

Com a colonização, Europa e América ganharam uma história comum. A tradição jurídica da península ibérica foi trazida para as colônias e, em alguns aspectos, muito pouco se desenvolveu, mesmo após a abolição dos vínculos políticos de Portugal e Espanha com suas respectivas colônias.

O direito sucessório, por exemplo, manteve-se quase que intacto quanto aos seus institutos fundamentais em quase todos os ordenamentos jurídicos americanos, sofrendo apenas modestas alterações para adequar-se a algumas exigências

¹⁸ Portugal, Espanha, Brasil, Argentina, Chile e Colômbia são exemplos de países que adotaram o sistema sucessório clássico.

¹⁹ Andrés Bello era um verdadeiro defensor da liberdade de testar. Apesar disso, a ideia de supressão da legítima não foi bem recebida pelos membros da comissão revisora do Código Civil chileno, motivo pelo qual se manteve, na codificação, a tradição espanhola de sucessão forçosa. De acordo com Enrique Escala, a tentativa de Bello de instituir uma ampla liberdade testamentária no Código Civil chileno “Fracasó porque la idea ambiente, representada por sus colegas de la Comisión, era otra, más mezquina y más española: esperar sin mérito especial alguno, ‘en el banco de piedra’, que muriera el padre para recibir sus bienes” (ESCALA, Enrique. Bello y el Código Civil Chileno. Comentarios acerca de la obra Don Andrés Bello, de Eugenio Orrego Vicuña. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, v. 1, n. 1-2, ene./jun. 1935).

sociais, políticas e econômicas. Da mesma forma, as antigas metrópoles também não promoveram significativas mudanças na lei sucessória, conservando a tradição romana da transmissão patrimonial como forma de continuidade da pessoa do *de cuius*, bem como da proteção da família através da instituição de uma quota indisponível da herança.

O peso da tradição romano-germânica trazida pelos colonizadores para a América se fez tão presente nas codificações das antigas colônias que, conforme dito, Andrés Bello, um dos três grandes codificadores do século XIX, embora preferisse o sistema de absoluta liberdade testamentária do direito inglês, adotou a tradição espanhola da legítima ao projetar o Código Civil chileno, que posteriormente serviria de inspiração para a legislação de vários outros países do continente.²⁰

Exatamente em razão dessa verdadeira cultura jurídica ibero-americana em matéria sucessória, que se formou com a colonização e vem se mantendo ao longo da história, faz-se necessário um estudo aprofundado acerca do atual estágio da legítima – tema central no presente trabalho – em Portugal e na Espanha, considerando que suas legislações inspiraram a grande maioria das codificações desde o México até a América do Sul.

3.1 Portugal

3.1.1 Fundamentos do direito sucessório e da quota legítima em Portugal

No direito português, a transmissão patrimonial *causa mortis* decorre do direito de propriedade,²¹ sendo este a justificação do sistema sucessório, conforme reconhecido pela própria Constituição da República portuguesa.²²

Uma vez que se reconheça aos indivíduos o direito de serem proprietários de determinados bens, com a sua morte, torna-se indispensável que outra pessoa

²⁰ CARLUCCI MENDOZA, Aída Kemelmajer de. Prólogo. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.) *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 12.

²¹ São vários os autores que destacam essa associação entre a propriedade privada e a transmissão patrimonial *causa mortis*, entre eles, citam-se: Inocêncio Galvão Telles (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1991), José de Oliveira Ascensão (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2000) e José Tavares (TAVARES, José. *Sucessões e direito sucessório*. Coimbra: França Amado Editor, 1903. v. 1).

²² Nos termos do art. 62º, 1, “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição” (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. Acesso em: 21 maio 2020).

o substitua em seus direitos e obrigações. Isso porque, conforme bem observa Inocêncio Galvão Telles, caso não houvesse a transmissão patrimonial com a morte do *de cuius*, os bens ficariam sem dono e os créditos seriam extintos, o que importaria em “[...] uma ruptura injustificada da vida jurídica, com perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas”.²³ Esse direito de propriedade, entretanto, não é absoluto, encontrando limites na função social a que deve atender.

No âmbito dos sistemas sucessórios decorrentes do direito romano-germânico, essa função social da propriedade está diretamente ligada à proteção da família, que se materializa através da instituição de uma quota indisponível da herança. Sobre a justificação da quota legítima no direito sucessório em Portugal, assevera José Tavares:

Não se argumente com o carácter absoluto do direito de propriedade; esse direito, como qualquer outro, deve ser delimitado, isto é, manifestar-se no seu plano legítimo de acção. Ora os limites naturais desse plano são a família, para a qual e pela qual o trabalho existe. Todo o exercício do direito de propriedade que compromettesse a família seria ilegítimo e dissolvente; sem a legítima faltaria à família a necessária coesão, sendo, como é, a família uma condição integrante do direito de propriedade, visto que se este direito mantém a família, é por seu lado a família que mantém, avigora, engrandece e conserva a propriedade.²⁴

Como se pode observar, a ideia de proteção da família através da sucessão *causa mortis* da propriedade é solidarista. Isso porque, em regra, durante a vida do autor da herança, a propriedade que lhe pertence é usufruída por seus parentes mais próximos – notadamente o cônjuge e descendentes – de maneira que, com a sua morte, nasce para esses parentes uma legítima expectativa de que o direito de fruição sobre os bens deixados por ele não se extinga.²⁵

Dessa maneira, o sistema sucessório português aparentemente adota um modelo misto, ou seja, por um lado, defende a proteção sucessória da família através da instituição de uma quota da qual o *de cuius* não poderá dispor livremente, refletindo-se, também, na sucessão legítima, que institui a vocação hereditária segundo uma ordem de preferência presumida pelo legislador de acordo com a

²³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 258.

²⁴ TAVARES, José. *Sucessões e direito sucessório*. Coimbra: França Amado Editor, 1903. v. 1. p. 59.

²⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2008. p. 466.

proximidade de parentesco. Por outro lado, tenta consolidar a autonomia privada e o direito de propriedade através da instituição de uma quota-parte da qual o autor da herança poderá livremente dispor por testamento ou por sucessão contratual.²⁶

3.1.2 A sucessão legal e a porção da legítima no ordenamento jurídico português

Em Portugal, a sucessão *mortis causa* divide-se em duas modalidades: a sucessão legal – decorrente da própria lei – e a sucessão voluntária – baseada em um negócio jurídico que poderá se dar por testamento ou por contrato.

A sucessão legal contempla duas espécies: a sucessão legítima e a sucessão legitimária. A sucessão legítima pauta-se no vínculo familiar, de maneira que, falecida a pessoa sem que tenha manifestado a sua vontade acerca da destinação dos seus bens, a lei impõe o chamamento dos seus familiares de acordo com uma ordem de vocação que considera a proximidade dos parentes com o *de cuius*, sendo que os mais próximos excluem os de grau mais remoto. A sucessão legitimária, por sua vez, é aquela que se dá em benefício de determinados herdeiros, aos quais a lei reserva uma porção da herança – a legítima –, que não pode ser afastada pela vontade do testador. São herdeiros legitimários, nos termos do art. 2157º do Código Civil português, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes do *de cuius*. Não havendo herdeiros legitimários, poderá o autor da herança dispor integralmente do seu patrimônio por testamento ou contrato.

O Código Civil português estabelece uma legítima variável, de acordo com a classe e o tipo de herdeiro legitimário, bem como com o número de pessoas chamadas para suceder.

Havendo apenas descendentes, a legítima será de metade – caso exista apenas um filho – ou de dois terços – havendo dois filhos ou mais (art. 2159º, 2). Caso sobrevivam ao *de cuius* apenas os ascendentes, a sua legítima será de metade, caso os chamados à sucessão sejam os pais, e de um terço, caso os ascendentes sucessíveis sejam de segundo ou maior grau (art. 2161º, 2). Havendo concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes ou com os ascendentes do *de cuius*, a legítima será de dois terços da herança (art. 2159º, 1 e 2161º, 1). Não havendo descendentes ou ascendentes, mas apenas cônjuge sobrevivente, a sua legítima será de cinquenta por cento dos bens da herança (art. 2158º).

²⁶ De acordo com o art. 2028º do Código Civil português, “Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta”.

3.1.3 Principais críticas à sucessão legitimária em Portugal

A exemplo do direito brasileiro, a existência de uma quota indisponível da herança no direito português vem causando constantes debates na doutrina, na medida em que impõe limitações ao direito de propriedade e de liberdade sob o fundamento de uma proteção da família que se dá de maneira abstrata.²⁷

No que tange à sucessão dos descendentes, por exemplo, questiona-se se apenas o fato da existência de laço biológico entre pais e filhos é capaz de sustentar um direito hereditário, principalmente diante da evolução do conceito de família e de filiação na atualidade. Mais do que isso, é necessário questionar-se se a igualdade entre os quinhões hereditários legalmente imposta atende a *ratio* do legislador de promover uma proteção da família próxima, além de concretizar o dever de solidariedade familiar.²⁸

Segundo pesquisa publicada em maio de 2020 pelo Instituto Nacional de Estatística, a expectativa de vida atual dos portugueses é de 80,93 anos.²⁹ Trata-se de dado extremamente relevante, considerando o fundamento assistencial da quota legítima naquele ordenamento jurídico. Isso porque é certo que a quota indisponível, na prática, poderá ter ou não caráter assistencial, a depender da condição do herdeiro no momento em que ela lhe é transferida. Com o aumento da expectativa de vida, em regra, a sucessão será aberta quando os descendentes já forem pessoas maiores, capazes e financeiramente estruturadas, de maneira que, nessa situação, não há que se falar em assistencialidade. Por outro lado, indubitável a necessidade de proteção dos descendentes menores e incapazes que sejam completamente dependentes economicamente do *de cuius* quando de sua

²⁷ Nas palavras de Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas: “Ainda hoje, o que se percebe é que a legítima representa, entre nós, instituto ancorado em uma concepção familiar eminentemente abstrata e estrutural, cujas bases de sustentação parecem não subsistir no Direito Civil Contemporâneo. A reserva dos bens aos familiares sem qualquer distinção que não a das classes de herdeiros e graus de parentesco – com o rateio em proporções guiadas por critérios abstratos e indiferente às necessidades reais das pessoas que integram a família – afigura-se totalmente deslocada do paradigma civil-constitucional, na medida em que privilegia a estrutura sobre a função, partindo da concepção da família como entidade merecedora de proteção em si mesma ou, ainda, em fatiamentos abstratos de parentesco, resultando em transmissão patrimonial que desconsidera a pessoa de seus membros. Ao mesmo tempo, como ressaltado, a relação de herdeiros necessários prevista pela lei revela descompasso com a realidade contemporânea das famílias, caracterizada pela heterogeneidade e fluidez dos vínculos, o que, em última análise, põe em xeque a concepção corrente de que ‘a família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou acautelada por meio da sucessão necessária” (SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 19, p. 211-250, abr./jun. 2019. p. 225).

²⁸ Sobre o tema ver: GIL, Isabel Cunha. Que direito sucessório queremos?. *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 11, maio, 2018. Disponível em <http://historico-ordemadvogados.impresa.pt/oa-11/actualidade-opiniao>. Acesso em: 27 maio 2021.

²⁹ A pesquisa pode ser acessada em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquas&DESTAQUESdest_boui=414427684&DESTAQUESmodo=2.

morte,³⁰ motivo pelo qual, havendo herdeiros nessa condição, a quota indisponível estaria revestida de caráter assistencial.

Apesar disso, o instituto da legítima não parece ser capaz de promover a proteção desses vulneráveis, na medida em que a lei institui uma igualdade formal na distribuição dos quinhões hereditários sem verificar as necessidades efetivas de cada herdeiro.

Também, não parece ter acertado o legislador ao instituir uma solidariedade em abstrato entre o autor da herança e seus herdeiros. À exceção das causas de indignidade e deserção, os herdeiros legítimos são chamados a suceder independentemente da existência de qualquer vínculo afetivo entre eles e o *de cuius*. Dessa maneira, na contramão de uma recente tendência de outros países europeus,³¹ Portugal não adota a corrente que admite que os “[...] efeitos sucessórios se façam em função da atitude pretérita do sucessível em relação ao *de cuius*”.³²

No caso dos ascendentes, a questão é um pouco mais simples, considerando que a sucessão desse grupo é situação excepcional tanto em razão de, em regra, os filhos sobreviverem aos pais, quanto pelo fato de haver outros herdeiros que têm preferência com relação a essa classe na ordem de vocação hereditária.

Apesar da excepcionalidade, é necessário atentar-se para a vulnerabilidade das pessoas idosas, que normalmente são chamadas a suceder quando já estão em idade avançada e não exercem qualquer atividade laborativa. Apesar disso, a crítica dirigida à sucessão dos descendentes é a mesma que se faz à preservação de uma quota indisponível em favor dos ascendentes: essa parcela da herança não leva em consideração as reais necessidades do herdeiro, de maneira que poderá efetivamente não atender ao propósito para o qual foi criada – ou seja, proteger os herdeiros mais próximos do *de cuius* –, ser insuficiente para atendê-lo ou ser desnecessária nas ocasiões em que os ascendentes possuam meios próprios e suficientes de subsistência.

³⁰ Veja que para que a legítima tenha caráter assistencial é necessário que haja dependência econômica entre os descendentes menores ou incapazes e o *de cuius*, sob pena de completa distorção do instituto. Isso porque existem casos em que os filhos possuem patrimônio muito superior ao dos seus pais, como é o caso das crianças famosas, por exemplo.

³¹ Rute Teixeira Pedro destaca que, na Áustria e na Alemanha, o Código Civil estabelece uma compensação para os herdeiros que efetivamente se dedicaram a cuidar do *de cuius* (PEDRO, Rute Teixeira. (In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. *Autonomia e capacitação*. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. p. 177-178).

³² PEDRO, Rute Teixeira. (In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. *Autonomia e capacitação*. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. p. 176.

Ao cônjuge sobrevivente, a lei também reconhece a posição de herdeiro legítimo em concorrência com os descendentes e ascendentes e, na falta destes, é chamado a recolher a totalidade da herança, situação que atende tanto ao fundamento da quota legítima de proteção da família próxima contra os arbítrios do autor da herança quanto ao fundamento da própria sucessão de perpetuação do patrimônio na família. Ocorre que, com a evolução do direito de família e o surgimento de novos arranjos familiares, um problema se põe ao legislador: a quota legítima foi pensada para uma sociedade cuja família era matrimonializada e biologizada, de maneira que, uma vez instituída a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, aquele sempre concorreria com sua própria prole. Com a instituição do divórcio, entretanto, novos arranjos familiares começam a surgir, tornando-se cada vez mais comum a existência de famílias recompostas. Nessa espécie de família, segundo o regime sucessório vigente, uma vez realizado o casamento, nasce para o cônjuge sobrevivente o direito de concorrência tanto com os filhos comuns quanto com os filhos só do falecido. Essa situação acaba por criar um problema prático para aqueles que pretendem afastar o seu cônjuge da concorrência sucessória como forma de proteger os interesses patrimoniais dos filhos oriundos de outros relacionamentos.

Visando uma solução para o problema, foi proposto, no ano de 2018, o Projeto de Lei nº 781/XIII,³³ que pretendia alterar o Código Civil para reconhecer a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal através de pacto antenupcial para os nubentes que optassem pelo regime da separação de bens. Nessa hipótese, ao cônjuge renunciante seria concedido o direito de exigir alimentos da herança do falecido em caso de necessidade.

Sobre referido projeto, foram emitidos diversos pareceres,³⁴ que embora tenham reconhecido a relevância da proposta, apontaram as incongruências trazidas pelo seu texto. Entre todas, duas parecem ter maior relevância. A primeira delas está relacionada ao próprio objetivo da lei. Isso porque, apesar de o projeto fundar-se na necessidade de proteção dos descendentes só do *de cujus*, em seu parecer, a Ordem dos Advogados destacou que o objetivo verdadeiro parecia ser

³³ ANDRADE, Fernando Rocha; BRANDÃO, Filipe Neto. *Projeto de Lei nº 781/XIII*. Altera o Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial. Lisboa: Assembleia da República, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e444d794f5755774e4755744f54686c5a6930304e474d344c57497a4f4751744e6a466b4d4463355a44517a4d7a646c4c6d527659773d3d&fich=4329e04e-98ef-44c8-b38d-61d079d4337e.doc&inline=true>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁴ Todos os pareceres podem ser acessados em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=42210>.

uma perpetuação do regime de separação de bens para depois da morte, de maneira que “não juntará a lei, por morte, aquilo que a vontade dos próprios [ou até a vontade da própria lei] separou em vida”.³⁵ Esse entendimento decorre da opção do legislador de usar no projeto o termo “sucessão legal” no lugar de “sucessão legítima”, de maneira que a *ratio* parece ter sido de excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão do outro caso existam herdeiros legítimos.³⁶ A segunda incongruência que merece destaque foi a apontada pelo parecer da Ordem dos Notários,³⁷ segundo o qual essa espécie de renúncia voluntária e precoce do cônjuge poderá ter consequência sociais futuras, principalmente na velhice, quando os indivíduos muitas vezes encontram-se em situações de vulnerabilidade. Por isso, o parecer propõe que, além da possibilidade de requerer alimentos a cargo da herança, seja resguardado ao cônjuge renunciante o direito de usufruto da casa da família ou, pelo menos, o direito de habitá-la.

Apesar das críticas, o projeto foi aprovado na Assembleia da República e, após ter as suas principais falhas corrigidas pelo Decreto nº 235/XIII, reconheceu a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo na convenção antenupcial através da Lei nº 48/2018, que trouxe com ela o questionamento

³⁵ PORTUGAL. Ordem dos Advogados. *Parecer da Ordem dos Advogados ao Projeto de Lei nº 781/XIII*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/124636/projecto-de-lei-n%C2%BA781-xiii-3%C2%AA-ps.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

³⁶ De acordo com o parecer do Instituto dos Registos e do Notariado, “Quanto ao nº. 1 do artigo 1707º. A cujo aditamento se propõe, parece fazer antever, a este propósito, duas hipóteses: 1ª hipótese: A renúncia à condição de herdeiro fica dependente da verificação de uma condição suspensiva, ou seja, só há renúncia à condição de herdeiro por parte dos cônjuges, se à morte de qualquer deles, se verificar a condição de sobrevivência de sucessíveis de qualquer classe ou de determinadas pessoas. Neste caso, havendo sucessíveis de qualquer classe, ex. filhos, pais, irmãos, sobrinhos, tios ou herdeiros testamentários ou contratuais, o cônjuge não será chamado à herança. Se não se verificar a condição, isto é, se não houver sucessíveis ou pessoas nomeadas, o cônjuge será chamado à herança na qualidade de herdeiro. 2ª hipótese: A renúncia à condição de herdeiro não fica condicionada à sobrevivência de sucessíveis. Isto é, mesmo não sobrevivendo, filhos, pais, irmãos, sobrinhos, tios, nem haja ninguém nomeado, o cônjuge nunca será chamado à sucessão, acabando por ser chamado o Estado” (PORTUGAL. Instituto dos Registos e do Notariado. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII/3.ª (PS)*. Lisboa: Instituto dos Registos e do Notariado, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938784e6a42694e4745324f5330354f44566d4c5451775a445974595451315a53316b4d445a694e6a56695a444d7a4d6d457555455247&fich=160b4a69-985f-40d6-a45e-d06b65bd332a.PDF&Inline=true>. Acesso em: 31 maio 2021).

³⁷ PORTUGAL. Ordem dos Notários. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº. 781/XIII*. Lisboa: Ordem dos Notários, 16 mar. 2018. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938354f4459345a54466c4e6931694e6d4a6c4c5451304e4745744f444d774e7931695a4749794e5449774d7a68685a4467756347526d&fich=9868e1e6-b6be-444a-8307-bdb252038ad8.pdf&Inline=true>. Acesso em: 31 mar. 2021.

acerca dos princípios estruturantes do direito sucessório em Portugal, notadamente no que se refere à proibição dos pactos sucessórios.³⁸

Por fim, uma crítica levantada por Inocêncio Galvão Telles acerca da desigualdade de direitos entre sucessores e sucedido merece destaque: trata-se do fato de a sucessão necessária ser de observância obrigatória apenas para o *de cuius*, de maneira que “os interesses em causa são suficientemente importantes para sobrepor a sucessão legitimária à vontade do testador, mas não a ponto de a sobrepor à dos sucessíveis”,³⁹ que poderão renunciar a ela, situação que acaba por valorar a liberdade do sujeito de acordo com a posição jurídica que ocupam na sucessão.⁴⁰

3.2 Espanha

3.2.1 Fundamento do direito sucessório e da quota legítima na Espanha

Também no direito comum espanhol,⁴¹ o direito de herança encontra o seu fundamento na propriedade privada, uma vez que não seria possível falar em direito de propriedade caso a titularidade dos bens conquistados em vida por uma pessoa estivesse sujeita à caducidade vital. Mas esse não é o primeiro fundamento. Antes de mais nada, a sucessão *causa mortis* no direito espanhol funda-se no princípio da segurança jurídica presente no art. 9.3 da Constituição,⁴² que estabelece a necessidade de que outras pessoas assumam o lugar do *de cuius* em suas relações jurídicas.

³⁸ LUZ, Ana Filipa Santos da. *Análise crítica às alterações introduzidas ao Código Civil pela Lei 48/2018, de 14 de agosto*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade do Porto, Porto, 2019. p. 46-47.

³⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 103.

⁴⁰ ALMEIDA, Daniela Filipa Henriques de. *Repensar o direito das sucessões: teremos liberdade de testar?* 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. p. 41.

⁴¹ Na Espanha, há o direito comum regulado pelo Código Civil e os direitos provinciais que possuem regras sucessórias próprias, e alguns deles contemplam uma maior liberdade para testar, como é o caso, por exemplo, de Aragão.

⁴² “A Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a não-retroatividade das disposições penais não favoráveis ou que restrinjam os direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos” (ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021).

De acordo com Ruggiero:⁴³

A exigência sentida em toda sociedade legalmente ordenada de que as relações jurídicas de uma pessoa não se extingam com sua morte, mas que sejam transmitidas a outras que assim entrem no lugar do falecido, encontra satisfação na instituição da herança. Em qualquer outro campo que não seja o do direito, podem ser verdadeiros os ditos *mors omnia solvit*, mas no plano jurídico exigências não só morais e espirituais, mas também sociais, políticas e, sobretudo, econômicas impõem que para a segurança do crédito, para a conservação e aumento da riqueza, as relações de uma pessoa sobrevivam à sua morte, que como titular do patrimônio da pessoa que morre, assuma outra que seja como uma continuadora da personalidade do defunto. O direito das sucessões, isto é, o conjunto de normas que regulam a transmissão de bens do falecido para aquele que o sucede, encontra seu fundamento racional na necessidade de a morte não romper as relações de quem deixa de existir, uma vez que a interrupção de tais relações teria um impacto prejudicial na economia geral.⁴⁴ (Tradução nossa)

Dessa maneira, o direito sucessório encontra o seu fundamento mais básico em questões econômicas, ou seja, na necessidade de que a morte não rompa as relações jurídicas estabelecidas em vida pelo *de cuius*.

Ocorre que esse direito de propriedade que fundamenta a transmissão sucessória não é absoluto, devendo atender à sua função social. Isso porque o direito de propriedade e, conseqüentemente, a herança possuem dupla vertente, a individual e a social, de maneira que a sua livre disposição pelo titular se encontra limitada por deveres e obrigações legalmente impostos. No campo do direito sucessório, essa limitação de disposição patrimonial em vida ou para depois da morte impõe-se sempre que houver herdeiros forçosos.

⁴³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1931. v. II. p. 971-972.

⁴⁴ No original: “La exigência sentida em toda Sociedad jurídicamente ordenada de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan em su muerte, sino que se transmitan a otros que subentran así en el lugar del difunto, halla cumplida satisfacción em la institución de la herencia. Em todo outro campo que no sea el del derecho puede ser cierto el dicho *mors omnia solvit*, pero em la esfera jurídica, exigências no solamente Morales y espirituales, sino sociales, políticas y, sobre todo, económicas, imponen que para seguridad del crédito, para conservación e incremento de la riqueza, las relaciones de una persona sobrevivian a su muerte, que como titular del patrimonio de la persona que muere, subentre otra que sea como continuadora de la personalidad de difunto. El derecho hereditario, o sea el conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes del difunto a la persona que le sucede, halla su fundamento racional em la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiria prejudicialmente en la economia general”.

No que tange à sucessão necessária, Vaquer Aloy destaca que, no direito comum espanhol, ela encontra fundamento na solidariedade intergeracional, ou seja, “no apoio mútuo entre pessoas que pertencem a diversas gerações”.⁴⁵ Dessa maneira, a legítima funda-se no dever de assistência *post mortem* que o *de cujus* tem para com seus parentes mais próximos.

Apesar disso, ao analisar a sistemática jurídica espanhola, essa solidariedade intergeracional não se mostra tão clara, o que faz com que a doutrina⁴⁶ questione qual é a verdadeira razão de ser do instituto da legítima.

O primeiro ponto de relevância na verificação do real fundamento da quota indisponível refere-se à igualdade formal promovida pela lei entre os herdeiros legítimos, de maneira que nem suas necessidades nem a ausência dela são levadas em consideração no momento da partilha, sendo vedada ao autor da herança, em qualquer hipótese, a livre disposição da totalidade dos bens que compõem seu acervo patrimonial.

Da mesma forma, não é possível vislumbrar qualquer traço de solidariedade nas causas de deserdação elencadas no Código Civil. Ao contrário, os arts. 852 e 854 demonstram uma verdadeira ausência de reciprocidade entre pais e filhos, na medida em que o filho abandonado na infância por seu pai poderá deserdá-lo, enquanto o pai abandonado durante a sua velhice não poderá deserdar o filho.⁴⁷

Todas as questões postas são capazes de demonstrar que a solidariedade verificada no direito espanhol é unidirecional (do autor da herança para com os herdeiros), o que configura uma verdadeira ausência de solidariedade. Exatamente por isso, antes de discutir acerca da possibilidade de ampliação da liberdade de testar ou sobre qualquer outro fator relacionado à legítima, é necessário, primeiro, determinar qual é o verdadeiro fundamento da quota legítima no ordenamento jurídico espanhol e, a partir disso, propor regras que vão ao encontro desse fundamento.⁴⁸

⁴⁵ VAQUER ALOY, Antoni. Acerca del fundamento de la legítima. *InDret*, Barcelona, oct. 2017. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

⁴⁶ Nesse aspecto: VAQUER ALOY, Antoni. Cuatro Reformas para un derecho de sucesiones del siglo XXI. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 76.

⁴⁷ ALMANSA MORENO-BARRERA, L. Javier de. ¿Debe introducirse en el derecho civil común la ‘falta de relación familiar’ como causa para desheredar a hijos y otros descendientes? *Cuadernos Críticos del Derecho*, Aletheia, 2012. p. 32.

⁴⁸ VAQUER ALOY, Antoni. Cuatro reformas para un derecho de sucesiones del siglo XXI. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 76.

3.2.2 A sucessão necessária e a quota legítima no ordenamento jurídico espanhol

O sistema sucessório no direito comum espanhol também é misto, admitindo a sucessão legal e a voluntária (art. 744). Em qualquer dos casos, a lei garante aos herdeiros forçosos uma parte dos bens que compõem o acervo hereditário (art. 806).⁴⁹

A classe dos herdeiros forçosos é composta pelos descendentes, pelos ascendentes e pelo cônjuge sobrevivente (art. 807). Nos termos do art. 808 do Código Civil, a legítima dos filhos e descendentes é de dois terços da herança, sendo a terça parte restante de livre disposição. A lei, entretanto, garante ao testador a faculdade de usar um terço – dos dois terços que compõem a legítima – para contemplar qualquer dos descendentes, ainda que estes não tenham legitimidade para reclamar a legítima em razão da existência de herdeiros dessa classe de grau mais próximo. Dessa maneira, o testador poderá deixar a *mejora* para o neto mesmo que o filho ainda esteja vivo.⁵⁰

Disso, extrai-se que no direito comum espanhol a legítima dos descendentes se divide em duas: a legítima estrita e a *mejora*. A primeira refere-se ao terço da herança que deve ser igualmente repartido entre os herdeiros legitimários chamados a herdar. A segunda refere-se ao terço da legítima que o autor da herança poderá outorgar total ou parcialmente a um descendente ou a vários, ainda que estes não sejam os chamados a herdar segundo a ordem de vocação hereditária.

Sempre que o autor da herança não dispuser da parte da herança correspondente à *mejora*, ou dispuser apenas parcialmente, a parte restante integrará a legítima global e será igualmente repartida entre todos os chamados a suceder.

⁴⁹ No direito comum espanhol há uma grande discussão acerca da natureza jurídica da legítima. Existem quatro correntes distintas: a) *pars hereditatis* (que entende que o legitimário é herdeiro); b) *pars valoris* (que considera o herdeiro legitimário credor da herança, possuindo direito pessoal de crédito ante a herança para receber sua legítima); c) *pars valoris bonorum* (em que o legitimário será titular de uma parte do valor econômico dos bens da herança); e d) *pars bonorum* (considera a legítima como uma parte dos bens, podendo o legitimário recebê-la a qualquer título, ou seja, por herança, legado ou doação). O entendimento firmado pelo Tribunal Supremo nas decisões STS de 26.4.1997(RJ 1997\3542) e STS de 18.7.2012 (RJ 2012\8364) é de que a natureza jurídica da legítima no direito espanhol é de *pars hereditatis*.

⁵⁰ Embora a lei não seja clara nesse sentido, há decisão do Tribunal Supremo no sentido de que "La posibilidad de que el causante mejore a nietos viviendo los hijos, además de no contradecir ninguno de los artículos del Código Civil que regulan la mejora se basa en el precedente histórico de la Ley 18 de Toro, a cuyo tenor el padre o la madre, o cualquier de ellos pueden si quieren hacer el tercio de mejoría que podían hacer a sus hijos o nietos conforme a la Ley del fuero a cualquier de sus nietos, o descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padre de los dichos nietos, o descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno" (ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 695/2005, 28 de septiembre de 2005. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/sucesion-mejora-nietos-viviendo-18-18432556>. Acesso em: 3 jun. 2021).

Na ausência de descendentes, os ascendentes serão chamados a herdar. A legítima dos ascendentes é variável de acordo com a existência ou não de cônjuge sobrevivente que concorrerá na herança. Havendo concorrência entre ascendente e cônjuge sobrevivente, a legítima daqueles será de um terço da herança. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes será de metade da herança (art. 809). Na sucessão dos ascendentes, também, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sendo vedado o direito de representação para essa classe de herdeiros.

Por fim, ao cônjuge viúvo é garantido o direito de usufruto sobre uma parte da herança que varia entre um terço e dois terços, a depender de haver ou não concorrência com ascendentes e descendentes.⁵¹ Quando o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes – comuns ou unilaterais do *de cuius* – terá direito ao usufruto da terça parte da legítima destinado à *mejora*, podendo a nua-propriedade ser distribuída pelo autor da herança aos seus descendentes como lhe aprouver (art. 834).⁵² Concorrendo com ascendentes do *de cuius*, ao cônjuge caberá o usufruto da metade da herança (art. 837). Não havendo ascendentes nem descendentes, ao cônjuge sobrevivente é garantido o usufruto de dois terços da herança (art. 838). Ao cônjuge, também, é garantido o direito aos bens móveis que compõem o lar conjugal, sem que os valores a eles correspondentes sejam decotados de sua parte.⁵³

Como se observa, a legítima do cônjuge sobrevivente é constituída através de usufruto vidual, de maneira que a nua-propriedade não lhe é transmitida, sendo tal regra aplicável, qualquer que seja o regime de bens adotado pelos consortes ou a condição do cônjuge usufrutuário.

Ainda no que tange à legítima do cônjuge viúvo, poderão os herdeiros do *de cuius*, por mútuo acordo ou por ordem judicial, substituir o direito de usufruto por uma renda vitalícia, pelo produto de determinados bens ou por um montante em dinheiro (art. 839). Quando o cônjuge concorrer na herança apenas com filhos unilaterais do *de cuius*, poderá exigir que o seu direito de usufruto seja substituído, à escolha dos filhos, por um valor em dinheiro ou por uma parte dos bens hereditários (art. 840).

⁵¹ De acordo com o art. 834 do Código Civil, para que o cônjuge seja chamado a suceder, não pode, na data da morte do outro, estar separado legalmente ou de fato (ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 2 jun. 2021).

⁵² MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario. *La legítima en el derecho español*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2019. p. 105.

⁵³ De acordo com o art. 1.321 do Código Civil, não estão compreendidos nessa regra as joias, obras de arte e outros objetos de valor extraordinário (ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 2 jun. 2021).

3.2.3 Principais críticas à sucessão necessária na Espanha

Na Espanha, existem recentes debates acerca da necessidade de ampliar a liberdade de testar do autor da herança, bem como de alterar as hipóteses de deserdação, adequando-as às atuais exigências sociais.⁵⁴ As críticas dirigidas ao sistema sucessório e à conservação da legítima estão, em sua maioria, relacionadas às mudanças ocorridas nos modelos familiares desde a promulgação do Código Civil e da Constituição Espanhola e são infladas pelas recentes mudanças nos regimes de legítimas dos direitos provinciais que deram maior liberdade ao autor da herança.⁵⁵

Embora pareça haver um consenso doutrinário acerca da necessidade de reforma da legítima no direito comum espanhol, são várias as proposições acerca dessa reforma, desde aquelas que defendem a mais ampla liberdade de disposição para depois da morte, até aquelas que adotam posição mais conservadora.

Xavier O'Callaghan,⁵⁶ por exemplo, defende uma supressão total da legítima no ordenamento jurídico espanhol. De acordo com o autor, as atuais mudanças econômicas e sociais, bem como a longevidade da vida humana, possibilitam uma ampla liberdade testamentária, devendo as demais questões, como o direito a alimentos e o direito de propriedade do cônjuge viúvo, serem resolvidas no âmbito do direito de família.

No mesmo sentido se posiciona Victorio Margariños, para quem a permanência da proteção da legítima no Código Civil sob o fundamento de solidariedade intergeracional se mostra muito antiquada e desproporcional no atual contexto social. De acordo com o autor, a coesão familiar que justificava a proteção da família próxima já não existe mais, na medida em que “os filhos, desde muito jovens, desejam independência e máxima autonomia. Atarefados com múltiplas ocupações e envolvidos no ritmo vertiginoso da vida de nosso tempo, tendem a ignorar os pais quando mais precisam de carinho e afeto”.⁵⁷

⁵⁴ Em 2014, por exemplo, o Tribunal Supremo (STS 258/2014) considerou lícita a deserdação de dois filhos por terem deixado o pai em completo abandono nos últimos sete anos de vida, quando já estava bastante doente.

⁵⁵ No País Basco, por exemplo, a Lei nº 05/2015 reconheceu como legitimários apenas os descendentes e o cônjuge com relação à sua quota usufrutuária e reduziu a quota legítima para um terço da herança. Da mesma forma, na Galícia, desde a reforma de 2006, os ascendentes foram suprimidos da classe dos herdeiros necessários e a quota legítima dos descendentes foi reduzida para um quarto dos bens deixados pelo *de cuius*.

⁵⁶ O'CALLAGHAN, Xavier. A vueltas con la desheredación y a vueltas con la legítima. *Diario La Ley*, Espanha, n. 8592, 29 jul. 2015. Sección Columna.

⁵⁷ No original: “Los hijos, desde muy corta edad quieren independencia y máxima autonomía. Atareados por múltiples ocupaciones y envueltos en el vertiginoso ritmo de vida de nuestro tiempo, suelen desentenderse de los padres en el momento en que más afecto y asistencia necesitan” (MARGARIÑOS, Victorio. Desheredación y libertad de testar. *El Mundo*, Madrid, 2 set. 2014. Justicia. Disponível em: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/09/02/540624e8e2704e1a118b4594.html>. Acesso em: 7 jun. 2021).

O autor continua, dizendo que, como a liberdade de dispor decorre do próprio direito de propriedade, a limitação a esse direito – que é um dos pilares do sistema de convivência e um direito assegurado pela Constituição espanhola – somente será possível quando fundar-se na função social a que a propriedade está sujeita, sob pena de ofensa ao princípio da liberdade e, conseqüentemente, a direitos da personalidade, na medida em que restará frustrado o projeto de vida do autor da herança acerca da destinação dos seus bens.

Dessa maneira, para Margariños, o único argumento capaz de manter o sistema de legítimas seria o da proteção da família, mas não de maneira abstrata, sendo necessário apurar os vínculos efetivos existentes entre o autor da herança e seus herdeiros necessários. Em qualquer dos casos, o autor afirma que existem outros meios para a proteção da família próxima que não a reserva indiscriminada de uma quota-parte da herança, e que a permanência de tal reserva na legislação espanhola “possui impacto negativo na formação dos filhos, ao desestimular o trabalho e o mérito, uma vez que a lei lhes garante expectativas econômicas independentemente de seu esforço e comportamento”.⁵⁸

Além disso, a preservação da legítima em uma sociedade em que a expectativa de vida elevada faz com que os pais faleçam quando os filhos estão quase em idade de se aposentar pode representar uma significativa redução no padrão de vida do cônjuge viúvo, em virtude do pagamento da quota legítima aos demais herdeiros necessários.⁵⁹

Sobre a questão dos alimentos a cargo da herança – solução apontada pela doutrina que defende a absoluta liberdade de testar como forma de concretizar o dever de proteção da família –, Vaquer Aloy destaca que esta não seria a opção mais adequada para o sistema jurídico espanhol, na medida em que, uma vez que os alimentos seriam pagos aos herdeiros legítimos apenas em caso de necessidade, seria necessário estabelecer em qual momento deveria ser apurada essa situação de necessidade (por quanto tempo poderia o herdeiro pleitear os alimentos?). Além disso, essa solução poderia aumentar os custos da transação sucessória – considerando a necessidade de consultas com advogado – bem como a litigiosidade e a complexidade das ações, uma vez que nem sempre a pessoa que requer os alimentos consegue comprovar suas necessidades de maneira

⁵⁸ No original: “[...] inciden negativamente en la formación de los hijos, al desincentivar el trabajo y el mérito, ya que la ley les asegura expectativas económicas al margen de su esfuerzo y de su comportamiento” (MARGARIÑOS, Victorio. *Desheredación y libertad de testar*. *El Mundo*, Madrid, 2 set. 2014. Justicia. Disponível em: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/09/02/540624e8e2704e1a118b4594.html>. Acesso em: 7 jun. 2021).

⁵⁹ DÍAZ ALABART, Silvia. Últimas tendencias en el derecho sucesorio español. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 193-194.

detalhada.⁶⁰ Exatamente por esses motivos, o autor adota posição mais conservadora, defendendo a permanência de uma legítima em quota fixa, porém reduzida, ampliando, assim, a parte de livre disposição do autor da herança.⁶¹

Essa mesma posição foi adotada pela Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), em obra publicada no ano de 2018, com propostas para reformar o Código Civil.⁶² Na obra, propõe-se uma legítima variável entre os descendentes, de maneira que, havendo um só herdeiro dessa classe, sua legítima será de um terço da herança, havendo dois ou mais, a legítima será de metade da herança. Na contramão de recentes reformas legislativas ocorridas na Europa em matéria sucessória,⁶³ a proposta não suprime a sucessão dos ascendentes, mas reduz a sua quota legítima que variará entre um terço e um quarto a depender se há ou não concorrência com o cônjuge sobrevivente.

4 Conclusão

O sistema de legítimas decorrente do direito romano-germânico está enraizado na cultura dos países que o adotaram, permitindo-se apenas, de tempos em tempos, pequenas adequações em relação a especificidades econômicas, políticas e sociais que cada realidade exigiu.

No Brasil, por exemplo, os problemas relacionados à manutenção de uma quota indisponível no sistema jurídico, apontados quando da tramitação do projeto de lei que deu origem ao Código Civil de 1916, são os mesmos que se apontam na legislação vigente, o que demonstra a estagnação do sistema mesmo diante de todas as mudanças operadas na família e na sociedade entre a promulgação do antigo e do atual Código Civil.

⁶⁰ VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*, Barcelona, jul. 2017. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78954/103095>. Acesso em: 7 jun. 2021.

⁶¹ Assim como nos demais países que adotam o sistema clássico, na Espanha, o banimento da sucessão necessária, embora possível, encontra grande resistência social. Nas palavras de Esther Arroyo Amayuelas: “La sua soppressione sarebbe perfettamenteamente possibile perchè la legítima non rientra nella nozione di ordine pubblico. Tuttavia, con il passare del tempo sono state solo alcune modifiche nei diversi sistemi giuridici che coesistono in Spagna, il che evidenzia l’attaccamento all’istituto, nonostante il suo progressivo indebolimento” (ARROYO AMAYUELAS, Esther. Libertà di testare, solidarietà familiare e diseredazione. Verso in sistema di clausole generali di privazione della legittima? *In*: ARROYO AMAYUELAS, Esther; BALDUS, Christian; GOMES, Elena de Carvalho; LEROYER, Anne-Marie; LU, Qing; RAINER Johannes Michael (Org.). *Casi Controversi in materia di diritto delle successioni*. Verona: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. v. 2. p. 642-643).

⁶² ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. Disponível em: https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

⁶³ É o caso da França, por exemplo, que suprimiu a legítima dos ascendentes. Da mesma forma, no direito provincial espanhol, a legítima dos ascendentes foi suprimida na Galícia, no País Basco e em Aragão.

Da mesma maneira, em Portugal e na Espanha, parte considerável da doutrina vem se pronunciando contra a permanência do sistema de legítimas como atualmente previsto, na medida em que as circunstâncias que levaram o legislador a tornar indisponível uma parte da herança outrora em nada se assemelham às circunstâncias sociais, econômicas e familiares atuais. No direito espanhol, essa reforma parece ser ainda mais urgente, diante da grande desigualdade existente em matéria de sucessão legítima entre os direitos provinciais – em que há uma maior liberdade para testar – e o direito comum, inalterado desde a promulgação do Código Civil.

Apesar da estagnação legislativa e da própria resistência social, é certo que uma reforma do sistema de legítimas é urgente e necessária na Ibero-América. Os primeiros passos nessa direção já foram dados pela doutrina em grande parte dos países que adotam esse sistema. A jurisprudência, ainda que de maneira bastante tímida, também vem flexibilizando as causas de deserdação em situações específicas, na tentativa de adequar as causas de exclusão do herdeiro legítimo aos princípios regentes do direito privado.

A necessidade de mudança se impõe diante de um direito civil constitucionalizado que requer uma releitura dos institutos de maneira a promover a dignidade da pessoa humana através da proteção da sua liberdade, da instituição de uma igualdade material e de uma solidariedade concreta capaz de proteger os efetivamente vulneráveis.

Dessa maneira, o direito das sucessões não pode ser alheio às transformações operadas no seio da sociedade, devendo se adequar à nova realidade que reconhece a família como núcleo de afeto e espaço de desenvolvimento da personalidade humana e rompe com a ideia de instituição biologizada e hierarquizada. Por isso, a limitação à liberdade para testar deve ser imposta apenas quando houver herdeiros comprovadamente vulneráveis, sendo a limitação atualmente imposta uma verdadeira afronta aos direitos de personalidade do autor da herança.

É preciso atentar para o fato de que o testamento é mais do que apenas um ato jurídico de natureza patrimonial. Trata-se de um ato de autonomia e de livre desenvolvimento da personalidade. É claro que o que se defende não é uma absoluta e irrestrita liberdade de testar – situação que não é admitida sequer pelos países que reconhecem a ampla liberdade testamentária –, mas uma liberdade exercida de maneira responsável e passível de limitação apenas por interesses legítimos, e o direito deve regular de maneira fundamentada as limitações à liberdade de disposição patrimonial *mortis causa* de modo a prestigiar a liberdade e a solidariedade de forma concreta.

Referências

ALMEIDA, Daniela Filipa Henriques de. *Repensar o direito das sucessões: teremos liberdade de testar?* 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

ALMANSA MORENO-BARRERA, L. Javier de. ¿Debe introducirse en el derecho civil común la ‘falta de relación familiar’ como causa para desheredar a hijos y otros descendientes? *Cuadernos Críticos del Derecho*, Aletheia, 2012.

ANDRADE, Fernando Rocha; BRANDÃO, Filipe Neto. *Projeto de Lei nº 781/XIII*. Altera o Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial. Lisboa: Assembleia da República, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e444d794f5755774e4755744f54686c5a6930304e474d344c57497a4f4751744e6a466b4d4463355a44517a4d7a646c4c6d527659773d3d&fich=4329e04e-98ef-44c8-b38d-61d079d4337e.doc&Inline=true>. Acesso em: 31 mar. 2021.

ARROYO AMAYUELAS, Esther. Libertà di testare, solidarietà familiare e diseredazione. Verso in sistema di clausole generali di privazione della legittima? *In: ARROYO AMAYUELAS, Esther; BALDUS, Christian; GOMES, Elena de Carvalho; LEROYER, Anne-Marie; LU, Qing; RAINER Johannes Michael (Org.). Casi Controversi in matéria di diritto delle successioni*. Verona: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. v. 2.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. Disponível em: https://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2008.

CARLUCCI MENDOZA, Aída Kemelmajer de. Prólogo. *In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 9-15.

DÍAZ ALABART, Silvia. Últimas tendencias en el derecho sucesorio español. *In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019. p. 185-215.

ESCALA, Enrique. Bello y el Código Civil Chileno. Comentarios acerca de la obra Don Andrés Bello, de Eugenio Orrego Vicuña. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, v. 1, n. 1-2, ene./jun. 1935.

ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ESPAÑA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *STS 695/2005, 28 de septiembre de 2005*. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/sucesion-mejora-nietos-viviendo-18-18432556>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ESTRADA FLORES, Isis Del Carmen. *Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional: las legítimas alimentarias en el derecho comparado*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Lleida, Lleida, 2015.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *Boletim JADO*, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 9-11, maio 2010.

GIL, Isabel Cunha. Que direito sucessório queremos?. *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 11, maio, 2018. Disponível em <http://historico-ordemadvogados.imprensa.pt/oa-11/actualidade-opiniao>. Acesso em: 27 maio 2021.

HONDURAS. *Código Civil de la República de Honduras*. Tegucigalpa: Topografía Nacional, 1880.

LUZ, Ana Filipa Santos da. *Análise crítica às alterações introduzidas ao Código Civil pela Lei 48/2018, de 14 de agosto*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Universidade do Porto, Porto, 2019.

MARGARIÑOS, Victorio. Desheredación y libertad de testar. *El Mundo*, Madrid, 2 set. 2014. Justicia. Disponível em: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/09/02/540624e8e2704e1a118b4594.html>. Acesso em: 7 jun. 2021.

MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario. *La legítima en el derecho español*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2019.

MONTÚFAR, Lorenzo. *Reseña histórica de Centro América*. Guatemala: El Progreso, 1878.

O'CALLAGHAN, Xavier. A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima. *Diario La Ley*, Espanha, n. 8592, 29 jul. 2015. Sección Columna.

PEDRO, Rute Teixeira. (In)suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. *Autonomia e capacitação*. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. p. 159-164.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. Acesso em: 21 maio 2020.

PORTUGAL. Instituto dos registos e do notariado. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII/3.ª (PS)*. Lisboa: Instituto dos Registos e do Notariado, 22 mar. 2018. Disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a46445154e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938784e6a42694e4745324f5330354f44566d4c5451775a445974595451315a53316b4d445a694e6a56695a444d7a4d6d457555455247&fic_h=160b4a69-985f-40d6-a45e-d06b65bd332a.PDF&inline=true. Acesso em: 31 maio 2021.

PORTUGAL. Ordem dos Advogados. *Parecer da Ordem dos Advogados ao Projeto de Lei nº 781/XIII*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/124636/projecto-de-lei-n%C2%BA781-xiii-3%C2%AA-ps.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

PORTUGAL. Ordem dos Notários. *Parecer sobre o Projeto de Lei nº. 781/XIII*. Lisboa: Ordem dos Notários, 16 mar. 2018. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938354f4459345a54466c4e6931694e6d4a6c4c5451304e4745744f444d774e7931695a4749794e5449774d7a68685a4467756347526d&fich=9868e1e6-b6be-444a-8307-bdb252038ad8.pdf&Inline=true>. Acesso em: 31 mar. 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2 maio 2021.

ROBLES BERLANGA, Héctor. Una nueva mirada al campo mexicano. In: CORDERA CAMPOS, Rolando. *La globalización de México: opciones y contradicciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 203-220.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1931. v. II.

SCHMIDT, Jan Peter. Intestate succession in Latin America. In: REID, Kenneth G. C.; WAAL, Marius J. de; ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative succession law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. v. II.

SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 19, p. 211-250, abr./jun. 2019.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 26, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2021.

TAVARES, José. *Sucessões e direito sucessório*. Coimbra: França Amado Editor, 1903. v. 1.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

VAQUER ALOY, Antoni. Acerca del fundamento de la legítima. *InDret*, Barcelona, oct. 2017. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1354.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

VAQUER ALOY, Antoni. Cuatro reformas para un derecho de sucesiones del siglo XXI. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

VAQUER ALOY, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret*, Barcelona, jul. 2017. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78954/103095>. Acesso em: 7 jun. 2021.

XAVIER, Rita Lobo. Notas para a renovação da sucessão legítima no direito português. *In*: CORDEIRO, Antônio Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; GOMES, M. Januário da Costa; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Coimbra: Almedina, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ZANETTI, Pollyanna Thays. Análise crítica das variações da legítima e da liberdade de testar na Ibero-América. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 91-119, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.005.

Recebido em: 03.01.2022

Aprovado em: 21.07.2022