



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Tiago Filipe Paquim Lopes

RENÚNCIA RECÍPROCA DOS CÔNJUGES À
CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGITIMÁRIO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
orientada pela Professora Doutora Sandra Passinhas e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Janeiro de 2019



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

Tiago Filipe Paquim Lopes

Renúncia Recíproca dos Cônjuges à Condição de Herdeiro
Legitimário

Reciprocal Renunciation of Spouses to the Condition of Legitimate
Heir

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em
Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

Coimbra, 2019

Resumo:

A presente dissertação dedica-se ao estudo da renúncia recíproca dos cônjuges à condição de herdeiro legítimo em convenção antenupcial, cuja possibilidade foi introduzida pela Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto. Assim sendo, torna-se relevante compreender os temas sobre os quais a alteração legislativa pode ter implicações, como a sucessão legítima, o casamento e as convenções antenupciais bem como a posição sucessória do cônjuge sobrevivente. Percorrido este caminho, proceder-se-á a uma análise da já referida Lei, nomeadamente quanto aos requisitos que impõe para o acesso à renúncia à condição de herdeiro legítimo assim como relativamente às especificidades contidas no seu regime. Por último, estarão reunidas as condições para fazer uma avaliação da Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto e dos seus impactos no sistema sucessório português.

Palavras-Chave: Herdeiro Legítimo; Sucessão Legítima; Convenções Antenupciais; Casamento; Cônjuge Sobrevivente.

Abstract:

The present dissertation is dedicated to the study of the reciprocal renunciation to the condition of legitimate heir by the spouses in the prenuptial agreement, possibility that was introduced by the Law no. 48/2018, August 14. This being so, it becomes relevant to understand the themes on which the legislative change may have implications, such as the legitimate succession, marriage and prenuptial agreements as well as the surviving spouse's position as a successor. Completed this journey, an analysis of the already mentioned Law will be carried out, in particular to what concerns the requirements it imposes to the access to the renunciation to the condition of legitimate heir as well as the specificities contained in the regime. Finally, the conditions will be met to make an evaluation of the Law no. 48/2018, August 14 and its impacts on the Portuguese succession system.

Key-words: Legitimate Heir; Legitimate Succession; Prenuptial Agreements; Marriage; Surviving Spouse.

Lista de Siglas e Abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Al. – Alínea(s)

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CRegCiv – Código do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Decs.-Lei – Decretos-Lei

N.º - Número

P. – Página(s)

Segs. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

V. - ver

Vol. - Volume

Índice

1. Introdução.....	P. 4
2. Sucessão legitimária.....	P. 5
3. Efeitos do casamento.....	P. 18
4. Posição sucessória do cônjuge sobrevivente.....	P. 22
5. Convenções antenupciais.....	P. 24
6. Contrato de doação entre cônjuges.....	P. 32
7. A Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto.....	P. 33
8. Considerações finais.....	P. 48
9. Bibliografia.....	P. 51
10. Jurisprudência.....	P. 53

1. Introdução

A morte, fazendo cessar a personalidade jurídica nos termos do artigo 68.º, n.º 1 CC, abre uma crise nas relações jurídicas de que o falecido era titular e que devam sobreviver-lhe. Entre o momento em que estas relações se desligam do seu sujeito primitivo, aquando da sua morte, e o momento em que se ligam a um novo sujeito ocorrem (ou há a possibilidade de ocorrerem) uma série de actos ou factos que se encadeiam num processo. O objecto do Direito das Sucessões é o complexo desses actos ou factos, comumente designado por fenómeno sucessório ou fenómeno da sucessão por morte¹. Assim, a razão de ser do instituto sucessório (por outras palavras, o fundamento do Direito das Sucessões) prende-se com o reconhecimento da propriedade privada. Esta só é assegurada plenamente (enquanto pressuposto da dignidade humana) se for acompanhada da sua transmissibilidade por vida e por morte, o que é garantido constitucionalmente (artigo 62.º, n.º 1 CRP)². A propriedade, para além desta sua função individual, tem ainda uma função social uma vez que a eliminação da transmissão *mortis causa* geraria graves perturbações sócio-económicas³.

Partindo deste pressuposto, impõe-se a pergunta: qual o destino que deve ser dado aos bens, direitos e obrigações do *de cuius*? Como resposta, a doutrina menciona três modelos distintos de sistemas sucessórios, consoante a relevância atribuída à propriedade (sistema individualista ou capitalista), à família (sistema familiar) ou ao Estado (sistema socialista). De forma sumária, o primeiro modelo referido consagra uma ampla transmissibilidade dos bens, tendo o seu titular plena liberdade de dispor dos mesmos o que se traduz numa ampla liberdade de testar. O modelo seguinte visa a permanência dos bens do *de cuius* dentro da sua família, enquanto o último modelo limita a transmissibilidade dos bens pessoais, dominando um regime de propriedade colectiva⁴. O sistema sucessório português é misto, caracterizando-se fundamentalmente como individualista e familiar (ainda que nuns casos possa dominar um e noutros o outro), contendo também elementos do sistema socialista. Nas palavras de Cristina Araújo Dias,

¹ F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 2.

² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 257 a 266.

³ V. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e actualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 21 a 23.

⁴ Para análise profunda destes sistemas v. R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 98 a 113.

“vigorando entre nós o princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição e o reconhecimento da propriedade privada, (...) tem tradução no nosso ordenamento jurídico o sistema capitalista ou individualista e, mais marcadamente, na sucessão testamentária e na liberdade de testar. Mas este sistema articula-se com o sistema familiar, traduzido essencialmente no instituto da sucessão legitimária”⁵.

É no âmbito das características que traduzem o sistema familiar que, tendo em consideração as alterações da sociedade relativamente à família, surge a questão doutrinariamente controversa da posição sucessória do cônjuge sobrevivente. À luz de uma visão contemporânea da família (e do Direito que a regula), questiona-se qual a extensão da protecção que deve ser atribuída ao cônjuge sobrevivente após o falecimento do outro cônjuge. O legislador tomou uma posição através da Lei n.º 48/2018 de 14 de Agosto, que veio consagrar a possibilidade de renúncia recíproca dos cônjuges à condição de herdeiro legitimário em convenção antenupcial.

É neste contexto que o presente estudo abordará a sucessão legitimária e a figura da legítima, o casamento e os seus efeitos pessoais bem como a posição sucessória do cônjuge sobrevivente e a sua evolução. Será ainda tratado o tema das convenções antenupciais e os princípios que as regem, assim como as doações e as suas especificidades quando são feitas entre cônjuges. Será ainda objecto de estudo a Lei n.º 48/2018 de 14 de Agosto. A este propósito, serão abordados os requisitos para se ter acesso a este novo regime tal como as especificidades deste. Por fim, serão descritas as opiniões de Capelo de Sousa e de Guilherme de Oliveira em relação à alteração legislativa.

2. Sucessão legitimária

A sucessão legal distingue-se da sucessão voluntária consoante a fonte da vocação sucessória seja a lei ou a vontade (respectivamente), sendo portanto a primeira produzida *ex lege* e a segunda *ex voluntate*. No âmbito da sucessão legal enquadram-se a sucessão legitimária e a sucessão legítima. Estas subespécies diferenciam-se, sendo a sucessão legitimária imperativa (independentemente da vontade do *de cuius*) e a legítima supletiva

⁵ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 23 a 28.

(na ausência de vontade do *de cuius*). A sucessão voluntária desdobra-se em testamentária (por acto unilateral do *de cuius*) e contratual (por negócio jurídico bilateral).

O artigo 2156.º CC define legítima como “a porção de bens que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”, sendo que estes são enumerados no artigo seguinte como sendo o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. A legítima versa, portanto, sobre uma quota do património do *de cuius* sendo esta indisponível (uma vez que o *de cuius* não pode dispor livremente dela) ficando a quota restante como disponível. Para além deste sentido global, a legítima pode ainda ser tomada num sentido individual considerando-se como a porção de cada um dos herdeiros legitimários, isto é, uma parcela da quota indisponível⁶. A quota indisponível é variável em função dos sucessíveis legitimários e/ou do seu número.

A legítima é protegida através de meios diferentes. Desde logo, e uma vez que verificados os seus pressupostos, o regime da simulação dos negócios jurídicos (artigos 240.º a 243.º CC) que atribui expressamente legitimidade aos herdeiros legitimários (art. 242.º, n.º 2 CC) para a sua arguição é um meio de protecção da legítima⁷. Assim, também o regime do maior acompanhado (artigos 138.º a 156.º CC) confere legitimidade a “qualquer parente sucessível” para requerer o acompanhamento (desde que autorizado [art. 141.º CC]), o que permite ao tribunal atribuir ao acompanhante um ou vários poderes consoante o que seja requerido pela concreta situação do acompanhado, isto é, o tribunal pode determinar a aplicação de um regime em função das necessidades específicas do caso concreto como forma de combater a habitual prodigalidade do autor da sucessão⁸ (nomeadamente através da aplicação do regime da administração total ou parcial de bens ou o da autorização prévia para a prática de determinados actos ou categorias de actos). A tutela da legítima é também feita pela proibição de o autor da sucessão impor encargos sobre a legítima e, ainda, de designar os bens que a devam preencher contra a vontade do legitimário (art. 2163.º CC). É a partir desta disposição que se estabelece o princípio da intangibilidade da legítima, na sua vertente qualitativa (impedimento de o *de cuius* preencher a legítima do herdeiro com determinados bens ou onerá-la através de encargos) e

⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 45.

⁷ R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 140 e 164.

⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 56, 57 e 60.

não apenas na vertente quantitativa (impedimento de o *de cuius* privar total ou parcialmente o herdeiro da sua legítima). No entanto, não se trata de um princípio rígido uma vez que é atenuado pelas disposições seguintes que versam sobre a cautela sociniana e o legado em substituição da legítima (artigos 2164.º e 2165.º CC, respectivamente)⁹. Caso o autor da sucessão deixe usufruto ou constitua pensão vitalícia que atinja a legítima, a protecção desta é conferida pela cautela sociniana aos sucessíveis legitimários através de uma opção (uma vez que se encontram desprovidos de meios para se opor à disposição testamentária): ou cumprem o legado ou entregam ao legatário a quota disponível. Ou seja, os herdeiros têm a possibilidade de “converter o legado de usufruto ou pensão vitalícia em deixa da quota disponível” como forma de desonerar a sua legítima de qualquer encargo¹⁰

¹¹. Dispõe o artigo 2030.º CC no número 2 que quem sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido é herdeiro e é legatário quem sucede em bens ou valores determinados. Diferente do legado em substituição da legítima, cabe mencionar o legado por conta da legítima¹² no qual o testador atribui certos bens a um herdeiro legitimário para que sejam imputados na sua quota legitimária. Nos termos do artigo 2063.º CC, este legado só será eficaz se for aceite pelo herdeiro legitimário podendo este repudiá-lo e exigir a sua legítima. Caso o legado seja aceite o herdeiro legitimário não deixa de ser herdeiro¹³ nem perde o seu direito à legítima, o que se traduz na possibilidade de exigir o que falta para o preenchimento integral da sua legítima caso o legado não a preencha totalmente. Outro meio que garante a tutela da legítima (este na vertente quantitativa) é a redução por inoficiosidade. Nos termos do artigo 2168.º, n.º 1 CC, dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários.

⁹ CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 222 e 223; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e actualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 431 e 432.

¹⁰ F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 223.

¹¹ Esta opção apenas funciona caso seja aberta a sucessão legítima; caso o autor da sucessão tenha disposto sobre a totalidade da quota disponível a opção caduca sendo de aplicar o artigo 2163.º CC valendo, portanto, a vontade do herdeiro: ou aceita o encargo ou rejeita-o tornando a disposição ineficaz; v. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 382.

¹² OLIVEIRA ASCENSÃO discorda desta designação doutrinária por considerar que não há legado, apenas herança admitindo, no entanto, a aplicação de certos preceitos referentes ao legatário e à sua tutela para determinados aspectos. V. *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 371.

¹³ Os títulos de herdeiro e de legatário sobrepõem-se, sendo qualificado como herdeiro-legatário; v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 205. Já PAMPLONA CORTE-REAL rejeita um estatuto legal híbrido considerando apenas como herdeiro *ex re certa*; v. *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 299.

Isto é, o regime tanto visa as doações como os legados¹⁴. Dispõe o artigo seguinte que as liberalidades inoficiosas são redutíveis, a requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores, em tanto quanto for necessário para que a legítima seja preenchida. Este direito potestativo dos herdeiros legitimários caduca no prazo de dois anos a partir da aceitação da herança (artigo 2178.º CC) sendo irrenunciável em vida do autor da sucessão (2170.º CC). Os artigos 2171.º a 2173.º CC estabelecem a ordem da redução sendo que o artigo seguinte versa sobre o modo como opera a redução por inoficiosidade. De realçar que as liberalidades inoficiosas não são nulas, apenas redutíveis total ou parcialmente consoante o *quantum* da inoficiosidade. É o artigo 2175.º CC que estatui que, caso os bens doados tenham perecido ou caso tenham sido alienados ou onerados o beneficiário da liberalidade sujeita a redução responde em dinheiro pelo preenchimento da legítima até ao valor desses bens, o que demonstra de forma vincada a tutela da legítima na sua vertente quantitativa (e a expectativa que causa nos herdeiros legitimários)^{15 16 17}. De referir ainda que o donatário é considerado possuidor de boa fé, relativamente a frutos e benfeitorias, até à data do pedido de redução (2177.º CC).

Uma questão pertinente prende-se com a consistência da designação sucessória dos sucessíveis legitimários ou, por outras palavras, a sua situação jurídica em vida do autor da sucessão. Com efeito, pergunta-se se o designado legitimário terá, em vida do autor da sucessão, um direito subjectivo aos bens, uma expectativa juridicamente tutelada ou uma mera expectativa de facto. A doutrina é praticamente unânime¹⁸ ao identificar nos herdeiros legitimários uma expectativa juridicamente tutelada de receber a sua legítima¹⁹.

¹⁴ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 383.

¹⁵ PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 327 a 329.

¹⁶ Se o legitimário não conseguir pagar-se através daqueles obrigados a preencher a sua legítima (beneficiários de liberalidade sujeita a redução) não pode impugnar outras doações, rejeitando-se assim uma possível ideia de responsabilidade solidária dos donatários. V. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 387.

¹⁷ GALVÃO TELLES considera a disposição injustificada na medida em que o donatário responde mesmo nos casos em que a coisa doada pereça sem culpa sua; v. *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 68.

¹⁸ PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 75; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 101; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 109; JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 107 e 393; R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 139 a 142.

¹⁹ Os donatários *mortis causa* também possuem uma expectativa jurídica em vida do autor da sucessão, o mesmo não se passa com os sucessíveis testamentários e com os legítimos que têm uma mera expectativa de

A tutela jurídica desta expectativa manifesta-se na limitação dos poderes de disposição em vida do autor da sucessão seja por actos *inter vivos* seja *mortis causa*, que decorre do direito de redução por inoficiosidade. Apesar deste apenas se poder efectivar após a morte do autor da sucessão, está somente dependente da manifestação de vontade do herdeiro (uma vez que se trata de um direito potestativo) e podem ser reduzidas doações realizadas em vida que o autor da sucessão tenha realizado, o que constitui um condicionamento dos seus poderes de disposição, uma vez que não lhe é possível conferir ao donatário um direito pleno sobre os bens doados. A lei também protege a expectativa dos herdeiros legitimários ao conferir-lhes legitimidade para arguir a nulidade de negócios jurídicos simulados celebrados pelo autor da sucessão e com o intuito de os prejudicar (artigo 242.º, n.º 2 CC). Não obstante as garantias legais, os herdeiros legitimários não têm um verdadeiro direito subjectivo em vida do autor da sucessão²⁰. Com efeito, só no momento da abertura da sucessão se consolida a designação sucessória, ficando os sucessíveis legitimários sujeitos a alterações que afectem a prevalência da designação sucessória (exemplificando, morte, incapacidades, alterações legislativas, etc.) até este momento.

Outro ponto controversa prende-se com a natureza jurídica da legítima, tendo emergido duas grandes orientações²¹. Segundo a teoria da *pars bonorum*, o direito à legítima concretiza-se numa parte do valor dos bens da herança, enquanto segundo a teoria da *pars hereditatis* é um direito a uma parte dos bens da herança. José Oliveira Ascensão²², José Gonçalves de Proença²³, Cristina Araújo Dias²⁴ e Francisco Pereira Coelho²⁵ mostram-se favoráveis à teoria da *pars hereditatis* sendo apresentados como argumentos a própria definição de legítima como “porção de bens”, (artigo 2156.º CC), o princípio da

facto; v. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 91 a 94.

²⁰ Como foi defendido por Paulo Cunha (e similarmente por Verdier) na vigência do Código de Seabra, sustentando que o legitimário teria o direito ao direito de suceder; v. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 74.

²¹ Há ainda uma terceira concepção que se verifica no ordenamento jurídico germânico, a legítima apresenta-se como um direito de crédito, “o direito dos herdeiros legitimários de exigirem aos herdeiros em geral (legais ou instituídos) que lhes deixem usar e fruir, como própria, determinada quota hereditária, a legítima”; v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 46.

²² *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 392 a 394.

²³ *Natureza jurídica da “legítima”*, reedição, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, p. 144, 178 e 179.

²⁴ *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 401 e 402.

²⁵ *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 218. Seguido e citado por R. Capelo de Sousa em *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 160.

intangibilidade da legítima (artigo 2163.º CC) e a circunstância de a redução das liberalidades inoficiosas, em determinadas hipóteses, se fazer em espécie e não em valor (artigo 2174.º, n.º 1 CC). Em sentido inverso e contrariando o último argumento, é de referir que as operações relativas à colação e à imputação se reportam a valores e não a bens. Já Pamplona Corte-Real defende a esterilidade da discussão pela sua realização posterior à análise do regime da vocação legitimária, reconhecendo depois alguma razão a ambas as perspectivas²⁶.

É possível constatar que nos precedentes do sistema jurídico-sucessório português, e conseqüentemente da sucessão legitimária, está presente o confronto entre as ideias de liberdade testamentária e de protecção dos familiares próximos associada a uma noção de património familiar. Esta dicotomia nos seus pólos mais distantes questiona se a liberdade testamentária deve ser absoluta permitindo que o testador possa afastar todos os sucessíveis legais deixando o seu património a quem quiser, por um lado, ou se esta deve ser excluída de todo tornando a sucessão como necessária a favor de familiares ou Estado, por outro. Defende Galvão Telles um equilíbrio encontrando a maior razoabilidade na protecção dos familiares mais próximos contra o arbítrio do *de cuius* reservando-lhes não a totalidade do património, o que seria excessivo, mas antes uma quota²⁷. O mesmo confronto está presente noutros ordenamentos jurídicos.

Os direitos anglo-saxónicos dão ao testamento primazia absoluta²⁸ constituindo um princípio jurídico fundamental (sendo inexistente a figura da legítima). É, no entanto, possível para determinados sucessíveis recorrer ao tribunal no sentido de modificar o testamento, dentro de certos limites, quando este afecte uma provisão financeira razoável para o seu sustento, o que poderá ser analisado como uma restrição à liberdade testamentária ainda que apenas indirectamente. Tem existido na doutrina portuguesa quem defenda o princípio anglo-saxónico da liberdade de testar em detrimento da legítima. Os argumentos mobilizados prendem-se com o enfraquecimento do sentido de responsabilidade do herdeiro derivado da impossibilidade de lhe retirar esse estatuto, bem

²⁶ *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 335.

²⁷ *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 277.

²⁸ VIRGIL M. HARRIS, *The Importance of the Last Will and Testament*, 1908, disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/blj25&collection=journals&id=391&startid=&end=397> (09.01.2019)

como a fragmentação de unidades económicas que as restrições à liberdade testamentária impunham ao testador, uma vez que este não podia reuni-las nas mãos de apenas um só indivíduo.

O Código Civil italiano estabelece, no seu artigo 536.º, o cônjuge, os filhos e os ascendentes como herdeiros legitimários sendo as disposições seguintes destinadas a definir as variações da quota indisponível. Trata-se, neste aspecto, de um sistema semelhante ao português em que difere a porção de quota indisponível em função dos herdeiros legitimários e do seu número²⁹.

O Código Civil francês consagra a “*réserve héréditaire*” no seu artigo 912.º sendo os descendentes os principais “*héritiers réservataires*”.

Já no direito espanhol, o artigo 658.º do Código Civil determina que a sucessão é determinada pela vontade manifestada em testamento e, subsidiariamente, pelas disposições legais³⁰. Ao analisar este preceito poderíamos concluir que está presente o princípio da liberdade testamentária absoluto. Porém, o artigo 807.º estatui os “*herederos forzosos*”, sendo a quota indisponível tratada nos artigos 808.º a 812.º ao que as disposições seguintes se destinam a prever a protecção da legítima³¹.

Através desta sumária análise a outros ordenamentos jurídicos é verificável que em nenhum existe uma vigência absoluta de um dos pólos da dicotomia. Ou seja, em todos eles existem restrições, directas ou indirectas, à liberdade testamentária rejeitando também uma ideia de toda a sucessão ser necessária a favor de familiares ou Estado. A grande disparidade residirá nas diferentes extensões das restrições.

É relevante mencionar que associada à sucessão legitimária se encontra também uma noção “que esteve sempre presente do direito europeu antigo, e nas práticas sociais”³² de direito de troncalidade, segundo a qual “era razoável pretender que o património se

²⁹ STEFANO NAPPA, *La Successione necessaria*, CEDAM, 1999, p. 15 e 16

³⁰ EDUARDO SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, MC Graw Hill, Madrid, 1997, p. 6.

³¹ EDUARDO SERRANO ALONSO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, MC Graw Hill, Madrid, 1997, p. 135.

³² GUILHERME DE OLIVEIRA, *Renúncias recíprocas às quotas legitimárias através de legados “em substituição da legítima” feitos em convenção antenupcial*, 2016, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf> (23.05.2018), p. 8.

transmitisse dentro da linha de parentesco em que fora constituído”. Esta ideia estará obviamente mais vincada nos ordenamentos jurídicos em que, ao contrário do português, o cônjuge sobrevivente não integre a primeira classe de sucessíveis legítimos. Porventura o exemplo mais esclarecedor será o espanhol, no qual o cônjuge é superado na hierarquia pelos filhos e descendentes e pelos pais e ascendentes. O artigo 811.º do seu Código Civil chega mesmo a referir “*parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*” (sublinhado do Autor).

É ainda de salientar que a sucessão legítima tem profundas raízes históricas no ordenamento jurídico português³³. Sobre a relevância da mesma torna-se, então, oportuno fazer uma breve descrição do acórdão do STJ de 16-05-2018³⁴. Estava em causa um cidadão de nacionalidade britânica mas nascido e residente em Portugal que deixou por testamento (redigido em Portugal) a totalidade dos seus bens a favor do cônjuge. No testamento em causa fez mesmo constar que “sou de nacionalidade britânica, pelo que posso dispor livremente de todos os meus bens, de harmonia com a lei inglesa, que pretendo que seja aplicada, com afastamento de qualquer outra...”. Este cidadão, ao falecer (em solo português) deixou como herdeiros legítimos três filhas e o cônjuge. Este último, nomeado cabeça de casal e tendo um prazo de 30 dias para a junção da relação de bens, veio invocar a impossibilidade superveniente da lide alegando não existir qualquer património a partilhar uma vez que a lei britânica seria a lei aplicável. De referir ainda que duas filhas do *de cuius* tinham nacionalidade portuguesa sendo que a restante tinha dupla nacionalidade. Descurando a problemática de qual seria a lei aplicável indicada pelas regras de conflitos por não se situar no foco do trabalho, merece destaque as referências feitas ao mecanismo do artigo 22.º CC cujo número 1 dispõe que “não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português” concluindo o número seguinte do preceito que nestes casos são aplicáveis as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente e subsidiariamente as regras do direito interno português. O acórdão em apreciação faz mesmo uma análise do caso do

³³ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 280 e 281; Sobre a origem e evolução histórica da legítima, v. JOSÉ GONÇALVES DE PROENÇA, *Natureza jurídica da “legítima”*, reedição, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, p. 13 a 54.

³⁴ Disponível em <http://www.dgsi.pt/>

ponto de vista exclusivo deste regime (“... ainda que se considerasse aplicável ao caso a lei inglesa...”) concluindo pela aplicação da lei portuguesa através dele, isto é, ao abrigo do disposto no artigo 22.º, n.º 2 CC. Para tal, mobilizou argumentos como a imperatividade das normas da lei portuguesa que atribuem o direito à legítima bem como o instituto da inoficiosidade que prevê a redução das liberalidades que ofendam a legítima. Argumentou ainda que, apesar da legítima não ter consagração constitucional, a quota indisponível tem como fundamento o interesse dos filhos do autor da herança sendo inspirada por razões de interesse e ordem pública. É realçado que a jurisprudência mais recente do STJ³⁵ tem entendido que “o princípio da lei sucessória portuguesa que pretende salvaguardar para os filhos ao menos uma parte da herança dos seus pais é um princípio da ordem pública internacional do Estado português”. Tendo em consideração que no caso em apreço existiam fortes elementos de conexão com Portugal (mais importantes do que os existentes em relação a Inglaterra), que a lei inglesa “concebe um caminho sucessório que elimina por completo os filhos da sucessão dos pais”, “caminho esse nunca trilhado pela lei portuguesa” e que a legislação inglesa não contém “normas apropriadas” (uma vez que apenas um preceito foi afastado) foi de concluir pela aplicação subsidiária do direito interno português.

Apesar de, por vezes, ser apelidada de sucessão necessária ou sucessão forçada, a sucessão legitimária não tem este carácter de “coacção” absoluto. Com efeito, os sucessíveis legitimários efectiva e definitivamente chamados têm a possibilidade de repudiar a herança. Ainda antes de terem a possibilidade de aceitar ou repudiar, têm de estar verificados os pressupostos da vocação sucessória. De entre estes pressupostos, isto é, a prevalência da designação sucessória, a existência do chamado e a capacidade sucessória, para o efeito ganha relevo a capacidade sucessória. Nesta matéria, têm capacidade todas as pessoas que a lei não declare incapazes. A incapacidade por indignidade³⁶ aparece regulada

³⁵ Caso também interessante, e citado pelo acórdão em apreço, o decidido pelo acórdão do STJ de 15-01-2015 (disponível em <http://www.dgsi.pt/>), em que foi recusado o reconhecimento automático de uma sentença estrangeira (de tribunal brasileiro) que, na falta de sucessíveis legitimários e de testamento ou disposição escrita de última vontade, atribuía a totalidade dos bens do *de cuius* ao unido de facto (ainda que registado, figura inexistente no ordenamento jurídico português). Este descurar da sucessão legítima, e a consequente desprotecção dos laços familiares em sentido amplo foi considerado como um “resultado manifestamente incompatível com os princípios de ordem pública internacional do Estado português”.

³⁶ Tendo em conta a distinção entre os conceitos de incapacidade (modo de ser do sujeito em si, visando a tutela de interesses do próprio incapaz) e ilegitimidade (modo de ser para com os outros, visando a tutela de interesses alheios), a incapacidade sucessória por indignidade enquadra-se melhor no âmbito da ilegitimidade devido ao seu carácter relativo e ao facto de ser possível a reabilitação do indigno (art. 2038.º CC). Esta reabilitação dá-se por força exclusiva de manifestação de vontade do autor da sucessão, o que comprova que

a partir do artigo 2034.º CC e é aplicável a toda a sucessão, ou seja, tanto legal como voluntária. José Tavares propõe a sistematização das causas de indignidade em atentado contra a vida do autor da sucessão (alínea a), contra a liberdade de testar (alínea c) e contra o próprio testamento (alínea d) ao que Pereira Coelho adiciona o atentado contra a honra do autor da sucessão ou seus familiares (alínea b)³⁷. Já Oliveira Ascensão reconduz as causas a duas categorias, nomeadamente (1) crimes praticados contra o autor da sucessão ou seus familiares mais próximos (alíneas a e b) e (2) prática de actos ilícitos que atinjam o testamento ou a liberdade de testar (alíneas c e d)³⁸. Discussão pertinente tem sido feita em relação à taxatividade do elenco de causas de indignidade ou se, por contrário, será de admitir outras causas por analogia. Pamplona Corte-Real defende a tipicidade das causas de indignidade justificando com o carácter excepcional da norma em articulação com a disposição anterior³⁹. Discordante é a voz de Oliveira Ascensão que suporta uma tipicidade delimitativa, rejeitando uma analogia livre admitindo uma mais limitada, isto é, rejeita a analogia *iuris* mas admite a analogia *legis*. No entanto, concebe apenas e só uma situação de aplicação da analogia *legis*⁴⁰. Relativamente a esta temática da taxatividade (ou não) dos fundamentos da indignidade sucessória cabe fazer uma análise breve ao acórdão do STJ de 07-01-2010⁴¹. Descrevendo sumariamente os factos, C, filha do réu B, faleceu vítima de acidente de viação intestada e sem disposição escrita de última vontade. O réu B havia sido condenado pela prática de crime de violação na pessoa da sua filha C. Na sequência da violação, C engravidou aos quinze anos tendo sido obrigada a proceder a um aborto pelo réu. Em consequência, C e o seu irmão A, órfãos de mãe, deixaram de viver com o seu pai sendo que este não mais os procurou, não tendo contribuído para a sua alimentação, educação ou vestuário. Sempre que o réu avistava a sua filha C injuriava-a, envergonhando-a e humilhando-a em público o que fazia com que C vivesse aterrorizada, angustiada, com vergonha e medo de vir a sofrer novas injúrias do seu pai, nunca o tendo perdoado. O réu nunca se arrependeu, até à morte da filha, que não lamentou. A questão que se impunha era a de saber da capacidade sucessória de B relativamente à sucessão de C ou da sua incapacidade sucessória por indignidade. Ora, o réu indicava a taxatividade dos

a proibição sucessória é estabelecida no interesse deste. V. R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 293.

³⁷ F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 151 a 153.

³⁸ *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 138 e 139.

³⁹ *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 207.

⁴⁰ *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 139 e 140.

⁴¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/>

fundamentos de indignidade sucessória consagrados no artigo 2034.º CC enquanto o autor A invocava a possibilidade de analogia *legis* uma vez que o crime de violação de que o réu havia sido condenado se enquadrava na categoria dos crimes contra a honra a que se reporta a al. b) do artigo 2034.º CC. Com efeito, o acórdão começa por referir a regra (princípio geral de capacidade sucessória passiva, artigo 2033.º CC) bem como as suas exceções e fundamentos destas. Assim, na perspectiva relacional entre quem morre e quem lhe vai suceder, há duas situações em que a lei não suporta a transmissão beneficente que se prendem com a vida e o respeito pela vida (artigo 24.º, n.º 1 CRP, “a vida humana é inviolável”) e com a realização da justiça (“utilização da máquina da justiça para conseguir a injustiça de atingir de forma particularmente grave a personalidade, a honra do transmitente”). Desta feita, prossegue concluindo pela impossibilidade, quer de analogia, quer de interpretação extensiva devido à excepcionalidade da norma resultando, portanto, na taxatividade das causas de indignidade enumeradas no artigo 2034.º CC. Assim, a condenação do réu B pelo crime de violação na pessoa da sua filha C não conduz à sua incapacidade por indignidade. Porém, foi considerado que admitir, nesta situação, que B fosse sucessor de C chocaria “frontalmente, e de uma forma violenta, com o princípio da dignidade da pessoa humana inscrito logo no art. 1.º da CRP como conformador da nossa identidade enquanto povo soberano, porque seria dar a vida de alguém a quem a esse alguém roubou a honra”. Acrescenta ainda que “seria um atentado manifesto aos bons costumes e mesmo ao fim social e económico desse direito, o direito de suceder”. Nestes termos, é mobilizada a figura do abuso de direito (artigo 334.º CC). De seguida, é salvaguardada qualquer contradição que pudesse ter sido afirmada com a solução de abuso de direito em função da taxatividade definida como exceção do artigo 2034.º CC. Assim, é recordado que, por si só, o crime de violação não constitui causa de incapacidade por indignidade. Porém, atendeu-se às circunstâncias concretas do caso, nomeadamente a um pai que roubou a honra da sua filha de apenas quinze anos, nada tendo feito para expiar o seu “pecado”, com a agravante de persistir na conduta ofensiva da honra da filha nunca se tendo arrependido, até à morte da filha, que não lamentou; foi considerado ainda que C tinha disponível o caminho da deserdação, mas (imperando o bom senso), devido à sua jovem idade (menos de 30 anos) não haveria a necessidade de deserdar o seu pai uma vez que, numa situação natural em que a filha sobrevive ao pai, “o tempo encarregar-se-ia de colocar as coisas no seu devido lugar”. Atendendo às circunstâncias concretas do caso,

reconhecer ao réu B capacidade sucessória na herança da sua filha C constituiria um intolerável abuso de direito daquele a suceder-lhe.

Do artigo 2036.º CC retira-se que a incapacidade por indignidade não opera automaticamente sendo, em princípio, necessária a propositura de uma acção nos prazos previstos no preceito por quem tenha legitimidade nos termos da lei processual civil⁴². Porém, não é pacífico na doutrina, sendo que Oliveira Ascensão propõe uma solução diferente. Defende este autor que, se o indigno não tiver os bens em seu poder a indignidade actua automaticamente, se o indigno tiver os bens ou parte deles é necessária a propositura de uma acção de maneira a esclarecer de forma célere a aparência de sucessão a fim de proteger o interesse de terceiros. Para consolidar a sua posição, apoia-se na aplicação por analogia do regime geral da anulabilidade, no qual o prazo é de um ano para a sua arguição, mas enquanto o negócio não estiver cumprido a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo (artigo 287.º CC). Assim, a caducidade pelo prazo do artigo 2036.º CC só opera se a devolução aparente para o indigno se tiver consumado, ficando na posse, de má fé, dos bens hereditários; fora desta hipótese a indignidade pode ser arguida a todo o tempo^{43 44}. De notar que a Lei n.º 82/2014, de 30 de Dezembro veio consagrar a possibilidade de, na sentença que condene pela situação prevista na alínea a) do artigo 2034.º CC estar presente também a declaração de indignidade sucessória do condenado. No caso de o único herdeiro ser afectado pela indignidade e da faculdade agora descrita não ser efectivada, a condenação é obrigatoriamente comunicada ao Ministério Público a fim de que seja intentada a acção (artigos 2036.º CC e 69.º-A CP). Uma vez declarada a indignidade é necessário aferir qual o tipo de sucessível a que se refere. Na sucessão legal são chamados a suceder no lugar do incapaz os seus descendentes através do direito de representação, enquanto na sucessão testamentária são chamados os substitutos ou outros co-herdeiros testamentários se existirem e tiverem direito de acrescer ou, na falta destes, os herdeiros legítimos do testador (artigos 2037.º, 2041.º, 2131.º e 2304.º CC).

⁴² Neste sentido, F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 154 e PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 208 a 211.

⁴³ *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 141 a 145.

⁴⁴ Neste sentido, R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 297 a 300; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição revista e actualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 187 a 189; bem como o acórdão do STJ de 16-01-2003 (disponível em <http://www.dgsi.pt/>).

Todavia, é possível o incapaz readquirir a sua capacidade sucessória através de reabilitação pelo autor da sucessão de forma expressa ou tácita⁴⁵ nos termos do artigo 2038.º CC.

Ora, enquanto a incapacidade por indignidade se aplica a todos os sucessíveis, o mesmo não acontece com a deserdação, uma vez que esta é exclusiva dos sucessíveis legitimários. Ou seja, estes estão sujeitos às causas de indignidade e de deserdação cumulativamente. Os institutos estão relacionados não obstante algumas diferenças. Assim, a deserdação tem de ser realizada em testamento pelo autor da sucessão, com expressa declaração da causa que a justifica. Conferindo protecção contra um eventual abuso desta figura pelo autor da sucessão que tivesse o intuito de evitar o cumprimento da legítima, prevê a lei a possibilidade de impugnar a deserdação com fundamento na inexistência da causa invocada no artigo 2167.º CC. As causas de deserdação (previstas no número 1 do artigo 2166.º CC) não são coincidentes com as de indignidade sendo consideradas mais amplas. É justificável esta solução uma vez que, sendo os sucessíveis legitimários considerados os sucessíveis por excelência e dotados de grande protecção, deverão estar sujeitos a um maior escrutínio. O número 2 do artigo 2166.º CC faz equiparar o deserdado ao indigno para todos os efeitos legais.

Ainda como refutação do carácter “coactivo” da sucessão legitimária (e também considerado um meio de protecção da legítima), há que ponderar a figura do legado em substituição da legítima. É o artigo 2165.º CC que permite ao autor da sucessão deixar um legado ao herdeiro legitimário em substituição da legítima. Há, no entanto, a particularidade de não ser uma questão unilateral do autor da sucessão (como por exemplo a deserdação, sem prejuízo da possibilidade de impugnação) uma vez que é necessário o consentimento do herdeiro legitimário através da aceitação do legado. Esta, ao existir, implica a perda do direito à legítima. O legado em substituição da legítima é imputado na quota indisponível, sendo que se exceder o valor da legítima subjectiva do herdeiro o excesso será imputado na quota disponível. Questão controversa é a de saber se o herdeiro legitimário que aceita o legado em substituição da legítima ainda deverá ser considerado

⁴⁵ O autor da sucessão já conhece a causa de indignidade e ainda assim contempla o indigno em testamento, podendo este suceder mas apenas dentro dos limites dessa disposição testamentária e já não a título de sucessão legal ou contratual (art. 2038.º, n.º 2 CC). V. CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Comentário ao artigo 2038.º”, in *Código Civil Anotado, Livro V: Direito das Sucessões*, CRISTINA ARAÚJO DIAS (coord.), Almedina, Coimbra, 2018, p. 43.

herdeiro ou antes legatário e quais as suas implicações. Posiciona-se Oliveira Ascensão⁴⁶ no sentido de que a lei faz corresponder à aceitação a perda do direito à legítima não mencionando a perda da qualidade de herdeiro, considerando ainda que estas ideias não são contraditórias. Justifica que a lei apenas admite a remoção da qualidade de herdeiro em dois casos, o repúdio e o afastamento da sucessão. E o afastamento da sucessão só se dá em dois casos, por indignidade ou por deserdação. Porém, mesmo sendo considerado herdeiro, o regime não será coincidente ao herdeiro legitimário. Na opinião do autor, o beneficiário do legado é excluído da responsabilidade por dívidas da herança, conserva o seu direito de acrescer mas é afastado de toda a sucessão legal, ou seja, legitimária e legítima. Para Pamplona Corte-Real⁴⁷ não é aceitável que o exercício de uma opção colocada ao legitimário pelo autor da sucessão acarrete tais excessivas consequências negativas. Defende, então, que a aceitação do legado em substituição da legítima não faz esgotar toda a posição hereditária do sucessível legitimário, mas só e apenas em relação à quota legitimária o que é compatível com a sua eventual vocação legítima relativa à quota disponível. É, portanto, susceptível de defesa uma verdadeira natureza legitimária do legado em substituição da legítima no montante imputável na legítima subjectiva, o que faz admitir a aplicação do instituto da inoficiosidade se o valor do legado imputado for afectado por liberalidades. Ou seja, sendo afastada a legítima, o seu substituto (legado) goza de protecção semelhante. Almejando a consonância desta solução com o regime da inoficiosidade, o autor defende uma interpretação extensiva do artigo 2168.º CC no sentido dos herdeiros legitimários não serem os únicos possuidores de legitimidade para utilizar este instituto. De referir ainda que o autor se posiciona no sentido de considerar que o aceitante de legado em substituição da legítima adquire a posição jurídico-sucessória de um legatário, ainda que possa ser adjectivado legitimário.

3. Efeitos do casamento

O artigo 1577.º CC define o casamento como “o contrato⁴⁸ celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”.

⁴⁶ *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 371 a 377.

⁴⁷ *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 301 a 306.

⁴⁸ Sobre a contestação à contratualidade do casamento v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 389 a 391 e PEREIRA COELHO e

Relativamente aos efeitos do casamento, nomeadamente os efeitos pessoais, são resumidos por Pereira Coelho e Guilherme Oliveira como “o casamento constitui família, impõe aos cônjuges um conjunto de deveres e tem efeitos sobre o seu nome e nacionalidade”⁴⁹. Os princípios fundamentais que regem os efeitos pessoais do casamento encontram-se consagrados no artigo 1671.º CC, isto é, o princípio da igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges (n.º 1) e o da direcção conjunta da família (n.º 2). O primeiro trata-se de um dos princípios constitucionais do direito da família (artigos 36.º, n.º 3 e 13.º, n.º 2 CRP). O segundo trata-se de um corolário do primeiro (se ambos os cônjuges são iguais, então a ambos deve pertencer a direcção familiar), ainda que através dele se retirem de forma mais óbvia determinados aspectos do regime (como por exemplo a nulidade de acordos em que a direcção ficasse a cargo de apenas um dos cônjuges, o dever de acordar sobre a orientação da vida comum em função de vectores especificados, etc.). De registar que os acordos em causa não abrangem os direitos de personalidade que não estejam ligados à relação conjugal. O artigo 1672.º CC estabelece os deveres recíprocos dos cônjuges (por exigência do princípio da igualdade destes) e que são respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Estes deveres são imperativos (artigos 1618.º e 1699.º, n.º 1, al. b) CC) o que se justifica por se tratarem de situações que exprimem um “entendimento legal da obrigação de comunhão tendencialmente plena de vida a que se vinculam as partes que contraem matrimónio”⁵⁰. A violação dos deveres conjugais pode constituir fundamento para divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (como indício de ruptura do matrimónio, artigo 1781.º CC) podendo inclusive, verificados determinados pressupostos, ser mobilizado o instituto geral da responsabilidade civil. O elenco do artigo 1672.º CC é considerado como progresso relativamente a uma situação em que o intérprete tivesse de os extrair da cláusula geral da plena comunhão de vida (consagrada no artigo 1577.º CC), estando, no entanto, recheado de conceitos indeterminados sendo que a doutrina tem conseguido convergir numa concretização minimamente segura do seu conteúdo. Em relação à questão de saber se a enumeração do artigo 1672.º CC é taxativa, Pereira Coelho

GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 231 a 235.

⁴⁹ *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 396.

⁵⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 456.

e Guilherme Oliveira⁵¹ defendem que a existência de deveres conjugais implícitos poder-se-ia basear na cláusula geral da plena comunhão de vida, mas consideram árdua a tarefa de vislumbrar deveres não reconduzíveis aos deveres explícitos do elenco. Já Jorge Duarte Pinheiro⁵² justifica a taxatividade do mencionado artigo através da concepção ampla do conteúdo do dever de respeito (considerado até um dever residual) que dota de inutilidade qualquer referência a um dever conjugal não nominado. O dever de respeito, num sentido restrito, consiste em não lesar a honra. No sentido amplo com que vigora, este dever “surge como um reflexo da tutela geral da personalidade física e moral, assegurada pelo art. 70.º, n.º 1, no domínio dos efeitos matrimoniais”⁵³. O dever conjugal de respeito é residual uma vez que, por vezes, é necessário reduzir o seu alcance para que os outros deveres tenham espaço de vigência (exemplificando, o adultério constitui falta de respeito, mas também violação autónoma do dever de fidelidade). O dever de fidelidade caracteriza-se como um dever de dupla abstenção: um dever de fidelidade física (que previne o adultério) e um dever de fidelidade moral (que impede a ligação sentimental e correspondência amorosa dos cônjuges nas suas relações com terceiros). O dever de coabitação não corresponde a habitar conjuntamente na mesma casa mas a viver em “comunhão de leito, mesa e habitação”. O primeiro tipo de comunhão obriga os cônjuges ao chamado “débito conjugal”. O segundo traduz-se na vivência em economia comum. O último, na acepção tradicional, exige a convivência habitual dos cônjuges num determinado local (casa de morada de família). No entanto, esta situação mostra-se, por vezes, pouco viável na sociedade actual traduzindo-se nestes casos numa exigência de esforço para desenvolver uma convivência o mais próxima possível da acepção tradicional e para eliminar os obstáculos que a impedem. Em relação ao dever de cooperação, o artigo 1674.º CC divide-o em obrigação de socorro e auxílio mútuos, por um lado, e obrigação de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram, por outro. A obrigação inicial pressupõe uma intervenção na esfera do outro cônjuge enquanto a final implica a cooperação no sustento, guarda e educação dos filhos bem como o apoio a outros familiares que estejam a cargo de um ou outro cônjuge⁵⁴. De epígrafe “Dever de

⁵¹ *Curso de Direito da Família, vol. I*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 408 e 409.

⁵² *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 458.

⁵³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 457.

⁵⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 464 e 465.

assistência”, o artigo 1675.º CC no seu número 1 dispõe que “O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.” Trata-se, portanto, de um dever de cariz patrimonial que envolve prestações susceptíveis de avaliação pecuniária. As obrigações abrangidas pelo dever de assistência não vigoram simultaneamente sendo que os beneficiários das mesmas diferem. Assim, a obrigação de alimentos é consumida pela de contribuir para os encargos da vida familiar (artigo 1676.º CC) em circunstâncias conjugais normais apenas se autonomizando em situações de ruptura sem que exista extinção do vínculo matrimonial. A obrigação de prestar alimentos tem como credor apenas o cônjuge enquanto a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar vincula os cônjuges entre si bem como para com os familiares a cargo dos cônjuges. Os efeitos do casamento em relação ao nome são regulados no artigo 1677.º CC, segundo o qual a alteração do nome nesta sede constitui apenas uma faculdade e não um dever⁵⁵. O cônjuge que tenha acrescentado ao seu nome apelidos do outro conserva-os em caso de viuvez (artigo 1677.º-A CC), o mesmo se passando nos casos em que é decretada a separação judicial de pessoas e bens sendo que, em caso de divórcio, para conservar os apelidos o ex-cônjuge tem de dar o seu consentimento ou tem o tribunal de autorizar (artigo 1677.º-B CC). Relativamente aos efeitos do casamento sobre a nacionalidade dos cônjuges, a nacionalidade portuguesa não se adquire nem se perde pela celebração do casamento só por si. De facto, a Lei da Nacionalidade (aprovada pela Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro) prevê no artigo 3.º, n.º 1 que o estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na constância do matrimónio. O número seguinte do mesmo preceito esclarece que a declaração de nulidade ou a anulação do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge que o contraiu de boa fé. No que diz respeito aos efeitos patrimoniais do casamento, há que referir a titularidade, administração e disposição de bens, a responsabilidade por dívidas dos cônjuges, a partilha dos bens do casal (no casos de separação judicial de pessoas e bens) bem como os contratos entre cônjuges. De notar que o divórcio extingue a relação matrimonial, mantendo os efeitos já produzidos e fazendo cessar, para o futuro, os efeitos da relação. Assim, quanto à sucessão legal, os direitos sucessórios do cônjuge cessam com o divórcio não sendo chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar

⁵⁵ O que não acontece a título de exemplo nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano; v. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 482.

divorciado, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do artigo 1785.º CC (assim dispõe o artigo 2133.º, n.º 3 CC). Solução semelhante se verifica quanto à sucessão testamentária, prevendo o artigo 2317.º, al. d) CC a caducidade das disposições testamentárias que instituem herdeiro ou que nomeiem legatário se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida sentença de divórcio posteriormente àquela data.

4. Posição sucessória do cônjuge sobrevivente

A doutrina majoritária considera que o cônjuge sobrevivente goza de uma tutela sucessória para além da razoabilidade, sendo considerado um sucessível legitimário privilegiado⁵⁶. Estas considerações devem-se maioritariamente à reforma do Código Civil de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) que nas sucessões legítima e legitimária passou o cônjuge para a primeira e segunda classes sucessórias⁵⁷ (concorrendo com os descendentes e ascendentes); estabeleceu ainda que a sua parte nunca seria inferior a um quarto da herança em relação a descendentes e a dois terços em relação a ascendentes; bem como os direitos previstos no artigo 2103.º-A (que serão mencionados em momento posterior), sendo que a mencionada reforma não incluiu o cônjuge na lista

⁵⁶ PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 67; JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – sucessões*, 5.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 29; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 48; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 219; JOSÉ FRANÇA PITÃO, *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português*, 4.ª edição revista, actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2005, p. 69; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivente*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B502963ac-208f-4338-a083-dc52efee6333%7D.pdf> (30.09.2018), p. 455.

⁵⁷ R. Capelo de Sousa defende a legitimidade desta solução. Como principais argumentos invoca (1) a dispersão dos irmãos, ascendentes e descendentes devido à globalização mantendo-se o cônjuge a acompanhar o quotidiano do autor da sucessão; (2) se um casamento vai até à morte de um dos cônjuges é porque persistiu sobrevivendo a vicissitudes e nele se cumpriram os deveres dos cônjuges nomeadamente o dever de auxílio; (3) estando o divórcio extremamente facilitado (após uma “liberalização” exagerada por força dos Decs.-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro e 163/95, de 13 de Julho e da Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto e sobretudo da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), há que presumir que os casamentos dissolvidos por morte de um dos cônjuges são sólidos e profícuos, solidez e proficuidade que devem ser respeitados e que legitimam a solução em causa. V. “Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivente. Do Direito Romano à Actualidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. II*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1019 a 1022.

dos herdeiros legitimários obrigados à colação⁵⁸ (artigo 2104.º CC). É notória a evolução da posição sucessória do cônjuge sobrevivente de um extremo para o oposto ao considerar que, no Código Civil de 1867, o cônjuge não era sequer herdeiro legitimário e que na sucessão legítima ocupava apenas a quarta posição (após os descendentes, ascendentes e até os irmãos e seus descendentes), solução que se manteve no Código Civil de 1966 até à já referida reforma legislativa. O regime de bens supletivo previsto no Código Civil de 1867 era a comunhão geral de bens, o que conferia uma protecção adequada ao cônjuge sobrevivente através da sua meação nos bens comuns do casal. Protecção esta que era reforçada com o usufruto da totalidade da herança quando esta era entregue aos irmãos e aos seus descendentes ou o usufruto de metade da herança quando esta era entregue aos ascendentes tratando-se, contudo, de um legado legítimo que podia ser eliminado por testamento. A lei do divórcio de 1910 que veio estabelecer a possibilidade de divórcio para o casamento civil sem que tenha sido alterado o regime de bens supletivo veio colocar em causa o regime anterior, transformando o casamento em apenas presuntivamente perpétuo e viabilizando o casamento-negócio. É o Código Civil de 1966 que vem modificar o regime supletivo de bens estabelecendo a comunhão de adquiridos em reacção à diminuição da estabilidade do casamento. Modificação esta que se tornou desfavorável ao cônjuge sobrevivente que vê a protecção conferida pela sua meação dos bens comuns bastante reduzida mantendo-se, no entanto, como apenas herdeiro legítimo colocado em quarto grau, ficando muitas vezes a sua sobrevivência económica dependente das disposições testamentárias do *de cuius*. É neste quadro que surge a reforma legislativa de 1977 que pretende colmatar esta aparentemente frágil posição sucessória do cônjuge sobrevivente consagrando um regime considerado doutrinariamente como excessivo e privilegiado⁵⁹.

⁵⁸ Sobre a sujeição do cônjuge sobrevivente à colação a doutrina não tem sido uniforme e têm sido apresentadas três soluções distintas. Para alguns autores, o cônjuge sobrevivente não está sujeito à colação e beneficia do regime da colação dos descendentes (a doação feita ao cônjuge é feita com o intuito de o beneficiar e não a título de antecipação de herança). Para outros autores, o cônjuge não está sujeito à colação mas também não beneficia dela (isto é, a igualação só funciona entre os descendentes, até onde for possível). Ainda para outros autores, existe uma lacuna na lei e, recorrendo à analogia, o cônjuge também está sujeito à colação como os descendentes. V. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 215 a 219.

⁵⁹ São apontadas outras críticas pela doutrina nomeadamente a dupla transmissão sucessória (entre cônjuges e deste para os seus filhos), a ressurreição do casamento-negócio, a permissão à fraude fácil a determinadas normas, o contraste da solução relativamente às finalidades da alteração do regime supletivo (em especial a de evitar que os bens mudassem de linha familiar). V. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivente*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B502963ac-208f-4338-a083-dc52efee6333%7D.pdf> (30.09.2018), p. 457.

5. Convenções antenupciais

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira definem convenção antenupcial como o acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens; é um contrato acessório do casamento, cuja existência e validade supõe, podendo dizer-se que o casamento é condição legal de eficácia da convenção antenupcial⁶⁰. Jorge Duarte Pinheiro discorda desta noção, argumentando que a convenção antenupcial não contém necessariamente cláusulas sobre o regime de bens (podendo apenas ser convencionadas doações para casamento ou certas disposições por morte), que não é forçosamente um acordo entre nubentes e que nem sequer tem de ser um contrato. O autor considera o negócio jurídico como acessório do casamento, sendo que, neste aspecto, Pamplona Corte-Real discorda defendendo que se trata de um acto complementar do casamento condicionado à sua celebração, sustentando que não se vislumbra qualquer subalternidade material ou funcional⁶¹.

Relativamente ao conteúdo das convenções antenupciais vigoram dois princípios fundamentais: o da liberdade de convenção (plasmado no artigo 1698.º CC) e o da imutabilidade (decorrente do artigo 1714.º CC). O princípio da liberdade de convenção radica na aplicação do princípio da autonomia privada no plano matrimonial e colhe o seu fundamento na melhor adequação aos interesses do casal e da família através da adaptação do regime de bens às especificidades concretas da sua relação. “Trata-se de reconhecer que os que estão mais próximos dos problemas podem regulá-los melhor que aqueles outros que, distanciados, só poderiam formular um juízo demasiado abstracto”⁶². No entanto, esta liberdade não é plena, sendo mencionado na parte final do artigo 1698.º CC que apenas opera “dentro dos limites da lei”. Em acréscimo aos princípios gerais que regulam os negócios jurídicos e que tornam impossível aos nubentes convencionar cláusulas contrárias a normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes, o artigo seguinte trata de enumerar restrições ao âmbito das convenções antenupciais, desde logo a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro (exceptuando o disposto nos artigos

⁶⁰ *Curso de Direito da Família, vol. I*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 570.

⁶¹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 490 e 491.

⁶² SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 146.

1700.º a 1707.º CC) [al. a)]; a alteração dos direitos e deveres quer parentais, quer conjugais (al. b)); alterações das regras sobre administração dos bens do casal (al. c)); e a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º CC (al. d)). Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira consideram que as proibições enunciadas já resultariam das regras imperativas e dos princípios fundamentais que regem o direito matrimonial tendo o legislador optado por destacar determinados domínios de restrição da liberdade contratual dos nubentes⁶³. Relativamente à segunda proibição descrita, os direitos e deveres parentais e conjugais são definidos por normas imperativas e de ordem pública. Em relação à alínea c) do número 1 do artigo 1699.º CC, a alteração das regras sobre administração dos bens do casal não são permitidas no âmbito de convenção antenupcial sendo-o, porém, através da celebração de contrato de mandato. Apesar de não ser concordante com outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o alemão e o francês, esta solução encontra fundamento na livre revogabilidade do mandato que permite ao cônjuge que cede os poderes de administração a sua recuperação a todo e qualquer momento. A doutrina entende que esta norma deverá incidir não apenas sobre as regras que regem os poderes de administração mas também sobre as regras reguladoras da disposição de bens através de interpretação extensiva, justificando-a com o argumento de que dispor é mais gravoso do que administrar, logo, se é proibido o menos (administrar) por maioria de razão também o será o mais (dispor)⁶⁴. Abordando a última hipótese do número 1 do artigo 1699.º CC, é proibida a estipulação da comunicabilidade de bens considerados irredutivelmente próprios, bens que resistem à comunicabilidade mesmo quando se estipula o regime da comunhão geral de bens sendo de concluir que o legislador impôs a qualidade de bens próprios contra todas as estipulações em contrário⁶⁵. O número 2 do artigo referido contém ainda uma restrição adicional à liberdade dos nubentes aplicável apenas em casos em que o casamento seja celebrado por quem tenha filhos. Nestes casos, é vedada a possibilidade de adoptar o regime da comunhão geral e de estabelecer a comunicabilidade dos bens referidos no número 1 do artigo 1722.º CC. Trata-se de uma solução legislativa que visa a protecção dos interesses dos filhos anteriores em relação aos

⁶³ *Curso de Direito da Família, vol. I, 5.ª edição*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 573.

⁶⁴ SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 150.

⁶⁵ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, vol. I, 5.ª edição*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 574.

do cônjuge mais recente, daqui se retirando que se os interesses primeiros não forem colocados em causa (nomeadamente por se tratar de um filho comum aos cônjuges) então não faz sentido aplicar a restrição da liberdade⁶⁶. Enquanto no caso agora descrito é afastada a possibilidade de adopção do regime da comunhão geral, o artigo 1720.º CC é mais restritivo na medida em que impõe o regime da separação de bens caso o casamento seja celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento (al. a) do n.º 1) ou caso seja celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade (al. b) do n.º 1), sem prejuízo da possibilidade de doações entre nubentes (n.º 2). Ambos os casos previstos traduzir-se-ão na derivação de uma suspeita de que um dos nubentes funde a sua vontade de contrair casamento no interesse económico associado, sendo esta norma dotada de grande aprovação doutrinal⁶⁷. Outro princípio consagrado no ordenamento jurídico português é o da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens. É relevante salientar que, caso seja adoptado o regime de bens supletivo por inexistência de convenção antenupcial, este também não pode ser modificado na constância do matrimónio – vigora portanto um sentido amplo do princípio. De acrescentar que a imutabilidade é imposta apenas a partir da celebração do casamento, sendo livremente revogável ou modificável até essa data segundo o disposto no artigo 1712.º CC. É doutrinamente controverso a extensão deste princípio. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira apresentam vários sentidos do mesmo, ordenados do mais restrito para o mais amplo, antes de contraporem o que é o entendimento de autores como Antunes Varela, Pires de Lima e Rita Lobo Xavier⁶⁸ (sentido amplo que impediria “os cônjuges de modificar o seu estatuto patrimonial”) à sua posição (sentido restrito em que os negócios sobre bens concretos não seriam proibidos pelo princípio da imutabilidade mas regulados noutros locais como os

⁶⁶ Posição sustentada por parecer da Procuradoria-Geral da República, homologado por despacho da Secretária de Estado da Justiça e publicado no *Boletim dos Registos e Notariado* n.º 2/95.

⁶⁷ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 561; SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 157 a 159, onde é explicitada a unanimidade de Fernando Brandão Ferreira-Pinto, Leite de Campos, Pires de Lima e Antunes Varela.

⁶⁸ Rita Lobo Xavier justifica a sua posição com o fundamento da imutabilidade e da livre revogabilidade das doações entre casados que, no seu ponto de vista, é o de impedir o enriquecimento injustificado e definitivo de um dos cônjuges à custa do outro (e não o de evitar o abuso da influência de um dos cônjuges sobre o outro). O fundamento agora exposto traduz-se na proibição dos cônjuges modificarem o seu estatuto patrimonial quer por via directa quer por via indirecta. Considera ainda que os cônjuges ao alterar a repartição dos bens pelas várias massas patrimoniais estariam a alcançar o mesmo resultado que lhes é proibido ao não serem admitidas modificações pós-nupciais das convenções; v. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 134 a 136.

números 2 e 3 do artigo 1714.º CC ou os artigos 1761.º e segs. CC, permitindo assim aqueles sobre os quais não existam normas especiais)⁶⁹. É também muito discutido na doutrina o fundamento da imutabilidade das convenções antenupciais e se faz sentido a sua vigência à luz do direito actual. Com origem no Código Napoleónico, o princípio em causa encontra-se inexistente ou muito mitigado em ordenamentos jurídicos próximos do nosso, nomeadamente os alemão, espanhol, italiano e norte-americano onde os cônjuges têm a possibilidade de alterar livremente as convenções antenupciais e o regime de bens ou até o francês onde, desde 1965, é permitida tal alteração ainda que sujeita a homologação judicial⁷⁰. O argumento doutrinal tradicional é o de evitar que um dos cônjuges, tirando partido da influência que exerce sobre o outro, leve este a consentir na alteração do regime de bens que lhe seria prejudicial. É, no fundo, o mesmo fundamento que veda aos cônjuges a possibilidade de fazer doações irrevogáveis ou vendas entre si bem como testamentos de mão comum. Questiona-se se este argumento ainda terá fundamento suficiente tendo em conta a evolução sociológica e jurídica em ordem à igualdade entre os cônjuges⁷¹. Rita Lobo Xavier considera que a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges não implica a automática realização dessa igualdade. Assim, embora não existam situações de poder “de Direito” podem existir situações de poder “de facto” que legitimem a compatibilidade entre o princípio da igualdade dos cônjuges com as normas protectoras de um deles (tradicionalmente consideradas as mulheres)⁷². Outra orientação remete para a ideia de protecção de terceiros, uma vez que estes ficariam vulneráveis caso os cônjuges pudessem alterar livremente o seu regime de bens após o casamento. A doutrina combate este argumento com um sistema eficaz de publicidade das convenções pós-nupciais e com o estabelecimento da irretroactividade das alterações conferindo assim uma protecção a

⁶⁹ *Curso de Direito da Família, vol. I*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 577 a 581.

⁷⁰ SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 169; PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, vol. I*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 587 e 588; MARIA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, *Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projecto de lei n.º 781/XIII*, 2018, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucess%C3%B3rios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf> (15.01.2019), p. 11.

⁷¹ Assim, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, vol. I*, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 583.

⁷² *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 141 a 146.

terceiros com direitos adquiridos em momento anterior ao das modificações⁷³. Os autores que defendem que o princípio não deveria vigorar invocam os argumentos que fundamentam o princípio da liberdade das convenções antenupciais, reconhecendo que a comunhão conjugal é dinâmica (alterações no modo de vida, nas expectativas, etc.) pelo que poderá criar a necessidade de alterar a sua regulação jurídica inicial para se adaptar em conformidade⁷⁴. Um princípio de mutabilidade favoreceria as seguintes situações, para além de todos os casos atípicos: (1) os casais mais velhos poderiam conferir uma maior protecção sucessória ao cônjuge sobrevivente (nomeadamente transitando para regime de comunhão geral atribuindo assim a meação do património da casal); (2) casais em que um dos cônjuges pretende iniciar uma profissão economicamente arriscada poderiam proteger os bens comuns adoptando o regime da separação de bens; (3) casais que prevejam uma separação de facto e se possam adaptar a essa situação⁷⁵. Com efeito, a única solução para os cônjuges alterarem o seu regime de bens será a simulação de um divórcio celebrando depois novo casamento com o regime de bens mais adequado à sua situação, desde que não sejam abrangidos pelas imposições legais referidas aquando das restrições ao princípio da liberdade⁷⁶.

As convenções antenupciais são contractos e, como tal, exigem o consentimento dos respectivos sujeitos estando também sujeitas às disposições respeitantes aos vícios da vontade, divergências entre a vontade e a declaração, etc. É dotado de capacidade para celebrar convenções antenupciais quem tenha capacidade para contrair casamento, assim estabelece o artigo 1708.º CC. Dispõe o número 1 do artigo 1710.º CC que “as convenções antenupciais só são válidas se forem celebradas por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública”, sendo que só produzem efeitos em

⁷³ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 583 e 584; RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 140 e 554; SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 175.

⁷⁴ Entre eles, Rita Lobo Xavier defende a abolição do princípio da imutabilidade no Direito português desde que os direitos de terceiros sejam salvaguardados (através dos meios já referidos) e que se mantenham os mecanismos correctores dos eventuais enriquecimentos injustificados (como o da livre revogabilidade das doações entre cônjuges, por exemplo) de forma a garantir a equidade entre os cônjuges. V. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 554 e 555.

⁷⁵ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 584 a 586.

⁷⁶ SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 177.

relação a terceiros depois de registadas (nos termos do artigo seguinte bem como os artigos 1.º, n.º1, al. e) e 191.º CRegCiv). De realçar que o registo tem como função apenas a publicidade, considerando válidas e plenamente eficazes entre as partes as convenções antenupciais não registadas. Também merecedor de referência é o número 2 do artigo 1711.º CC que exclui os herdeiros dos cônjuges e dos demais outorgantes da escritura da noção de terceiros. As convenções antenupciais, como negócios jurídicos, podem também ser inválidas (nulas ou anuláveis) em consonância com as regras gerais (excepto o regime especial disposto no artigo 1709.º CC para casos de convenção celebrada por incapaz). É questionado se uma convenção que contenha uma cláusula nula estará toda ela ferida de nulidade ou se, seguindo o artigo 292.º CC relativo à redução de negócios jurídicos, se deverá considerar apenas e só a referida cláusula como não escrita. Não parecem existir objecções à aplicação deste regime fundado no princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos, sendo de considerar a cláusula nula como não escrita, mantendo-se a validade de todo o restante conteúdo, excepto se for possível demonstrar que a convenção não seria celebrada sem a estipulação da cláusula viciada⁷⁷. A convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento preceituando o artigo 1716.º CC a sua caducidade caso o casamento não seja celebrado dentro de um ano ou, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado salvo o disposto em matéria de casamento putativo (artigo 1647.º CC).

Para além da possibilidade de regular o regime de bens é admitida, regra geral, a “realização de quaisquer actos ou negócios que possam constar de escritura pública, desde que pelo menos um dos nubentes figure como autor, parte ou beneficiário”⁷⁸. Apenas cláusulas inscritas em convenção antenupcial que não sejam conexas com o futuro casamento não estão subordinadas ao princípio da imutabilidade, sendo que como conteúdo conexo se destacam as disposições por morte e as doações para casamento. É ao abrigo do número 1 do artigo 1700.º CC que se admite que a convenção possa incluir a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro (alínea a)) ou a favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados (alínea b)). São os preceitos legais seguintes (artigos 1701.º a 1706.º) que regulam as liberalidades *mortis causa* admissíveis em convenção antenupcial. Os pactos sucessórios

⁷⁷ SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 166.

⁷⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2015, p. 496.

(disposições contratuais por morte) traduzem-se numa perda da liberdade individual para dispor, já que nos termos do artigo 1701.º, n.º 1 CC a revogação das disposições deixa de estar no poder do disponente requerendo um acordo dos dois intervenientes no pacto; implicam ainda a perda do direito de aceitar ou repudiar a vocação sucessória, antes de os beneficiários serem chamados e de poderem avaliar as circunstâncias reais do caso concreto. São estas razões que sempre tornaram os pactos sucessórios malvistas nos direitos de origem romana por oposição aos povos germânicos que os aceitavam⁷⁹. A doutrina classifica de forma tripartida os pactos sucessórios em renunciativos (nos quais alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, destinados a manter os bens dentro da linha de parentesco de onde provêm), designativos (nos quais se dispõe da própria sucessão) e dispositivos (que implicam a disposição da sucessão de terceiro ainda não aberta)⁸⁰. Dentro dos pactos sucessórios designativos, a lei distingue ainda entre os revogáveis a todo o tempo por mútuo acordo dos contraentes (artigos 1701.º e 1705.º CC) e os irrevogáveis (artigo 1758.º CC, característicos das doações para casamento entre esposados). No âmbito da proibição geral (artigo 2028.º CC), os pactos sucessórios encontram nas convenções antenupciais a área excepcional que os admite atribuindo prevalência ao princípio do *favor matrimonii*. O favorecimento dos casamentos poderia ser conseguido através de outras modalidades não consagradas na lei como: a) o compromisso de não desfavorecer os esposados feito por terceiros; b) renúncias que obstarão à passagem de bens de uma estirpe para outra (troncalidade); c) renúncia de cada esposado à sucessão do outro. Recuperando a figura anteriormente abordada do legado em substituição da legítima, se for incluída numa convenção antenupcial será válida (porque admitida legalmente, alínea a) do número 1 do artigo 1700.º e artigo 2165.º CC) assumindo então a natureza de pacto sucessório, com as consequências jurídicas decorrentes e já mencionadas. Casos curiosos e de abordagem doutrinal são os que utilizam a figura do legado em substituição da legítima inserta em convenção antenupcial com o propósito de fazer um pacto renunciativo da quota

⁷⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Renúncias recíprocas às quotas legítimas através de legados “em substituição da legítima” feitos em convenção antenupcial*, 2016, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf> (23.05.2018), p. 4; e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 127 e 128.

⁸⁰ PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 80; opinião discordante em INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 128 e 129.

legitimária. Concretizando, os nubentes que celebram a convenção antenupcial contendo legados em substituição das legítimas recíprocos, na verdade, atribuem legados incapazes de constituir qualquer benefício relevante em relação à legítima substituída, uma vez que não eram acrescento significativo ao conteúdo das atribuições preferenciais que a lei já reserva aos cônjuges sobreviventes, nomeadamente no artigo 2103.º-A CC (segundo este preceito o cônjuge sobrevivente tem o direito de habitar a casa de morada de família e de usar o respectivo recheio). Exemplificando, dois nubentes celebram uma convenção antenupcial em que escolhem o regime de separação de bens reconhecendo a compropriedade sobre a casa de morada de família. Sobre a sucessão, além de atribuir a quota disponível aos respectivos filhos, inserem legados em substituição das legítimas recíprocos sendo os legados constituídos por metade dos bens móveis usados pelo casal na referida casa e pelo usufruto vitalício da metade que cada um tem na propriedade da mesma habitação, estipulando ainda a caducidade destas cláusulas se a cada outorgante não sobrevivessem descendentes nascidos ou concebidos⁸¹. Assim sendo, os legados previstos apenas adicionavam ao cônjuge sobrevivente o direito de propriedade sobre a metade do outro cônjuge nos bens móveis que compusessem o recheio (em vez de somente o direito de uso) e o usufruto da metade do imóvel pertencente ao outro comproprietário (ao invés do direito de habitação). Todos os aspectos referidos neste caso, detalhando, o regime de separação de bens, a quota disponível dos nubentes em favor dos respectivos filhos, os legados em substituição das legítimas praticamente irrelevantes e a caducidade das cláusulas na possibilidade de não lhes sobreviverem descendentes, demonstram a perseguição do interesse da troncaldade. Resta saber qual a validade destes legados em substituição da legítima que, na verdade, se tratam de pactos sucessórios renunciativos, sendo que estes não são (ou não eram) admitidos no ordenamento jurídico português. Guilherme de Oliveira, em 2016, considerou-os nulos. Como fundamento mobilizou a “fraude à lei”, a utilização de um instrumento lícito com o objectivo de atingir uma finalidade ilícita. Segundo Manuel de Andrade, “são negócios em fraude à lei [...] aqueles que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por

⁸¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Renúncias recíprocas às quotas legitimárias através de legados “em substituição da legítima” feitos em convenção antenupcial*, 2016, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf> (23.05.2018), p. 1.

caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu - aqueles que por essa forma pretendem burlar a lei”⁸².

6. Contrato de doação entre cônjuges

A doação é definida pelo artigo 940.º CC como o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente. Assim, descortinam-se três elementos constitutivos deste tipo de contrato designadamente a atribuição patrimonial geradora de enriquecimento, a diminuição do património do doador e o espírito de liberalidade. Dispõe o artigo 954.º CC que a doação tem como efeitos essenciais a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito, a obrigação de entregar a coisa (quando a doação seja real) e a assunção da obrigação quando for esse o objecto do contrato (quando a doação seja obrigacional)⁸³. As doações entre casados constituem uma modalidade específica de doação regulada nos artigos 1761.º a 1766.º CC, sendo o regime geral da doação aplicado apenas subsidiariamente⁸⁴. A principal especialidade desta modalidade é a livre revogabilidade (artigo 1765.º CC), que pode ser utilizada a todo o tempo e cuja renúncia não é lícita. Outra regra específica consiste na doação de coisas móveis que, ainda que acompanhada da tradição da coisa, deve constar de documento escrito (artigo 1763.º CC). Esta solução colherá fundamento na comunhão de vida entre os cônjuges que causa dificuldades em determinar se a tradição da coisa para o donatário corresponde a um efectivo desapossamento do doador justificando, assim, que não se atribuam os efeitos normais à tradição, exigindo-se a celebração de um documento escrito que garanta a correspondência da tradição com a vontade do doador. O artigo

⁸² *Renúncias recíprocas às quotas legitimárias através de legados “em substituição da legítima” feitos em convenção antenupcial*, 2016, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a-%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf> (23.05.2018), p. 10 e 11.

⁸³ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, vol. III, contratos em especial*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p.158 a 161 e 176 a 178.

⁸⁴ Rita Lobo Xavier questiona a manutenção deste instituto uma vez que “as razões que se opõem à admissão das doações entre cônjuges são as mesmas que explicam a proibição de os cônjuges alterarem o seu regime de bens”. Acrescenta, se tradicionalmente a utilidade das doações entre casados residia no facto dos seus efeitos serem quase sucessórios, esta é menos compreensível uma vez que o cônjuge actualmente é herdeiro legítimo. V. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 204 a 209.

1763.º, n.º 2 CC dispõe que os cônjuges não podem fazer doações recíprocas no mesmo acto. Trata-se de evitar que se estabeleçam condicionamentos à livre revogabilidade das doações⁸⁵. Regulado no artigo seguinte, só podem ser doados bens próprios do doador (n.º 1) sendo que estes não se comunicam seja qual for o regime matrimonial (n.º 2). Com efeito, se a doação entre casados abrangesse bens comuns, eles passariam a constar dos bens próprios do donatário com a possibilidade de voltarem à qualificação de bens comuns através da livre revogabilidade. Esta hipótese causaria incerteza constante relativamente aos bens que integram o património comum dos cônjuges o que prejudicaria manifestamente os seus credores comuns⁸⁶. Nota ainda para as três causas particulares de caducidade das doações entre casados previstas no artigo 1766.º CC: a) falecendo o donatário antes do doador, salvo se esta confirmar a doação nos três meses subsequentes à morte daquele; b) se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, sem prejuízo do disposto em matéria de casamento putativo; e c) ocorrendo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado. Trata-se do reconhecimento que a doação entre casados tem como causa específica a relação de casamento entre o doador e o donatário, pelo que a invalidade ou dissolução do casamento não pode deixar de afectar a doação entre casados⁸⁷.

7. A Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto

A recente Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto alterou os artigos 1700.º e 2168.º CC acrescentando ainda o artigo 1707.º-A para reconhecer a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial. O projecto de lei que originou esta alteração legislativa justificou a sua necessidade mobilizando o argumento da (anterior) impossibilidade de contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário, prejudicando assim os potenciais interesses patrimoniais dos eventuais filhos de casamentos anteriores. O aumento da esperança média de vida bem como a possibilidade de dissolução do matrimónio são as causas apontadas para a cada vez maior frequência destes casos (casamentos em que os

⁸⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, vol. III, contratos em especial*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 203.

⁸⁶ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 201.

⁸⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, vol. III, contratos em especial*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 204.

nubentes têm filhos de ligação anterior), o que causou a desadequação do regime anterior relativamente às dinâmicas sociais que regulava. Tratam-se, portanto, dos mesmos interesses que justificam as normas do artigo 1720.º, n.º1, al. b) e especialmente do artigo 1699.º, n.º 2 ambas do CC, isto é, a protecção dos interesses potenciais patrimoniais de filhos de casamentos anteriores.

O número 1 do artigo 1700.º CC tem agora uma alínea c) permitindo que a convenção antenupcial contenha a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário dos cônjuges, sendo que o número 3 esclarece que a admissão desta cláusula se circunscreve aos casos em que o regime de bens seja o da separação (quer seja convencional quer seja imperativo). Daqui se pode inferir já dois requisitos de validade específicos: a reciprocidade da cláusula renunciante e a celebração do casamento sob o regime da separação de bens. De realçar que apenas se permite esta renúncia em sede de convenção antenupcial. Assim, todas as cláusulas renunciantes de igual finalidade convencionadas fora do âmbito de uma convenção antenupcial serão sancionadas com nulidade por inobservância da forma legal nos termos do artigo 220.º CC. Esta exigência de ordem formal imposta pelo legislador prender-se-á com o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais. Com efeito, fazendo uso da vigência do referido princípio, ao apenas admitir a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário em sede de convenção antenupcial o legislador garante a estabilidade do regime sucessório dos cônjuges desde o início até ao final do matrimónio. Esta estabilidade não ficaria assegurada se fosse admitido clausular a referida renúncia através de um outro instrumento que fosse revogável. Uma eventual severidade desta opção legislativa é mitigada através de determinadas especificidades pertencentes ao regime inserto e que serão abordadas posteriormente. Fazendo a renúncia parte do clausulado de uma convenção antenupcial, esta deve respeitar os requisitos gerais nomeadamente de forma assim como as limitações ao princípio da liberdade sob pena da sua vigência ficar condicionada aos requisitos de aplicação do instituto da redução de negócios jurídicos. Relativamente à exigência de reciprocidade da cláusula renunciante, esta constitui uma manifestação do princípio da igualdade dos cônjuges prevenindo simultaneamente que um nubente faça uso do seu eventual ascendente físico, intelectual ou moral sobre o outro (situação acautelada por várias normas presentes no CC). A respeito do pressuposto do casamento ser celebrado sob o regime da separação de bens, está subjacente a ideia de que não deve a lei juntar por

morte o que a vontade dos cônjuges separou (ou manteve separado) em vida⁸⁸. Tendo em conta a exposição de motivos apresentada no projecto de lei que deu origem às alterações legislativas em análise, será de ponderar se a limitação da possibilidade de renúncia aos casamentos celebrados sob o regime da separação de bens não será demasiadamente restritiva⁸⁹. É oportuno fazer uma avaliação da situação dos interesses patrimoniais eventuais dos descendentes de relações anteriores (correspondente ao âmbito que a Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto pretende proteger) em função dos regimes de bens tipificados. No regime da comunhão de adquiridos, o património próprio dos nubentes mantém a sua qualificação após a celebração do casamento, por isso, as expectativas legítimas dos descendentes em relação ao mesmo não seriam afectadas; o mesmo não acontecerá em relação aos bens adquiridos posteriormente à celebração do casamento, na generalidade estes serão comuns o mesmo acontecendo com os bens adquiridos pelo outro cônjuge no mesmo período. Relativamente a estes bens, os interesses referidos dos descendentes não comuns não se encontrariam protegidos, sendo mais relevante nos casos em que haja uma grande discrepância entre o cônjuge seu progenitor e o cônjuge não seu progenitor (quando o primeiro tenha maior capacidade de ganho). Relativamente ao regime da comunhão geral de bens é inquestionável o seu afastamento uma vez que, nos termos do artigo 1732.º CC, após a celebração do casamento todos os bens presentes e futuros adquirem a qualidade de bens comuns desde que não sejam exceptuados por lei (nomeadamente pelo artigo 1733.º CC). Inclusivamente, a protecção dos interesses patrimoniais eventuais dos descendentes de relações anteriores já se encontra salvaguardada pelo artigo 1699.º CC que, ao verificar-se a existência deste tipo de descendentes, impede que o casamento seja celebrado sob o regime da comunhão geral.

⁸⁸ Ainda que num contexto diferente (discussão sobre se se deveria aplicar o regime sucessório do cônjuge quando o regime de bens que vigorou foi o da separação), R. Capelo de Sousa manifesta-se contra esta ideia argumentando que “há razões públicas imperativas que impõem que o cônjuge sobrevivente, pela própria dignidade da instituição matrimonial, tenha o nível de vida mais próximo possível do que vinha usufruindo durante o casamento”. Acrescenta ainda que existe a possibilidade de recorrer à união de facto (que não tem efeitos sucessórios directos) e que o regime de separação de bens, como regime matrimonial, apenas vale para a vida. V. “Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivente. Do Direito Romano à Actualidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. II*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1022 e 1023.

⁸⁹ Defendendo que a renúncia devia ser permitida qualquer que fosse o regime de bens do casamento, v. MARIA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, *Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projecto de lei n.º 781/XIII*, 2018, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucess%C3%B3rios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf> (15.01.2019), p. 7 a 9.

Em relação às situações em que o regime da separação de bens tenha sido estabelecido por força imperativa da lei, nomeadamente quando esteja em causa casamento contraído por quem tenha completado sessenta anos (artigo 1720.º, n.º1, al. b) CC), a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge constituirá um desincentivo ao casamento-negócio uma vez que, anteriormente à consagração desta possibilidade, quem almejasse contrair casamento por mero interesse económico com quem já tivesse completado sessenta anos não obteria aumento patrimonial em caso de divórcio (o mesmo se passa actualmente), não obteria meação dos bens comuns (estes nem existem, o mesmo se passa actualmente), mas, ocuparia a sua posição sucessória enquanto cônjuge que, como já foi referido, é privilegiada (o que agora pode ser afastado).

No caso de ser convencionada em convenção antenupcial uma renúncia à condição de herdeiro legitimário unilateral (isto é, pretender-se que apenas um dos cônjuges renuncie) a cláusula deve ser considerada nula. Desde logo por violação de disposição legal de carácter imperativo nos termos do artigo 294.º CC. Trata-se também de violação do artigo 36.º, n.º 3 CRP (considerado corolário do estabelecido pelo artigo 13.º, n.º 2), atentando contra o princípio da igualdade dos cônjuges que, inclusive, se encontra também inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigos 16.º e 12.º, respectivamente). Uma situação em que um dos cônjuges renunciou à condição de herdeiro legitimário do outro sem que este tenha feito o mesmo pode ainda ser considerada como ofensiva aos bons costumes. O número 3 do artigo 1700.º CC é bastante peremptório ao determinar que a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge “apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação”. Assim sendo, quando a referida renúncia seja clausulada em sede de convenção antenupcial sem que o regime de bens seja o da separação, não será admissível, pelo que deve ser considerada nula por violação de disposição legal de carácter imperativo nos termos do artigo 294.º CC. De realçar que a lei não exige a existência de filhos de relações anteriores para se poder clausular a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, o que amplia consideravelmente o âmbito de protecção proposto aquando da exposição dos motivos que justificaram a alteração legislativa. Considerando uma situação em que os cônjuges celebram uma convenção antenupcial estabelecendo o regime de bens como o da

separação e renunciando mutuamente à condição de herdeiro legitimário sem que qualquer um deles tenha filhos de uma ligação anterior, pergunta-se: qual o interesse que se visa proteger ao admitir a renúncia referida? Será uma tentativa de maleabilizar o regime sucessório respondendo de forma tímida às críticas expostas pela doutrina há já longos anos? Será que se pretendeu evitar uma eventual (e pouco plausível) discriminação ao não restringir a possibilidade de renúncia em função da existência de filhos de relações anteriores? Poder-se-á colocar em consideração um caso de interpretação extensiva partindo do pressuposto que o legislador consagrou menos do que queria e, desta forma, assumir a existência de descendentes não comuns como requisito adicional? Apesar de constituir uma solução conducente à harmonia entre o âmbito de protecção identificado na exposição de motivos e o regime efectivamente consagrado, a resposta deverá ser negativa. Com efeito, dispõe o artigo 9.º, n.º 2 CC que não pode ser considerado o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. Ora, analisando as normas alteradas ou introduzidas pela Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto é perceptível a opção intencional do legislador por esta solução (com especial ênfase quanto à renúncia condicionada, que será escrutinada posteriormente). Assim sendo, o pensamento legislativo (ainda que expresso noutra local) não poderá ser considerado uma vez que não tem um mínimo de correspondência verbal na lei tendo, pelo contrário, normas que de forma expressa o deformam.

Ainda é merecedor de registo que, ao fazer uso da possibilidade agora admitida, os cônjuges conservam a qualidade de herdeiros legítimos um do outro⁹⁰. Solução adequada uma vez que é no âmbito da sucessão legitimária que o disponente carece de maior liberdade e que carecia de meios para proteger os interesses patrimoniais eventuais dos filhos. Assim, se o disponente quiser afastar totalmente o cônjuge da sua sucessão apenas necessita de o estabelecer em sede testamentária enquanto, se por outro lado, apenas quiser afastá-lo da sucessão legitimária a simples ausência de testamento é suficiente. Ou seja, é o autor da sucessão que tem o ónus de afastar o cônjuge de receber algum benefício da sua quota disponível mediante deixa testamentária.

A Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto consagrou a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial, inserindo no seu

⁹⁰ No projecto de Lei n.º 781/XII que deu origem à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto em apreço, a alínea c) do número 1 do artigo 1700.º CC mencionava “renúncia mútua à condição de herdeiro legal do outro cônjuge” o que implicaria, na ausência da alteração a que se procedeu, que a renúncia abrangeria a qualidade de herdeiro legitimário mas também de herdeiro legítimo.

regime algumas particularidades. Desde logo, o número 2 do artigo 2168.º CC (anteriormente inexistente) que dispõe: “Não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse”. A redução por inoficiosidade é, como foi referido anteriormente, um instituto destinado a defender a integridade da legítima abrangendo portanto quaisquer liberalidades do autor da sucessão, feitas em vida ou por morte. Uma vez que a integridade da legítima é de ordem pública, as normas que regulam a redução por inoficiosidade são imperativas. Portanto, se o autor da sucessão ofender a legítima dos herdeiros legitimários através de liberalidades, estas são consideradas inoficiosas e ficam sujeitas à redução desencadeada por requerimento dos herdeiros legitimários ou dos seus sucessores em tanto quanto for necessário para o preenchimento da legítima (artigos 2168.º e 2169.º CC). De assinalar que o legislador deveria ter alterado outras disposições do CC a fim de garantir a uniformidade do regime. Demonstrando, o artigo 2157.º CC, que estabelece os herdeiros legitimários, ao manter-se inalterado consagra o cônjuge sobrevivente como tal nunca havendo menção à possibilidade da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º. A mesma situação se repete em relação ao artigo 2133.º CC que estabelece a ordem pela qual são chamados os herdeiros para as sucessões legítima e legitimária (esta por remissão legal)⁹¹. O número 2 do artigo 2159.º CC dispõe que “Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais”. Pois bem, nas situações em que há cônjuge sobrevivente que, porém, tenha renunciado à condição de herdeiro legitimário, *Quid Iuris?* Seguindo as regras da interpretação, a lei (em sentido lato) nova terá prevalência sobre a antiga e, portanto, na situação descrita dever-se-á considerar a renúncia calculando a legítima dos descendentes nos termos do número 2 do artigo 2159.º CC apesar de não fazer menção à possibilidade do artigo 1700.º, n.º 1, al. c) CC. Não obstante não oferecer grandes dúvidas interpretativas trata-se de incongruências de resolução fácil e que o legislador não deveria ter deixado de abordar a fim de promover a uniformidade entre as normas do sistema. Com efeito, a inoficiosidade das liberalidades a favor de cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 1700.º CC incide apenas sobre a porção que ultrapassa a parte da herança

⁹¹ Neste sentido, v. MARIA PEREIRA e SOFIA HENRIQUES, *Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projecto de lei n.º 781/XIII*, 2018, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucess%C3%B3rios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf> (15.01.2019), p. 16, 18 e 19.

correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse, sem descurar que é necessário que a legítima dos herdeiros legitimários tenha sido ofendida. Para demonstrar as consequências deste regime, imaginemos o caso em que o autor da sucessão deixou bens a partilhar no valor de 180.000€. Só tendo um filho e uma vez que o cônjuge havia renunciado à condição de herdeiro legitimário, a legítima do filho é de 90.000€ ($180.000€ / 2 = 90.000€$) nos termos do artigo 2159.º, n.º 2 CC sendo a quota disponível os outros 90.000€. Ora, se o autor da sucessão tivesse doado bens no valor de 120.000€ ao cônjuge sobrevivente e desconsiderando para o efeito a norma presente no artigo 2168.º, n.º 2 CC, 30.000€ seriam susceptíveis de ser reduzidos por inoficiosidade ($120.000€ - 90.000€$ [quota disponível] = 30.000€). Tendo em conta a norma desconsiderada anteriormente, é necessário calcular o valor correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse. No caso exemplificativo em apreço, este valor seria de 60.000€ (quota indisponível é $2/3$ de 180.000€ = 120.000€ que a dividir por 2 herdeiros legitimários = 60.000€) nos termos dos artigos 2159.º, n.º 1 e 2139.º, n.º 1 CC. Assim, dos 120.000€ doados, 60.000€ seriam disposição do autor da sucessão da sua quota disponível, outros 60.000€ seriam não inoficiosos (parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse) não havendo lugar à redução por inoficiosidade ao contrário do que aconteceria na ausência do número 2 do artigo 2168.º CC. Este regime pode ser analisado sob dois prismas diferentes. Por um lado, tratar-se-á de uma concessão ao princípio da liberdade das convenções antenupciais e mais especificamente uma (ainda que ligeira) aproximação ao princípio da mutabilidade por oposição ao princípio da imutabilidade das convenções antenupciais consagrado no CC e já referido. Neste aspecto, trata-se da consagração da possibilidade de os cônjuges adaptarem o conteúdo plasmado na convenção antenupcial à sua realidade social. Um exemplo que se evidencia em primeira instância e ilustrativo desta necessidade será quando um dos cônjuges viver com dificuldades económicas; este regime permite que o outro, em vida e/ou por morte, ajude a colmatar as dificuldades através de liberalidades que não poderão ser reduzidas por inoficiosidade até ao valor da herança correspondente à sua legítima caso a renúncia não existisse. Por outro lado, será a consagração de um “direito ao arrependimento”. Cônjuges que tenham convencionado em sede apropriada a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário poderão, ao alterar as suas ideias e perante a presença do princípio da imutabilidade, quase que reverter a decisão inicial. Com efeito, a reversão não poderá ser

total uma vez que o cônjuge sobrevivente não voltará a adquirir o estatuto de herdeiro legitimário, mas, sob a perspectiva meramente patrimonial, terá direito ao valor de que abdicou na convenção antenupcial, por meio de liberalidades (protegidas através deste regime da não inoficiosidade). De salientar ainda que, se a intenção for efectivamente a de utilizar o regime das liberalidades como “direito ao arrependimento”, então estas terão de ser mútuas.

Outra particularidade do regime estabelecido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto prende-se com a instituição da opção de condicionar a renúncia à condição de herdeiro legitimário, disposta no artigo 1707.º-A, n.º 1 CC. Assim reza o referido preceito: “A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca”. Segundo o critério presente no artigo 270.º CC, esta condição⁹² será qualificada como resolutiva considerando que a verificação da condição implica a destruição dos efeitos negociais (neste caso, a renúncia recíproca dos cônjuges à condição de herdeiro legitimário). Segundo o critério da natureza do evento condicionante, é qualificada como condição causal na medida em que o evento condicionante consiste num acontecimento natural ou de terceiro (na hipótese, a sobrevivência ou não de determinados sucessíveis de qualquer classe ou de outras pessoas)⁹³. A ideia subjacente à disposição vai de encontro às finalidades da alteração legislativa, isto é, se a renúncia encontra fundamento na protecção de interesses de descendentes não comuns então, se estes existirem aquando da celebração do casamento e não sobreviverem aos cônjuges o âmbito de protecção no caso concreto fica vazio. Uma vez que, devido ao princípio da

⁹² Denomina-se condição a cláusula acessória de um negócio jurídico pela qual o seu autor faz depender os efeitos daquele, total ou parcialmente, da verificação de um acontecimento ou facto futuro e objectivamente incerto. A condição verdadeira e própria é, portanto, caracterizada pela subordinação da eficácia do negócio a um evento futuro, de carácter incerto e em que a subordinação resulta da vontade das partes e não directamente *ex lege*. Algumas figuras afins que não se integram em rigor na definição exposta são denominadas condições impróprias, como são as condições referidas ao passado ou ao presente, as condições necessárias, as condições legais, as condições impossíveis, as condições supervácuas, as condições perplexas ou a chamada “condição resolutiva tácita”. V. JOÃO CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 222 a 228 e CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 562 e 563.

⁹³ Segundo este critério, as outras qualificações possíveis são condição potestativa e condição mista. A primeira é quando o evento condicionante procede da vontade de uma das partes, a segunda quando o evento condicionante é de carácter misto. Assim, se A condiciona uma doação a B escrever um livro é uma condição potestativa, se A condiciona a doação a B casar é uma condição mista (uma vez que não depende só da vontade de B). V. JOÃO CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 229 e CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 565.

imutabilidade das convenções antenupciais, não é possível retirar a cláusula renunciante o legislador admitiu a possibilidade de esta ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe. De realçar que “sucessíveis de qualquer classe” é mais abrangente do que descendentes, sendo que é aos interesses destes últimos que corresponde o âmbito de protecção a que o legislador se propôs na exposição de motivos, evidenciando-se desde logo um alargamento deste de forma a incluir os interesses eventuais dos ascendentes dos cônjuges. É, no entanto, quando o legislador “abre as portas” e admite que a renúncia seja condicionada à sobrevivência de qualquer pessoa que abre também a possibilidade de desvirtuar o sistema. Quais os interesses que se pretendem proteger ao permitir que se condicione a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário à sobrevivência de um terceiro em nada relacionado com a sucessão legal dos cônjuges? Quais as vantagens de tal permissão? Daqui se pode inferir que a não estipulação da existência de filhos de relações anteriores como requisito de acesso à possibilidade de renúncia não se trata de um lapso do legislador mas antes de uma opção intencional. A parte final da disposição em análise estabelece que não é necessário que a condição seja recíproca. Trata-se de um esclarecimento conveniente do legislador que evita dúvidas interpretativas geradoras de discussão doutrinal. Convém, no entanto, ponderar se não estará presente uma possível admissão à violação do princípio da igualdade dos cônjuges bem como uma potenciação da situação de aproveitamento de um dos nubentes do seu eventual ascendente físico, intelectual ou moral sobre o outro. No primeiro caso terá estado em causa uma ponderação entre o princípio referido considerado a um nível absoluto e a flexibilização de um regime que permita o alargamento da sua adesão por forma a potenciar um dos institutos mais antigos da História, o casamento. Nessa ponderação, terá entendido o legislador que as vantagens trazidas pela flexibilização são justificativas de um ligeira contracção do princípio ou de uma visão não absoluta do mesmo. Fundamentação similar estará também presente no segundo caso, ou seja, as vantagens da flexibilização do regime justificam um possível abuso de um nubente do seu ascendente físico, intelectual ou moral sobre o outro. Por outras palavras, evitar que um nubente utilize o seu ascendente sobre o outro para que a sua renúncia à condição de herdeiro legitimário seja condicionada e que a do outro nubente não o seja através de um regime rígido acarreta mais consequências negativas (menos aplicabilidade do regime e consequentemente menos

casamentos celebrados) do que a situação que serviria para proteger (a vantagem que seria adquirida não é substancial).

O projecto de lei que originou a alteração legislativa em análise propunha que o número 2 do artigo 1707.º-A dispusesse que “o cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à condição de herdeiro legal tem direito de exigir alimentos da herança do falecido”. A versão final estabelece que “a renúncia apenas afecta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte”. A versão inicial poderia induzir erroneamente no sentido de existir um direito a alimentos específico quando houvesse renúncia à condição de herdeiro legitimário. Assim, a letra foi alterada clarificando que o regime de alimentos é o previsto no artigo 2018.º CC e que a renúncia apenas afecta a posição sucessória. Está em causa uma solução congruente com o ordenamento jurídico português, uma vez que o artigo 2020.º CC prevê o direito de exigir alimentos da herança do falecido em situações de união de facto⁹⁴ (aqui com especificidades de regime que justificam a fórmula legal utilizada).

Os números 3 a 10 do artigo 1707.º-A CC estabelecem um regime sobre a casa de morada de família no caso de esta ser propriedade do cônjuge falecido. Também o artigo 2103.º-A CC versa sobre o assunto (para os casos em que não tenha existido renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário) bem como o artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (medidas de protecção das uniões de facto) na redacção da Lei n.º 2/2016 de 29 de Fevereiro (para os casos de união de facto)^{95 96}. Nos termos do artigo 2103.º-A CC, o cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada de família e no direito de uso do respectivo

⁹⁴ Nos termos do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio, a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos. Isto é, as pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação como se fossem casadas não estando ligadas pelo vínculo formal do casamento. De referir que as condições análogas às dos cônjuges impõem a exclusividade da união de facto, não podendo uma pessoa viver em união de facto com mais do que uma outra pessoa. V. PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 55 a 57.

⁹⁵ Sobre a evolução da protecção do unido de facto sobrevivente, em especial a protecção da casa de morada por morte do unido de facto proprietário e sua constitucionalidade à luz do princípio da igualdade, v. SANDRA PASSINHAS, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 242 a 276.

⁹⁶ Os direitos de uso e habitação atribuídos ao cônjuge sobrevivente e ao membro sobrevivente da união de facto são casos especiais, v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 331 e 332.

recheio⁹⁷, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação. Os números seguintes estabelecem a caducidade dos direitos atribuídos se o cônjuge sobrevivente não habitar a casa por prazo superior a um ano e a possibilidade de o tribunal, a pedido dos proprietários, se o considerar justificado impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução. A protecção da casa de morada de família em caso de morte do membro da união de facto proprietário difere em grande medida do regime atrás exposto, sendo que, as disposições do artigo 1707.º-A CC são muito idênticas às que regulam as situações de união de facto. Com efeito, se a casa de morada de família for propriedade do falecido, o cônjuge sobrevivente tem direito a nela permanecer como titular de um direito real de habitação e direito de uso do recheio durante cinco anos. Comparando com o regime descrito anteriormente, é estabelecido um prazo de cinco anos para os direitos de habitação e uso não sendo, no entanto, mencionadas tornas para os co-herdeiros (nem faria sentido fazê-lo uma vez que, tanto na união de facto como no casamento com renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, o valor recebido não pode ser comparado à parte sucessória imperativa e à meação na medida em que estas não existem). No caso da união de facto, se esta houver começado há mais de cinco anos antes do falecimento os direitos referidos são conferidos por tempo igual ao da duração da união⁹⁸. Também previsto no regime da união de facto é o caso de quando a casa de morada de família e o respectivo recheio serem propriedade de ambos os membros ser conferida exclusividade dos direitos mencionados ao membro sobrevivente. O prazo de cinco anos pode ser prorrogado pelo tribunal, a título excepcional e por motivos de equidade. Para os casos de união de facto considera-se, designadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste e a especial carência em que o

⁹⁷ Os direitos de uso e habitação distinguem-se pelo seu objecto, o primeiro pode abranger qualquer coisa alheia enquanto o segundo se refere apenas a casas de morada (artigo 1484.º, n.º 2 CC). A doutrina não é unânime quanto à questão da autonomia dos direitos de uso e habitação em relação ao usufruto. Como refutação dos direitos de uso e habitação constituírem um subtipo do direito de usufruto a doutrina tem invocado as diferenças de regime (que se traduzem no diferente aproveitamento atribuído ao usuário e ao morador usuário), nomeadamente a limitação do poder de fruição pelas necessidades do titular ou da sua família (artigo 1484.º, n.º 1 CC), o confinar a titularidade a pessoas singulares, a proibição de transmissão e de oneração e a funcionalização do uso admitido (no caso do direito de habitação). V. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 675 a 686; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 329, 332 e 333.

⁹⁸ A atribuição dos direitos real de habitação e uso do recheio por tempo igual ao da duração da união de facto, faz com que este regime seja mais favorável do que o previsto para casamentos com renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário nos quais os direitos referidos têm prazo máximo de 5 anos (apenas prorrogável pelo tribunal, situação também prevista para a união de facto). Esta solução beneficia assim situações de união de facto em relação ao casamento.

membro sobrevivente se encontre por qualquer causa enquanto nos casos de casamento com renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo é omitida a referência aos cuidados dispensados. Omissão esta que traduz a diferença entre as realidades em causa, porquanto os cuidados dispensados pelo cônjuge sobrevivente ao *de cujus* ou a familiares deste se enquadram e consomem no âmbito dos deveres dos cônjuges e, portanto, seria desprovido de lógica serem considerados noutra sede. Os direitos real de habitação e de uso do recheio caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a falta de habitação for devida a motivo de força maior (na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio) ou se a razão dessa ausência não lhe for imputável (no artigo 1707.º-A CC). O regime do arrendamento tem consagrada uma norma que partilha a finalidade com as mencionadas. Dispõe o artigo 1072.º, n.º 1 CC que “o arrendatário deve usar efectivamente a coisa para o fim contratado, não deixando de a utilizar por mais de um ano”. O que está em causa é que “o imóvel mantenha um nível de conservação próprio de um uso regular, que implique limpeza, arejamento e funcionalidade dos seus equipamentos”⁹⁹. O número seguinte do artigo em causa consagra situações de não uso que são consideradas lícitas. A primeira das situações elencadas refere os casos de força maior ou de doença. Daqui se pode inferir que a situação de doença não é considerada pelo legislador como sendo um caso de força maior. A segunda situação elencada é referente aos casos em que a ausência seja devida ao cumprimento de deveres militares ou profissionais do próprio, do cônjuge ou de quem viva com o arrendatário em união de facto desde que não perca mais de dois anos. Já a alínea seguinte estabelece a legalidade do não uso pelo arrendatário se a utilização for mantida por quem, tendo direito a usar o locado, o fizesse há mais de um ano. A última possibilidade consagrada foi acrescentada pela Lei n.º 79/2014, de 19 de Dezembro e refere-se à situação de a ausência ser devida à prestação de apoios continuados a pessoas com deficiência com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, incluindo a familiares. Da mesma forma, o legislador também não considera nenhuma destas situações como casos de força maior. O direito real de habitação (juntamente com o de uso nos casos de casamento com renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo) não é conferido ao membro/cônjuge sobrevivente se este tiver casa própria no concelho da casa de morada de família sendo que nos concelhos de Lisboa e Porto são incluídos os concelhos limítrofes. Norma de idêntica disposição regula a transmissão por morte no caso dos arrendamentos

⁹⁹ MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano Anotado*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 28.

para habitação, tanto no regime geral (artigo 1106.º, n.º 4 CC) como no transitório (artigo 57.º, n.º 3 da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro). O fundamento desta solução deverá ser transversal à sua consagração para realidades distintas, o de limitar a transmissão/atribuição do direito sobre a casa de morada de família (quer seja direito real de habitação com ou sem direito de uso sobre o recheio, quer seja arrendamento) excluindo desta as pessoas que tiverem uma alternativa viável de habitação em condições geográficas similares. Não se pretende que um indivíduo, aquando do falecimento do cônjuge/membro da união de facto proprietário da casa de morada de família em Faro tenha de percorrer o país para ir viver para Bragança por ser proprietário de uma casa lá. O que se pretende é evitar a oneração da casa de morada de família quando a pessoa que a iria utilizar tem à sua disposição uma casa no mesmo concelho (em princípio geograficamente próxima que permita manter determinadas condições sociais, nomeadamente o emprego). A interpretação da norma seguindo o seu fundamento impede a sua aplicação nos casos em que o proprietário do imóvel (não de morada de família) não o possa habitar por alguma razão, designadamente, por este se encontrar arrendado, ou sobre ele incidir um direito real de gozo ou apenas por se encontrar de tal forma degradado que não reúne condições de habitabilidade¹⁰⁰. Uma vez esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o cônjuge/membro sobrevivente tem o direito a permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais de mercado tendo o direito de permanecer no local até à celebração do respectivo contrato. Fica, no entanto, salvaguardado o caso de os proprietários satisfazerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação pelos senhorios, com as devidas adaptações (artigos 1101.º e seguintes CC). Na possibilidade de não se conseguir chegar a um acordo sobre as condições do contrato de arrendamento o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados. Tanto o membro da união de facto como o cônjuge sobrevivente têm direito de preferência em caso de alienação do imóvel durante o tempo em que o habitarem a qualquer título, isto é, quer habitem o imóvel com base no direito real de habitação, quer seja nos termos do contrato de arrendamento. Especial relevo deve ser atribuído aos casos de direito real de habitação e arrendamentos que ainda não tenham passado os três anos de duração, na medida em que os arrendatários que tenham o local arrendado há mais de três anos já possuem direito de preferência em caso de alienação nos termos do artigo 1091.º,

¹⁰⁰ MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano Anotado*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 83.

n.º 1, al. a) CC. Aspecto exclusivo do regime regulador da casa de morada de família nos casos de falecimento do cônjuge proprietário desta, tendo o casamento sido celebrado com renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário é a hipótese de o cônjuge sobrevivente já ter completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão. Nesta situação, o direito real de habitação é vitalício.

Capelo de Sousa, em 2009, manifestou-se em desacordo com quem entendia que, *de iure constituendo*, o cônjuge casado no regime de separação de bens não devia gozar do já referido regime sucessório sendo que o argumento utilizado era o de respeitar por morte a vontade dos cônjuges que quiseram em vida uma separação de patrimónios. Para fundamentar o seu desacordo, Capelo de Sousa¹⁰¹ mobilizou em primeiro lugar a existência de razões públicas imperativas que impunham que o cônjuge sobrevivente, pela própria dignidade da instituição matrimonial, tivesse o nível de vida mais próximo possível do que vinha usufruindo durante o casamento. Complementou ao considerar como sendo suficiente o sofrimento pela morte do outro cônjuge com quem teve uma relação presumidamente sólida e profícua, para ainda ver entrar pela porta da casa de morada de família reivindicantes que não tiveram a ligação humana que existiu entre estes cônjuges. De seguida, o referido autor lembrou que ninguém é obrigado a casar podendo recorrer à união de facto que tem sido objecto de ampla protecção legal e que não tem efeitos sucessórios directos. Como argumento, foi ainda mobilizado que o sentido próprio do regime matrimonial de bens (onde se inclui o da separação de bens) é o de apenas valer para a vida constituindo a questão sucessória um problema diferente. Capelo de Sousa utilizou ainda o argumento de, como princípio geral, ninguém pode em vida e por contrato (nomeadamente por convenção antenupcial estipuladora do regime de separação de bens) renunciar à herança de uma pessoa viva ou dispor da sua própria sucessão, levando o autor a concluir que não havia entre nós, em relação aos efeitos sucessórios, casamentos de primeira e de segunda classe. Ora, a Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto veio dar a possibilidade de os cônjuges renunciarem reciprocamente à condição de herdeiro legitimário em convenção antenupcial, não excluindo de forma automática a aplicação do regime sucessório do cônjuge quando o casamento tenha sido celebrado sob o regime da separação de bens.

¹⁰¹ “Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivente. Do Direito Romano à Actualidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. II*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1022 a 1024.

Tendo como ponto de partida o último argumento mencionado por Capelo de Sousa (como princípio geral, impedimento de renunciar à herança de uma pessoa viva), a Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto veio alterar a configuração sobre a qual o autor escrevia fazendo “renascer o regime dos pactos renunciativos”¹⁰². Guilherme de Oliveira, em comentário ao projecto de lei que deu origem à alteração legislativa em análise, aborda esta questão dos pactos renunciativos¹⁰³. No âmbito da ponderação que faz dos aspectos a favor e em desfavor da alteração, os pactos renunciativos começam por ser contabilizados (de forma ténue) a favor da alteração por se ter alterado o modo de encarar os pactos sucessórios (onde se inserem os renunciativos), considerado um “tabu” do direito das sucessões. Na contabilização dos aspectos em desfavor da alteração, estes pactos aparecem em duas considerações diferentes. Por um lado, parte-se da ideia de que o projecto (e, agora, a Lei) quer dar satisfação a um interesse conhecido desde sempre, o direito de “troncalidade”; ora, se quando a riqueza estava na exploração agro-pecuária cuja dispersão tinha consequências ruinosas não se admitiam aqueles pactos, então numa época em que a riqueza assenta em larga medida em valores mobiliários, formação profissional e capacidade de ganho (que torna menos grave a dispersão de bens) menos se entende a alteração legislativa que prossegue o objectivo de impedir esta dispersão de bens. Por outro lado, é refutada a ideia de favorecimento dos casamentos ao admitir os pactos renunciativos uma vez que (na linha do que argumentava Capelo de Sousa), existe a alternativa legalmente reconhecida da união de facto e, ainda, a dissolução por divórcio (relativamente facilitada) quando um cônjuge entenda que se justifica a eliminação da posição sucessória do outro (nos casos em que não se chegue a preencher uma das causas de deserdação, artigo 2166.º CC). Outras considerações a favor da alteração mencionadas¹⁰⁴ por Guilherme de Oliveira são (1) o prosseguimento da tendência contemporânea para a privatização do direito da família e das sucessões (redução das normas imperativas, reconhecimento da diversidade dos interesses e das soluções); (2) o

¹⁰² Expressão utilizada por Guilherme de Oliveira em *Notas sobre o projecto de Lei n.º 781/XII*, 2018, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-relu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf> (20.12.2018), p. 7.

¹⁰³ *Notas sobre o projecto de Lei n.º 781/XII*, 2018, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-relu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf> (20.12.2018), p. 5 e 7.

¹⁰⁴ *Notas sobre o projecto de Lei n.º 781/XII*, 2018, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-relu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf> (20.12.2018), p. 3 a 5.

prosseguimento da tendência para a despatrimonialização do casamento e da vida familiar; e (3) a menor duração dos casamentos e a facilidade e frequência dos divórcios têm provocado uma erosão da estabilidade familiar, ganhando visibilidade e importância as aspirações de protecção dos filhos em detrimento da posição jurídica dos cônjuges. Como pontos considerados pelo autor em desfavor da alteração¹⁰⁵ e que ainda não foram mencionados, destacam-se (1) a falta de fundamentação e ponderação do impacto da alteração; (2) o teor das alterações não mostra a pré-existência de filhos de qualquer dos nubentes (cujos interesses se pretendia alegadamente proteger) como condição para aceder ao novo regime o que, juntamente com a regulação do condicionamento da renúncia induzem o autor (que assim oferece uma resposta a uma das questões colocadas anteriormente) a concluir que o objectivo fundamental da alteração legislativa foi o de reforçar o regime da separação de bens; (3) se há uma grande frequência e facilidade de dissolução do casamento por divórcio, o que está em causa é a posição sucessória do cônjuge sobrevivente, este que esteve ao lado do falecido no momento da morte e não dos que encarou o casamento com leviandade; (4) a alteração legislativa acaba por constituir uma permissão a um regresso na posição do cônjuge sobrevivente o que se traduz numa alteração radical (que o projecto de lei declarava não pretender fazer). Guilherme de Oliveira, antes de sugerir alternativas ao projecto de lei objecto do seu comentário¹⁰⁶, considerou que seria muito mais conveniente e oportuna uma reforma mais ampla do sistema sucessório em detrimento da adopção de soluções pontuais com alcance maior do que parece.

8. Considerações finais

O cônjuge sobrevivente é considerado um sucessível legitimário privilegiado. A sua posição sucessória é agora, posteriormente à Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto, susceptível de ser fragilizada através da renúncia recíproca dos cônjuges à condição de herdeiro legitimário. É no âmbito da sucessão legitimária que se evidencia o cariz proteccionista da família no sistema sucessório português, o que se traduz numa maior ausência de liberdade do autor da sucessão. Foi precisamente neste âmbito que o legislador actuou permitindo

¹⁰⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Notas sobre o projecto de Lei n.º 781/XII*, 2018, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf> (20.12.2018), p. 5 a 8.

¹⁰⁶ V. *Notas sobre o projecto de Lei n.º 781/XII*, 2018, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf> (20.12.2018), p. 8 a 10.

que os cônjuges se afastem mutuamente da sucessão legitimária. Desta forma, passaram a ser admitidos os pactos sucessórios renunciativos entre cônjuges.

A reforma do Código Civil de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) reforçou a posição sucessória do cônjuge (passou-o para a primeira e segunda classes sucessórias nas sucessões legítima e legitimária; estabeleceu que a sua parte nunca seria inferior a um quarto da herança em relação a descendentes e a dois terços em relação a ascendentes; não o incluiu na lista dos herdeiros legitimários obrigados à colação). Neste contexto, a Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto constitui uma permissão a um regresso. A posição sucessória do cônjuge é, portanto, susceptível de ser alterada de forma radical através de uma cláusula inserta em convenção antenupcial, uma vez que de sucessível legitimário (dotado da protecção que este estatuto confere) passa para apenas sucessível legítimo cuja protecção se traduz apenas num regime de não inoficiosidade de liberalidades (limitado quanto ao valor), e num regime sobre a casa de morada de família (menos vantajoso que o mesmo regime referente à união de facto) não sendo prejudicado o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente.

Tendo em conta a facilidade (que também tem implicações relativamente à frequência) da dissolução do casamento por divórcio, é bastante criticável a possibilidade de enfraquecer a posição sucessória de quem se manteve em casamento, presumidamente respeitando os deveres mútuos inerentes, até à morte do seu cônjuge.

Quem quisesse casar sem que o cônjuge adquirisse o estatuto de herdeiro legitimário podia sempre recorrer à situação legalmente reconhecida e protegida da união de facto, na qual os membros vivem em condições análogas às dos cônjuges mas não estão ligados pelo vínculo formal do casamento, sendo que não tem efeitos sucessórios directos. Existindo esta alternativa, não é compreensível a consagração da possibilidade de uma desprotecção considerável do cônjuge sobrevivente como forma de atingir um fim que já era atingível através de outro meio (exceptuando o referido vínculo formal do casamento).

Mostra-se necessária uma reflexão profunda sobre o sistema sucessório português de forma a ponderar uma reforma mais ampla do mesmo. A sociedade actual, e em especial o núcleo familiar, difere em grande medida da que se verificava em 1977, data da última reforma. O direito sucessório, ao ter-se mantido praticamente inalterado, não

acompanhou a realidade que regula. O legislador, através da Lei n.º 48/2018, de 14 de Agosto, prosseguindo tendências contemporâneas para a privatização do direito da família e das sucessões bem como para a despatrimonialização do casamento, acabou por realizar uma tentativa. No entanto, uma solução apenas pontual como a analisada constituiu uma mudança significativa em temas fundamentais do direito sucessório vigente, designadamente a sucessão legitimária, a admissibilidade dos pactos sucessórios renunciativos e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente. Seria preferível uma análise transversal de todo o sistema sucessório, de maneira a que uma eventual reforma do mesmo o adequasse eficazmente à realidade que regula, quer se traduzisse em soluções mais radicais (por exemplo a eliminação da sucessão legitimária) quer se traduzisse em soluções mais de reajustamento (por exemplo a redução da quota legitimária, ou a inclusão de causas geradoras de incapacidade por indignidade ou de deserdação que tivessem em conta a família numa aceção não formal). Seria importante que a eventual reforma do sistema sucessório, ponderada a um nível global, garantisse a coerência e uniformidade das soluções oferecidas, respeitasse os princípios fundamentais e fosse ajustada aos casos da vida quotidiana que pretende solucionar.

Bibliografia

ALBERTO VIEIRA, José – *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2016.

ARAÚJO DIAS, Cristina (coord.) – *Código Civil Anotado, Livro V: Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2018.

ARAÚJO DIAS, Cristina – *Lições de Direito das Sucessões*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.^a edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.^a edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath – “Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. Do Direito Romano à Actualidade”, Boletim da Faculdade de Direito, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. – *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a edição revista e actualizada, Quid Juris, Lisboa, 2012.

CASTRO MENDES, João – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1979.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012.

DUARTE PINHEIRO, Jorge – *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.^a edição, AAFDL, Lisboa, 2015.

FRANÇA PITÃO, José António De – *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, 4.^a edição revista actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2005.

GALVÃO TELLES, Inocêncio – *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

GALVÃO TELLES, Inocêncio – *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

GONÇALVES DE PROENÇA, José João – *Natureza Jurídica da “Legítima”*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010.

HARRIS, Virgil M. – *The Importance of the Last Will and Testament*, 1908.

HENRIQUES, Sofia – *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

LEITE DE CAMPOS, Diogo – *O Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivo*.

LOBO XAVIER, M. Rita Aranha da Gama – *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais Entre os Cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de – *Direito das Obrigações*, Vol. III *Contratos em Especial*, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de – *Direitos Reais*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda – *Maiores Acompanhados*, Gestlegal, Coimbra, 2018.

MOTA PINTO, Carlos Alberto – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

NAPPA, Stefano – *La Successione necessaria*, CEDAM, 1999.

OLINDA GARCIA, Maria – *Arrendamento Urbano Anotado*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

OLIVEIRA, Guilherme De – *Renúncias Recíprocas às quotas legitimárias através de legados “em substituição da legítima” feitos em convenção antenupcial*, Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme De – *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)*, 2018.

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

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

PEREIRA COELHO, Francisco e OLIVEIRA, Guilherme De – *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PEREIRA, Maria e HENRIQUES, Sofia – *Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projecto de lei n.º 781/XIII*, 2018.

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

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Maio de 2018 (Processo: 2341/13.8TBFUN.L1.S1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Janeiro de 2015 (Processo: 317/11.9YRLSB.S1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Janeiro de 2010 (Processo: 104/07.9TBAMR.S1)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Janeiro de 2003 (Processo: 02B4124)