

40

Associação Sindical dos Juizes Portugueses

40



Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses | Director: Nuno de Lemos Jorge
 Quadrimestral | Janeiro-Abril | 2020 | Preço: 19,00 € (IVA incluído)

JULGAR

JULGAR

Rita Lobo Xavier *Omissão das formalidades exigidas pela norma da alínea c) do artigo 1723.º do Código Civil para a sub-rogação real indireta de bens próprios no regime da comunhão de adquiridos: o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2015 e as novas dimensões do problema*

Helder Roque *Da partilha parcial, em divórcio por mútuo consentimento convolado, da parcela respeitante à indemnização por cessação do contrato de trabalho de um dos ex-cônjuges vencida na constância do matrimónio*

Nuno de Salter Cid *Sobre a atribuição judicial provisória do direito de utilizar a casa de morada da família*

Geraldo Rocha Ribeiro *O conteúdo da relação de cuidado: os poderes-deveres do acompanhante, sua eficácia e validade*

DEBATER

Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho *Estatuto patrimonial da união de facto: possibilidades e limites da extensão ("teleológica") do regime do casamento*

J. P. Remédio Marques *Um olhar ao derredor da nulidade e da dispensa do casamento católico, à luz da nova Concordata, e o seu reconhecimento e execução em Portugal e nos restantes Estados-Membros da União Europeia*

Afonso Patrão *A renúncia recíproca à condição de legítimário em direito internacional privado: entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial*

Paula Távora Vítor *Os alimentos pós-divórcio — entre a solidariedade e a responsabilidade*

DIVULGAR

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais *As potencialidades da convenção antenupcial numa ótica de planeamento sucessório*

Rute Teixeira Pedro *Das convenções conformadoras dos efeitos patrimoniais do divórcio*

Cristina Dias *O divórcio e o destino dos animais de companhia*

Próxima JULGAR

Regime Jurídico do Maior Acompanhado

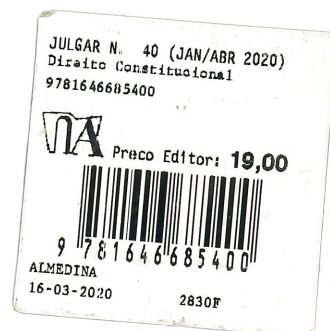
646-6853

Legal: 255 182/07

978-164-66-8540-0



646 685400



JULGAR

40

ALMEDINA

Pese embora as *garantias processuais* surpreendidas no trâmite da pretensão processual dirigida ao decretamento da nulidade do casamento católico prevista no Código de Direito Canónico não assegurem um nível grau de tutela jurisdicional efetiva idêntico ao previsto no CPC (e nos Códigos dos demais Estados-Membros da União Europeia e, inclusivamente, dos Estados Contratantes do Conselho da Europa), esta circunstância não justificará, por via de regra, em qualquer caso a *recusa do reconhecimento da decisão eclesiástica de nulidade* (*maxime*, quando se trate de impedimento também previsto no direito civil, o que não acontece com os privilégios *paulino* e *petrino*). De todo o modo, impõe-se efetuar uma *adaptação parcial* dos requisitos de cuja verificação depende a revisão e confirmação de uma decisão estrangeira não abrangida por sistema de reconhecimento dimanados de regulamentos da União Europeia (ou de tratados ou convenções internacionais celebradas pela União com Estados terceiros). Isto em homenagem à adequada conformação concreta da *cláusula da ordem pública internacional da República Portuguesa* eventualmente convocada em ações deste tipo que tramitem nos Tribunais da Relação. Ora, à parte a *falta de citação do demandado* (que é inultrapassável), as *especificidades confessionais* do regime jurídico material e processual da apreciação e julgamento de pretensões de nulidade do casamento canónico, o *direito-liberdade religiosa* (de consciência, de religião e de culto: art. 41.º da Constituição Portuguesa) impede o reconhecimento daquelas decisões quando a causa de pedir da nulidade do casamento se traduz na alegação, prova e relevância judicativa de *impedimentos exclusivamente confessionais* (ordens sacras, disparidade de culto, voto público e perpétuo de castidade). O espírito *pluralista — hoc sensu*, o espírito «ecuménico» — do conteúdo da cláusula da ordem pública internacional dos Estados sugere esta orientação.

Já quanto às decisões eclesiásticas que culminam na dispensa pontifícia do *casamento rato e não consumado*, os problemas são mais graves na *vertente processual da ordem pública internacional do Estado português* (v.g., princípio do contraditório, direito à prova, princípio do juiz natural, patrocínio judiciário). Analisando melhor o problema, não vemos razão para recusar a revisão e confirmação se o ex-cônjuge daquele que tiver formulado este pedido *não deduzir oposição* ao pedido de revisão e confirmação da decisão eclesiástica de dispensa, nos termos do art. 981.º do CPC, pois o objeto do juízo na ação de reconhecimento da decisão estrangeira não é tanto o sistema de normas aplicadas pelo ordenamento jurídico estrangeiro, mas, ao invés, a *situação fáctico-jurídica decorrente da sua aplicação concreta* (o seu resultado).

A RENÚNCIA RECÍPROCA À CONDIÇÃO DE LEGITIMÁRIO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ENTRE O ESTATUTO SUCESSÓRIO E O ESTATUTO MATRIMONIAL

AFONSO PATRÃO

Resumo: o presente estudo visa discutir a qualificação da *renúncia recíproca à condição de legitimário* feita na convenção antenupcial, introduzida no nosso direito pela Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto. Com efeito, porque amiúde a sucessão se submete a lei distinta da que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges (o *regime matrimonial*), põe-se a questão de saber em qual dos regimes jurídicos se integra aquele instituto, tendo em conta o entrecimento de aspectos próprios do regime da *sucessão* (alterando a determinação dos beneficiários da herança e dos seus direitos) com elementos típicos da *regulação patrimonial do casamento* (estabelecendo um regime de separação de bens reforçado, que garante a «incomunicabilidade» dos bens em caso de morte).

Palavras-chave: direito internacional privado; qualificação; Regulamento (UE) n.º 650/2012; Regulamento (UE) n.º 2016/1103; renúncia à condição de legitimário.

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Em situações plurilocalizadas, é possível que a sucessão e o regime matrimonial sejam regulados por leis distintas. Com efeito, os elementos de conexão eleitos pelo legislador conflitual europeu são diferentes: a sucessão é disciplinada pela lei da residência habitual do autor da sucessão *no momento da morte*, salvo se este houver designado previamente a lei da sua nacionalidade¹; o regime matrimonial é submetido, na falta de escolha pelos cônjuges,

¹ O texto observa a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. Cfr. arts. 21.º e 22.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu (doravante, *Regulamento Europeu das Sucessões*). Note-se, no entanto, que a aplicação da lei da residência habitual pode ceder por força da aceitação do reenvio, nos termos previstos pelo art. 34.º do Regulamento. Do ponto de vista temporal, a aplicação do Regulamento depende da data da morte do autor da sucessão, mobilizando-se à sucessão das pessoas que hajam falecido em 17 de Agosto de 2015 ou depois dessa data (art. 83.º). Fora do seu âmbito de aplicação, mobilizar-se-á o regime conflitual interno, que submete a sucessão à lei da nacionalidade do *de cuius* no momento da sua morte (art. 62.º do Código Civil — CC), salvo aceitação do reenvio (arts. 16.º a 19.º do CC).

à lei da primeira residência habitual comum após o casamento². Acresce que a admissibilidade e validade material de disposições por morte (v. g., testamentos ou pactos sucessórios) podem estar sujeitas a outra legislação: não se conhecendo, no momento em que é feita uma disposição por morte, qual será a residência do autor no momento da sua morte, o legislador submete esta matéria à lei que regularia a sucessão se o autor tivesse falecido no dia em que faz a disposição³. Isto é, verifica-se um risco importante de desarti-

² Cfr. arts. 22.º e 26.º do Regulamento (UE) n.º 2016/1103, de 24 de Junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais (doravante, *Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais*).

Do ponto de vista temporal, a aplicação do Regulamento depende, em princípio, da data do casamento, mobilizando-se aos casamentos celebrados em 29 de Janeiro de 2019 ou depois dessa data — salvo se os cônjuges designarem a lei aplicável a um casamento anterior (cfr. n.º 3 do art. 69.º do Regulamento, na versão conferida pela Rectificação publicada no Jornal Oficial da União Europeia» L 183, de 8 de Julho de 2016). Fora do seu âmbito de aplicação, mobilizar-se-á o regime conflitual interno, que submete o estatuto matrimonial primário, em princípio, à lei da nacionalidade comum dos cônjuges e o estatuto matrimonial secundário à lei da nacionalidade comum dos nubentes ao tempo da celebração do casamento (arts. 52.º, n.º 1, e 53.º, n.º 1, do CC), ressalvados os casos em que os cônjuges não têm a mesma nacionalidade (arts. 52.º, n.º 2, e 53.º, n.º 2, do CC) e as situações de aceitação de reenvio (arts. 16.º a 19.º do CC). Sobre a distinção entre estatuto matrimonial primário e secundário, vide HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 72-84 e 434.

³ Cfr. arts. 24.º a 26.º do Regulamento Europeu das Sucessões. Esta lei da sucessão virtual ou hipotética materializa uma das exceções ao princípio da sucessão unitária, admitindo que alguns aspectos sucessórios sejam disciplinados por lei diferente da *lex successionis* (HELENA MOTA, "A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via "https://cije.up.pt/client/files/0000000001/6_694.pdf", consultado em 23 de Novembro de 2019, p. 6; ANDREA BONOMI, "Il Regolamento Europeo sulle successioni", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 2, 2013, pp. 293-324, p. 316; ANDREA BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 243-271, p. 260; PAUL LAGARDE, "Applicable Law", *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. ULF BERGQUIST, et al., Otto Schmidt — Sellier, Köln, 2015, pp. 119-182, p. 151; ANGELO DAVI, "Introduction", *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARACAVA, ANGELO DAVI e HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 1-69, p. 61; BRUNO BAREL, "La disciplina dei patti successori", *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, ed. PIETRO FRANZINA e ANTONIO LEANDRO, Giuffrè Editore, Milão, 2013, pp. 105-138, p. 125; AFONSO PATRÃO, "A «adaptação» dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLCLII, Tomo I, 2016, pp. 121-168, p. 122, nota n.º 2). Fora do âmbito de aplicação do Regulamento, solução similar se descobre no direito conflitual interno, convocando-se a lei da nacionalidade ao tempo da declaração (art. 64.º do CC).

No que diz respeito especificamente a pactos sucessórios relativos à sucessão de várias pessoas, o legislador europeu submeteu a admissibilidade e validade material do pacto a uma conexão múltipla cumulativa entre as leis que regulariam a sucessão de todos os contratantes caso falecessem no dia em que o pacto é celebrado, embora os seus efeitos sejam regulados por uma única lei — aquela, de entre as que disciplinam a admissibilidade do pacto, que apresentar uma ligação mais estreita (art. 25.º, n.º 2, segundo parágrafo). Sobre a determinação da lei aplicável a pactos sucessórios no Regulamento Europeu das Sucessões, cfr. RUI MOURA RAMOS, "O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia. Primeiras Reflexões", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89,

culação na regulação conflitual de matérias que, no direito substantivo, são habitualmente interdependentes e atinentes a uma coerência sistemática⁴.

A convocação de leis distintas para a regulação de domínios tão fortemente concatenados gera a necessidade de delimitação do campo de aplicação de cada uma das regras de conflitos. Põe-se a questão de saber se certo instituto de direito material é disciplinado pela lei reguladora da sucessão ou pela lei reguladora do regime matrimonial, o que redundaria no problema da sua qualificação em direito internacional privado⁵. Este problema assume particular acuidade no que tange ao instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário, inserido no art. 1707.º-A do Código Civil, figura que pode ser inserida na convenção antenupcial quando o regime de bens seja o da separação⁶. Está este instituto submetido ao estatuto da sucessão ou ao estatuto matrimonial?

Vejam os nubentes (português e francesa), residentes em Paris, designarem a lei portuguesa como reguladora do regime matrimonial e optarem pelo regime da separação de bens, podem renunciar reciprocamente à condição de legitimário, nos termos regulados pela lei portuguesa? Como se percebe, no exemplo conjecturado, a lei reguladora do regime matrimonial é a portuguesa (pois foi designada nos termos do art. 22.º do Regulamento dos Regimes Matrimoniais), mas não será esta necessariamente *lex successionis* dos nubentes (será a da residência habitual ao tempo da sua morte — art. 21.º do Regulamento das Sucessões), sendo certo que é a lei francesa que disciplina a admissibilidade e validade material de um pacto sucessório (art. 25.º, n.º 2, do Regulamento das Sucessões)⁷. Assim, importa saber como se

tomo I, 2013, pp. 69-114, p. 93; NUNO ASCENSÃO SILVA, "Em torno das relações entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões — o caso particular dos pactos sucessórios no Direito Internacional Privado", *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, ed. GUILHERME DE OLIVEIRA, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 429-500, p. 481; BERTRAND ANCEL, "Convergence des droits et droit européen des successions internationales: La Proposition de Règlement du 14 octobre 2009", *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint — Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht?*, ed. CHRISTIAN BALDUS e PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Sellier — European Law Publishers, Munique, 2011, pp. 185-199, p. 198; ANDREA BONOMI, "Le choix...", p. 260. No que respeita à validade formal dos pactos sucessórios, cfr. o disposto no art. 27.º e a análise de HELENA MOTA, "A validade formal das disposições por morte feitas por escrito no âmbito do Regulamento das Sucessões Internacionais e a revogação tácita do art. 2223.º do CC", *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 593-609, p. 606.

⁴ Neste sentido, NUNO ASCENSÃO SILVA, "Em torno das relações...", p. 493; ANDREA BONOMI, "Il Regolamento...", p. 314, e "The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property: A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law", *Family Law and Culture in Europe — Developments, Challenges and Opportunities*, ed. KATHARINA BOELE-WOELKI, NINA DETHLOFF e WERNER GEPHART, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 231-248, p. 238; PETER MANKOWSKI, "Das Verhältnis zwischen der EuErbVO und den neuen Verordnungen zum Internationalen Güterrecht", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2016, pp. 479-486, p. 486.

⁵ PETER MANKOWSKI, "Das Verhältnis zwischen...", p. 480.

⁶ Cfr. arts. 1700.º, n.º 1, alínea c), e 1700.º, n.º 3, do CC.

⁷ Como é sabido, este problema pode ser evitado pelos cônjuges através da utilização da autonomia conflitual. Com efeito, quer o Regulamento Europeu das Sucessões (art. 22.º),

quer o Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais (art. 22.º) admitem — embora em termos distintos — a escolha da lei aplicável. Nestes termos, é possível que os nubentes utilizem tal faculdade para fazer coincidir a lei aplicável à sucessão, à admissibilidade dos pactos sucessórios e à convenção antenupcial, o que constituirá uma das principais vantagens da *professio iuris* nestes domínios — cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 495; HELENA MOTA, “A lei aplicável aos regimes de bens do casamento no direito da União Europeia. Desenvolvimentos recentes”, *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 338, 2015, pp. 187-214, p. 199; ANDREA BONOMI, “Le choix...”, p. 261; ANDREA BONOMI E PATRICK WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones*, adaptado ao direito espanhol por Santiago Álvarez González, Marta Requejo Isidro et. al., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 72; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, “Article 21”, *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, ANGELO DAVI E HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 298-322, p. 313; ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 5-139, p. 114; ANGELO DAVI, “Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVIII, n.º 2, 2005, pp. 297-341, p. 327. Note-se, todavia, que não se foi tão longe quanto se anteviu na prevenção do problema sobre que agora curamos, porquanto o Regulamento Europeu das Sucessões não permitiu, como chegou a ser proposto, que se pudesse designar como *lex successionis* a lei reguladora do regime matrimonial. Ora, porque o principal obstáculo então identificado (a inexistência de regras conflituais unificadas em matéria de regimes matrimoniais) já está hoje ultrapassado pela vigência do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais, é de toda a vantagem que uma futura reforma do direito internacional privado venha a permitir, através da *professio iuris*, uma maior articulação da lei aplicável aos dois regimes, que não está actualmente formulada com a mesma amplitude nos dois regulamentos. Cfr. JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos Sucessórios: alguns problemas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 95 e 104-105; ANDREA BONOMI, “Le choix...”, p. 268; PABLO QUINZÁ REDONDO E JACQUELINE GRAY, “La (des)coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIII, 2013, pp. 513-542, p. 538; ANGELO DAVI, “L’autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d’une future réglementation européenne”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XL, n.º 2, 2004, pp. 473-498, p. 484; ANATOL DUTTA, “The Europeanisation of International Succession Law”, *The Future of Family Property in Europe*, ed. KATHARINA BOELE-WOELKI, JOANNA MILES E JENS M. SCHERPE, Intersentia, Antuérpia, 2011, pp. 341-367, p. 350; EVA LEIN, “A Further Step Towards a European Code of Private International Law — The Commission Proposal for a Regulation in Succession”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11, 2009, pp. 107-141, p. 132; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European certificate of succession”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.º 3, 2010, pp. 522-720, p. 608. Assim, a articulação entre estes regimes mantém-se como uma das maiores dificuldades da matéria em causa — NUNO ASCENSÃO SILVA, “O regime patrimonial do casamento e as sucessões no direito internacional privado europeu — crónica de um desfecho anunciado”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 629-695, p. 686; ANDREA BONOMI, “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVI, n.º 4, 2010, pp. 875-914, p. 880; PAUL LAGARDE, “Introduction”, p. 24; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, “Article 21...”, p. 333; JACQUELINE GRAY E PABLO QUINZÁ REDONDO, “Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *Familie & Recht*, November, 2013, §4.2.1; KURT LECHNER, “Die EuErbVO im Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachenrecht”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2013, pp. 497-500, p. 500; M. HANS LEWALD, “Questions de droit international des succes-

caracteriza o instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário: caso constitua um instituto integrado do regime matrimonial, o seu acolhimento está assegurado — pois é a lei portuguesa que o disciplina; caso se subsuma no estatuto sucessório, enquanto *pacto sucessório renunciativo*, a sua admissibilidade compete à lei francesa.

É justamente a caracterização do instituto da renúncia recíproca à condição de legitimário (consagrado no art. 1707.º-A do Código Civil) que constituirá o objecto da nossa análise.

2. O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE FONTE EUROPEIA: A LEX SUCCESSIONIS E A LEX MATRIMONII

O movimento de unificação e internacionalização do direito internacional privado vem sendo pautado pela regulação paulatina e parcelar, procurando soluções próprias para cada matéria e não, como tradicionalmente sucede nas codificações nacionais, através da criação de um sistema completo⁸. É justamente isso que sucede na unificação conflitual europeia, que previu conexões distintas no quadro sucessório e matrimonial, redundando amiúde na aplicação de leis diferentes a estas duas matérias — o Regulamento Europeu das Sucessões expressamente exclui as questões relacionadas com o regime matrimonial⁹ e, simetricamente, o Regulamento dos Regimes Matri-

sions”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1925-IV, Tomo 9, 1925, pp. 1-125, p. 77, nota n.º 3; CRISTINA GRIECO, “The Role of Party Autonomy Under the Regulations on Matrimonial Property Regimes and Property Consequences of Registered Partnerships: Some Remarks on the Coordination between the Legal Regime Established by the New Regulations and other Relevant Instruments of European Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 457-476, p. 470.

⁸ É por isso que se alude a um risco de desmembramento do estatuto pessoal. Cfr. RUI MOURA RAMOS, “O Direito Internacional Privado da Família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, ed. GUILHERME DE OLIVEIRA, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 367-427, p. 394; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários”, *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293, p. 268; HELENA MOTA, “O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2015, disponível na internet via “https://cije.up.pt/client/files/000000001/7_667.pdf”, consultado em 23 de Novembro de 2019, p. 12; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, “As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52, 2015, pp. 3-19, p. 12.

⁹ Cfr. art. 1.º, n.º 2, alínea d), do Regulamento (UE) n.º 650/2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Esta exclusão é, aliás, associada à declaração, no Considerando n.º 12, de que “o presente regulamento não deverá ser aplicável a questões relacionadas com o regime de bens no casamento, incluindo as convenções antenupciais previstas nalguns sistemas jurídicos, na medida em que tais convenções não tratem de matérias sucessórias, nem a questões relacionadas com regimes de bens no âmbito de relações que se considere produzirem efeitos

moniais declara-se inaplicável ao domínio da sucessão por morte do cônjuge¹⁰ — sendo certo que os elementos de conexão são distintos, como *supra se viu*.

O problema da qualificação radica na aplicação das regras de conflitos às situações da vida: porque os conceitos-quadro (que desempenham a função de *hipótese da norma*) não descrevem factos materiais, referindo-se antes a conceitos jurídicos (cujo significado é distinto nos vários ordenamentos), põe-se um problema de interpretação dos comandos conflituais, importando determinar o campo de aplicação das regras de conflitos e, em segundo lugar, a recondução das normas materiais às categorias normativas por aquelas delimitadas¹¹.

No domínio em que se insere a renúncia recíproca à condição de legitimário, este problema assume especial dificuldade. Na verdade, é conhecido o entretencimento, no direito material, entre o direito da família e o direito das sucessões, a ponto de poder sustentar-se uma diluição deste naquele; e ainda que se aceite a tradicional separação, é inegável que a maioria dos sistemas jurídicos assenta os direitos sucessórios em relações jurídicas de natureza familiar ou para-familiar, limitando a liberdade de disposição e atribuindo efeitos sucessórios a negócios *inter vivos* (doações *propter nuptias* e doações entre cônjuges). É assim evidente que o estatuto sucessório do cônjuge não se desliga do regime matrimonial¹².

equiparados ao casamento". O regime matrimonial é, assim, visto como uma matéria que não pode ser qualificada como sucessória (ANDREA BONOMI E PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, pp. 46 e 61).

¹⁰ Cfr. art. 1.º, n.º 2, alínea d), do Regulamento (UE) n.º 2016/1103, que cria a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais.

¹¹ Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 210; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *O Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1963, p. 10; GERALDO ROCHA RIBEIRO, "A Europeização...", p. 269; VÉRONIQUE ALLAROUSSE, "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 23, 1991, pp. 479-516, p. 479.

¹² Cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR E ROSA CÂNDIDO MARTINS, "Depois de a morte nos separar... — a protecção do cônjuge sobrevivente na perspectiva da responsabilidade", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho — Studia Iuridica n.º 102*, Vol. I — Responsabilidade: entre Passado e Futuro, ed. FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO E JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 753-777, p. 756; NUNO ASCENSÃO SILVA, "Em torno das relações...", p. 435; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, "Os efeitos sucessórios do casamento", *Direito da Família e Política Social*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 55-63, p. 57; ANDREA BONOMI, "The Proposal...", p. 240; MARION GREESKE, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Peter Lang, 2014, pp. 141 e 198; ANGELO DAVI, "L'autonomie...", p. 479; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "Comments on the European Commission's Proposal...", p. 527.

Não é pois de estranhar que o problema da qualificação haja sido identificado, precisamente, no domínio das sucessões (TITO BALLARINO, "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, n.º 4, 2013, pp. 1116-1145, p. 1119) e que seja este um dos campos férteis para conflitos de qualificações (MARION GREESKE, *Die Kollisionsnormen...*, p. 200; KLAUS SCHURIG, "Das internationale Erbrecht wird europäisch — Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung", *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, ed. JÖRN

Ora, independentemente da posição que se tenha sobre a associação destes ramos jurídicos no plano substantivo, certo é que o seu tratamento conflitual pela União Europeia é diferenciado, conduzindo por vezes à aplicação de leis distintas à *sucessão* e ao *regime económico matrimonial*. O que implica sérias dificuldades perante institutos de direito material que comungam, naturalmente, de uma dimensão simultaneamente *matrimonial* e *sucessória*, como sejam a majoração da quota do cônjuge sobrevivente no regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft* do direito alemão (§1371 BGB); a convenção de direito germânico, contida na convenção nupcial, de que a comunhão se prolonga até à morte do último dos cônjuges (§ 1483 BGB); a revogação automática dos testamentos por efeito da celebração de um casamento do direito inglês; ou, justamente, a renúncia recíproca à posição de legitimário contida na convenção antenupcial prevista pela lei portuguesa¹³. Importa, pois,

BERNREUTHER, et al., Sellier European Law Publishers, München, 2010, pp. 343-353, p. 344; FELIX WILKE, "Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 58, n.º 9/2012, 2012, pp. 601-609, p. 602; ANDREA BONOMI, "The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, pp. 217-231, p. 219).

¹³ Cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, "Em torno das relações...", p. 444 ("o funcionamento do método conflitual poderá conduzir à perturbação das forças de sinergia e de equilíbrio que antes convocámos e que reciprocamente atraem ou apartam o direito da família e o direito das sucessões — uma vez que, ao assentar na técnica do desmembramento ou *dépeçage*, podemos ser conduzidos na regulação das situações privadas internacionais ao chamamento simultâneo de [eventualmente contraditórias] ordens jurídicas diversas para reger questões que se integram nos dois sectores normativos de que nos ocupamos —, com sério risco para o princípio da harmonia material ou interna e que exprime, nas palavras de Ferrer Correia, «... a ideia de que no seio do ordenamento jurídico as contradições ou antinomias normativas são intoleráveis»"); ANDREA BONOMI, "Successions Internationales: conflit de lois et de juridictions", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, pp. 71-418, p. 322 ("La loi applicable au régime matrimonial étant déterminée par d'autres critères que celle régissant la succession, ces deux domaines sont susceptibles d'être soumis à deux [ou plusieurs] lois différentes. Cette situation est malheureuse car elle donne lieu à de sérieux problèmes de qualification"); PAUL LAGARDE, «Introduction...», p. 24; ANATOL DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606, p. 605; HEINRICH DÖRNER, «Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut», *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, ed. ANATOL DUTTA E SEBASTIAN HERRLER, Beck, Munique, 2014, pp. 73-83, p. 74; PATRICIA PAFFHAUSEN, «EuErbVO und GüterrechtsVO in Konflikt», *Bucerius Law Journal*, n.º 1, 2014, pp. 10-15, p. 10.

A concatenação a que nos referimos é especialmente clara no seio do direito português, pois é sabida a tradicional hostilidade do ordenamento jurídico pátrio à sucessão contratual — protegendo a vontade livre do testador até ao momento da sua morte — com excepção dos pactos sucessórios incluídos na *convenção antenupcial*, para que se descubra um *favor matrimonii*. Ora, este escopo *familiar* dos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial alastrou, como é sabido, ao seu tratamento conflitual no direito internacional de fonte interna, que os submete à *lex familiae* (art. 64.º, alínea c), parte final, do CC), espelhando um inegável *favor legis familiae* que faz relevar a sua natureza de programação patrimonial do casamento e resolvendo normativamente o problema da sua qualificação (NUNO ASCENSÃO SILVA, *ibidem*, pp. 477 e 478).

Sobre as dificuldades de qualificação dos institutos mencionados, cfr. ANDREA BONOMI E PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, p. 69; ANDREA BONOMI, "The interaction...", p. 219; HEINRICH DÖRNER, "Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbver-

apurar o método pelo qual se determina se certo instituto de direito material (que co-envolve necessariamente uma dimensão sucessória e matrimonial) se subsume no âmbito do Regulamento Europeu das Sucessões ou se é abrangido pelo Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais.

No direito conflitual europeu, a qualificação assenta numa *interpretação autónoma* dos conceitos aí utilizados, capaz de assegurar a respectiva aplicação uniforme em todos os Estados vinculados e garantir o *efeito útil* da intervenção europeia. E esse propósito de interpretação autónoma alastra, como é sabido, aos vários conceitos utilizados pelo direito internacional privado europeu, chegando-se por isso a noções específicas de *regime matrimonial*, *sucessão*, *pacto sucessório* e *convenção nupcial*, que são *funcionalmente* orientadas aos próprios objectivos da unificação conflitual europeia¹⁴. Certo é que os conceitos autónomos de *sucessão* e de *regime matrimonial* contidos

fahrensrecht — Überblick und ausgewählte Probleme”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010, pp. 221-228, p. 223; ANATOL DUTTA, “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, vol. 60, n.º 1/2013, 2013, pp. 4-15, p. 9; ANATOL DUTTA, “The Europeanisation...”, p. 360; GIACOMO BIAGIONI, “L’ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, ed. PIETRO FRANZINA E ANTONIO LEANDRO, Giuffrè Editore, Milão, 2013, pp. 25-58, p. 50.

¹⁴ Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Europeização...”, p. 274 (analisando a metodologia de apuramento dos conceitos autónomos); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 237, 581 e 588ss; MARIA HELENA BRITO, “A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, ed. JOSÉ LEBRE FREITAS, et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133, pp. 129 e 130; DIETER MARTINY, “Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen”, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, 2017, pp. 1-33, p. 6; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH in kollisionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren: erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 16, n.º 4, 2019, pp. 195-200, p. 197; HELMUT HEISS E EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation» — Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?”, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, ed. STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 181-199, p. 189; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, ed. CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 413-431, p. 420; STEFANIA BARIATTI, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLII, n.º 2, 2006, pp. 361-376, p. 361 e 371; CHRISTIAN HEINZE, “Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts”, *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, ed. DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-127, p. 108.

Afasta-se, assim, a qualificação *lege fori*, segundo a qual caberia ao ordenamento jurídico material do Estado em que a questão se pusesse fazer a categorização da questão jurídica decidenda. Com efeito, se aquele método de qualificação já seria passível de importantes e severas críticas, é estruturalmente incompatível com o desígnio de aplicação uniforme de instrumentos de unificação do direito internacional privado. Sobre a qualificação *lege fori*, cfr. VÉRONIQUE ALLAROUSSE, “A Comparative...”, pp. 481 e ss..

nos Regulamentos da União Europeia que consagram o regime conflitual vigente são abrangentes, sendo difícil a sua delimitação perante figuras que disciplinam, em simultâneo, a organização patrimonial do casamento e o estatuto sucessório do cônjuge¹⁵. Vejamos.

O Regulamento Europeu das Sucessões (Regulamento (EU) n.º 650/2012) visa abranger “todas as questões de direito civil da sucessão por morte, ou seja, todas as formas de transferência de bens, direitos e obrigações por morte, independentemente de se tratar de um acto voluntário de transferência por sucessão ab intestato” (considerando n.º 9), o que implica que aí se qualifiquem a “determinação dos beneficiários, das respectivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente” (art. 23.º, n.º 2, alínea b), sublinhado nosso) e que se tenha por pacto sucessório qualquer “acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo” (art. 3.º, n.º 1, alínea b)). Todavia, a disciplina sucessória não se aplica “a questões relacionadas com o regime de bens no casamento, incluindo as convenções antenupciais previstas nalguns sistemas jurídicos, na medida em que tais convenções não tratem de matérias sucessórias” (considerando n.º 12), ficando por isso de fora do seu âmbito de aplicação as “questões relacionadas com regimes matrimoniais” (art. 1.º, n.º 2, alínea b))¹⁶.

Já o Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais (Regulamento (UE) n.º 2016/1103) visa disciplinar “todos os aspectos de direito civil dos regimes matrimoniais, respeitantes tanto à gestão quotidiana dos bens dos cônjuges como à sua liquidação, decorrentes nomeadamente da separação do casal ou da morte de um dos seus membros” (Considerando n.º 18), abarcando expressamente no seu âmbito as *convenções nupciais*, definidas como “qualquer convenção entre cônjuges ou futuros cônjuges pela qual estes estabelecem o seu regime matrimonial” (art. 3.º, n.º 1, alínea b)). Porém, a

Operando uma interpretação autónoma dos conceitos dos instrumentos europeus *vide*, entre muitos outros, os Acórdãos de 14 de Outubro de 1976, *Eurocontrol*, proc. 29/76, n.ºs 3 e 4; de 22 de Março de 1983, *Peters*, proc. 34/82, n.ºs 9 e 10; Acórdão de 27 de Fevereiro de 1997, *Van den Boogard*, proc. C-220/95, n.º 22 (quanto à dissociação entre *regime matrimonial* e *obrigações alimentares*); Acórdão de 10 de Dezembro de 2015, *Kornhaas*, proc. C-594/14, n.º 19 (sobre os conceitos utilizados o Regulamento CE 1346/2000, relativo à competência, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de insolvência).

¹⁵ PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 481.

¹⁶ Nestes termos, o “ponto de partida” da definição do âmbito de aplicação do estatuto sucessório no problema que nos ocupa estará no art. 23.º do Regulamento Europeu das Sucessões: a definição dos *direitos sucessórios do cônjuge* cabe à *lex successionis* — cfr. ANATOL DUTTA, “EuErbVO Art. 1 — Anwendungsbereich”, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 11, 7.ª Edição, Beck, Munique, 2018, § 21.

disciplina matrimonial não abrange “a sucessão por morte do cônjuge” (art. 1.º, n.º 2, alínea d), e Considerando n.º 22)¹⁷.

No fundo, o legislador conflitual europeu visa traçar uma *divisão absoluta* entre as duas matérias, sujeitas a critérios conflituais distintos. Todavia, tal demarcação revela-se muito complexa, sobretudo tendo em conta que a morte de um dos cônjuges pode implicar, em simultâneo, a liquidação do regime matrimonial e a abertura de sucessão; e que a tutela do cônjuge sobrevivente pode ser feita por institutos de direito substantivo que comungam dimensões de *regulação patrimonial do casamento* e de *atribuição sucessória dos bens*. Aliás, o próprio legislador europeu o reconhece, estabelecendo uma *prece-dência temporal* do regime matrimonial, quando, no Considerando n.º 12 do Regulamento Europeu das Sucessões, estabelece que “as autoridades que tratem de determinada sucessão ao abrigo do presente regulamento deverão, no entanto, em função da situação, ter em conta a liquidação de um eventual regime de bens no casamento ou regime de bens semelhante do falecido ao determinarem a herança do falecido e as quotas-partes dos beneficiários”. O que parece abranger no *estatuto matrimonial* (nos termos do Considerando n.º 18 do Regulamento dos Regimes Matrimoniais) eventuais cláusulas da convenção nupcial segundo a quais o regime de bens se altera em caso de morte — por exemplo, criando uma comunhão geral¹⁸.

Cabendo a delimitação das matérias, em última análise, ao Tribunal de Justiça da União Europeia (enquanto instituição a que compete a interpretação dos conceitos *autónomos* utilizados), a jurisprudência já produzida permite identificar uma qualificação de índole *funcional*, com vista à promoção dos objectivos próprios da intervenção europeia. Em concreto, parece ter o Juiz comunitário corporizado o critério do *efeito útil* por referência à valia do Certificado Sucessório Europeu, documento público cuja eficácia se visa proteger. Em consequência, verifica-se uma certa prevalência da qualificação sucessória, à luz da preocupação de potenciação dos efeitos daquele certificado¹⁹.

¹⁷ Neste quadro, a qualificação de certo instituto como *matrimonial* está ligado à função que ele desempenha na regulação das relações patrimoniais do casamento — ANATOL DUTTA, “EuEBVO Art. 1...” §22. Sublinhando o carácter muito amplo do conceito, DIETER MARTINY, “Die Anknüpfung...”, p. 8; ILARIA VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes — some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIII, 2011, pp. 199-215, p. 202. Deve notar-se, todavia, que este conceito muito amplo já havia sido utilizado pelo Tribunal de Justiça, a propósito da interpretação da convenção de Bruxelas de 1968, excluindo do respectivo âmbito de aplicação — por se aterem ao conceito de regimes matrimoniais — “todas as relações patrimoniais que resultam directamente do vínculo conjugal ou da sua dissolução” (Acórdão de 27 de Março de 1979, *Cavel*, proc. 143/78, n.º 7).

¹⁸ Neste sentido, PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 481. No direito português, parece ser o caso da convenção entre os cônjuges, na convenção antenupcial, de que a partilha se fará de acordo com o regime da comunhão geral, se o casamento se vier a dissolver por morte e houver descendentes comuns (art. 1719.º do CC). Sobre o reconhecimento, pelo legislador europeu, da concatenação das matérias, cfr. GIACOMO BIAGIONI, “L’ambito di applicazione...”, p. 51.

¹⁹ Cfr. JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*,

Deve ainda sublinhar-se que a interpretação autónoma dos Regulamentos não basta para solucionar cabalmente o problema da qualificação: uma vez determinados os conceitos de *sucessão*, *pacto sucessório* ou de *regime matrimonial* — funcionalmente compreendidos à luz do efeito útil das normas de direito da União —, importa de seguida proceder a uma operação de subsunção de dada figura jurídica substantiva no conceito autonomamente determinado²⁰. Problema que inelutavelmente carece de uma análise do direito material, como a doutrina vem sublinhando²¹ e como decorre da jurisprudência do Luxemburgo²². Com efeito, a sujeição de certo instituto de direito material ao âmbito reconhecido ao estatuto sucessório ou ao estatuto matrimonial depende da análise do contexto normativo em que aquele se insere, não podendo a sua caracterização estar desligada da sua *função* e *finalidade* que lhe são atribuídas no quadro do ordenamento jurídico a que pertence. E esta apreciação tende a um juízo comparado de dado instituto à categoria normativa autónoma (*sucessão* ou *regime matrimonial*) por conclusão de *equivalência* entre o conceito do Regulamento (o qual é funcionalmente interpretado à luz dos objectivos do direito da União) e o instituto jurídico-material cuja qualificação se discute²³.

2018, pp. 1356-1358, p. 1357; EDMOND JACOBY, “Die Rechte des überlebenden Ehegatten und das europäische Nachlasszeugnis in den deutsch-französischen Beziehungen — Neue Fragen für die französische Praxis”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 15, n.º 6, 2018, pp. 303-308, p. 307.

Veja-se, a título de exemplo, Acórdão de 12 de Outubro de 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, n.º 60; Acórdão de 1 de Março de 2018, *Mahnkopf*, proc. C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138, n.º 40; Acórdão de 21 de Junho de 2018, *Oberle*, proc. C-20/17, ECLI:EU:C:2018:48, n.º 46.

²⁰ Neste sentido, HELMUT HEISS e EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 194; STEFAN LEIBLE e MICHAEL MÜLLER, “A General Part for European Private International Law?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 137-152, p. 143. Na verdade, a jurisprudência europeia sobre a interpretação autónoma analisa-se mais numa teoria sobre como *não se faz a qualificação* do que numa teoria geral de qualificação.

²¹ Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “The methodology and the general part of the Portuguese Private International Law Codification: a possible source of inspiration for the European Legislator?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 153-172, p. 165 e *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 589; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 200ss; MARIA HELENA BRITO, “A utilização...”, p. 120; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A Euro-peização...”, p. 278; HELMUT HEISS e EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 188.

²² Cfr., desde logo, o Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, n.º 40, em que o Juiz comunitário procura identificar a *função desempenhada* pelo instituto jurídico-material no quadro do direito alemão. Vide ainda o Acórdão de 17 de Setembro de 2002, proc. C-334/00, *Tacconi*, em que o critério decisivo para qualificar certa pretensão como relativa à responsabilidade *contratual* ou *extracontratual* foi a função do instituto da indemnização por violação injustificada das negociações, face ao conceito autónomo desenhado pelo Tribunal de Justiça para a responsabilidade contratual (“origem em compromissos livremente assumidos por uma parte perante outra”).

²³ MARIA HELENA BRITO, “A utilização...”, pp. 123 e 130-131; MATTHIAS WELLER, “Article 1”, *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARACAVA, ANGELO DAVI e HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 73-111, p. 88.

Ora, a figura da *renúncia recíproca à condição de legitimário* insere-se, em certa medida, no cruzamento dos dois instrumentos conflituais²⁴: afecta a posição *sucessória* do cônjuge, sendo convencionalizada somente em *convenção antenupcial* e quando vigore *um específico regime de bens*. Tornando-se *irrevogável na vigência do casamento* e implicando efeitos jurídicos quanto à *casa de morada de família* e ao *regime das liberalidades entre cônjuges*. Sendo, por isso, discutível a sua recondução a um dos instrumentos conflituais europeus²⁵.

Em suma: há que saber se a figura da *renúncia recíproca à condição de legitimário* na *convenção antenupcial*, analisando os seus respectivos contornos, é reconduzível à *contratação sucessória* do modo de *distribuição dos bens do falecido, em sede de direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente* (caso em que estará no âmbito do Regulamento Europeu das Sucessões, por força do art. 23.º, n.º 1, alínea b)); ou se está em causa um instituto atinente à *regulação dos efeitos patrimoniais do casamento*, caso em que o instituto se integrará no domínio do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais. Procurando esta recondução por atenção aos conceitos autónomos do Regulamento que, no que aqui releva, abrangem na *lex successionis* os institutos relativos à vontade do autor da sucessão e o regime da concorrência entre o cônjuge e outros sucessíveis e cometem à *lex matrimonii* a delimitação os direitos patrimoniais do cônjuge *por causa do casamento* ou cuja aplicabilidade dependa de *certo regime de bens do casamento*²⁶.

²⁴ Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, "Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil — Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, 2018, pp. 415-454, p. 416: "a *faculdade reconhecida aos nubentes, apesar de concernir aos efeitos sucessórios, toca indelevelmente nos efeitos patrimoniais associados ao casamento, mais propriamente aqueles que se produzirão em caso da sua dissolução por morte*".

²⁵ Descartamos, como se percebe, a hipótese de uma *qualificação dupla* do instituto, segundo a qual esta figura só seria admissível quando a lei portuguesa fosse simultaneamente a *lex matrimonii* e a lei reguladora de disposições por morte. Esta ideia, enunciada pela doutrina alemã como hipótese de qualificação do instituto do §1371 BGB (*majoração da quota hereditária do cônjuge em substituição da igualação do património conjugal*), tem várias desvantagens.

Desde logo, reduziria muitíssimo a admissibilidade, por ficar dependente da concordância de várias leis; em segundo lugar, não parecer ser necessária — já que os institutos da *substituição* e da *transposição* (ou mesmo da *adaptação*) sempre solucionariam as dificuldades de coordenação geradas entre os dois estatutos; e, principalmente, porque a admissibilidade desta *«qualificação dupla»* é muito duvidosa no quadro do direito internacional privado de fonte europeia, que está estruturado em Regulamentos europeus parcelares, complementares e sem sobreposições. Neste sentido, PETER MANKOWSKI, "Das Verhältnis zwischen...", p. 483; DIRK LOOSCHELDERS, "Anpassung und ordre public im Internationalen Erbrecht", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, ed. HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 266-282, p. 273.

²⁶ Pondo assim o problema, cfr. MATTHIAS WELLER, "Article 1...", p. 88. É assim que PETER MANKOWSKI delimita os estatutos: "*Mangels ausdrücklich festgeschriebener Qualifikationsmaßstäbe muss man auf eine funktionelle Abgrenzung zwischen Erb und Güterrecht als Leitlinie zurückfallen: Regelungen, die im Ergebnis auf einen hypothetischen Willen des Erblassers rekurrieren, seinen überlebenden Ehegatten wegen des zwischen ihnen beiden bestehenden*

3. A QUALIFICAÇÃO DA RENÚNCIA

a. Argumentos no sentido da qualificação sucessória

Uma análise mais imediata do problema implica que se considere, como qualificação mais óbvia, a subsunção da figura analisada no domínio da *sucessão*. No fundo, a *convenção bilateral* pela qual os cônjuges abdicam de direitos hereditários pode ser vista como *pacto sucessório renunciativo* que, nesse caso, será abrangido pelo estatuto sucessório. Foi esta, aliás, a qualificação proposta pelo Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado (IRN), na primeira vez que se pronunciou sobre a questão²⁷.

Quatro argumentos podem fundamentar esta convicção: a definição ampla de pacto sucessório contida no Regulamento das Sucessões; os critérios seguidos pelo Tribunal de Justiça na delimitação do estatuto sucessório decorrentes da jurisprudência *Mahnkopf*; a interferência exclusiva desta figura na posição sucessória do cônjuge, sem qualquer efeito no património conjugal; e a consideração de que qualificação matrimonial apenas teria respaldo em ordenamentos *hostis* à previsão de pactos sucessórios.

Vejamo-los separadamente.

i) O conceito amplo de Pacto Sucessório no Regulamento

A noção de pacto sucessório contida no Regulamento há-de ser autonomamente interpretada, de modo a responder aos interesses de uniformidade de aplicação e de garantia do seu efeito útil. Ora, definição de *pacto sucessório* contida no Regulamento Europeu das Sucessões (alínea b) do n.º 1 do art. 3.º) abrange as *convenções renunciativas*, independentemente da sua associação a um testamento²⁸. Isto é, trata-se de um conceito amplo de pacto

Näheverhältnisses zu bedenken und so den Ehegatten in eine Reihe mit den nahen Verwandten zu stellen, tendieren zum Erbrecht. Regelungen, die einen Ausgleich für Leistungen während der Ehe darstellen oder als Konsequenz aus einer zumindest teilweisen Verschmelzung der Vermögen beider Ehegatten folgen, sind dem Güterrecht zuzuschlagen. Regelungen, die einen Ausgleich für Leistungen während der Ehe darstellen oder als Konsequenz aus einer zumindest teilweisen Verschmelzung der Vermögen beider Ehegatten folgen, sind dem Güterrecht zuzuschlagen. Güterrechtlich zu qualifizieren ist zudem, wenn Vergünstigungen im Todesfall vom Bestehen eines bestimmten Güterstands abhängig sind". ("Das Verhältnis zwischen...", p. 482). Em sentido convergente, HEINRICH DÖRNER, "Die Abgrenzung...", p. 75; DIETER MARTINY, "Die Anknüpfung...", p. 11.

²⁷ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo do IRN, 84/2018 STJSR-CC, de 15.11.2018.

²⁸ Cfr. alínea b) do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Europeu das Sucessões, que define pacto sucessório como "*um acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo*". Cfr., neste sentido, ANDREA BONOMI, "Il Regolamento...", p. 316; JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, "Article 25", *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARACAVA, ANGELO DAVI E HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 380-393, p. 381; GEORGES KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession", *Droit européen des*

sucessório, próximo daquele que era dado no nosso direito antigo e que é, aliás, utilizado na doutrina e lei portuguesas²⁹, que acaba por abranger figuras que, nos direitos nacionais, nem sempre são tidas como pactos sucessórios em sentido próprio — como testamentos conjuntos, doações condicionais *mortis causa*, e ainda, a convenção pela qual alguém renuncia a direitos hereditários³⁰. O que se justifica pelo facto de tais convenções não apenas terem uma estrutura sinalagmática, como por produzirem efeitos *mortis causa*, tendo modificado a posição sucessória dos contratantes³¹.

A isto acresce que, sendo certo que o sentido das soluções conflituais apenas se apreende mediante conhecimento do direito substantivo, a tendência recente é justamente a de ampliar o espaço concedido à sucessão contratual³², o que justifica que o legislador conflitual europeu haja pretendido abarcar nas regras de conflitos relativas aos pactos sucessórios — em que é evidente uma preocupação de *favor validitatis*³³ — também os contratos hereditários contidos em convenções antenupciais.

successions internationales — Le règlement du 4 juillet 2012, ed. GEORGES KHAIRALLAH E MARIEL REVILLARD, Defrénois, Paris, 2013, pp. 57-65, p. 62; BRUNO BAREL, "La disciplina...", p. 107.

²⁹ Cfr. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo II, 3.ª Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, p. 577: "Chamam-se pactos successorios, successões pacticias, ou contractos de herança, todos aquellos, que têm por objecto a herança de uma pessoa ainda viva, ou seja a de algum dos contractantes, ou seja a de terceiro. Taes contractos ou são adquisitivos, quando algum dos contrahentes promette instituir, ou se obriga a aceitar a successão; ou renunciativos, quando promette não instituir, ou não aceitar". Em sentido convergente, EDUARDO CORREIA, *Lições de Direitos Successórios*, (policopiado), Coimbra, 1949, p. 58; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Successões*, 4.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 556; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Successões*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 92.

Sobre a utilização deste conceito amplo de pacto sucessório nas regras de conflitos, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 443 e 447; CARMEN AZCÁRRAGA MONZONIS, *Sucesiones internacionales — Determinación de la norma aplicable*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 169; ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 267; PAUL LAGARDE, "Applicable...", p. 148.

³⁰ Será este, aliás, o argumento central do Parecer do Conselho Consultivo do IRN, 84/2018 STJSR-CC, de 15.11.2018, que propôs a qualificação sucessória do instituto.

³¹ ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 268, e ANDREA BONOMI E PATRICK WAULETEL, *El Derecho...*, p. 123; ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", p. 67.

³² NUNO ASCENSÃO SILVA, "Em torno das relações...", pp. 445 e 448.

³³ Sobre o *favor validitatis* dos pactos sucessórios no Regulamento Europeu das Successões, cfr. BERTRAND ANCEL, "Convergence...", p. 197 ("C'est que la proposition est favorable aux pactes successoriaux. Cette faveur s'exprime notamment dans le mode de détermination de la loi applicable qui traduit une politique législative de droit matériel confiante dans la capacité de chacun d'organiser une planification de sa succession qui en assurera un accomplissement sûr et apaisé"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos — Parte Especial, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 692; HELENA MOTA, «A autonomia...», p. 13; TITO BALLARINO, «Il nuovo...», p. 1143; ANDREA BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta...», p. 902; ALEGRÍA BORRÁS, «L'approche du renvoi dans un système d'unité de la succession», *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 23-34, p. 25; PAUL LAGARDE, «Introduction...», p. 33; ANGELO DAVI, «Introduction...», p. 43, 50 e 56; ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, «Il nuovo...», p. 44; ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones mortis

ii) Os subsídios da jurisprudência do Tribunal de Justiça na definição do âmbito de aplicação do Regulamento — o Acórdão Mahnkopf

Em segundo lugar, não pode olvidar-se que o problema da delimitação entre o estatuto sucessório e o estatuto matrimonial conheceu uma importante pronúncia do Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão Mahnkopf³⁴, cujos fundamentos podem indicar uma concepção ampla do estatuto sucessório, a ponto de aí se incluírem figuras como a da renúncia recíproca à condição de legitimário na convenção antenupcial.

Neste aresto, discutiu-se a abrangência pelo Regulamento Europeu das Successões do instituto do §1371 BGB: trata-se de uma figura que, no regime de bens supletivo (*Zugewinnngemeinschaft*), cria uma majoração da quota do cônjuge sobrevivente quando o casamento se dissolve por morte. Isto é, no regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft* (que é traduzido no Acórdão Mahnkopf por *comunhão de adquiridos*) não se qualificam necessariamente os bens adquiridos na vigência do casamento como comuns, ficando na titularidade do cônjuge que os tiver obtido e sob sua administração; todavia, no momento da dissolução do casamento, faz-se uma igualação, entre os dois cônjuges, dos bens obtidos na constância do matrimónio (§1363, n.º 2, BGB). Ora, no caso de o casamento se dissolver por morte de um dos cônjuges, esta igualação é substituída por uma majoração da quota hereditária do cônjuge: desconsidera-se o património conjugal (e eventual disparidade da titularidade de bens adquiridos na constância do casamento) e aumenta-se a quota hereditária do cônjuge em ¼ (§1371 BGB), em substituição da operação de igualação.

Se não parecem restar dúvidas de que a operação de igualação consagrada no §1363 BGB é um instituto próprio do regime matrimonial, já a figura da majoração da quota hereditária — que funciona *em substituição* da igualação — criou dúvidas ao órgão jurisdicional de reenvio: caso esta figura não estivesse coberta pelo estatuto da sucessão, aquela quota hereditária de ¼ não poderia ser mencionada no certificado sucessório europeu *como atribuição sucessória*. O que motivou, assim, a formulação de uma questão prejudicial tendente a saber se o Regulamento Europeu das Successões ainda abrangeria um instituto de direito nacional como esta majoração da quota hereditária em substituição da igualação do património adquirido na vigência do casamento.

As semelhanças do problema colocado ao Tribunal de Justiça no Acórdão Mahnkopf e a questão jurídica que ora nos ocupa são evidentes. Em ambos os casos, por força da relação muito estreita que existe entre a regulação patrimonial do casamento e a sucessão do cônjuge, vigoram institutos que

causa en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-58, p. 33; BRUNO BAREL, «La disciplina...», p. 108.

³⁴ Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, Mahnkopf, ECLI:EU:C:2018:138.

entrecruzam aspectos sucessórios e matrimoniais; nos dois casos o legislador nacional introduziu uma figura que se aplica somente em *certo regime de bens* e que tem efeitos na *posição sucessória do cônjuge sobrevivente*. Pelo que a decisão do Juiz comunitário é um dado relevante na dilucidação da questão de saber se cabe ao Regulamento das Sucessões ou ao Regulamento dos Regimes Matrimoniais o tratamento conflitual da renúncia recíproca à condição de legitimário pactuada na convenção antenupcial.

O Tribunal de Justiça, considerando que a doutrina alemã se encontra dividida quanto à qualificação *sucessória* ou *matrimonial* do instituto do §1371 BGB, levou sobretudo em conta a função imediata do instituto (majorar a posição sucessória do cônjuge sobrevivente), desconsiderando a sua finalidade mediata (de repartição do património conjugal) e entendendo, por isso, que a figura fica abrangida pelo Regulamento das Sucessões³⁵.

Como se percebe, esta argumentação pode ser aplicada ao nosso problema, militando por uma qualificação *sucessória* (e sua abrangência pelo DIP das Sucessões) da renúncia recíproca à posição de legitimário na convenção antenupcial: o efeito jurídico imediato desta figura é a definição da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, o que parece ter sido o critério determinante no Acórdão *Mahnkopf*. A seguir-se este raciocínio, as finalidades mediatas do instituto (*favor matrimonii*; regulação de um regime matrimonial de separatismo total; programação económica do casamento) passariam para segundo plano, atendendo-se somente ao efeito jurídico directo da renúncia.

Note-se que o Tribunal de Justiça, confessadamente, levou em consideração o objectivo de *incluir aquela informação no certificado sucessório europeu* enquanto propósito do *efeito útil* dos instrumentos de direito da União Europeia, numa evidente *qualificação funcional*. Isto é, estava em causa uma situação em que a lei reguladora do regime matrimonial e a lei reguladora da sucessão eram a mesma — a lei alemã, pois os cônjuges eram alemães residentes na Alemanha, pelo que se não punha nenhuma dificuldade quanto à solução material a dar ao caso. A qualificação do instituto não relevava para a solução substantiva de repartição dos bens, mas apenas para a inclusão daquela majoração da quota no Certificado Sucessório Europeu *enquanto atribuição sucessória*, com todas as vantagens que daí decorrem para a invocação, noutros Estados-Membros, da posição patrimonial atribuída ao cônjuge sobrevivente. Ora, este factor foi tido em conta pelo Tribunal de Justiça,

³⁵ Assim, o Tribunal sublinhou (n.º 40) que a disposição “tem por objeto, segundo as informações de que o Tribunal de Justiça dispõe, não a partilha de elementos patrimoniais entre os cônjuges, mas a questão dos direitos do cônjuge sobrevivente quanto aos elementos já contabilizados na massa sucessória. Nestas condições, não se afigura que essa disposição tenha por finalidade principal a repartição dos elementos do património ou a liquidação do regime matrimonial, mas antes a determinação do quantum da quota sucessória a atribuir ao cônjuge sobrevivente relativamente aos demais herdeiros. Assim sendo, tal disposição respeita principalmente à sucessão do cônjuge falecido e não ao regime matrimonial. Por conseguinte, uma regra de direito nacional como a que está em causa no processo principal diz respeito a matéria sucessória para efeitos do Regulamento n.º 650/2012”.

num evidente *favor certificatis*: “a qualificação sucessória da quota atribuída ao cônjuge sobrevivente nos termos de uma disposição de direito nacional, como o § 1371, n.º 1, do BGB, permite incluir as informações relativas à referida quota no Certificado Sucessório Europeu, com todos os efeitos descritos no artigo 69.º do Regulamento n.º 650/2012”³⁶.

iii) O efeito jurídico da renúncia

A caracterização sucessória pode ser ainda fundamentada no facto de esta figura, atenta a sua *função imediata* (que parece ser, como se viu, o critério determinante na qualificação operada pelo Tribunal de Justiça) se cingir à produção de efeitos na posição sucessória do cônjuge, deixando intocadas as normas relativas às relações patrimoniais entre cônjuges durante o casamento. Com efeito, não se gera qualquer consequência no património conjugal (que não existe, uma vez que a renúncia apenas pode ser convencionada se vigorar o regime da separação — art. 1700.º, n.º 3, do Código Civil), não se alteram as ilegitimidades conjugais, nem se transformam os poderes de administração de bens. Nenhum efeito decorre da renúncia para as relações patrimoniais *inter vivos*.

Ao invés, os efeitos da sua convenção produzem-se do domínio sucessório: os cônjuges renunciantes vêem modificado o seu estatuto hereditário, deixando de figurar como *herdeiros legitimários* (ainda que se mantenham como sucessores legítimos e possam ser herdeiros testamentários ou contratuais), criando-se ainda um regime especial de protecção das liberalidades

³⁶ Continuou o Juiz Comunitário (n.º 42): “Segundo o artigo 69.º, n.º 1, desse regulamento, o Certificado Sucessório Europeu produz efeitos em todos os Estados-Membros sem necessidade de recurso a qualquer procedimento. O n.º 2 desse artigo prevê que se presume que quem o certificado mencionar como legatário tem a qualidade e é titular dos direitos indicados no certificado e que não estão associadas a esses direitos ou poderes outras condições e/ou restrições para além das referidas nesse certificado (Acórdão de 12 de Outubro de 2017, Kubicka, C-218/16, EU:C:2017:755, n.º 60). Por conseguinte, há que concluir que a realização dos objetivos do Certificado Sucessório Europeu seria consideravelmente entravada numa situação como a que está em causa no processo principal, se o referido certificado não incluir a informação completa relativa aos direitos do cônjuge sobrevivente respeitantes à massa sucessória”.

Considerando que a decisão do Tribunal de Justiça foi orientada no sentido de maximizar o campo de aplicação do Certificado Sucessório Europeu, cfr. MARIUSZ ZAŁUCKI, “Attempts to Harmonize the Inheritance Law in Europe: Past, Present, and Future”, *Iowa Law Review*, vol. 103, 2018, pp. 2317-2338, p. 2336; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 195. Era aliás, esse um dos factores que HEINRICH DÖRNER ponderava na discussão da respectiva qualificação (“Die Abgrenzung...”, p. 81).

É sabido que a informação quanto ao regime matrimonial consta do certificado sucessório europeu (art. 68.º do Regulamento Europeu das Sucessões); todavia, não beneficia dos efeitos substantivos daquele documento, por se não tratar de matéria em matéria sucessória (cfr. BARBARA REINHARTZ, “European Certificate of Succession”, *EU Regulation on Succession and Wills*, ed. ULF BERGQUIST, et al., Otto Schmidt — Sellier, Köln, 2015, pp. 245-363, p. 271; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 687; ANATOL DUTTA, “Das neue...”, p. 14) e é duvidoso se a qualificação matrimonial da figura implicaria a sua menção no certificado (DIRK LOOSCHELDERS, “Anpassung...”, p. 281).

entre cônjuges, não se considerando inoficiosas “até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse” (art. 2168.º, n.º 2, do Código Civil)³⁷.

Quer isto dizer que a renúncia produz os seus efeitos principais justamente na *determinação dos direitos hereditários de um sucessível*, inserindo-se no regime jurídico da *sucessão* tal como definida do Regulamento Europeu das Sucessões — “*determinação dos beneficiários, das respectivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge*” (art. 23.º, n.º 2, al. b)). Pois não resta a mínima dúvida de que a determinação dos direitos sucessórios e a identificação dos herdeiros legais (com base ou não em relações familiares) cabem à *lex successionis* e não à lei reguladora das respectivas relações familiares³⁸.

iv) A qualificação matrimonial como materialmente orientada

Pode ainda sustentar-se que uma qualificação matrimonial da renúncia recíproca à condição de legitimário só poderia justificar-se no seio de um ordenamento cujos princípios se caracterizem por uma hostilidade a pactos sucessórios *em geral*, com excepção daqueles que constem da convenção antenupcial, os quais assumem nesses sistemas um escopo de *favor matrimonii* e de programação económica do casamento³⁹. Ora, tal pressuposto não tem base legal no direito internacional privado de fonte europeia.

Vejam os. No direito internacional privado de fonte interna (art. 64.º, alínea c), parte final), a submissão dos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial à lei reguladora do regime matrimonial encontra explicação no facto de o direito material português, sendo por princípio hostil à celebração de pactos sucessórios (e de renúncias à posição hereditária)⁴⁰, visar um tratamento conflitual diferenciado àqueles que, num propósito de *favor matrimonii*, materializem uma programação patrimonial do casamento. Isto é, num

³⁷ Sobre este regime, cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia Recíproca dos cônjuges em relação à condição de herdeiro um do outro”, *Actas do VI Encontro de Direitos Reais, Direito Registral e Direito Notarial*, (no prelo), Coimbra, 2019, e RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, pp. 445 e ss..

³⁸ Já o dizia M. HANS LEWALD, “Questions...”, p. 72.

³⁹ Como é sabido, os sistemas jurídico-materiais europeus variam entre uma *plena aceitação de pactos sucessórios* (i), a sua *proibição total* (ii) e a regra da proibição, com excepção daqueles que se incluem na convenção antenupcial (iii) — cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, pp. 448 e ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 703; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, p. 135; TITO BALLARINO, “Il nuovo...”, p. 1142; CARMEN AZCÁRRAGA MONZONIS, *Sucesiones...*, p. 170; ANDREA BONOMI, “Prime considerazioni sulla proposta...”, p. 902; ANGELO DAVI, “Introduction...”, p. 3; JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, “Article 25...”, pp. 383 e ss.; BRUNO BAREL, “La disciplina...”, p. 105.

⁴⁰ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *et al.*, *Relatório Português sobre Direito Internacional Privado das Sucessões*, disponível na internet via “https://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report_conflicts_portugal.pdf”, consultado em 25 de Novembro de 2019, pp. 658 e 661.

sistema como o pátrio, a diferenciação conflitual daqueles pactos tem por base uma distinta ponderação jusmaterial, cujo resultado pode ser a tutela daquelas convenções (em *favor legis familiae*) atenta a funcionalidade familiar com que o ordenamento português as entende⁴¹.

Pelo contrário, no ordenamento conflitual europeu, não se afigura adequado ou necessário operar uma distinção do seu tratamento conflitual *pele facto de constarem de uma convenção antenupcial*. Ao invés, não só avulta um interesse de regulação unitária dos pactos sucessórios — pretendendo-se que todos eles se submetam ao estatuto sucessório — como, outrossim, o Regulamento é materialmente orientado à validade de tais pactos⁴².

b. A qualificação matrimonial do instituto

Se é certo que a qualificação sucessória é, pelas razões apontadas, seriamente fundada em sustentação sólida, também é verdade que não será

⁴¹ No sentido de que a diferenciação do tratamento conflitual dos pactos sucessórios decorre das concepções jurídico-materiais da lei portuguesa, cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 493, nota n.º 98 (“*Na verdade, a solução conflitual portuguesa é perfeitamente compreensível num sistema que seja, por princípio, hostil à admissibilidade dos pactos sucessórios, pelo que, no contexto do Regulamento, e atendendo à tradição liberal de muitos Estados europeus que antes lembrámos, não se afigurou razoável sancionar um desvio à aplicação da lei da disposição em nome de um não unânime predomínio da funcionalidade familiar dos pactos sucessórios*”); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 444; DULCE LOPES, *et al.*, *Parte especial de Direito Internacional Privado — Direito das Sucessões*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via “<http://woc.uc.pt/fduc>”, consultado em 10 de Dezembro de 2009, p. 12.; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 151 (“*Esta solução poderá fazer sentido caso o direito material aplicável só admita pactos sucessórios no contexto de convenções antenupciais e mediante intervenção de um dos esposos, verificando-se, assim, o prolongamento conflitual do favor matrimonii consagrado a nível de direito material. Mas não fará sentido caso o direito material aplicável admita a existência de pactos sucessórios de uma forma ampla, como sucede no caso do direito material alemão*”); MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, “Anotação ao artigo 64.º”, *Comentário ao Código Civil — Parte Geral*, ed. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 156-158, p. 157.

Sobre o *favor matrimonii* como razão da admissibilidade de pactos sucessórios no direito material português, cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, (policopiado), Coimbra, 1992, p. 339; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 48; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 455; PAULA TÁVORA VÍTOR E ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar...”, p. 763; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões — Noções Fundamentais*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 127; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões, cit.*, p. 68; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, pp. 559 e 570; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões...*, p. 135; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 149; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 59. Sobre a mesma solução no direito anterior ao Código de 1966, cfr. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Les pactes successoraux dans l’ancien droit portugais”, *Obras Esparsas*, Volume 1 — Estudos de História do Direito e Direito Antigo, 2.ª Parte, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979, pp. 271-302, p. 296.

⁴² ANGELO DAVI, “Introduction...”, p. 57. Sobre o *favor validitatis* dos pactos sucessórios (em geral) no Regulamento Europeu das Sucessões, cfr. bibliografia citada na nota n.º 32.

a única defensável. Com efeito, atenta a natureza híbrida deste instituto, há bons argumentos para o considerar coberto pela *lei reguladora do regime económico matrimonial*. Argumentos esses que, porventura, podem ser mais preponderantes do que aqueles que militam para uma qualificação sucessória, a ponto de o próprio Conselho Consultivo do IRN ter revisto a sua posição inicial, aceitando a qualificação *matrimonial* desta figura⁴³.

i) O carácter não decisivo da jurisprudência *Mahnkopf*

No que concerne aos subsídios que decorrem do Acórdão *Mahnkopf* — a ponderação primacial dos *efeitos imediatos* do instituto em detrimento da sua *finalidade* —, o raciocínio é menos evidente no nosso problema do que no quadro daquele aresto.

Aliás, na doutrina alemã, vem sendo posta em causa não só a *correção*, como também a *competência* do Tribunal de Justiça para este aresto: sendo inequívoco que é ao Juiz comunitário que cabe a interpretação dos conceitos-quadro utilizados pelas normas europeias, não é menos verdade que compete aos tribunais nacionais a interpretação dos institutos de direito interno. Sendo a operação de qualificação uma recondução de certo instituto jurídico-material (*in casu*, de direito alemão) à categoria normativa definida pelo direito europeu, pode pôr-se a questão de saber se o Tribunal de Justiça, na sua preocupação de potenciar o *efeito útil* do certificado sucessório europeu, não terá ultrapassado os limites dos seus poderes. Sobretudo porque o *Bundesgerichtshof* (BGH), responsável pela interpretação do direito alemão, havia decidido que o instituto jurídico cuja qualificação se discutia (a majoração na quota hereditária em substituição da operação de igualação do património conjugal, em caso de morte de um dos cônjuges, no quadro do regime de bens da *Zugewinnngemeinschaft*) integra a disciplina *daquele regime de bens*⁴⁴. *Dito de outro modo: discute-se se o Tribunal de Justiça não ultrapassou as suas atribuições, fazendo ilegítimamente uma interpretação do direito alemão. Se, como se viu, o Tribunal de Justiça orienta a operação de qualificação por uma abordagem funcional, não é claro se lhe cabe interpretar o direito nacional de modo a reconhecer-lhe uma função diferente daquela que os tribunais nacionais lhe outorgam*⁴⁵. Mormente quando se multiplicam as vozes no sentido de

⁴³ Parecer CC-IRN, 114/2018 STJSR-CC, 30.04.2019.

⁴⁴ Cfr. BGH, Beschluss des IV. Senats von 13.5.2015 — IV, ZB 30/14, BGHZ 205, 290–301, §§ 21 a 28.

Note-se, porém, que aquela pronúncia teve por referência o conceito-quadro do direito internacional privado de fonte interna (§15 EGBGB); nestes termos, se o conceito autónomo europeu de *regime matrimonial* for diferente daquele que o BGH pressupôs, não há necessariamente uma *diferente qualificação* daquela que constou no Acórdão *Mahnkopf* — cfr. HEINRICH DÖRNER, “Die Abgrenzung...”, p. 74; JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357.

⁴⁵ Neste sentido, BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 196; JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357. Com efeito, no Acórdão de 1 de Março de 2018, proc. C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, o Tribunal de Justiça faz uma interpretação do

que o Tribunal de Justiça, entre uma qualificação mais correcta ou uma que potenciasse a eficácia do certificado sucessório europeu, escolheu a segunda⁴⁶.

Mas independentemente da bondade das críticas à jurisprudência *Mahnkopf*, a verdade é que há diferenças fundamentais entre aquele instituto e a figura da renúncia à condição de legitimário na convenção antenupcial. No quadro do §1371 BGB, o Tribunal de Justiça pôde argumentar que “*esta interpretação não é rebatida pelo âmbito de aplicação do Regulamento 2016/1103*”, sobretudo pelo facto de o instituto alemão se desligar cabalmente do património conjugal e da regulação económica do casamento, *substituindo* a igualação do património conjugal pela instituição de uma quota hereditária adicional (n.º 41), sem intervenção de qualquer instituto do regime matrimonial. Isto é, na figura do §1371 BGB, o legislador (interno) substituiu a aplicação de normas de natureza matrimonial por normas a que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu natureza sucessória, pelo que se pôde sustentar o afastamento do Regulamento Europeu dos Regimes Matrimoniais.

Ora, nada disto sucede no instituto cuja qualificação debatemos. Não só a renúncia recíproca à condição de legitimário tem uma finalidade marcadamente matrimonial (de *favor matrimonii*)⁴⁷, como apenas pode ser estabelecida

direito alemão, reconhecendo àquele instituto uma *função ou finalidade* sucessória (n.º 40), em directa contradição com a jurisprudência do BGH que, no Acórdão do IV. Senats de 13.5.2015 — IV, ZB 30/14, BGHZ 205, 290–301, §§ 21 a 28, imputou à figura uma função *matrimonial*, por se dirigir a regular o modo de liquidação do regime de bens do casamento. Na doutrina, a posição francamente maioritária é a da qualificação *matrimonial* do instituto, mesmo à luz dos conceitos *autónomos* de regime matrimonial e de sucessão fixados pelos Regulamentos UE 2016/1103 e 650/2012. Cfr. MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 90 (“*This rule evidently is a rule of matrimonial property law*”); RAINER KEMPER, “Von FamFG und EGBGB zu EuGüVO und EuPartVO — Neuer Anwendungsbereich des Internationale Güterrechts und neue Internationale Zuständigkeit für Güterrechtssachen”, *Familien-Rechtsberater (FamRB)*, 2019, pp. 32–40, p. 34; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68”, *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARACAVA, ANGELO DAVI E HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 744–768, p. 759; HEINRICH DÖRNER (“Der Entwurf...”, p. 228; “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, n.º 10, 2012, pp. 505–513, p. 507; “Die Abgrenzung...”, p. 71; “Erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2018, pp. 305–310, p. 306 — que é muito crítico do Tribunal de Justiça da União Europeia, por não ter feito uma interpretação sistemática sobre a finalidade última daquele instituto); PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 483; DIRK LOOSCHELDERS, “Anpassung...”, p. 281; KLAUS SCHURIG, “Das internationale...”, p. 352.

Sobre a divisão de competências entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (a quem cabe a definição dos conceitos autónomos utilizados nos regulamentos) e os tribunais nacionais (responsáveis pela interpretação do direito nacional) no método de qualificação *stricto sensu* (a recondução de certo instituto à matéria definida pelo conceito-quadro”, cfr. HELMUT HEISS e EMESE KAUFMANN-MOHI, “«Qualifikation»...”, p. 190.

⁴⁶ HEINRICH DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation...”, p. 306; BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 196.

⁴⁷ Cfr. Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 781/XII.

Como se sabe, foi o *favor matrimonii* que levou o legislador português a “*permitir aos esposados, e voltando à escritura antenupcial, em atenção a um pretendido favor matrimonii, o que de todo em todo veda (cf. artigo 2028.º do Código Civil): que nela se insiram pactos sucessórios, entre os próprios celebrados ou com terceiros intervenientes, atributivos de*

na convenção antenupcial, que é *expressamente abrangida* pelo Regulamento dos Regimes Matrimoniais e cuja validade se submete à lei reguladora do regime matrimonial (art. 25.^o), *a menos que se tenha por certa a sua natureza sucessória* (Considerando n.º 12 do Regulamento Europeu das Sucessões). E mais: o legislador associou esta convenção — que é feita pelos nubentes exclusivamente *no momento em que planeiam o regime económico matrimonial* — a um específico regime de bens⁴⁸, *indiscutivelmente submetido à lei reguladora do regime económico matrimonial*⁴⁹. Neste quadro, e ao invés do que sucedia no processo *Mahnkopf*, as matérias em causa são *expressamente abrangidas pelo Regulamento dos Regimes Matrimoniais*.

A isto acresce a circunstância de, no caso *Mahnkopf*, estar em discussão a inclusão no certificado sucessório europeu da quota hereditária *majorada*, razão pela qual a preocupação pelo *efeito útil* das normas europeias terá propiciado a inclusão da figura no domínio sucessório, já que não era certa a sua inclusão caso se qualificasse como instituto do regime matrimonial⁵⁰. Independentemente da bondade da utilização do certificado sucessório europeu como elemento da qualificação⁵¹, no domínio da renúncia à condição de legítimo, a inclusão no certificado não depende da qualificação *sucessória*, pois este expressamente abrange a menção aos “*contratos matrimoniais*”, atenta a sua influência natural na determinação da massa da herança e dos direitos do cônjuge sobrevivente⁵². Está apenas em causa, assim, saber se essa menção beneficia ou não da presunção gerada pelo n.º 2 do art. 69.^o do Regulamento (UE) n.º 650/2012⁵³.

quotas hereditárias e/ou de bens determinados (legados); pactos que, se celebrados entre os esposados apenas, são mesmo irrevogáveis (artigo 1758.º)” (CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62). Ora, é este mesmo objectivo de propiciar a celebração do casamento que parece presidir ao instituto da renúncia recíproca à condição de legítimo (RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 426).

⁴⁸ Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 1700.^o e art. 1707.^o-A, ambos do CC Português.

⁴⁹ Cfr. alíneas a) e b) do art. 3.^o e art. 27.^o do Regulamento dos Regimes Matrimoniais.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. BERNHARD KRESSE, “Die Prüfungskompetenz des EuGH...”, p. 198. Sobre as dúvidas de inclusão no certificado sucessório europeu da quota atribuída pelo §1371 BGB, cfr. MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 92; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68...”, p. 759; HEINRICH DÖRNER, “Die Abgrenzung...”, p. 81.

⁵¹ Veja-se a crítica de JOHANNES WEBER, “Ein Klassiker...”, p. 1357.

⁵² Cfr. art. 68.^o, alínea h), do Regulamento Europeu das Sucessões. Vide ANDREA BONOMI E PATRICK WAUTELET, *El Derecho...*, p. 664 (“a indicación de tales extremos es crucial para que sea posible una liquidación correcta de la sucesión. En efecto, el régimen económico matrimonial está íntimamente unido a la ejecución de la sucesión, ya en el plano de los hechos — toda vez que es necesario separar los patrimonios como en la esfera del derecho — en cuanto determinadas instituciones del derecho de sucesiones tienen su origen sea en estipulaciones capitulares, sea en normas legales relativas al régimen económico matrimonial”); MATTHIAS WELLER, “Article 1...”, p. 91; BERNHARD KRESSE, “Article 65”, *The EU Succession Regulation — A Commentary*, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARACAVA, ANGELO DAVI E HEINZ-PETER MANSEL, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 711-722, p. 721; PAUL LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 4, 2012, pp. 691-732, p. 729.

⁵³ Vide CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, “Article 68...”, p. 762, e “Article 69”, p. 778. Em sentido convergente, HEINRICH DÖRNER, “EuErbVO...”, p. 508 (que apesar de entender a figura da

ii) A associação a um específico regime de bens, a «imutabilidade» da renúncia e a envolvimento por normas de natureza matrimonial

A análise do instituto cuja qualificação se discute faz avultar vários argumentos no sentido da sua natureza matrimonial. Sendo certo que a renúncia recíproca à condição de legítimo está inserida num sistema hostil aos pactos sucessórios (art. 2028.^o do Código Civil)⁵⁴, a sua previsão poderia configurar uma excepção a este princípio, admitindo uma modelação contratual dos direitos sucessórios. Todavia, uma análise dos contornos desta figura demonstra que ela se liga primordialmente à regulação dos efeitos económicos do casamento, disciplinados pela *lex matrimonii*. Vejamos.

Em primeiro lugar, é de frisar que esta convenção surge associada à vigência de *um específico regime de bens* — o regime da separação de bens, convencional ou imperativo, e supondo a aplicação das suas regras (*inclusive*, ilegalidades conjugais que se apliquem àquele regime)⁵⁵. Isto é, o legislador modelou esta figura como uma *modalidade do regime da separação de bens*, admitindo que os nubentes possam estender o *separatismo* mesmo para depois da morte, *reforçando o regime da separação de bens*⁵⁶. Dito de outro modo: a imperativa associação da renúncia recíproca à condição de legítimo ao regime da separação de bens demonstra que o legislador entendeu a figura como instrumento de *programação patrimonial do casamento*, restrita a certo regime de bens, querendo estender a separação para depois da morte e impedindo que por via da herança se «comunicassem» ao outro cônjuge bens que se queriam ter como próprios (art. 1700.^o, n.º 3, do Código Civil). Ora, a doutrina vem defendendo que as atribuições sucessórias que dependam de um específico regime de bens devem ser reconduzidas ao regime matrimonial, tal como definido pelo Regulamento (UE) n.º 2016/1103⁵⁷.

Para esta conclusão também concorre a definição do *momento* e do *regime da convenção*: a renúncia à condição de legítimo apenas é admitida *na convenção antenupcial* e não em qualquer outro momento. Ora, a conven-

majoração da quota hereditária do §1371 BGB como atinente ao regime matrimonial, sustenta que deve constar no Certificado ao abrigo da alínea h) do art. 68.^o, ainda que sem beneficiar da presunção do n.º 2 do art. 69.^o).

⁵⁴ Cfr. CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, “Os efeitos sucessórios...”, p. 62.

⁵⁵ Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 1700.^o e art. 1707.^o-A, ambos do CC Português.

⁵⁶ Neste sentido, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)*, disponível na internet via “<http://guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renúncia-à-condição-de-herdeiro.pdf>”, consultado em 20 de Novembro de 2019, pp. 4 e 6 (“O objetivo fundamental do Projeto é o de reforçar o regime da separação de bens; este regime — que mantém os bens separados em vida — passaria a poder acompanhar-se da garantia de que a separação continua depois da morte, porque os bens não se “comunicam” ao cônjuge sobrevivente através da herança”, PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia...”, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 430.

⁵⁷ PETER MANKOWSKI, “Das Verhältnis zwischen...”, p. 482: “Güterrechtlich zu qualifizieren ist zudem, wenn Vergünstigungen im Todesfall vom Bestehen eines bestimmten Güterstands abhängig sind”.

ção antenupcial é dedicada justamente à programação económica do casamento, à fixação das regras patrimoniais entre os cônjuges, e é submetida à lei reguladora do regime matrimonial (art. 27.º, alínea g), do Regulamento dos Regimes Matrimoniais). Esta associação é justificada pelo legislador pátrio como *favor matrimonii*: a lei quis, com esta faculdade, propiciar a celebração de casamentos que não se realizariam por força da imposição de uma legítima do cônjuge, razão pela qual admitiu, no quadro da *liberdade de definição do regime patrimonial do casamento*, modelar um regime de bens de separação total (mesmo para depois da morte) que garantisse a incomunicabilidade dos bens. O que concorre para a natureza matrimonial da figura: o legislador não permitiu a actuais cônjuges a celebração de pactos sucessórios renunciativos; apenas admitiu uma renúncia a *nubentes*, favorecendo a celebração de um casamento que, de outro modo, se não realizaria⁵⁸.

Nestes termos, não permitindo o legislador a renúncia *em qualquer outro regime de bens do casamento* — e cabendo a definição do regime de bens à *lex matrimonii* — ou *em qualquer outro momento* que não a convenção antenupcial, parece claro que a renúncia se terá de subordinar à mesma lei. A não ser assim, aquele pacto poderia ser regulado pela lei portuguesa enquanto *estatuto sucessório* e o regime de bens ser fixado por outra lei, eventualmente fixando um regime diferente do da separação ou permitindo a sua mutabilidade, quebrando a unidade que o legislador quis estabelecer entre a separação de bens e a renúncia à condição de legitimário⁵⁹.

Em segundo lugar, deve recordar-se que a renúncia foi estabelecida pelo legislador como irrevogável, mesmo por vontade *mútua* dos cônjuges⁶⁰. O legislador determinou uma *imutabilidade desta convenção*, não permitindo a sua derrogação posterior — no uso de uma autonomia na programação sucessória. Ora, sendo certo que o direito português, *no domínio sucessório*, é orientado por um princípio de livre revogabilidade das disposições por morte (o que justifica, aliás, a sua hostilidade aos pactos sucessórios, que não podem ser *unilateralmente revogados* — n.º 2 do art. 2028.º do Código Civil⁶¹), importa

⁵⁸ Cfr. Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 781/XIII, que deu origem à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto.

⁵⁹ O problema gerado não seria insolúvel, mas, necessariamente, pôr-se-iam problemas de *substituição* para a questão de saber se a renúncia — qualificada no estatuto sucessório — seria ainda compatível com outra *lex matrimonii*, inevitavelmente com um regime de bens diferente do da lei portuguesa. Sobre o funcionamento daquele instituto, cfr. HEINRICH DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation...”, p. 307, e o nosso estudo “A «adaptação» dos direitos...”, pp. 121 e ss..

⁶⁰ Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 439.

⁶¹ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões...*, p. 339; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições...*, Vol. I, p. 48; NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 455; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 127; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões, cit.*, p. 68; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, p. 559; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões...*, p. 135; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de Conflitos...*, p. 149; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições...*, p. 59.

Note-se que, quando se visa distinguir o testamento do pacto sucessório quanto à sua revogabilidade, alude-se a uma *irrevogabilidade unilateral* (estrutural) dos pactos sucessórios,

explicar a opção legislativa mesmo quando as duas partes do pacto estão de mútuo acordo. Sobretudo porque, no caso de os cônjuges pretenderem revogar a renúncia recíproca à condição de legitimário na vigência do casamento, o propósito legislativo (o favorecimento da respectiva celebração) já estaria cumprido — pelo que uma preocupação de índole sucessória admitiria o regresso às regras *imperativas* da sucessão legitimária. Até porque o fundamento habitual da irrevogabilidade de cláusulas dos pactos sucessórios — a protecção das expectativas do *benefício* — apenas presta como argumento no quadro dos pactos sucessórios *designativos*⁶².

Segundo cremos, a opção estará ligada à concepção do direito pátrio sobre o regime económico matrimonial e o seu princípio de imutabilidade do regime de bens (art. 1714.º do Código Civil): o legislador terá entendido a figura como *parte do regime matrimonial*, razão pela qual não admite a sua revogação na vigência do casamento, ao contrário do que decidiu quanto a certos pactos sucessórios contidos na convenção antenupcial. Na verdade, a lei portuguesa admite que certos pactos sucessórios sejam revogados⁶³; e outros — aqueles que, no fundo, disciplinam as relações económicas do casamento — não o possam ser; embora estes *caduquem* no caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens⁶⁴. E percebe-se a opção: as disposições relativas ao regime matrimonial são irrevogáveis porque a sua admissibilidade se deveu a um *favor matrimonii* e porque regime de bens é *imutável*, justificando-se a sua irrevogabilidade *bilateral* com as mesmas razões que fundamentam a opção do direito pátrio pelo princípio da imutabilidade do regime de bens⁶⁵. O que contrasta com as disposições próprias do domínio sucessório, que se submetem ao princípio da livre revogabilidade das disposições por morte.

No fundo, se os contratos sucessórios põem em causa o poder de livremente determinar o modo da sua sucessão até ao fim da sua vida, o legislador admitiu-os no domínio da organização patrimonial do casamento com vista a “*acudir à programação económica da vida matrimonial e a organizar*

atenta a sua natureza contratual (bilateral). Não se põe em causa que, caso a lei o não proíba, as partes possam de comum acordo revogá-lo: “A revogabilidade é um atributo do testamento que não se encontra na instituição pactícia. Melhor dizendo, esta em princípio pode também ser objecto de revogação mas bilateral, ao contrário do acto testamentário, sujeito a revogação unilateral” (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 120). Simplesmente, neste caso, a lei não permite sequer uma revogação *bilateral* da renúncia (RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 439).

⁶² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 131; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões, cit.*, p. 107.

⁶³ Cfr. art. 1701.º, n.º 1, *in fine*, do CC.

⁶⁴ Cfr. art. 1703.º, que remete para o regime do art. 1760.º do CC.

⁶⁵ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões...*, p. 131: “A instituição só por acordo de ambas as partes pode ser revogada: e nem mesmo essa forma de revogação é possível nas doações entre esposados, uma vez contraído o matrimónio, pelo receio que há de a revogação ser fruto de pressão exercida pelo doador sobre o donatário ou de uma menor liberdade deste, favorecida ou determinada pela situação matrimonial”.

as relações patrimoniais do casamento⁶⁶. Mas a sua disciplina jurídico-material não é sempre a mesma: a instituição ou renúncia *entre esposados* não se sujeita aos princípios de direito sucessório (não se permitindo a sua revogação *nem por acordo de todas as partes*), impondo-se o regime da *imutabilidade* que vigora no *domínio matrimonial*, inserindo-as decisivamente no contexto do direito patrimonial do casamento.

Por fim, deve lembrar-se que o regime jurídico da renúncia à posição de legitimário implica outros efeitos jurídicos, relevando especialmente a atribuição do direito de habitação da casa de morada de família para o cônjuge sobrevivente como efeito automático da celebração daquela convenção (n.º 3 do art. 1707.º-A do Código Civil). Sendo certo que “o significado da casa de morada de família ultrapassa o seu valor económico, assumindo uma dimensão ética e sentimental”⁶⁷, esta opção não parece ligar-se a qualquer compensação sucessória ou hereditária (até porque não visa a distribuição do património), assumindo pelo contrário um escopo de protecção do núcleo familiar e da casa em que se tinha estabelecido.

iii) A ratio legis

Outro dado para a qualificação sucessória do instituto encontra-se na respectiva *ratio legis*. O legislador, confessadamente, teve o propósito de propiciar a celebração de casamentos que, de outro modo, se não celebrariam; potenciais nubentes, tendo o propósito de contrair casamento, afastavam-se da sua celebração quando não pretendessem alterar o equilíbrio das regras sucessórias por via da instituição de um novo herdeiro legitimário. Tal preocupação surgiria, pensa-se, quando um ou ambos os nubentes tivessem descendentes que, dessa forma, veriam a sua expectativa sucessória alterada pela concorrência de um novo herdeiro legitimário; e a sua tutela (evitar um *prejuízo patrimonial dos filhos*) poderia ser fundamento bastante para levar potenciais nubentes a não contrair o pretendido casamento⁶⁸.

Nestes termos, importa saber se a *ratio legis* da admissibilidade da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, centrada numa ideia de *favor matrimonii*, pode ainda descobrir um propósito ligado à sucessão. *Maxime*, se o afastamento das regras imperativas da sucessão legitimária está orientado pelo *princípio da troncalidade*⁶⁹, permitindo a distribuição dos bens pela família de sangue (evitando a concorrência sucessória do cônjuge),

⁶⁶ NUNO ASCENSÃO SILVA, “Em torno das relações...”, p. 458.

⁶⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR E ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Depois de a morte nos separar...”, p. 759.

⁶⁸ Assim, o Projecto de Lei n.º 781/XIII, que deu origem à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto, alude a “um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente filhos de uma anterior ligação. Não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos”.

⁶⁹ Sobre o conteúdo e ponderação legislativa deste princípio, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Pactos sucessórios...”, p. 421, e bibliografia aí citada.

ou pela ampliação da *liberdade de testar* (aumentar a quota disponível por se não aditar um novo legitimário).

Ora, nenhuma das ideias é precedente. Se o propósito legislativo fosse a protecção dos interesses sucessórios dos descendentes, o legislador teria subordinado o afastamento das regras imperativas da sucessão legitimária à existência de descendentes — coisa que não fez. E também não foi, de todo, o propósito de aumentar a liberdade de testar; se assim fosse, o efeito da renúncia geraria uma redução da *quota indisponível*. Mas assim não acontece: caso existam dois filhos, a quota indisponível vai ser exactamente idêntica (2/3 da herança), quer haja ou não renúncia à condição de legitimário. O que demonstra, pois, que não foi a ampliação da liberdade de testar que orientou o legislador.

Assim, parece, o que orientou o legislador foi, pelo contrário, o *reforço da separação de bens*: quis permitir-se a celebração de casamentos com a garantia de separação total de bens, *mesmo* por dissolução por morte, visando evitar que por via da sucessão os bens se transferissem para o outro cônjuge⁷⁰.

4. CONCLUSÃO: ENTRE UMA MELHOR QUALIFICAÇÃO MATRIMONIAL E UMA MAIS PROVÁVEL PREVALÊNCIA SUCESSÓRIA

Chegados aqui, uma conclusão se impõe: a renúncia recíproca à condição de legitimário na convenção antenupcial comunga aspectos próprios do regime da *sucessão* (na medida em que altera a determinação dos beneficiários da herança e dos seus direitos — art. 23.º do Regulamento Europeu das Sucessões) com elementos típicos da *regulação patrimonial do casamento* (na medida em que estabelece um regime de separação de bens reforçado, que garante a “incomunicabilidade” dos bens mesmo em caso de morte — arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, alínea a)). Simplesmente, sendo de afastar uma *qualificação dupla*⁷¹, importa determinar, por atenção às *finalidades* primaciais do instituto, qual o regime conflitual em que se integra.

Por nossa parte, e não obstante os fortíssimos argumentos analisados a favor da caracterização sucessória, propendemos para considerar mais

⁷⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre...*, pp. 4 e 6; PAULA TÁVORA VÍTOR, “Possibilidade de Renúncia...”.

Em sentido não convergente, reconhecendo à figura uma *ratio sucessória*, cfr. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA E SOFIA HENRIQUES, “Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge — contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII”, *Julgar Online*, maio de 2018, 2018, pp. 1-20, p. 8. Justamente por essa razão, as autoras não encontram razão fundamentante para restringir a renúncia aos casamentos celebrados sob o regime da separação e, assim, suscitam uma questão de constitucionalidade, por eventual transgressão do princípio da igualdade. Ora, porque vislumbramos aqui uma *ratio legis* de um *regime de bens de separação reforçada*, não acompanhamos as autoras quanto à questão de constitucionalidade que suscitam.

⁷¹ Cfr. o que dizemos na nota n.º 25.

certeira a qualificação *matrimonial* desta figura — submetendo-a, pois, à mesma lei que regula a programação económica do casamento. Para esta conclusão foram determinantes os factos de esta convenção estar associada a *um específico regime de bens*, apenas poder ser convencionada *na convenção antenupcial*, ser tão *imutável* quanto o regime de bens e, sobretudo, se reconhecer uma *ratio legis* de separação de bens reforçada — porquanto só assim se explica a associação necessária àquele regime de bens. Isto é, julgamos, esta convenção insere-se no domínio da regulação, pelos nubentes, dos *efeitos patrimoniais do casamento*, visando uma manutenção da separação dos bens para lá da sua dissolução por morte.

Todavia, esta nossa convicção (de que a qualificação matrimonial é mais certa) é acompanhada pela crença de haver uma seriíssima probabilidade de o Tribunal de Justiça a entender abrangida pelo estatuto sucessório. Com efeito, por atenção ao seu efeito imediato (a modificação do estatuto sucessório do cônjuge) e, sobretudo, pelo interesse de a fazer abranger pelos efeitos substantivos do certificado sucessório europeu (art. 69.º, n.º 2, do Regulamento das Sucessões) pode o Juiz comunitário concluir pela prevalência da qualificação sucessória.

Nestes termos, julgamos que a opção está entre aquela que parece ser a melhor qualificação ou a que potencie a eficácia do certificado sucessório europeu. Porque o Tribunal de Justiça vem escolhendo a segunda (em nome do *efeito útil*), não nos espantaria que o volte a fazer, se vier a ser chamado a pronunciar-se sobre o problema.

OS ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO — ENTRE A SOLIDARIEDADE E A RESPONSABILIDADE

PAULA TÁVORA VÍTOR

Resumo*: o princípio da solidariedade, enquanto fundamento tradicionalmente invocado para justificar a previsão legislativa de alimentos pós-divórcio, tem sofrido um progressivo desgaste associado à alteração da realidade jurídico-social do divórcio. Tal tem convocado a sua recompreensão, no sentido de comportar dimensões que mais facilmente se identificam com a ideia de responsabilidade. De facto, confrontados com os desenvolvimentos legislativos mais recentes nesta área no ordenamento jurídico português (que se reportam à Reforma do Divórcio de 2008), apercebemo-nos de que o seu sentido geral — voltado para a promoção da independência dos cônjuges e para a contenção da vertente patrimonial do divórcio — aponta para a desvalorização de consequências do divórcio fundadas no anterior *status* matrimonial. Todavia, não ignoram a *real relação* que se desenrolou entre os cônjuges, fazendo com que o fundamento mais apto a fundar as suas consequências do divórcio seja antes um princípio da responsabilidade.

A plasticidade deste conceito permite-lhe assumir significados muito diversos. Daí que não seja estranho que, no âmbito do novo regime dos alimentos pós-divórcio, o princípio da responsabilidade possa fundar duas orientações de sentido oposto — uma no sentido da *exclusão* do direito a alimentos e que se traduz na consagração do princípio da autossuficiência (art. 2016.º, n.º 1, do Código Civil) e outra no sentido de *sustentar uma pretensão* alimentar mais forte, que se corporiza na admissibilidade de uma vertente compensatória subordinada à obrigação de alimentos (art. 2016.º-A do Código Civil), como trataremos de explicitar. O reconhecimento de uma vertente compensatória ao lado da vertente assistencial pode ter implicações relevantes na leitura do regime dos alimentos pós-divórcio, principalmente no âmbito da determinação do seu montante.

Palavras-chave: alimentos; divórcio; responsabilidade; solidariedade; finalidade compensatória; determinação do montante.

1. ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO — DA PERSISTÊNCIA DA SOLIDARIEDADE A UMA NOVA IDEIA DE RESPONSABILIDADE

A obrigação de alimentos na sequência do divórcio tem sido objeto de acesa controvérsia acerca dos seus fundamentos e, em última análise, da

* O presente texto sintetiza — e, por vezes, reproduz o texto de — algumas das ideias defendidas na minha tese de doutoramento *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*. Coimbra: [s.n.], 2017, disponível na ligação web "<http://hdl.handle.net/10316/29189>" e presentemente em curso de publicação. A orientação do Senhor Doutor Guilherme de Oliveira durante o meu doutoramento foi um privilégio inigualável no meu percurso académico, daí a minha vontade de incluir este texto no presente volume. Mas este privilégio faz parte de um mosaico bem maior e mais rico construído pelo facto de poder sempre contar com o seu exemplo — o meu primeiro exemplo — e constante apoio, desde os passos iniciais da minha vida universitária.