

AS POTENCIALIDADES DA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL NUMA ÓTICA DE PLANEAMENTO SUCESSÓRIO

DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS

Resumo: neste texto procuro analisar a relevância da convenção antenupcial numa ótica de planeamento sucessório. Trata-se de uma questão que ganhou nova atualidade, com a recente introdução da renúncia recíproca à qualidade de herdeiro legítimo, através da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, a ser realizada na convenção antenupcial. Abordo a questão fazendo uma “visita” panorâmica pelo regime legal em causa, como se explicasse ao cidadão comum a relevância da convenção antenupcial para o planeamento da sua sucessão. No caminho percorrido analisado, numa perspetiva crítica, os instrumentos tradicionais e os novos instrumentos de planeamento sucessório inseridos nessa convenção.

Palavras-chave: planeamento sucessório; convenção antenupcial; renúncia à qualidade de herdeiro legítimo; pactos sucessórios; transmissão da riqueza imobiliária.

1. CONSIDERANDOS INTRODUTÓRIOS: CONVENÇÃO ANTENUPCIAL E PLANEAMENTO SUCESSÓRIO

Para o cidadão comum (*cidadão X*), detentor de um património com alguma dimensão, a sua transmissão para a geração seguinte, de uma forma adequada e eficaz, constitui sempre motivo de preocupação. A este cidadão não importam as especulações dos juristas, nem as separações realizadas pela dogmática jurídica, que divide o Direito, nomeadamente civil, em vários ramos, mas somente a resolução do problema que o ocupa: determinar a melhor forma de planear a transmissão do seu património e identificar a relevância da convenção antenupcial nesse processo.

Apesar de, para os juristas, haver uma separação clara entre o Direito da Família e o Direito Sucessório — nem que seja pela existência de uma liberdade de disposição por morte, que pode ser exercida em benefício de outras pessoas que não os familiares do *de cuius* —, não será difícil apreender a facilidade com que ambos se cruzam, tendo em conta que a proteção da família constitui um dos princípios que caracterizam — em maior ou menor medida — qualquer sistema sucessório. Esta ligação entre os ramos do direito

* Não quis deixar de participar neste número dedicado ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira, expressando a minha enorme admiração pelo autor e pela sua obra.

em causa torna-se particularmente clara no âmbito do Direito Patrimonial da Família e no terreno das convenções antenupciais¹.

Por isso, será importante esclarecer o *cidadão X* de que a convenção antenupcial constitui um instrumento particularmente relevante de planeamento sucessório². Intuitiva será a sua reação, no entanto, ao saber que não pode fazer uma convenção pós-nupcial no direito português: uma reação de espanto, seguramente, em particular se se tiver em conta que a vontade de proceder a um planeamento sucessório pode surgir, e provavelmente surgirá, num momento posterior ao casamento³. Deverá o *cidadão X* divorciar-se e voltar a casar com a mesma pessoa, para poder realizar tal convenção? Solução que não lhe agradaria, seguramente, se tivesse de esperar 180 ou 300 dias para se casar novamente⁴. No entanto, “mudam-se os tempos e multiplicam-se os casamentos”, visto que o prazo internupcial foi finalmente abolido, podendo, agora, o *cidadão X* divorciar-se e voltar a casar com a mesma pessoa no dia seguinte⁵. Assim, a convenção pós-nupcial pode facilmente “converter-se” numa convenção antenupcial, possibilidade que permite questionar seriamente o atual regime legal. O mesmo se diga no que se refere à possibilidade de alteração do regime de bens, apesar de a lei consagrar a sua imutabilidade, como veremos adiante. Ganha a liberdade com o fim deste prazo e alargam-se, de certa forma, as próprias possibilidades de planeamento sucessório.

Ainda a propósito do alargamento dessas possibilidades, já se pode antever a curiosidade deste *cidadão X*, no que se refere à possibilidade, tão noticiada, recentemente, nos meios de comunicação social, de “casar sem herdar”. Torna-se, por isso, incontornável, uma referência à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que introduziu entre nós a renúncia recíproca à qualidade de herdeiro legítimo, feita pelos esposados.

¹ Não será, por isso, motivo de espanto, que, na nossa doutrina, Diogo Leite de Campos defenda o estudo da sucessão *mortis causa* no âmbito do estatuto patrimonial da família, embora se trate uma posição que me suscita algumas reservas (cfr. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 8).

² A expressão “planeamento sucessório” foi recentemente utilizada por Rita Lobo Xavier, numa monografia intitulada *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora Porto, 2016. Neste estudo, a autora analisa o problema numa perspetiva mais ampla, não se limitando ao estudo da relevância da convenção antenupcial nesse âmbito.

³ As convenções pós-nupciais são admitidas no Código Civil de Macau (artigo 1566.º). Trata-se de uma solução que, na minha opinião, deveria ser seguida pelo legislador português como já tive ocasião de defender em *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Príncipia, 2016, p. 457; posição reiterada em “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, *Revista de Direito Comercial*, 2, 2018, pp. 989-1117, disponível em www.revistadedireitocomercial.pt, em particular, cfr. p. 1091.

⁴ Era este o prazo internupcial, consoante se tratasse de homem ou mulher, respetivamente (artigo 1605.º/1, agora revogado).

⁵ A revogação do prazo internupcial foi levada a cabo pela Lei n.º 85/2019, de 3 de setembro, que entrou em vigor a 1 de outubro de 2019.

Será, igualmente, importante e interessante levar o *cidadão X* numa visita guiada pelas figuras tradicionalmente admitidas na convenção antenupcial, com a ressalva, no entanto, de que algumas delas são “peças de museu”, ou seja, curiosidades de outros tempos. Eis os quadros desta “exposição”, ao longo da qual o *cidadão X* procurará uma resposta para o seu problema de saber de que forma poderá planejar a sua sucessão.

2. OS INSTRUMENTOS TRADICIONAIS DE PLANEAMENTO SUCESSÓRIO NA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

Ao entrar nesta “exposição” é importante informar o *cidadão X* de que as convenções antenupciais são regidas por dois princípios: o princípio da liberdade (artigo 1698.º) e o princípio da imutabilidade (artigo 1714.º)⁶. De acordo com o primeiro destes princípios, o regime de bens não pode ser alterado depois da celebração do casamento; sistema rígido, cuja superação tem sido proposta na nossa doutrina, em moldes diversos⁷.

De acordo com o princípio da liberdade, os esposados podem fixar livremente o regime de bens do casamento, escolhendo um dos regimes tipificados na lei, ou estipulando o que lhes aprouver a esse respeito, dentro dos limites da lei. De facto, em primeira linha, a convenção serve para a determinação do regime de bens (titularidade dos bens, liquidação e partilha do património comum). Uma leitura precipitada dos limites à liberdade de convenção antenupcial poderia desmoralizar quem se ocupa das suas potencialidades sucessórias, visto que resulta do artigo 1699.º/1/a) que não pode ser objeto de convenção antenupcial “a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro”; no entanto, acrescenta-se, “salvo o disposto nos artigos seguintes”. E o que se encontra disposto nos artigos seguintes é um “mundo”, ao ponto de se poder duvidar da própria limitação resultante do preceito. Na realidade, a convenção antenupcial é um campo privilegiado de planeamento sucessório, embora limitado a um período anterior ao casamento. De todo o modo, a proibição de pactos sucessórios institutivos, renunciativos e dispositivos resulta do artigo 2028.º/2, ficando, assim, vincado o carácter excepcional daqueles que são admitidos na nossa ordem jurídica na própria convenção antenupcial.

Pergunta o *cidadão X* se é verdade que, quando morrer, o seu cônjuge terá direito a metade da sua herança, sendo o restante dividido pelos seus filhos. A resposta será negativa, obviamente, como lhe aponto, atendendo ao princípio da divisão por cabeça — artigos 2136.º e 2139.º/1 *ex vi* do artigo

⁶ Todos em preceitos referidos sem qualquer indicação em contrário pertencem ao Código Civil português.

⁷ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo*, 6.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 425-426.

2157.º, apesar de a quota do cônjuge não poder ser inferior a $\frac{1}{4}$ quando concorre à herança com mais de três filhos —, embora se depreenda da pergunta que este *cidadão* estará, talvez, a pensar que, nos regimes de comunhão, antes de proceder ao cálculo da herança é necessário realizar a partilha dos bens comuns do casal, visto que se trata de “dois bolos diferentes”, por assim dizer. Por isso é muito importante escolher o regime de bens adequado à situação patrimonial deste *cidadão*, já que a escolha desse regime tem uma influência direta no que se refere ao valor total da herança. Talvez pretenda um regime de separação, visto que já tem filhos anteriores ao casamento, que quer salvaguardar, ou, pelo contrário, talvez queira escolher um regime de comunhão geral de bens, procurando beneficiar o seu cônjuge, cuja situação patrimonial não é tão vantajosa quanto a sua. Inúmeras escolhas e diversas combinações possíveis, sendo certo que a própria fixação do regime de bens, embora não se traduza numa regulamentação da sucessão, pode ter uma intenção sucessória por detrás⁸. De qualquer forma, apesar desta ligação, não resisto a comentar com o *cidadão X* que não me pareceria uma boa solução alterar a lei, fazendo depender, automaticamente, a extensão dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente do regime de bens convencionado pelos nubentes.

Acrescento, ainda, que, se o *cidadão X* já tem filhos anteriores ao casamento, não poderá escolher o regime da comunhão geral de bens, porque existe uma limitação à liberdade de convenção antenupcial neste âmbito. De facto, o artigo 1699.º/2 determina que, se os esposados tiverem filhos, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens que são próprios no regime da comunhão de adquiridos. Também este preceito aponta, claramente, para uma finalidade sucessória de proteção dos filhos, já existentes, dos nubentes, mostrando que, se os direitos sucessórios não dependem automaticamente do regime de bens, não deixa de haver uma ligação entre ambas as realidades.

A doutrina portuguesa tem defendido uma interpretação restritiva deste preceito, excluindo do seu âmbito de aplicação a situação em que os filhos anteriores ao casamento são filhos comuns do casal. Trata-se de uma interpretação de que discordo, salvo o devido respeito, por entender que, também nesse caso, a estipulação do regime da comunhão geral de bens, ou da comunicabilidade dos bens referidos no artigo 1722.º/1, poderá vir a prejudicar tais filhos: basta que o cônjuge sobrevivente daquela união volte a casar-se em segundas núpcias, tendo em conta a posição do cônjuge como herdeiro legítimo desde 1977⁹. Mas com esta interpretação restringe-se a liberdade dos esposados, diz o *cidadão X*. Respondo que, ainda que assim seja, pro-

⁸ De facto, a mera intenção sucessória não permite concluir pela inserção de uma atribuição patrimonial no fenómeno sucessório, em particular quando não se trata de uma atribuição *mortis causa* (cfr. Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Princípia, 2016, pp. 490-493).

⁹ Sobre a posição contrária, cfr. Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, Vol. I — Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da

tegem-se os filhos do casal, respeitando-se a finalidade pretendida com semelhante regime legal.

Mas legítima será ainda a questão por parte deste *cidadão* de saber se a divisão dos bens comuns é feita sendo atribuída metade a cada um dos cônjuges ou se se procede a uma divisão tendo em conta os bens que cada um deles levou para o casamento. Neste ponto, dir-lhe-ei que, embora nos regimes típicos de comunhão — comunhão de adquiridos e comunhão geral de bens — a regra seja a de que os cônjuges participam pela metade no ativo e no passivo da comunhão (artigo 1730.º/1), esta regra pode ser afastada se estiver em causa um regime de comunhão totalmente novo. No entanto, a exclusão da regra da meação tem de ser justificada, tendo em conta o princípio da igualdade entre os cônjuges (artigo 1671.º/1)¹⁰. Trata-se de um aspeto que pode ter o seu interesse no âmbito do planeamento da sucessão do *cidadão X*, se o casamento se dissolver por morte.

Ainda a propósito da divisão do património, é interessante apontar a possibilidade, resultante do artigo 1719.º, de os esposados determinarem que a partilha se faça segundo o regime da comunhão geral, no caso em que a dissolução do casamento se verifica por morte de um dos cônjuges, independentemente do regime de bens escolhido, quando existam descendentes comuns do casal. Explico ao *cidadão X* que o propósito histórico deste tipo de cláusulas, na vigência do anterior Código Civil, era evitar que os bens provenientes do tronco familiar de um dos cônjuges fossem atribuídos ao cônjuge sobrevivente, se não existissem descendentes comuns, pois ficaria posta em causa a permanência de tais bens nesse mesmo tronco — pelo contrário, a existência de tais descendentes comuns garantiria sempre uma lógica de troncalidade. Mas, hoje, mais do que assegurar tal troncalidade — ideia que perdeu força ao longo dos anos — a partilha dos bens comuns do casal de acordo com as regras da comunhão geral de bens seria uma forma de assegurar uma proteção superior ao cônjuge sobrevivente, perante a existência de filhos comuns, para além daquela que a lei lhe confere, com a vantagem de não estar em causa uma doação, mas uma atribuição patrimonial exterior à sucessão e não contabilizada para efeitos de cálculo da herança. Dois aspetos contribuem, assim, para salientar a importância deste mecanismo numa perspetiva sucessória: por um lado, a ideia de que a escolha de qualquer regime de comunhão implica uma liberalidade entre nubentes, ainda que numa perspetiva meramente substancial; por outro, a ideia de que, neste caso, tais liberalidades se verificam *mortis causa*¹¹.

Universidade de Coimbra, 2016, p. 575; bem como, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo*, pp. 390-393, com extensa exemplificação.

¹⁰ Neste sentido, cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 523-525. Em sentido contrário, Jorge Duarte Pinheiro sustenta o caráter imperativo da regra da meação para todos os regimes de bens (cfr. *O Direito da Família contemporâneo*, cit., p. 466).

¹¹ Cfr. Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 331-340.

Ainda a propósito deste regime legal, seria curioso apontar ao *cidadão X* a coerência da nossa lei, ao permitir a partilha de acordo com as regras da comunhão geral se os filhos comuns nascerem após o casamento (artigo 1719.º), ao mesmo tempo que veda a escolha de tal regime de bens se os filhos, comuns ou não, nascerem antes do casamento (artigo 1699.º/2), por se pretender, neste segundo caso, minimizar as consequências de um matrimónio dos progenitores para tais filhos, no que se refere aos seus direitos sucessórios, tendo em conta a qualidade de sucessível legitimário do cônjuge.

Sabendo que a convenção antenupcial não se limita à escolha do regime de bens, direi ao *cidadão X* que, de acordo com aquela que é uma tradição já antiga na matéria, esta convenção surge como um campo de exceção no que se refere à proibição de pactos sucessórios, herdada do direito romano¹². Por isso, e com vista ao favorecimento matrimonial, nela são admitidas as doações para casamento feitas por um terceiro em benefício dos esposados ou por um destes em benefício do outro (artigo 1700.º/1/a)). Excepcionalmente, tais doações podem operar no momento da morte do doador (artigo 1754.º), na medida em que as doações por morte são, em geral, nulas (artigo 946.º/1). No entanto, mesmo tais doações nulas se podem converter em deixas testamentárias, desde que respeitadas as formalidades do testamento (artigo 946.º/2).

O *cidadão X* não esconde a sua perplexidade ao aperceber-se de que as doações por morte também podem ser feitas na convenção antenupcial pelos esposados e em benefício de terceiro (artigo 1700.º/1/b)). É que quem se pretende casar são os esposados e não o terceiro, por isso, como poderia tal doação favorecer um matrimónio? Explico-lhe que, numa curiosa inversão lógica, um assento do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1927 admitiu ainda que as doações “para casamento” pudessem ser feitas pelos esposados em benefício de um terceiro, numa cláusula da convenção antenupcial em que estes renunciavam reciprocamente à condição de herdeiros legítimos um do outro¹³. Para uns, este assento surgiu como um marco de um período de maior abertura aos pactos sucessórios, embora a solução tenha sido criticada, por outros, por ser claramente *contra legem*, visto que uma doação “para casamento” teria de ser feita, logicamente, em benefício dos esposados, caso contrário cairia na proibição de doações por morte do artigo 1457.º do Código de Seabra¹⁴. Foi na sequência da doutrina deste

¹² Sobre a evolução histórica desta proibição em Portugal, cfr. Guilherme Braga da Cruz, “Os Pactos Sucessórios na História do Direito Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LX, 1965, p. 93 e ss..

¹³ Cfr. *Rev. Trib.*, ano 46.º, p. 115. Neste assento, o Supremo Tribunal de Justiça fixou a seguinte doutrina: “são válidas genericamente as convenções conjugais em que se estipule o destino a dar aos bens do casal depois de dissolvido o matrimónio, contanto que não se altere a sucessão dos herdeiros legítimos”.

¹⁴ No primeiro sentido referido, cfr. Guilherme Braga da Cruz “Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojecto dum capítulo do novo Código Civil. Articulado e exposição de motivos”, *BMJ*, 63, 1957, p. 23 e ss, em particular, pp. 83-88. O autor, aliás, debateu-se

assento que o nosso Código Civil consagrou a possibilidade de serem feitas doações por morte na convenção antenupcial, por qualquer dos esposados, em benefício de terceiro assim explicada por Braga da Cruz, autor do respetivo anteprojecto:

“Compreende-se bem, aliás, a estreita ligação que pode haver entre a celebração dum casamento e a estipulação de doações ou deixas em favor de terceiros. Quem vai contrair casamento pode ter interesse em deixar definida a situação sucessória dum parente ou dum estranho a quem se sinta moralmente obrigado a assegurar um futuro estável e desafogado. O casamento é uma fonte de novas afeições, de novos encargos económicos e de novas obrigações morais, que podem facilmente deixar na penumbra as afeições, os encargos ou as obrigações morais anteriores. Só é louvável, por isso mesmo, que os esposados quieram efetuar as doações ou deixas, a que se sentem moralmente obrigados, antes de novas dificuldades surgirem nesse sentido”¹⁵.

As exceções à proibição de pactos sucessórios que foram referidas têm hoje pouca expressão estatística, motivo pelo qual disse ao *cidadão X* que alguns dos quadros da exposição a que o levaria constituem “peças de museu”¹⁶. As doações por morte admitidas assumiam uma função sucessória, que foi questionada, a partir do momento em que o cônjuge passou a ser herdeiro legitimário, com a reforma de 1977¹⁷. Na realidade, no âmbito de uma regulamentação sucessória através de contrato é a partilha em vida que assume, hoje, uma função central no nosso Direito Sucessório¹⁸.

A convenção antenupcial também pode conter disposições testamentárias dos esposados em benefício de terceiro, visto que a proposta de doação por morte realizada na convenção antenupcial se converte em deixa testamentária se o donatário não intervier no ato como aceitante (artigo 1704.º). Quer neste caso, quer no caso de se tratar de uma doação, por ter havido aceitação por parte do donatário, os esposados podem estipular a corresponsabilidade das suas disposições, se ambos pretenderem beneficiar terceiros (artigo 1706.º). Deste modo, tais disposições ficarão ligadas por uma relação de dependência, pois cada uma delas é feita em função da existência da outra.

por um alargamento do âmbito dos pactos sucessórios permitidos nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966.

¹⁵ Braga da Cruz, *ib.*, *ibid.*, pp. 95-96.

¹⁶ Cfr. Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 23-27.

¹⁷ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges*, cit., pp. 100 e 208.

¹⁸ Cfr. Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 415-416. A partilha em vida surge como um instrumento fundamental de planeamento sucessório. No entanto, o seu estudo não cai no âmbito deste trabalho. Sobre este instituto, cfr. Daniel Morais, *Doações em vida com finalidades sucessórias*, Cascais, Príncipia, 2017, p. 93 e ss..

Consequentemente, a partir do momento em que uma delas produza os seus efeitos, a outra já não pode ser revogada ou alterada, a não ser que o beneficiário da primeira a ela renuncie, restituindo quanto por força dela haja recebido. Este regime pode implicar que, na prática, um testamento se torne irrevogável, o que não deixa de ser uma singularidade digna de nota, mesmo para o *cidadão X*¹⁹. Na realidade, trata-se da única exceção existente, no direito português, à proibição de duas ou mais pessoas testarem no mesmo ato, quer em proveito recíproco, quer em proveito de terceiro (artigo 2181.º): o denominado testamento de mão comum²⁰. Este permite aos esposados estabelecer um elo na planificação da sua sucessão.

Ainda no que se refere aos mecanismos de planeamento sucessório admitidos nas convenções antenupciais, resta ver o quadro final da parte mais tradicional desta “exposição” em que acompanho o *cidadão X* e que resulta do disposto no artigo 1700.º/2, nos termos do qual as liberalidades efetuadas na convenção antenupcial podem conter cláusulas de reversão e fideicomissárias, isto quer se trate de doações em vida, por morte, ou de deixas testamentárias — embora neste último caso somente sejam possíveis as cláusulas fideicomissárias.

Explico-lhe que nas cláusulas de reversão o doador determina que o bem volta ao seu património para o caso de pré-morte do donatário, ou deste e seus descendentes (artigo 960.º/1). Na falta de estipulação em contrário, presume-se que a reversão opera em caso de pré-morte do donatário e seus descendentes (artigo 960.º/2). Esta cláusula tem uma intenção sucessória, na medida em que permite ao doador evitar que os seus bens sejam atribuídos a estranhos, em caso de pré-morte do donatário ou deste e seus descendentes. Assim, permite-lhe controlar o destino dos seus bens e, se operar a reversão, ponderar a melhor forma de dispor dos mesmos na sua própria sucessão. Na realidade, nada o impede de dispor destes bens por morte, após a doação, na condição de a cláusula de reversão operar, voltando tais bens ao seu património.

De modo algo diferente, na cláusula fideicomissária, por morte do donatário ou sucessor (consoante se trate de uma doação ou de um testamento), os bens serão atribuídos a um terceiro (artigo 2286.º aplicável às doações *ex vi* artigo 962.º/2). Assim, temos um proprietário temporário, que deve conservar os bens para que, por sua morte, revertam a favor de outrem. Este proprietário a termo denomina-se fiduciário, sendo o proprietário definitivo o fideicomissário. O fiduciário tem o gozo e administração dos bens (artigo 2290.º/1) e a substituição somente é admitida num grau, para evitar que a situação de inalienabilidade em que os bens ficam — com as exceções do

¹⁹ Como salientam Pires de Lima/Antunes Varela, anotação ao artigo 1706.º, *Código Civil anotado*, Volume IV (arts. 1576.º a 1795.º), 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 383-385.

²⁰ Cfr. Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 503-508.

artigo 2291.º — se prolongue por demasiado no tempo. De qualquer forma, tal alienabilidade dos bens pode ser atenuada, na situação do fideicomisso “de resíduo”, previsto no artigo 2295.º/1/b), visto que, neste caso, não é necessária a autorização judicial para a alienação dos bens pelo fiduciário. Para essa alienação é apenas necessário o consentimento do fideicomissário, bem como a existência de uma situação de necessidade do fiduciário (artigo 2295.º/3)²¹. Também a cláusula fideicomissária permite ao doador/testador controlar o destino dos bens após a morte do fiduciário, abrindo-lhe novos campos de planeamento sucessório²².

Embora o *cidadão X* esteja particularmente agradado, até este momento, com a “exposição” em que o acompanho, pelo inegável interesse que a mesma lhe suscita, questiona-me se não existem mecanismos que lhe permitam planear a sua sucessão com um formalismo menos pesado e maior flexibilidade. Acrescenta-me que aquilo que ouviu até aqui lhe parece um pouco desfasado da realidade, nomeadamente no que se refere à transmissão das poupanças de uma vida à geração seguinte, visto que, para isso, as pessoas recorrem a contas bancárias, seguros de vida, seguros com capitalização, seguros *unit linked*, aplicações mutualistas, etc.. Respondo-lhe que os mecanismos tradicionais que lhe indiquei fazem parte de um Direito Sucessório pensado especialmente em função da transmissão da riqueza imobiliária. No que se refere à transmissão dos bens móveis, relevam, não só os instrumentos tradicionais, mas, igualmente, os institutos alternativos ao testamento²³. O surgimento destes implicou uma fuga ao pesado formalismo dos mecanismos sucessórios tradicionais e, conseqüentemente e em certa medida, uma ineficácia parcial deste ramo do direito na transmissão da riqueza entre as gerações. Por isso, confidencio ao *cidadão X* que me parece que se deve atender a estes institutos alternativos ao testamento no próprio estudo do Direito Sucessório, procurando analisar o planeamento sucessório numa perspetiva mais ampla, que não se circunscreve à sucessão em sentido técnico-jurídico.

Esta última pergunta que me foi colocada pelo *cidadão X* leva-me a identificar nele uma vontade de avançar para as formas mais atuais de planeamento sucessório através da convenção antenupcial. Convido-o, por isso, a entrar na parte mais atual da “exposição”, por assim dizer.

²¹ Cfr. Daniel Morais, anotação ao artigo 2295.º, in Cristina Araújo Dias (Coord.), *Código Civil anotado, Livro V- Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 450-453.

²² Sobre a cláusula de reversão e fideicomissária cfr. Daniel Morais, *Doações em vida com finalidades sucessórias*, cit., pp. 84-88.

²³ Em particular o contrato a favor de terceiro *mortis causa* que levanta o problema da articulação entre o Direito Sucessório e o Direito dos Seguros. Sobre os institutos alternativos ao testamento, cfr. Daniel Morais, *Revolução sucessória — Os institutos alternativos ao testamento no século XXI*, Cascais, Príncípa, 2018.

3. OS NOVOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMENTO SUCESSÓRIO NA CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

A grande novidade em matéria de planeamento sucessório através da convenção antenupcial foi a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo por parte dos nubentes, introduzida pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto²⁴. Explico ao *cidadão X* que se tratou de uma alteração de vulto sob a capa de um “pequeno ajustamento de pormenor” do Direito Sucessório aos nossos dias. Antes de 1977, o cônjuge sobrevivente era apenas um sucessível legítimo, ou seja, só era chamado à herança se não existisse uma disposição testamentária por parte do *de cuius* relativa a uma parte ou à totalidade dos seus bens. Mas, ainda que na ausência de testamento, o cônjuge somente era chamado na 4.ª classe de sucessíveis, ou seja, se os descendentes, ascendentes, irmãos do falecido e seus descendentes não pudessem ou não quisessem aceitar a herança (artigo 2133.º). Esta posição desvantajosa era atenuada pela existência de um usufruto vitalício sobre a herança em seu benefício se fossem chamados os sucessíveis da 3.ª classe (irmãos e seus descendentes), nos termos da versão original do, então, artigo 2146.º.

Com a reforma de 1977, o cônjuge sobrevivente passou a ocupar uma posição privilegiada no nosso Direito Sucessório, podendo, até, dizer-se excessivamente avantajado. Ascendeu, então, à qualidade de sucessível legítimo, tendo-se pretendido, na altura, conceder uma proteção económica à mulher casada doméstica, situação que era frequente²⁵. Sendo hoje o enquadramento social totalmente diferente, o nosso legislador flexibilizou as regras da sucessão legítima, permitindo aos esposados excluir reciprocamente a sua posição enquanto herdeiros legítimos. Assim, atualmente, casar não significa necessariamente herdar. Mais do que a introdução da mulher no mercado de trabalho, o legislador teve em mente a frequência do divórcio na sociedade portuguesa hodierna e a necessidade de proteção dos filhos já existentes perante novas uniões matrimoniais dos seus progenitores²⁶. Este foi, pelo menos, o objetivo abertamente assumido e declarado.

Resta saber se uma certa correção da proteção excessiva do cônjuge sobrevivente no plano sucessório não esteve igualmente presente na mente do nosso legislador. Saliento, a propósito deste ponto, que a renúncia tem de ser necessariamente recíproca, atendendo ao princípio da igualdade entre os cônjuges²⁷. Confesso, ainda, ao *cidadão X* que concordo com as críticas que

²⁴ Sobre esta alteração legislativa, cfr. Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., p. 1083 e ss., bem como as obras aí citadas.

²⁵ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 67-68.

²⁶ Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., pp. 1083-1085.

²⁷ Cfr. *id.*, *ibid.*, pp. 1093-1094.

foram feitas à forma como a Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, levou a cabo alterações tão profundas no nosso sistema sucessório, sem o assumir abertamente, embora a quebra do imobilismo deste ramo do direito me pareça de louvar. De facto, todas as dúvidas quanto à real intenção do legislador são legítimas, quando o jurista se apercebe de que não é necessária a existência de filhos para que a renúncia possa operar. Mas tais dúvidas agudizam-se quando se tem em conta o artigo 1707.º-A/1, do qual resulta que a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de *sucessíveis de qualquer classe*, bem como de *outras pessoas*. Daqui se retira que esta pode ser utilizada para proteger outros sucessíveis, que não os descendentes, como é o caso dos irmãos do *de cujus*, ou outras pessoas que não sejam sequer familiares do mesmo.

Para além desta primeira dúvida suscitada pelo novo regime legal, no que se refere à real intenção do legislador, acompanho o *cidadão X* num conjunto de outras dúvidas que o próprio regime legal coloca.

A primeira dessas dúvidas prende-se com o formalismo desta nova renúncia, que, como já foi referido, tem de ser realizada na convenção antenupcial. O artigo 1710.º do Código Civil, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de julho, estabelecia que as convenções antenupciais somente seriam válidas se fossem celebradas por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registo civil. Da conjugação deste preceito com o artigo 189.º do Código do Registo Civil resultava, no entanto, que a convenção através de auto somente era admitida se fosse escolhido pelos esposados um dos regimes de bens típicos. Assim, era indispensável a escritura pública para ser realizado um regime de bens atípico ou uma doação para casamento.

O Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, alterou os preceitos legais referidos, resultando atualmente do artigo 1710.º a validade da convenção antenupcial celebrada por escritura pública ou por declaração prestada perante o funcionário do registo civil. Por sua vez, o referido artigo 189.º já não limita as convenções celebradas por escritura pública àquelas em que os esposados estipulam um dos regimes de bens-tipo previstos na nossa lei. Poderá retirar-se daqui que qualquer convenção antenupcial pode ser, hoje, celebrada por declaração prestada perante o funcionário do registo civil independentemente do seu conteúdo? Ou seja, poderão os instrumentos de planeamento sucessório incluídos na convenção antenupcial ser celebrados por declaração prestada perante o funcionário do registo civil?

A resposta parece-me ser negativa, o que resulta claramente do preâmbulo do diploma de 2007. Na realidade, do referido preâmbulo retira-se que o legislador pretendeu somente permitir que os esposados escolhessem um regime de bens atípico através de declaração prestada perante o funcionário do registo civil, tendo os instrumentos de planeamento sucessório ficado fora deste objetivo. Ou seja, tais instrumentos parecem ter sido ignorados em 2007. Acresce que retirar-se da alteração legislativa de 2007 uma simplificação do formalismo das doações para casamento — visto que, então, a renúncia

recíproca à condição de herdeiro legitimário não era admitida no direito português — iria contra o formalismo que tradicionalmente caracteriza os atos *mortis causa* no direito português. Por isso, nenhum dos instrumentos de planeamento sucessório — ou seja, as doações para casamento, a doação *mortis causa* feita por um dos esposados em benefício de um terceiro, as disposições testamentárias incluídas na convenção e a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário — pode ser realizado por declaração prestada perante o funcionário do registo civil. Basta pensar nas doações *mortis causa* que tenham por objeto um bem imóvel²⁸.

Em segundo lugar, mas não de somenos importância, é de apontar a dúvida de saber qual o alcance desta renúncia. Não pretendo desiludir o *cidadão X*, mas devo dizer-lhe que, apesar da grande inovação introduzida pela Lei em causa, o regime é bastante tímido no seu alcance, como se, embora tivesse ousado “ir mais longe”, logo depois o legislador se tivesse arrependido da sua ousadia, procurando corrigi-la a todo o custo.

Chamo a atenção do *cidadão X* para o facto de o artigo 1700.º/1/c), introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, admitir que a convenção antenupcial contenha “a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge”, enquanto o artigo 1707.º-A, introduzido pela mesma Lei, se reporta ao “regime da renúncia à condição de herdeiro” na sua epígrafe. A aparente contradição resulta do facto de, na versão inicial do projeto de lei, o próprio artigo 1700.º/1/c) se reportar à “renúncia recíproca à condição de herdeiro legal”, tendo sido posteriormente alterado para a versão que consta hoje do Código Civil. Pelo contrário, a epígrafe do artigo 1707.º-A não foi alterada em conformidade. De qualquer modo, este parece-me um argumento insuficiente para defender que a renúncia abrange a condição de herdeiro legal e não somente a condição de herdeiro legitimário, continuando o cônjuge a ser herdeiro legítimo. Na verdade, da epígrafe do preceito em causa não resulta se a renúncia abrange somente a condição de herdeiro legitimário ou se engloba toda a condição de herdeiro legal, visto que se refere somente a renúncia à “condição de herdeiro”.

Por isso e em suma, por mais que pareça uma verdadeira “fraude à lei de origem legal”, a melhor conclusão parece-me ser a de que a renúncia abrange somente a condição de herdeiro legitimário. Este é, sem dúvida, o espírito da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, ao admitir a renúncia em causa,

²⁸ Sobre os argumentos invocados no texto, cfr. Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais — A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 649-651, texto e notas 1682-1683; bem como Daniel Morais, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 26-27. Em sentido contrário, cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família contemporâneo*, cit., p. 397, ao afirmar que: “A escolha de um regime típico de bens, as estipulações sobre regimes atípicos e as doações para casamento, p.e., podem ser incluídas em convenção cuja forma seja a escritura pública ou a declaração prestada perante o funcionário do registo civil”. Todas as obras indicadas pronunciam-se sobre os instrumentos de planeamento sucessório anteriores à entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, não englobando, por isso, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário.

procurando, simultaneamente, atenuar o seu alcance. Isto significa que a renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na sua totalidade não será sequer possível, pois cairia na proibição de pactos sucessórios que se retira do artigo 2028.º/2. Assim, se os esposados quiserem excluir-se totalmente da herança um do outro, deverão fazer um testamento nesse sentido. De outro modo, apesar da renúncia, serão sempre chamados à quota disponível como sucessíveis legítimos. Cria-se uma nova exceção ao princípio da indivisibilidade da vocação (artigo 2055.º), de acordo com o qual o sucessível não pode repudiar a sucessão legítima e aceitar a sucessão legítima. Embora este repúdio parcial não seja admitido num momento posterior à abertura da sucessão, será admitida a renúncia anterior, que é parcial²⁹.

A timidez do legislador português ao consagrar a renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo também resulta do facto de a mesma só ser possível se os esposados estipularem o regime da separação de bens ou se vigorar o regime injuntivo de separação (artigo 1700.º/3), como não posso deixar de salientar ao acompanhar o *cidadão X* nesta “exposição”. Presumir que a rigidez deste regime fica atenuada porque a maior parte dos casais que se une pelo matrimónio, tendo filhos de relações anteriores, terá uma idade superior a sessenta anos — caso em que será aplicável o regime injuntivo de separação de bens (artigo 1720.º/1/b)) — seria ignorar a realidade. Por isso, não se vê por que razão, quando o regime de bens escolhido é o de comunhão de adquiridos ou um regime atípico com uma componente de comunhão menor do que a comunhão de adquiridos, não poderão os esposados estipular a renúncia referida. Ficam estes limitados a uma opção de “tudo ou nada” no que se refere aos efeitos patrimoniais do casamento³⁰⁻³¹.

Quando digo ao *cidadão X* que a renúncia é irrevogável, este fica espantado. E se, durante o casamento, a situação patrimonial de um dos cônjuges mudar substancialmente³², não terá este qualquer protecção, pergunta-me. De facto, respondo, igualmente com o propósito de atenuar os efeitos da renúncia, o artigo 2168.º determina a imputação das doações e deixas testamentárias feitas a favor do cônjuge renunciante na sua legítima fictícia. Trata-se

²⁹ Tive oportunidade de defender o carácter parcial da renúncia em Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., pp. 1098-1100; bem como em *Direito Sucessório — Apontamentos*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 145. Trata-se, igualmente, do entendimento que tem sido seguido na nossa doutrina (cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 201; bem como Carlos Pamplona Corte-Real/Daniel Santos, “Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, *RDC*, ano III, 2018, 3, p. 555 e ss., em particular, p. 559).

³⁰ Recorde-se que outros regimes de bens estão vedados, por aplicação do artigo 1699.º/2.

³¹ Trata-se da posição crítica que assumi no texto Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., pp. 1105-1107; bem como em *Direito Sucessório — Apontamentos*, cit., p. 143.

³² Sobre o problema da revogação do novo pacto sucessório renunciativo, cfr. Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., pp. 1100-1105.

de uma solução que, aparentemente, se presta a algumas dúvidas interpretativas por parte dos leigos³³. Deste mecanismo resulta uma espécie de direito ao arrependimento, na medida em que qualquer liberalidade feita entre cônjuges renunciantes será sempre “descontada” da sua legítima, por assim dizer. Isto implica, na prática, que a renúncia seja posta em causa cada vez que os cônjuges realizarem tais liberalidades. A parcela da legítima do cônjuge que seria atribuída aos descendentes do falecido, devido à renúncia, sofrerá uma diminuição sempre que um dos cônjuges fizer uma doação ou uma deixa testamentária em benefício do outro. Assim, de uma só vez, põe-se em causa a irrevogabilidade, bem como a reciprocidade da renúncia³⁴.

O cônjuge renunciante é, ainda, protegido, nos termos do artigo 1707.º-A, no que se refere ao direito a alimentos previsto no artigo 2018.º, às prestações sociais por morte e à casa de morada de família. Em particular no que se refere à casa de morada de família, a proteção que resulta dos n.ºs 3 a 10 do artigo 1707.º-A constitui uma transcrição do regime do artigo 5.º da Lei da União de Facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio)³⁵. Não faria sentido que o membro sobrevivente da união de facto beneficiasse de proteção no que se refere à casa de morada de família e o mesmo não acontecesse relativamente ao cônjuge sobrevivente, somente pelo facto de este ter renunciado à condição de herdeiro legítimo.

De acordo com o regime em causa, o cônjuge renunciante beneficia de um direito real de habitação da casa de morada de família e de um direito de uso do respetivo recheio, se esta for propriedade do falecido. Tais direitos verificam-se pelo prazo de cinco anos, embora este possa ser prorrogado atendendo à especial carência em que o membro sobrevivente se encontre por qualquer causa. O *cidadão X* diz que esta solução lhe parece adequada, mas não se o cônjuge sobrevivente for um idoso. Respondo-lhe que, se este tiver uma idade superior a 65 anos, estes direitos serão vitalícios. No final deste prazo, o cônjuge sobrevivente pode permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado. Por outro lado, durante o tempo em que habitar a casa a qualquer título, o cônjuge sobrevivente tem direito de preferência na sua aquisição.

³³ A este propósito, veja-se a informação que resulta do sítio da Associação Mutualista Montepio, no sentido de que “apesar da renúncia à herança ser irrevogável após o casamento e durante a sua vigência, os cônjuges têm a possibilidade de, no futuro, fazer doações ou testamento a favor um do outro. *Mas só até à legítima*: a parte da herança a que teriam obrigatoriamente direito caso não tivessem prescindido da sua posição sucessória” (o itálico é meu). Disponível em “<https://www.montepio.org/ei/pessoal/gestao-diaria/renuncia-a-heranca-o-que-devem-fazer-os-futuros-conjuges/>” (consultado a 12/09/2019). Trata-se, obviamente, de um erro, visto que está em causa uma regra de imputação e não uma delimitação das liberalidades que os cônjuges renunciantes podem fazer entre si.

³⁴ Cfr. Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., pp. 1095-1097.

³⁵ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real/Daniel Santos, “Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, cit., p. 566.

Outro aspeto que deixa o *cidadão X* desconfortável com este regime prende-se com o facto de estes direitos concedidos ao cônjuge sobrevivente não serem justificados se este não tiver necessidade de habitar a casa de morada de família. Saliento que os direitos em causa caducam se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, a não ser que o motivo dessa ausência não lhe seja imputável. Por outro lado, se este tiver casa própria no concelho da casa de morada de família, ou neste e nos concelhos limítrofes, se esta se situar nos concelhos de Lisboa ou do Porto, os direitos referidos não lhe são concedidos. Tendo isto em conta, o *cidadão X* observa, e bem, que, numa ótica de planeamento sucessório através de uma renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, o cônjuge sobrevivente tem de estar sempre acauzelado no que se refere à sua habitação.

Como observação final, o mesmo *cidadão* salienta que lhe parece um regime com um alcance realmente limitado, não só porque a renúncia não pode ser total, mas também porque, apesar da sua irrevogabilidade, a mesma pode ser posta em causa através de liberalidades posteriores. Por outro lado, a sua reciprocidade poderá ser questionada através dessas mesmas liberalidades. Finalmente, o cônjuge sobrevivente mantém alguns direitos sobre a casa de morada de família. Reconhece, no entanto, a sua relevância no planeamento da sucessão daqueles que, como ele, têm um património com alguma dimensão. Quanto aos restantes cidadãos, em cuja sucessão o bem com maior valor será, possivelmente, a casa de morada de família, o alcance da renúncia será limitado³⁶.

Após esta observação judiciosa, e no momento em que o *cidadão X* se prepara para terminar a sua visita a esta “exposição” relativa às potencialidades da convenção antenupcial numa perspectiva de planeamento sucessório, retenho-o ainda, apontando que uma última dúvida se coloca na interpretação das regras do novo regime legal. Trata-se do problema de saber qual o âmbito de aplicação da proteção resultante dos n.ºs 3 a 10 do artigo 1707.º-A. É que, como já referi, embora na versão inicial da proposta de lei a renúncia tivesse um alcance total, na versão final esta incide somente na sucessão legítima. Neste sentido, o cônjuge renunciante pode ser chamado como herdeiro legítimo, sendo, então, protegido em sede de partilha da herança, no que se refere à casa de morada de família, conforme se retira dos artigos 2103.º-A e 2103.º-B. Tendo isto em conta, a melhor solução aponta para que a tutela do cônjuge sobrevivente no que se refere à casa de morada, e que resulta do novo regime, somente lhe seja conferida se este for igualmente excluído da sucessão legítima, na medida em que o *de cujus* disponha da sua sucessão por testamento ou por contrato sucessório.

Cortesmente, o *cidadão X* agradece-me por este último esclarecimento, dizendo que apreciou a “exposição” e que espera que, da próxima vez, o legislador português seja mais ousado em matéria de planeamento sucessório.

³⁶ Tendo a concordar com o *cidadão X* (cfr. Daniel Morais, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão da riqueza entre as gerações”, cit., p. 1114; bem como *Direito Sucessório — Apontamentos*, cit., p. 148).