

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- M. Januário da Costa Gomes
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- Miguel Teixeira de Sousa
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- Pierluigi Chiassoni
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- Alfredo Calderale
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- Aquilino Paulo Antunes
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- Catarina Salgado
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- Elsa Dias Oliveira
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- Francisco José Abellán Contreras
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema* – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)

A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

Filipe Afonso Rocha**

Resumo: O acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16, tem na base um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Regional de Gorzów ao TJUE, sobre o reconhecimento dos efeitos reais de

Abstract: The judgment of the ECJ of October 12, 2017, Case C-218/16, is based on a request for a preliminary ruling from the Gorzów Regional Court to the ECJ, on the recognition of the real effects of a

* A similitude com o título do artigo de Christian Baldus é propositada e assumida. A semelhança resulta de um assentimento com o título escolhido pelo próprio: CHRISTIAN BALDUS, O poder dos conceitos, o preço do sistema? O sistema do regulamento sobre sucessões nas primeiras conclusões dum advogado-geral – TJUE, C-218/16, Kubicka, *BFD* XCIII (2017) 2. Retiramos-lhe apenas a interrogação, por escrevermos após a decisão jurisprudencial, e acrescentamos-lhe a expressão *balanço*.

Abreviaturas utilizadas: AIDI = Annuaire de l'Institut de Droit International; BFD = Boletim da Faculdade de Direito; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; CC = Código Civil; CDT = Cuadernos de Derecho Transnacional; DNotZ = Deutsche Notar-Zeitschrift; EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche; EJCLG = European Journal of Comparative Law and Governance; ELJ = European Law Journal; EPLJ = European Property Law Journal; ERPL = European Review of Private Law; GBO = Grundbuchordnung; IPRAx = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; JZ = JuristenZeitung; MBN = MittBayNot; MPILux = Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; RabelsZ = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RBDcivil = Revista Brasileira de Direito Civil; RCDP = Revue critique de droit international privé; RDIPP = Rivista di diritto internazionale privato e processuale; RED = Revista Electrónica de Direito; TJUE = Tribunal de Justiça da União Europeia; ZEuP = Zeitschrift für europäisches Privatrecht; ZEV = Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge.

** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente estudo foi realizado, ainda enquanto aluno de Licenciatura, nas aulas de Direito Internacional Privado II, sob a regência do Senhor Professor Luís de Lima Pinheiro.

um legado vindicatório (legado *per vindicationem*) lavrado por notário polaco, cujo objeto consistia num imóvel sito em Frankfurt an der Oder (Brandemburgo, Alemanha). O presente comentário tem por objetivo questionar os considerandos e postulados enunciados pelo TJUE na sua tão discutida decisão. Pretendemos, por fim, explorar os impactos da decisão do TJUE no quadro geral do Regulamento das Sucessões e dos princípios de Direito Internacional Privado.

Palavras chave: Kubicka; legado *per vindicationem*; adaptação; Regulamento das Sucessões; Certificado Sucessório Europeu.

vindictory legacy (*legacy per vindicationem*) drawn up by a Polish notary, whose object consisted of a building located in Frankfurt an der Oder (Brandenburg, Germany). The purpose of this comment is to question the recitals and postulates stated by the ECJ in its much-discussed decision. Finally, we intend to explore the impacts of the ECJ decision in the general framework of the Succession Regulation, as well as the principles of Private International Law.

Keywords: Kubicka; legacy *per vindicationem*; adaptation; Succession Regulation; European Certificate of Succession.

Sumário: 1. Entre o conceito e o sistema; 2. O contexto fáctico e normativo da decisão do TJUE; 2.1. A dialética entre a aplicação da *lex successionis* e da *lex rei sitae*; 2.1.1. O óbice da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento das Sucessões e a sua articulação com o princípio da *unidade sucessória*; 2.1.2. A *natureza dos direitos reais* e a sua articulação com a *lex successionis*; 2.2. O Certificado Sucessório Europeu e a decisão do TJUE; 2.3. A adaptação e o artigo 31.º: delimitação da figura; 2.3.1. A reserva de ordem pública internacional e a tutela do princípio do *numerus clausus*; 3. Considerações finais.

1. Entre o conceito e o sistema

I. O acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, decidiu sobre uma questão prejudicial colocada pelo Tribunal Regional de Gorzów, relativamente a um testamento elaborado à luz do direito polaco (direito aplicável), cujo objeto consistia num bem imóvel sito na Alemanha. O testamento continha um legado *per vindicationem* que, por não ser permitido no direito alemão, levou o notário polaco à recusa a lavrar o testamento, por não poder, como dispõe o artigo 81.º da lei polaca sobre notariado, praticar “atos notariais ilícitos”¹. A relevância da decisão

¹ Aleksandra Kubicka era casada com um cidadão alemão, com quem detinha, em compropriedade, um imóvel sito em Frankfurt an der Oder. Pretendia incluir no seu testamento um legado *per vindicationem*, a favor do seu marido, sobre a quota-parte dos direitos de que era titular sobre o imóvel. Quanto aos bens remanescentes que compunham o seu património, desejava manter a

tomou proporções internacionais por ser a primeira proferida em relação ao Regulamento (UE) n.º 650/2012², doravante, Regulamento das Sucessões, bem como por ter delimitado a configuração jurídica das normas em discussão³, prosseguindo a harmonização substantiva em matéria sucessória⁴.

II. A questão central na decisão do TJUE foi a de saber se, à luz da alínea *l*) e da alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º, e do artigo 31.º do Regulamento das Sucessões, se poderia recusar o reconhecimento dos efeitos reais de um legado *per vindicationem* que deveriam produzir-se num Estado que não admite a atribuição de efeitos imediatos aos legados⁵. Extrai-se, de antemão, uma tensão dialética: o *conceito* de legado pode impedir que o *sistema* (os corolários do Regulamento das Sucessões) prossiga as finalidades para o qual fora delineado⁶. De facto, o TJUE privilegiou o *sistema* em detrimento do *conceito*, entendendo que (i) para efeitos da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º, a disposição não poderia ser interpretada no sentido de condicionar o modo como os direitos, a serem inscritos, são adquiridos, algo que

ordem sucessória legal, nos termos da qual o seu cônjuge e os seus filhos herdavam em partes iguais. Excluiu expressamente a utilização de um legado obrigacional, previsto no artigo 968.º do CC polaco, na medida em que este suscitaria dificuldades associadas à representação dos seus filhos menores, enquanto herdeiros, bem como custos adicionais.

² FERNANDO PEDRO MEINERO, Primeira interpretação do Regulamento Europeu de Sucessões: comentários ao Acórdão TJUE C-218/16 – Segunda Secção, *RBDCivil XVI* (2018) 1, p. 128 e ss.

³ CHRISTIAN BALDUS, O poder, cit., 769: ao escrever após as conclusões do advogado-geral, reportou-se metaforicamente à decisão, ao referir as “*consequências incalculáveis*” que esta teria se corroborasse a posição sufragada pelo notário polaco. Alguns Autores como ESPERANZA RUIZ, *Ámbito de aplicación de la lex successionis y su coordinación con la lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios, *CDTX* (2018) 1, pp. 92-93, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Legatum per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012, La Ley Unión Europea LV* (2018), p. 12 e ss, CRESPI REGHIZZI, *Succession and property rights in eu regulation no 650/2012, RDIPP LIII* (2017) 3, p. 655, TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy by Vindication Under the EU Succession Regulation No. 650/2012 Following the Kubicka Judgment of the ECJ, ERPL IV* (2019), p. 884, LAURENCE IDOT, *Domaines respectifs de la loi successorale et de la loi réelle*, Europe 2017 décembre n.º 12, pp. 46-47, têm apelado à relevância da decisão do TJUE para efeitos do funcionamento interno do mercado europeu.

⁴ TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 894.

⁵ O legado *per vindicationem* pode ser objeto de “sucessão”, para efeitos da “definição” da alínea *a*) do artigo 3.º do Regulamento das Sucessões, visto que num legado *per vindicationem* a propriedade transfere-se com a morte do testador. Uma interpretação autónoma da noção de “sucessão” deve englobar, portanto, os legados *per vindicationem*.

⁶ A tensão a que aqui fazemos referência corresponde a outra forma de designar o problema da correspondência entre estatutos: tanto quanto possível, devem-se respeitar, nos quadros do estatuto real, as atribuições patrimoniais que decorrem do estatuto sucessório.

iria contra o princípio da *unidade sucessória*; (ii) para efeitos da alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º, do domínio da *lex successionis* não se encontram excluídos os efeitos decorrentes de um legado *per vindicationem*; (iii) para efeitos do artigo 31.º, não estamos perante um problema de *adaptação* do direito real, em virtude de este mecanismo incidir, não sobre as modalidades de transmissão, mas sobre o conteúdo do direito real constituído.

2. O contexto fáctico e normativo da decisão do TJUE

I. O legado *per vindicationem* corresponde a um tipo de legado que faz operar a produção dos efeitos sucessórios direta e imediatamente no momento da morte do testador⁷. O direito alemão, conforme § 2174 BGB, ao admitir apenas a figura

⁷ LOURDES SALOMON, *The Acquisition of Possession in Legacies per vindicationem in Classical Roman Law and its Influence in the Modern Civil Codes*, *Roman Legal Tradition* III (2006), p. 65. Na modalidade *per vindicationem* o legado envolve, para o legatário, a aquisição imediata da propriedade ou do direito real, após aceitação da herança. Tal implica, para o beneficiário, a faculdade de reivindicar a coisa, *vindicatio*, decorrendo daí a sua designação de legado *per vindicationem*: CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, 4.ª ed., Quid Juris, 2012, 495. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra Editora 1991, 197-199, distinguiu os legados reais dispositivos dos legados obrigacionais: enquanto os primeiros envolviam uma diminuição do ativo da herança, os segundos implicavam um aumento do passivo, através da aquisição, pelo legatário, de um novo direito de crédito sobre a herança. Definindo o momento da produção dos efeitos aquisitivos como sendo a nota distintiva entre legados reais e legados obrigacionais, deve sustentar-se que, enquanto nos legados reais dispositivos a propriedade objeto do legado se transmite do autor da sucessão para o legatário, nos legados meramente obrigacionais essa transmissão dá-se através de um ato de cumprimento do sucessor onerado. Nos termos do artigo 408.º do CC, devem distinguir-se os legados em que a transmissão do direito ou da coisa se dá por *mero efeito do testamento* daqueles em que apenas se constitui uma obrigação dirigida a tal transmissão, tornando-se necessário, em consequência, um ato subsequente. CARVALHO FERNANDES, *Lições*, cit., p. 496, utilizando uma nomenclatura diferente, distingue os legados de *eficácia aquisitiva imediata* dos legados com *eficácia aquisitiva mediata*. Esta nomenclatura evidencia o facto de existirem legados onde a aquisição do direito ou da coisa pelo legatário opera *ipso iure*, por mero efeito do testamento. Explicitando o sentido da distinção, deve atender-se que, não obstante o legatário adquirir a propriedade por *mero efeito do testamento*, a circunstância de se tornar necessária ainda uma prestação de *dare* por parte do onerado com o encargo, não põe em causa a eficácia do negócio jurídico, à semelhança do que ocorre nos efeitos reais translativos, relativamente à obrigação de entrega da coisa transmitida, nos termos da alínea *b*) do artigo 879.º e da alínea *b*) do artigo 954.º: PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 197; CARVALHO FERNANDES, *Legados per vindicationem e per damnationem: que sentido no moderno sistema sucessório português?*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Almedina, 2002, p. 367 e ss. Apesar de surgirem reflexos específicos do regime dos legados com eficácia imediata (*v.g.*, o regime da reivindicação da coisa legada, nos termos do artigo 2279.º),

dos legados obrigacionais⁸, tem uma posição de favorecimento do princípio da universalidade da sucessão⁹, dado impedir que o testador, como sucede nos legados *per vindicationem*, possa transferir bens específicos da herança diretamente ao legatário, sujeitando-os a um “regime sucessório singular”¹⁰.

A posição do notário polaco, ao invocar o direito alemão como fundamento de recusa a lavrar o testamento, encontra paralelo numa sentença do *Bundesgerichtshof* de 1994. Nesta decisão, o *de cuius*, com residência na Colômbia, tinha redigido um testamento que continha um legado *per vindicationem*, cujos imóveis se encontravam sítos em território alemão. O *Bundesgerichtshof* negou a validade do legado, argumentando que seria contra o princípio do *numerus clausus* o modo de

a regra no nosso ordenamento é o da eficácia mediata: CARVALHO FERNANDES, *Lições*, cit., p. 499; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, X, Coimbra Editora, 1935, pp. 46-47. A tese que referimos não é, contudo, unânime. É relativo e discutível se o artigo 2279.º deve ser entendido como uma disposição que consagre a tese da eficácia imediata. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 1999, p. 387, refere que do artigo 2279.º: “*não advém que o legatário adquira automaticamente a posse após aceitação (...) opera-se a aquisição da posse através da entrega por quem estiver onerado com o encargo de cumprimento do legado no tempo e lugar determinados no artigo 2270.º (...) pelo que ele adquire através do herdeiro e não diretamente do Autor da sucessão*”. Este artigo tem sido visto pela doutrina internacional privatista alemã como sendo um apoio para a consagração, em Portugal, dos legados *per vindicationem*, como refere JAN PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse*, *RechtZ LXXVII* (2013) 1, p. 4 (nota 16) e p. 5, reportando-se à hipotética situação de reconhecimento de um legado *per vindicationem* elaborado segundo o direito português, cujo objeto seriam imóveis localizados em território alemão: “*Wird dagegen über ein in Deutschland belegenes Grundstück ein portugiesisches Vindikationslegat ausgesetzt, so würde der Vermächtnisnehmer nach dem Erbstatut unmittelbar mit dem Erbfall das Eigentum erwerben, während er nach der lex rei sitae nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Auflassung und Eintragung erhielt*”. Neste sentido, o Autor refere que existe uma coincidência entre os sistemas jurídicos que admitem os legados *per vindicationem* e que consagram a teoria do título e o princípio da consensualidade.

⁸ Os legados obrigacionais ou *per damnationem* são admitidos no § 684.º do CC austríaco, no artigo 484.º do CC suíço e no artigo 968.º do CC polaco. Os legados *per vindicationem* encontram-se previstos no artigo 981.º do CC polaco, no artigo 649.º do CC italiano, no artigo 1014.º do CC francês e no artigo 882.º do CC espanhol. Se, por um lado, é enunciado que o direito alemão já admitira os legados *per vindicationem*, alguma doutrina tem questionado a sua reintrodução: DANIELA TITZ, *Das Vindikationslegat: Reformbedürftigkeit und Reformfähigkeit des deutschen Erbrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 25 e ss. Inicialmente, também o sistema polaco não consagrava a figura dos legados *per vindicationem*, tendo apenas sido introduzidos em 2011, nas alterações ao CC polaco: KONRAD OSAJDA, *The New Polish Regulation on Legatum per Vindicationem: A New Solution for Old Problems*, *ZEuP* (2012) 3, p. 484.

⁹ KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien unter der Europäischen Erbrechtsverordnung*, *IPRax XXXIX* (2019) 1, pp. 29-30.

¹⁰ Regime sucessório este que fortalece a posição sucessória do legatário, especialmente contra o Estado, caso não existam herdeiros: TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 881.

aquisição da propriedade *ipso iure*¹¹. Entendemos que se esta decisão tivesse ocorrido após a entrada em vigor do Regulamento das Sucessões, a mesma seria em detrimento do *sistema* e a favor dos *conceitos*: o legado acabaria por ser tratado, tal como sucedeu, como tendo efeito meramente obrigacional. Tem-se enunciado que esta decisão corresponde ao início do entendimento em matéria de não reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência alemã, dos legados *per vindicationem*¹².

II. Muitos têm sido os argumentos para justificar esse não reconhecimento¹³. Porventura, os problemas brotam da complexidade, em termos de qualificação, da conjugação entre estatuto real e sucessório¹⁴, do facto de o direito alemão

¹¹ Sobre a decisão do BGH de 18 setembro de 1994, disponível em <https://dejure.org/>, veja-se PETER GRÖSCHLER, *Ausländisches Vindikationslegat über im Inland belegene Sachen – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.9.1994 – IV ZR 95/93*, *JZ LI* (1996) 20, pp. 1028-1032; REMBERT SÜSS, *Das Vindikationslegat im Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ LXV* (2001) 2, pp. 245-263. Como refere DENNIS SOLOMON, *The Boundaries of the Law applicable to Succession*, *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, XVIII (2016), p. 212, disponível em www.prf.unze.ba, o *Bundesgerichtshof*, ao negar a validade do testamento, sustentou que respeitaria apenas ao direito alemão regular a que título e em que termos a propriedade se transferiria.

¹² A favor da invalidade dos legados *per vindicationem* e da sua recondução a meros legados obrigacionais: PAUL LAGARDE, *Applicable Law*, in *EU Regulation on Succession and Wills: Commentary*, Otto Schmidt, Köln, 2015, p. 167. Fazendo menção que o reconhecimento dos legados *per vindicationem* seria problemático com o surgimento do Regulamento das Sucessões: PAUL LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, *RCDP* (2012) 4, p. 716. Enunciando, no direito alemão, a recondução de qualquer tipo de legado à figura do legado *per damnationem*: TERESA LECHNER, *Die Reichweite des Erbstatus in Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut anhand der Europäischen Erbrechtsverordnung 650/2012*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 305-339; BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion*, *MPILux*, II (2014), p. 20.

¹³ A doutrina alemã tem questionado a validade dos legados *per vindicationem* à luz do § 213 EGBGB: GRÖSCHLER, *Ausländisches*, cit., p. 1028; PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 26. O § 213 EGBGB delimita o âmbito de aplicação sucessório em relação a possíveis disposições transitórias e regulamentares antes da entrada em vigor do BGB. O argumento invocado para o não reconhecimento dos legados *per vindicationem* é baseado num raciocínio eventual e análogo, justificado pela não consagração atual dos legados *per vindicationem* no direito alemão, diferentemente do que sucedia no passado. Ainda referente ao BGB, estes legados surgem como problemáticos em relação às exigências registais, especialmente pelo efeito da boa fé imposto pelo § 2366 BGB (nas situações de conhecimento, ou desconhecimento sem culpa, na aquisição, por via sucessória, de direitos designados em “certificado de herança”): PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 28. Outra ordem de argumentos prende-se com o “receio” da desvantagem, entre credores da herança, que os legados *per vindicationem* potenciam, especialmente em relação à posição jurídica do Estado enquanto credor da herança: PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 23.

¹⁴ O problema dos processos de qualificação entre o conteúdo e função da norma sucessória e da norma real são evidenciados por PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 8, identificando

ambicionar uma *lex rei sitae* e uma *lex registrationis* forte¹⁵, dos problemas de articulação entre os conceitos germânicos e o escopo uniformizador do Regulamento das Sucessões¹⁶. Contudo, consideramos incorreto direcionar o problema como sendo privativo do direito alemão. Segundo cremos, no próprio direito polaco

o Autor que, funcionalmente, o § 2174 BGB deve entender-se como uma norma sucessória. Como refere o Autor, a doutrina alemã tem enunciado a dificuldade de articulação da natureza dual das transmissões sucessórias, por apresentarem uma íntima relação entre *lex rei sitae* e *lex successionis*. Neste sentido, Peter Schmidt refere-se a uma decisão do *Oberlandesgericht*, de 11 de fevereiro de 1993, que seguiu o entendimento da qualificação estritamente sucessória de um legado *per vindicationem* que visava produzir efeitos em território alemão. O tribunal apelou à natureza independente da *lex successionis* em relação à *lex rei sitae*. Com apoio nesta decisão jurisprudencial, alguma doutrina tem defendido a separação dos efeitos reais dos efeitos sucessórios no regime dos legados: REMBERT SÜSS, *Das Vindikationslegat*, cit., p. 256. A dificuldade desta separação surge em virtude da delimitação entre *lex rei sitae* e *lex successionis* ser teoricamente complexa, por ambas serem “lados da mesma moeda”. ROLF WAGNER, *Der Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens*, *DNotZ* (2010) 7, p. 512, refere a dificuldade da separação entre segmentos reais e sucessórios no DIP, por não existir “pureza” ou “certeza”, apelando a um processo valorativo, e não lógico, na separação. Contudo, a prevalência conflitual do estatuto sucessório sobre o real tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência: HEINRICH DÖRNER, *Keine dingliche Wirkung ausländischer Vindikationslegate im Inland*, *IPRax* XVI (1996), p. 27. Mesmo assim, doutrinariamente, surgem dificuldades, pelo facto de se entender que a prevalência da *lex successionis* apenas deverá ocorrer perante as sucessões universais e não perante as “sucessões singulares”. Defendendo a não aplicação do § 25.º do EGBGB aos legados *per vindicationem*, defendendo que se deverá operar uma distinção entre efeitos reais e sucessórios nestes legados, em virtude da sua não recondução a uma verdadeira “sucessão universal”: REMBERT SÜSS, *Das Vindikationslegat*, cit., p. 255; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 557; GERHARD KEGEL / KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, 9.ª ed., C.H. Beck, 2004, p. 770. Um apoio desta tese implicará a recondução dos legados *per vindicationem*, em virtude da relevância dada por esta doutrina ao seu aspeto “substantivo”, ao artigo 43.º EGBGB (isto é, à norma de conflitos reguladora dos direitos reais). Este apoio doutrinai (realçando o facto de a transferência da propriedade ocorrer por mero efeito do testamento) não parece ser de adotar. A componente central que os legados *per vindicationem* regulam é estritamente sucessória, por natureza: PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 12 e ss.

¹⁵ Referindo a instabilidade que a prevalência da *lex successionis* poderia gerar no campo mobiliário: CHRISTIAN BALDUS, *O poder*, cit., pp. 759 e 762 e ss. A ambição de o direito alemão em sustentar uma *lex rei sitae* com propensão universal e efetividade generalizada (qualificando a *lex rei sitae* como identitária da soberania nacional) encontra-se em “crise”: AFONSO PATRÃO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017, pp. 549 e ss; PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 19.

¹⁶ O Regulamento não toma posição quanto à exclusão dos tipos de sucessão que, doutrinariamente, se distinguem, razão pela qual o artigo 23.º e os âmbitos de exclusão material do Regulamento se deverão aplicar às “sucessões singulares”: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 17.

existem divergências sobre a extensão de uma *lex successionis* estrangeira, em relação ao estatuto real que entra em conexão com tal lei, quando os bens da herança se encontram em território polaco¹⁷. O problema não se reporta apenas ao Direito das Coisas de cada Estado. Ele é, ao invés, uma decorrência da falta de clareza das normas do Regulamento das Sucessões, bem como da pouca jurisprudência que se tem pronunciado sobre a interpretação de tais preceitos.

2.1. A dialética entre a aplicação da *lex successionis* e da *lex rei sitae*

I. A decisão do TJUE pretendeu conformar o princípio da *unidade sucessória* (atribuindo-lhe o estatuto de *lex successionis*) à exclusão do âmbito material do Regulamento das Sucessões em matéria de registo de direitos sobre imóveis – alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º. A decisão do TJUE não pretendeu delimitar, com rigor, o âmbito de aplicação da *lex successionis* e da *lex rei sitae*. Extrai-se dos parágrafos 52 a 58 da decisão do TJUE que o seu eixo norteador assenta no princípio da *unidade sucessória* e na tutela da vontade do testador em planear a sucessão¹⁸. Assim, após a determinação da lei aplicável, nos termos do n.º 1 do artigo 22.º, e da delimitação do seu âmbito de aplicação, como dispõe a alínea *e*) do n.º 2 do artigo 23.º, o TJUE considerou que a lei polaca não poderia ser fracionada¹⁹: por um

¹⁷ Abordando o problema no direito austríaco: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 25. Os Autores fazem menção de uma decisão jurisprudencial com considerandos muito semelhantes aos da posição sufragada pelo notário polaco.

¹⁸ Apesar de ser esse o eixo norteador do TJUE, o princípio da *unidade sucessória* admite desvios e exceções: RUI MANUEL MOURA RAMOS, *O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia, Primeiras Reflexões*, BFD LXXXIX (2013) 1, p. 96; AFONSO PATRÃO, A “adaptação” dos direitos reais no regulamento europeu das sucessões, BFD XCII (2016) 1, p. 112. Como refere Afonso Patrão, o princípio da *unidade sucessória* é “beliscado” em três situações: (i) no caso previsto no artigo 24.º; (ii) na ocorrência de reenvio (artigo 34.º), quando a *lege causae* adota o sistema do fracionamento, como salienta JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Apontamentos sobre o novo direito de conflitos sucessório*, CEJ (2014) 2, p. 50; (iii) quando haja aceitação expressa do princípio da maior proximidade na sua aceção material, artigo 30.º.

¹⁹ O TJUE fez referência ao fracionamento da lei aplicável, por exemplo, no parágrafo 43 e 57 da decisão, reportando-se ao considerando 37. Este considerando provisiona pela segurança e previsibilidade da lei aplicável à sucessão, bem como pela unidade conflitual desta, visando impedir o seu fracionamento. Este problema tem sido associado, no direito francês, ao fenómeno da “*scission*”, *i.e.*, à separação das conexões relevantes para determinação da lei aplicável: ANDREA BONOMI, *Successions Internationales: Conflits de lois et de juridictions*, *Recueil des Cours de l’Académie de la Haye* (2011), Leiden, p. 71 e ss. Sobre a evolução histórica entre o modelo fragmentário e unitário da sucessão: ANGELO DAVI / ALESSANDRA ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’unione Europea*, CDT V (2013) 2, p. 20; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *Direito de*

lado, o aspeto *territorial* do princípio da *unidade sucessória* impôs que a situação física dos imóveis não influenciasse o âmbito da lei aplicável, enquanto que o aspeto *funcional* do princípio (corolário do considerando 42) impôs que não fosse aplicada a lei alemã para regular a transmissão da propriedade²⁰.

II. O Regulamento das Sucessões é partidário da prevalência da *lex patrimonii* enquanto *lex successionis*: a aquisição de direitos reais sobre os bens que formam parte da herança são regulados pela *lex successionis*²¹. Contudo, o cariz dúbio da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º faz surgir problemas interpretativos sobre a consagração da tese da *primazia relativa do estatuto real* no Regulamento das Sucessões. Segundo esta tese, o estatuto real regularia as condições de produção de um efeito real, enquanto que o preenchimento de tais condições dependeria do sucessório²². No Regulamento das Sucessões, o problema da aplicação desta tese é motivado pelas exigências de equilíbrio entre segmentos reais e sucessórios indissociavelmente ligados a uma dada situação jurídica internacional²³. Enquanto problema de

Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas. Almedina, 2012, p. 20. Apontando a dificuldade que geraria quer para a herança, quer para os intervenientes na sucessão, a fragmentação da lei aplicável: PAUL LAGARDE, *Les principes*, cit., p. 691. Tal como postula o considerando 7, a presente decisão tutelou a vontade do *de cuius* e a possibilidade de o mesmo planear a sua sucessão, associando-se a esse planeamento uma função de segurança jurídica: ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 80.

²⁰ TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 887.

²¹ Seguindo o pensamento de ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 88, extraímos três normas do Regulamento que fundamentam esta posição: (i) a própria alínea *e*) do n.º 2 do artigo 21.º, ao se reportar a “*transmissão*”; (ii) o considerando 42; (iii) o artigo 31.º, na sua parte inicial, ao se referir à “*invocação de um direito real sobre bem que tenha direito ao abrigo da lei aplicável à sucessão*”. Contudo, o facto de o Regulamento das Sucessões admitir a *lex patrimonii* enquanto *lex successionis* não prejudica o desvio desta em matéria de normas de aplicação imediata, como dispõe o artigo 30.º.

²² A tese da *primazia relativa do estatuto real* foi inicialmente delineada para antinomias de qualificação entre estatuto real e obrigacional. Caberia ao estatuto real decidir se a transferência da propriedade dependeria ou não de um contrato de compra e venda válido, mas já não caberia a este (mas à *lex contractus*) aferir da existência e validade do contrato: LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva da propriedade em direito internacional privado*, McGraw-Hill, 1991, p. 155 e ss; LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, I, Almedina, 2014, p. 541.

²³ BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 9 nota 18, tem evidenciado a necessidade de, na resolução de problemas entre estatutos no âmbito do Regulamento das Sucessões, se atender aos seus princípios retores, e não a estruturas legais, “*Grundstrukturen*”: no estatuto real, o princípio da tipicidade, do *numerus clausus*, da publicidade, enquanto que no sucessório, o princípio da *unidade sucessória* e da tutela da vontade do *de cuius*. O Autor defende que a análise entre estatutos deverá ser feita *funcionalmente* (respeitando os princípios e a função que estes visam) e não *estruturalmente*. Com ideia diversa sobre o problema, segundo consideramos: HELENA MOTA, *A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do*

equilíbrio de estatutos, o ordenamento territorial não deve ser considerado como secundário, nem deve ser totalmente preterido, em favor do princípio da *unidade sucessória*²⁴.

2.1.1. O óbice da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento das Sucessões e a sua articulação com o princípio da *unidade sucessória*

I. Em matéria de registo e aquisição de direitos reais, o argumento principal do TJUE fora o de não incluir no âmbito da *lex rei sitae* “as condições em que os direitos sobre imóveis ou móveis são adquiridos”, na medida em que tal iria contra o princípio da *unidade sucessória*²⁵. À luz da interpretação que o TJUE faz da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º, apenas a *inscrição*, os *requisitos legais* e os *efeitos* da inscrição seriam regulados pela *lex rei sitae*, mas já não as *condições de aquisição* do direito real²⁶. O TJUE não diferencia os conceitos, referindo apenas que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º deverá ser interpretada no sentido em que se opõe à recusa do reconhecimento dos efeitos reais produzidos por um legado *per vindicationem*, no momento da abertura da sucessão, em aplicação da lei sucessória: *i.e.*, como se trata de uma questão de *condição de aquisição* de um direito real, não obstante o direito alemão exigir a inscrição no registo para a transferência da propriedade, deverá ser a *lex successionis* a determinar o momento relevante para essa transmissão.

A complexidade deste problema²⁷ é motivada, em grande medida, pela dificuldade em perceber a extensão do princípio da *unidade sucessória*²⁸.

Conselho, de 4 de Julho de 2012, RED (2014) 1, p. 19

²⁴ Defendendo que entre *lex rei sitae* e *lex successionis* estamos perante um problema de prevalência: DAVIDE ACHILLE, *Lex successionis e compatibilità con gli ordinamenti degli Stati membri nel Reg. UE n. 650/2012, La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXXIV (2018) 5, p. 669.

²⁵ Este entendimento já resultava, como refere o parágrafo 54 da decisão do TJUE, do n.º 60 das conclusões do advogado-geral.

²⁶ A exclusão do âmbito material do Regulamento das Sucessões não corresponde a nenhum “preconceito” sobre as matérias enunciadas, demarcando apenas as que não podem ser abrangidas pela lei aplicável nos termos do Regulamento: DENNIS SOLOMON, *The Boundaries*, cit., p. 194. Demarcadas as matérias não abrangidas pelo Regulamento, tudo se resolverá segundo o DIP do Estado. A extensão da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º deve também ser esclarecida: tratando-se de direitos adquiridos que não exigem registo, a norma deixa de ter operacionalidade: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 16. Tal como é também evidenciado pelo Autor, *ibidem*, p. 17, a extensão da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º deverá abarcar as situações de “sucessão singular” e universal.

²⁷ A alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º também surge problemática na relação com o regime da compropriedade: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 6.

²⁸ Enunciando que a dificuldade fora discutida nas fases preliminares do Regulamento, suscitando dúvidas sobre a extensão e o sentido do âmbito de aplicação da *lex successionis*, bem como da sua

A questão surge em virtude da incompatibilidade na articulação entre a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º e o âmbito da *lex successionis*, alínea *e*) do n.º 2 do artigo 23.º. Este problema tem sido resolvido de diferentes formas. Um setor doutrinário tem admitido o não reconhecimento dos legados *per vindicationem*, argumentado que a *lex rei sitae* regulará a forma, a formalidade e as exigências substantivas para a transferência da propriedade²⁹. Segundo interpretamos da decisão do TJUE, este problema foi solucionado através do entendimento de que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º não regularia as *condições de aquisição* do direito, ficando tais *condições de aquisição* sujeitas ao âmbito da *lex successionis*. O verdadeiro problema prende-se com a relação entre os considerandos 18 e 19 e a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º. Por um lado, o considerando 18 dispõe que seja a *lex rei sitae* a determinar em que condições legais e de que forma deve ser feita a inscrição no registo³⁰. Por outro, o considerando 19 refere que fica excluída do âmbito de aplicação do Regulamento das Sucessões a questão sobre se a aquisição do direito exige inscrição no registo a fim de garantir o efeito *erga omnes* (excluindo a determinação do efeito declarativo ou constitutivo do registo), excluindo também do Regulamento a determinação do *momento da aquisição* do direito real. Apesar da breve menção que o TJUE fez aos considerandos, o problema da compatibilização do considerando 19 com a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º não foi mencionado: como pode este preceito não integrar as *condições de aquisição* do direito real se o considerando 19 impõe que não seja a *lex successionis* a determinar o “*momento da referida aquisição*”³¹?

relação com o Certificado Sucessório Europeu: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., pp. 7-8.

²⁹ A base dos argumentos desta posição relaciona-se com a decisão do *Bundesgerichtshof* de 1994. Admitindo que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º se aplica às exigências substantivas de transferência da propriedade, em virtude do sistema do modo: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 16, nota de rodapé 60, 61 e 62; STEFAN BANDEL, *Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegat in Deutschland*, *Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.10.2017, C-218/16, MBNXCIX* (2018), p. 105-110.

³⁰ Admitindo que o considerando 18 identifica a coincidência entre a *lex registrationis* e *lex rei sitae*: VAN ERP, *Succession, Registration and the Extraterritorial Application of the lex rei sitae*. *EJCLG* 3 (2016) 4, pp. 343-352.

³¹ Uma interpretação literal da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º não clarifica se as *condições de aquisição* do direito são reguladas pela *lex successionis*. Tal clarificação é apenas possível através da análise do considerando 19: TERESA LECHNER, *Die Reichweite des Erbstatuts*, cit., p. 141. Assim, em matéria de registo, o artigo 23.º impõe um duplo raciocínio: (i) uma tomada de posição sobre a interpretação da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º em conjugação com o considerando 19; (ii) uma ponderação dessa interpretação relativamente ao artigo 23.º.

II. Na nossa opinião, a decisão do TJUE foi consentânea com a doutrina que interpreta a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º como uma norma aplicada, não aos requisitos substantivos de transferência da propriedade, mas aos requisitos formais associados à oponibilidade do registo a terceiros³². Este entendimento pressupõe que as *condições de aquisição* do direito não sejam incluídas na alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º, e que o considerando 19 seja parcialmente desconsiderado, ignorando-se a regulação, pelo ordenamento territorial, do *momento de aquisição* do direito. Sustentando tal posição, impede-se que esta relação fracione a *lex successionis*: portanto, impede-se que seja a *lex rei sitae* a regular o momento de transmissão da propriedade³³. Por um lado, consideramos que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º se deve interpretar segundo uma interpretação declarativa estrita³⁴, em articulação

³² Neste sentido: BURKHARD HESS / MARIA BERGSTRÖM / EVA STORSKRUBB, *EU Civil Justice Current Issues and Future Outlook*, Hart, 2016, nota de rodapé 113. Contra: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 27-28. Os Autores enunciam três posições na interpretação da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º: (i) a doutrina que sufragamos, onde o registo para efeitos do preceito se reporta apenas à oponibilidade perante terceiros, o que faz com que o preceito seja uma *disposição conflitual especial* destinada a substituir, à *lex rei sitae*, algumas atribuições registais; (ii) a tese intermédia, em que o registo do direito pode funcionar como complemento da *lex rei sitae*, impondo ao Estado da *lex successionis* certas obrigações registais para o direito real se transferir; (iii) a tese, já mencionada na nota de rodapé 29, que considera que a *lex rei sitae* deve prevalecer sobre a *lex successionis* em matéria de registo, funcionando a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º como uma norma de *direito material uniforme* que imuniza da *lex successionis* a determinação do *momento de aquisição* do direito real. Também referindo estas posições conflituantes: JOHANNES WEBER, *Kubicka und die Folgen: Vindikationslegate aus Sicht des deutschen Immobiliarsachenrechts – Zugleich Anmerkungen zum Urt. des EuGH V. 12. 10. 2017 – Rs. C-218/16, DNotZ XVI (2018)*, p. 19 e ss.

No seguimento da nossa posição, com “oponibilidade a terceiros” entendemos que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º regula os *requisitos* e os *efeitos* da inscrição do direito no registo. A decisão do TJUE corrobora a parte do considerando 19 que legitima a reserva à *lex rei sitae* da regulação dos *efeitos* da inscrição no registo. Se tal interpretação do considerando 19 se reflete na alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º, este preceito regula os *efeitos* do registo como fundamento de oponibilidade (*i.e.*, para defesa do princípio da publicidade e da oponibilidade *erga omnes*, princípios que o considerando 19 menciona).

³³ Com o mesmo entendimento: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 15. Reportando-se à discussão: SJEF VAN ERP, *The New Succession Regulation: The lex rei sitae rule in need of reappraisal? EPLJ I (2012) 2*, pp. 187-188. A interpretação da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º que visa incluir em tal preceito as exigências de registo para transferência da propriedade também limita os sistemas sucessórios que consagram a herança jacente: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 15 e ss. A questão versa sobre a compatibilização do § 819 ABGB com a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º.

³⁴ E não segundo uma interpretação restritiva, baseada na articulação com o âmbito de aplicação da lei sucessória, como defendem TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 891.

com o princípio da *unidade sucessória*³⁵. Por outro, a interpretação do preceito, em conjugação com artigo 23.º, deverá ser feita *funcionalmente*, e não *estruturalmente*: no limite, devem cumprir-se os princípios subjacentes à *lex rei sitae* e à *lex successionis*³⁶. Esta posição que sufragamos, no seguimento da decisão do TJUE, põe em causa a consagração da tese que defende a *primazia relativa do estatuto real*³⁷, já que este estatuto fica inibido de determinar o *momento de aquisição* do direito real.

III. No sentido exposto, da decisão do TJUE é possível extrair a delimitação entre o estatuto sucessório e real por intermédio do princípio da *unidade sucessória*³⁸. Dessa delimitação não se cumpre um equilíbrio entre estatutos, próximo da tese da *primazia relativa do estatuto real*, devido à preponderância que é dada ao princípio da *unidade sucessória*. O verdadeiro equilíbrio é prosseguido, no limite, pelo expediente da *transposição*.

2.1.2. A natureza dos direitos reais e a sua articulação com a *lex successionis*

I. A alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º corresponde a uma limitação do plano *funcional* do princípio da *unidade sucessória*. Visa-se conter a regulação conflitual da *lex successionis*: esta não poderá regular a natureza dos direitos reais, o que contendaria com o princípio do *numerus clausus*³⁹. A alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º visa as situações em que são *criados* direitos reais, quer alterando o conteúdo,

³⁵ Além do princípio da *unidade sucessória*, o TJUE, nos parágrafos 55, 56 e 57 da decisão, referiu que a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º se deveria interpretar, também, segundo o considerando 7.

³⁶ Assim, verdadeiramente, a alínea *e*) do n.º 2 do artigo 23.º isoladamente considerada, não descortina a operacionalidade que aparenta: DENNIS SOLOMON, *The Boundaries*, cit., p. 212.

³⁷ Entendemos que esta tese se encontra consagrada no Regulamento das Sucessões, em termos abstratos, através da articulação entre o considerando 19 e a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º.

³⁸ O assunto de maior relevância (o considerando 19 e a sua concreta extensão) foi indiretamente abordado pelo TJUE: é apenas através da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º e do artigo 23.º que se chega à conclusão que o facto de o *momento de aquisição* da propriedade ser regulado pelo ordenamento territorial é algo irrelevante, para efeitos de transferência da propriedade, à luz do princípio da *unidade sucessória*. Também neste sentido: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 28. Criticando a posição do TJUE, por falta de ponderação de outras soluções em matéria de registo: STEFAN BANDEL, *Rechtsübergang und Rechtsnachfolge*, cit., pp. 101-102.

³⁹ O considerando 15 e a alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º visam a proteção do princípio do *numerus clausus* do sistema da *lex rei sitae*: DIETER MARTINY, *Lex Rei Sitae as a connecting factor in EU Private International Law*, *IPRax XXXII* (2012) 2, p. 128; AFONSO PATRÃO, A “*adaptação*”, cit., p. 133 e ss. Contudo, a alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º não atribui uma prevalência à *lex rei sitae*: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 27

quer a previsão do direito, mas já não as situações em que o direito real é sujeito a outras *modalidades* de transferência, mantendo-se o mesmo. Como fora referido pelo TJUE, nos parágrafos 46 a 50, a transferência de propriedade tanto é possível através de um legado *per vindicationem* quanto de um legado *per damnationem*, pelo que não se coloca um problema onde a alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º tenha campo de aplicação. Este raciocínio não é contrário à regulação, pela *lex successionis* e nos termos da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 23.º, da “*determinação dos beneficiários (...) as obrigações que podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação de outros direitos sucessórios*”⁴⁰. Assim, tal como refere o TJUE, em sede interpretativa da alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º, deverá atribuir-se à *lex rei sitae* a decisão sobre se este ou aquele direito real existe, ou como pode ser exercido, enquanto a transferência do mesmo estará sujeita à *lex successionis*⁴¹.

2.2. O Certificado Sucessório Europeu e a decisão do TJUE

I. Na decisão do TJUE são feitas duas referências ao Certificado Sucessório Europeu⁴². Consideramos que o TJUE não foi profícuo na análise que empreendeu, tendo-se limitado a referir o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 69.º e as finalidades do mesmo. Como o problema atinente ao Certificado Sucessório Europeu fora enunciado depois da abordagem à alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º, alguma doutrina tem sustentado que este segmento da decisão deverá servir como fundamento para

⁴⁰ Relativamente à discussão *supra* sobre a decisão e o entendimento do *Bundesgerichtshof*, especialmente no que se reporta à fronteira entre *criação* de direitos reais e diferentes modalidades para a transferência do direito real, o *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, em 26 de outubro de 1995, acolheu o entendimento do *Bundesgerichtshof*, numa decisão sobre um usufruto vitalício atribuído a um cônjuge sobrevivente, segundo a lei belga, cujos imóveis se localizavam em território alemão. Foi discutido pelo tribunal se o direito do cônjuge sobrevivente a tal usufruto corresponderia apenas a uma ação pessoal contra os herdeiros: DENNIS SOLOMON, *The Boundaries*, cit., p. 215.

⁴¹ Seria problemático se o TJUE decidisse no sentido de determinar a concreta extensão/limitação do princípio do *numerus clausus*: trata-se de uma matéria reservada ao ordenamento territorial da *lex rei sitae*, pelo que o princípio do *numerus clausus* não deve ser alvo de uma interpretação mais ou menos restrita, que corresponde à interpretação do artigo 345.º do TFUE: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 23.; BRAM AKKERMANS / EVELINE RAMAEEKERS, *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, *ELJ XVI* (2010) 3, p. 292 e ss. Uma extensão precisa e delimitada da alínea *k*) do n.º 2 do artigo 1.º, é problemática, pela grande divergência de conceções sobre o princípio do *numerus clausus*: BJÖRN LAUKEMANN, *Die lex rei sitae*, cit., p. 22; BRAM AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, 2008, p. 565.

⁴² Como resulta dos parágrafos 59 e 60 da decisão do TJUE.

interpretar restritivamente o preceito⁴³. No nosso entender, e no sentido da decisão do TJUE, a possível interpretação restritiva da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º apenas poderia ser motivada pela articulação do preceito com o princípio da *unidade sucessória* e com o escopo comunitário prosseguido pelo considerando 7. Contudo, em certo sentido, o certificado visa um reforço desse princípio, bem como uma finalidade comunitária consentânea com a facilitação do funcionamento do mercado interno e com o suprimento dos entraves às sucessões transfronteiriças⁴⁴. Numa possível relação entre o certificado e as exigências de registo por parte do ordenamento territorial, uma interpretação declarativa estrita da alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º respeita as valências do certificado: o facto de se presumir que a pessoa mencionada como legatária tem esse respetivo *status*, sem restrições ou condições em relação ao seu direito⁴⁵, podendo tal *status* ser utilizado noutro Estado, não impede que a inscrição num registo do direito adquirido não seja regulada pelo Regulamento das Sucessões.

II. No direito alemão, a articulação entre o certificado e o § 35 (1) da lei do registo alemã tem sido alvo de debate⁴⁶, por se considerar que o certificado não garante legitimação suficiente para os casos de “sucessão singular”⁴⁷. Consideramos

⁴³ TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 891.

⁴⁴ LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *Quelle place pour les certificats successoraux nationaux dans le règlement européen Successions internationales*, n.º 650/2012?, *RCDP* (2018) 4, p. 858 e ss. Em sentido próximo, não obstante, reportando-se a outra decisão jurisprudencial do TJUE: CASTELLANOS RUIZ, *Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20-17, CDT XII* (2020) 1, p. 474 e ss.

⁴⁵ Cfr. N.º 1 e n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento das Sucessões. O certificado, ao interferir no sistema civil de cada Estado, legitima incluir neste a mudança de propriedade baseada num legado *per vindicationem*: ELISE GOOSENS, *A Model for the Use of the European Certificate of Succession for Property Registration*, *ERPL XXV* (2017) 3, pp. 523-532. Questionando a efetividade do certificado no reconhecimento de direitos reais, argumentando que, caso o certificado não seja requerido, o reconhecimento de direitos reais fica consideravelmente circunscrito: JOHANNES WEBER, *Kubicka und die Folgen*, cit., p. 25.

⁴⁶ Sobre as exigências registais na *Grundbuchordnung* e o problema dos legados *per vindicationem* relacionados com a decisão de 1994: ULRICH SIMON / MARKUS BUSCHBAUM, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung*, *NJWLXV* (2012) 33, pp. 2293-2294; HARALD WILSCH, *EuErbVO: Die Verordnung in der deutschen Grundbuchpraxis*, *ZEVXIX* (2012) 10, pp. 530-532. O § 35 (1) GBO também surge problemático na relação com a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 29.

⁴⁷ Ou seja, as sucessões fracionadas, por serem um desvio à regra da sucessão universal. Segundo consideramos, a problemática surge na medida em que o direito alemão não clarifica se a *lex successionis* pode regular a transmissão dos direitos reais que supostamente estariam sujeitos à *lex rei sitae*. Assim,

que o certificado confere legitimidade ao reconhecimento de um legado *per vindicationem*, em virtude do n.º 5 do artigo 69.º do Regulamento, bem como da sua efetividade como documento bastante⁴⁸. Preenchendo os requisitos aos quais o título de aquisição está sujeito, o certificado deverá garantir o princípio da publicidade no espaço europeu, não se devendo levantar-se óbices à sua utilização⁴⁹. Utilizado para a finalidade indicada, ao certificado deverá ser reconhecida total operacionalidade: na nossa situação, a atribuição de um direito e o reconhecimento da qualidade de legatário, como dispõe a alínea *a)* e *b)* do n.º 2 e do n.º 1 do artigo 63.º⁵⁰.

III. As reais implicações da decisão do TJUE, no âmbito do Certificado Sucessório Europeu, prendem-se com a necessidade de criação de um mercado interno que facilite o reconhecimento dos legados *per vindicationem* em relação aos Estados que os não admitem, reconhecendo valor superior e complementar ao certificado em relação às exigências de forma e formalidade dos sistemas civis estaduais⁵¹.

como refere ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 81, alguma doutrina tem apelado à aplicação de duas leis: uma para os requisitos materiais da sucessão conforme a *lege causae* (*lex successiois*), outra para a produção de eficácia do legado (*lex rei sitae*). Como também refere a Autora, *ibidem*, p. 88, o fundamento da “sucessão singular” tem sido associada à existência de bens *uti singuli*, *i.e.*, bens que não estão integrados em nenhum outro património sujeito à *lex successiois* enquanto *lex patrimonii*. Como tem sido enunciado por PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 22, o problema da admissibilidade dos legados *per vindicationem* no direito alemão não se deverá confundir com a questão doutrinária sobre a admissibilidade das “sucessões singulares”. No direito alemão, contudo, o não reconhecimento dos legados *per vindicationem* não se reconduz apenas ao problema da admissibilidade das “sucessões singulares”, mas também aos impactos que estes legados possam ter no princípio da publicidade: PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 23.

⁴⁸ ANGELO DAVI / ALESSANDRA ZANOBETTI, *Il nuovo*, cit., p. 24, têm defendido que a força normativa do n.º 5 do artigo 69.º impede que sejam requeridos mais documentos para além do certificado. Em sentido contrário: ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 91, refere que a troca de informações entre Estados pode fazer com que se exijam documentos adicionais requeridos pelo país da *lex rei sitae*, argumento que a Autora extrai do considerando 68. Argumentando que, nos termos da alínea *l)* do n.º 2 do artigo 1.º, podem ser requeridos mais documentos que atestem a constituição do direito em Estado terceiro, que depois poderão (ou não) ser materializados no certificado: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 29.

⁴⁹ DAVIDE ACHILLE, *Lex successiois*, cit., p. 701 e ss. No plano da legitimidade, questionado a relação entre o certificado e o § 2353 BGB: PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 27 e ss.

⁵⁰ KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., pp. 26-27.

⁵¹ Reconhecendo a força do certificado como instrumento harmonizador: GEERT VAN CALSTER, *European Private International Law*, 2.ª ed., Hart, Oxford, 2016, p. 338. O advogado-geral, nas

2.3. A adaptação e o artigo 31.º: delimitação da figura

I. A doutrina tem questionado a recondução do artigo 31.º à figura da *adaptação*. O artigo 31.º depende de dois pressupostos: (i) a *lex successionis* terá de atribuir um direito sobre coisa determinada que se situe em país diferente daquele cuja lei regula a sucessão; (ii) o direito real atribuído pela *lex successionis* deverá ser desconhecido do ordenamento territorial da *lex rei sitae*⁵² ou diferir em elementos fundamentais e estruturais da sua configuração, a ponto de se concluir que o direito real atribuído pela *lex successionis* não é idêntico ao conhecido pelo ordenamento da *lex rei sitae*⁵³. Consideramos que o expediente do artigo 31.º apresenta mais semelhanças com as figuras da *substituição* e da *transposição* do que com a *adaptação*: em rigor, o artigo pressupõe um problema de equivalência de institutos e não, como sucede na *adaptação*, um problema de obtenção de congruência na aplicação de normas materiais diferentes. Em causa está a reprodução, no ordenamento da *lex rei sitae*, de um instituto que lhe é desconhecido⁵⁴.

suas conclusões (parágrafo 68), reporta-se ao sistema holandês, sistema que não admitia os legados *per vindicationem*, mas que, logo após a entrada em vigor do Regulamento, adaptou as suas disposições registais de modo a que o direito de propriedade de um legado *per vindicationem* pudesse ser registado ou reconhecido através do certificado. Ainda que o raciocínio seja válido, como refere o TJUE, bem como TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, Legacy, cit., p. 892, o n.º 1 do artigo 69.º já resolve o problema.

⁵² Tal como alude o considerando 15.

⁵³ Enunciando os pressupostos de aplicação do artigo 31.º: AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 138. O problema que se coloca no artigo 31.º é motivado pela consagração, no Regulamento das Sucessões, do princípio da *unidade sucessória*, e não pela existência de um concreto elemento de conexão eleito como relevante.

⁵⁴ A possível recondução à figura da *adaptação* seria a recondução à *adaptação-solução*, como conceptualmente é definida por LIMA PINHEIRO, *Direito*, I, cit. p. 631. Apesar de se questionar se entre as figuras da *substituição* e da *transposição* existem diferenças dogmáticas substanciais, como refere AZEVEDO MOREIRA, Da questão prévia em direito internacional privado, *BFD*, 1968, p. 96, entendemos que se deve autonomizar a *adaptação* das figuras da *substituição* e da *transposição*: LIMA PINHEIRO, *A venda*, cit., p. 180. Apesar de sufragarmos esta posição, admitimos que, entre ambas as figuras e em termos práticos, possa existir uma mera diferença de “perspetiva”: MARQUES DOS SANTOS, Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado, in *Estudos em Memória ao Prof. Doutor Paulo Cunha*, 1988, p. 530. De facto, a solução a dar ao artigo 31.º dependerá dessa *perspetiva*: será de *transposição*, caso se autonomize a figura, ou de *substituição*, caso se opte pela não autonomização. Contudo, referir que o problema do artigo 31.º é de *substituição* será admitir que a questão controvertida a que a norma pretende responder se assume como um problema de estabelecimento de uma equivalência: o efeito sucessório só poderia produzir-se caso o intérprete concluísse que os dois institutos jurídico-materiais em causa seriam equivalentes ou sobreponíveis: AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 148. Assim, o problema reconduzir-se-ia a

II. O artigo 31.º cumpre o desiderato de equilibrar o estatuto real e sucessório numa ótica de *transposição*⁵⁵. Contudo, de forma a operar o expediente da *transposição*, exige-se uma diferença estrutural nos direitos a serem adquiridos, bem como um verdadeiro conflito de qualificações⁵⁶. A utilização do expediente da *transposição* resulta da necessidade de comparar funcionalmente as disposições de duas leis, procurando uma similitude de objetivos, interesses e efeitos, através de um raciocínio *juscomparativo* de tipo dialético sobre o direito atribuído pela *lex successionis*, com o objetivo de não esvaziar, da *lex rei sitae*, a atribuição patrimonial sucessória⁵⁷. Caberá ao intérprete, com alguma margem de discricionariedade, encontrar na *lex rei sitae* o direito real equivalente àquele que foi pressuposto pela *lex successionis*⁵⁸.

um caso de interpretação de conceitos normativos integrados nas hipóteses de normas materiais, pelo que importaria saber se o instituto da L1 seria equivalente à condição jurídica referida na norma da L2. Salvo melhor opinião, não cremos ser esse o raciocínio de correspondência, com base numa relação de *prejudicialidade*, que está presente no artigo 31.º. A figura aponta para a *transposição*: o problema está em saber se o instituto jurídico criado na L1 pode *traduzir-se* noutra da L2, chamada à regulação de certos efeitos; busca-se um *equivalente transponível* em que se possa converter o direito criado ao abrigo da *lex successionis*. A operação de *transposição* inicia-se com a interpretação da *norma pressupponente* (da ordem jurídica que faz desencadear um efeito jurídico na sua base), daí se retirando as *notas estruturais* que devem ser preenchidas pelo instituto jurídico-material de outra lei, havendo, portanto, que examinar se a situação conformada por esta ordem jurídica é suficientemente análoga com uma situação conformada pela ordem jurídica da *norma pressupponente*, comparando-se o conteúdo e as finalidades das respetivas figuras: LIMA PINHEIRO, *Direito*, cit., I, p. 634. A postura do legislador europeu, ao designar o instituto de “adaptação”, só se compreende pela tentativa de uniformizar as várias figuras no plano internacional: AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 153.

⁵⁵ A norma não visa ser uma “válvula de escape” para a defesa do sistema civil da *lex rei sitae*, como defendem DAVIDE ACHILLE, *Lex successionis*, cit., p. 701; TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 890. Apenas *metaforicamente* se poderia defender tal solução. Ao invés, o artigo 31.º cumpre a função de equilibrar o estatuto sucessório e o real numa ótica de *transposição*. Com a mesma posição, não obstante, reportando-se à conjugação entre estatuto obrigacional e real: LIMA PINHEIRO, *A venda*, cit., p. 179 e ss. A razão do artigo 31.º não ser, em sentido técnico-jurídico, uma válvula de escape de proteção do estatuto da *lex rei sitae*, justifica-se pelo facto de, caso se aplique o artigo 31.º, a consequência jurídica não ser a recusa dos efeitos da atribuição hereditária caso o direito real outorgado pela *lex successionis* seja desconhecido da *lex rei sitae*, nem ter como consequência, por outro lado, a introdução autónoma de um novo direito real no ordenamento territorial.

⁵⁶ Exigindo uma *diferença estrutural* como condição para o conflito de qualificações: AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 154 e ss; AFONSO PATRÃO, Reflexões sobre o reconhecimento de Trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal, *BFD LXXXVII* (2011), p. 357 e ss.

⁵⁷ AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 158.

⁵⁸ A discricionariedade é um elemento próprio da *transposição*, como refere ERIK JAYME, *La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé*, *AIDI LXXII* (2007) 1, p. 15, o que atesta a recondução do artigo 31.º a esta figura: AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 157.

No sentido exposto pela decisão do TJUE, sendo a atribuição patrimonial, decorrente de um legado *per vindicationem*, a aquisição do direito de propriedade, não ocorre um problema de aplicação do artigo 31.^{o59}. Não obstante, tem sido enunciada a recorrência com que, no direito alemão, se têm convertido, através da utilização da *transposição*, legados *per vindicationem* em *per damnationem*⁶⁰.

2.3.1. A reserva de ordem pública internacional e a tutela do princípio do *numerus clausus*

I. Sendo inoperacional o expediente da *transposição*, poder-se-á admitir que o direito real atribuído pela *lex successionis* tenha como consequência a aplicação do artigo 35.^o (*reserva de ordem pública internacional*)? A mobilização do artigo 35.^o, para resolver tais problemas, pressupõe que a solução seja a recusa da aceitação, no ordenamento territorial, da atribuição sucessória. Tal como refere Afonso Patrão, os partidários da tese da aplicação da *reserva de ordem pública internacional* sustentam tal entendimento, implicitamente, no artigo 15.^o da Convenção de Haia de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento ser a inspiração para o artigo 31.^o do Regulamento das Sucessões⁶¹. Contudo, como assinala o Autor, entre ambos os preceitos existe uma diferença: o artigo 15.^o sobre a lei aplicável ao *trust* determina que, quando normas imperativas da *lex rei sitae* impeçam o reconhecimento da constituição do *trust*, o tribunal deve, por qualquer forma, dar efeito ao *trust* (“*the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means*”). Tal atuação do tribunal pressupõe o reconhecimento, pelo legislador, da possibilidade de inexistência

⁵⁹ Veja-se os parágrafos 62, 63 e 64 da decisão do TJUE, bem como TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, Legacy, cit., pp. 890-893, onde os Autores referem que “*there is no need for adaptation when the content of a right in rem is identical both under legi cause and legi rei sitae*”. A isto acresce o facto de não existirem, no plano da aplicação de direito estrangeiro, divergências consideráveis quanto ao direito real “propriedade”. Em rigor, os maiores problemas colocam-se perante direitos reais menores e perante direitos reais de garantia, nestes últimos, com preponderância, perante garantias imobiliárias: AFONSO PATRÃO, A “*adaptação*”, cit., p. 128; AFONSO PATRÃO, *Autonomia*, cit., p. 125 e ss.

⁶⁰ ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 74 e p. 79. A autora refere que o considerando 17 tem sido utilizado como apoio para esta argumentação. Contudo, Esperanza Ruiz acaba por não se basear em posições doutrinárias e/ou jurisprudenciais para corroborar a sua posição. Por outro lado: PETER SCHMIDT, *Die kollisionsrechtliche*, cit., p. 20, afirma que na doutrina alemã se tem entendido que os legados *per vindicationem* reconhecem, tal como nos *per damnationem*, o direito de propriedade. O Autor refere, de forma literal, que o artigo 31.^o do Regulamento das Sucessões não seria aplicável à possível necessidade de *adaptação* de um legado *per vindicationem*.

⁶¹ AFONSO PATRÃO, A “*adaptação*”, cit., p. 162.

de um equivalente, bem como do dever de atribuir eficácia ao *trust* constituído. Por oposição, o Regulamento das Sucessões determina que a *transposição* se deve efetuar “na medida do possível”, podendo-se com isto pensar que se afastaria a possibilidade da *transposition into a minus*. Como salienta Afonso Patrão, citando os Comentários do “Max Planck Institute for Comparative and International Private Law” à proposta da Comissão, o artigo 31.º do Regulamento das Sucessões é construído à semelhança do artigo 15.º sobre a lei aplicável ao *trust*: não existe uma diferença de formulação significativa entre ambos os preceitos, já que em ambos incide o dever sobre o julgador de encontrar na *lex rei sitae* o direito mais próximo daquele que seria “desenhado pela atribuição hereditária da lei competente”⁶².

II. Nestes termos, o artigo 31.º visa, no limite da equivalência entre institutos, um equilíbrio de estatutos numa ótica de *transposition into a minus*⁶³. Perante problemas de falha de correspondência entre institutos, não se deverá aplicar o artigo 35.º, mas resolver o problema através da atribuição de um direito real próximo ao pressuposto pela *lex successionis*.

A opinião que sustentamos não obsta à mobilização do artigo 35.º do Regulamento para tutelar certas situações de gravidade no campo da violação do princípio do *numerus clausus*⁶⁴: v.g., na violação do *numerus clausus* através da adulteração do conteúdo de certos direitos reais administrativos ou de cariz público⁶⁵. Salvo melhor entendimento, para algumas situações excecionais, o artigo 35.º poderá surgir como o último reduto de defesa de tal soberania. Assim, tal como salienta Esperanza Ruiz, utilizar a *lex rei sitae* como “espada” poderá implicar mobilizar o artigo 35.º para tutelar o ordenamento territorial da *lex rei sitae*⁶⁶. O direito real existe independentemente de uma relação intersubjetiva, sendo no Estado determinado pela *lex rei sitae* que o titular exerce os poderes materiais com-

⁶² AFONSO PATRÃO, A “adaptação”, cit., p. 163.

⁶³ Sobre a *transposition into a minus*: BRAM AKKERMANS, Property law and internal market, in *The Future of European Property Law*, Munique, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 206.

⁶⁴ Admitimos tal posição, assim como, analogamente, a doutrina tem admitido que, não obstante a não recondução, em todas as situações, ao artigo 35.º no caso de violação do direito à legítima, se deva admitir que, em casos pontuais e específicos, este artigo possa ser mobilizado como forma de tutelar sucessíveis legitimários. Seguindo esta corrente doutrinária, entendemos que, ao abrigo da plena liberdade de testar, apenas em situações excecionais poderá funcionar o direito à reserva de ordem pública como limite à autonomia sucessória: LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, II, Almedina, 2015, p. 695.

⁶⁵ Reportando-se à figura dos direitos reais administrativos ou de cariz público: JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou Realidade?*, AAFDL, 2019, p. 21 e ss.

⁶⁶ ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 79.

preendidos no conteúdo do direito adquirido. Além do direito real ser um direito absoluto, oponível *erga omnes*, na regulação dos direitos reais estão presentes interesses públicos do Estado onde os bens se situam. Por decorrência, o Estado prossegue, no domínio social, políticas económicas, sociais, culturais e ambientais⁶⁷. Estas razões, parecem-nos, justificam os meios para defesa do *numerus clausus* através da reserva de ordem pública internacional.

3. Considerações finais

I. A decisão do TJUE constituiu não apenas um ponto de partida para a interpretação do Regulamento das Sucessões, mas também um importante parâmetro de avaliação dos sistemas sucessórios dos Estados-Membros⁶⁸. As soluções apontadas pelo TJUE foram intencionais: de um pedido de reenvio prejudicial sobre a negação da produção de efeitos de um legado *per vindicationem*, o TJUE apreciou uma verdadeira “oposição à negação”, acabando por reformular a questão prejudicial⁶⁹. Concordamos com a decisão do TJUE, quanto aos fundamentos de apreciação essenciais. Contudo, consideramos que algumas questões não foram problematizadas.

A questão central sobre a articulação entre o considerando 19 e a alínea *l*) do n.º 2 do artigo 1.º não foi literalmente referida pelo TJUE, existindo apenas uma breve menção ao considerando 19. Ainda que o TJUE tenha, indiretamente, resolvido o problema da determinação do *momento de aquisição* do direito real na execução de um legado *per vindicationem*, a decisão não é conclusiva o suficiente para, nesta matéria, se extrair um princípio geral de afastamento da *lex rei sitae* quanto às exigências registais para transferência do direito real.

II. A análise do TJUE, sobre a concreta extensão do Certificado Sucessório Europeu, foi limitada a algumas referências ao seu regime dispositivo, não esclarecendo

⁶⁷ LIMA PINHEIRO, *Direito*, II, cit., p. 531; LIMA PINHEIRO, *A venda*, cit., p. 108. Ainda que se questione se ao Direito das Coisas corresponde uma “naturalidade territorial”, assente no dogma da soberania territorial e da segurança nas transações, o verdadeiro domínio de aplicação territorial da *lex rei sitae* deve-se a uma norma de conflitos que emprega um elemento de conexão que aponta, no espaço, para um dado lugar: LIMA PINHEIRO, *A venda*, cit., p. 112 e ss. Apesar do aspeto de “soberania nacional” como fundamento da *lex rei sitae* ser largamente questionável, é a segurança no tráfego o fundamento da *lex rei sitae* que reúne maior consenso: LIMA PINHEIRO, *A venda*, cit., p. 115.

⁶⁸ TERESZKIEWICZ / WYSOCKA-BAR, *Legacy*, cit., p. 892: em especial, naturalmente, de avaliação do direito alemão.

⁶⁹ ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 76; KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 28.

o sentido e o alcance do certificado em relação ao princípio da *unidade sucessória* e aos âmbitos de exclusão material do Regulamento. Se é certo que o certificado é o instrumento comunitário primordial para harmonizar o reconhecimento dos legados *per vindicationem* no espaço europeu, evitando que as exigências de registo impeçam o reconhecimento, noutros Estados, de tais legados, a articulação entre esta harmonização e as exigências de registo por parte de alguns sistemas jurídicos é ainda um problema em aberto⁷⁰.

Christian Baldus escreveu meses antes da decisão, referindo o impacto que esta poderia ter na “*limitação sistemática da lex rei sitae no direito internacional privado da União*”⁷¹. Em parte, pensamos nós, a decisão do TJUE limitou *funcionalmente* a *lex rei sitae*. Mas não a limitou *sistematicamente*: as limitações à *lex rei sitae* ocorrem por intermédio do princípio da *unidade sucessória*, e apenas relativamente ao fenómeno translativo da propriedade. No mais, a *lex rei sitae* manteve o seu estatuto atributivo. Contudo, funcionalmente, a *lex rei sitae* encontrou limitações: se à *lex rei sitae* não pertence a competência para regular o *momento de aquisição* do direito real por intermédio do estatuto sucessório, o aspeto funcional da soberania do ordenamento territorial que regula os modos de aquisição de direitos reais encontra-se bastante diminuído. Nestes e noutros aspetos, várias foram as vozes críticas da decisão do TJUE⁷².

⁷⁰ Dispondo que entre estes problemas existe um verdadeiro *limbo jurídico*: TREJO / BALLESTER AZPITARTE, *Breve nota sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-218/16 (Kubicka) de 12 de Octubre de 2017 (a propósito del testamento de un no residente en espana)*. Não consideramos que o certificado seja um “substituto” das exigências registais dos Estados-Membros. A harmonização no reconhecimento de direitos não implica que se subverta a extensão que deverá ser dada à *lex rei sitae* e à *lex registrationis*. Segundo interpretamos, contra a nossa posição, sustentando que o certificado é um substituto das exigências de registo dos Estados: ESPERANZA RUIZ, *Ámbito*, cit., p. 89-91. A Autora admite que tal entendimento se encontra implícito na argumentação do TJUE, pelo facto de na decisão se invocar o considerando 18 e 19 e não se considerar excluído o âmbito material de aplicação do Regulamento.

⁷¹ CHRISTIAN BALDUS, *O poder*, cit., p. 768.

⁷² WOLFGANG LITZENBURGER, EuGH: Anerkennung des Instituts des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung bei Eintritt des Erbfalls, 2017, disponível em <https://rsw.beck.de/>, refere que tem sido questionado se a propriedade nos legados *per vindicationem* se pode transferir sem registo, operando *a posteriori* uma “mera retificação”. Wolfgang Litzenburger conclui que não se deverá ponderar uma interpretação analógica do § 35 (1) do GBO, mas a aplicação do § 22 e § 19 do GBO, exigindo uma “mera retificação”, e não um verdadeiro registo, para a transferência da propriedade num legado *per vindicationem*. O Autor termina, criticando o TJUE pela sua abordagem tópica quanto ao sistema de registo alemão, bem como pela irrelevância do problema como questão internacional, apontando que este “deveria ter sido resolvido internamente”. As críticas tecidas por Wolfgang Litzenburger levam-no a concluir que a decisão do TJUE “não terá qualquer relevância

III. O facto de a interpretação do TJUE colocar em crise, no Regulamento das Sucessões, a conceção que defende a *primazia relativa do estatuto real*, não faz com que tal interpretação deva ser considerada menos correta. Segundo cremos, o problema do fracionamento da lei aplicável em matéria de sucessões tem tanta valia quanto a questão da defesa da *lex rei sitae* do ordenamento territorial. A atribuição ao princípio da *unidade sucessória* de uma valência mais predominante que à defesa da *lex rei sitae* em matéria de transferência da propriedade não corresponde a um preconceito ou a uma posição dogmaticamente menos correta que a inversa. Entendemos que a defesa da posição do notário polaco seria, em termos práticos, muito mais problemática que a adoção de uma tese favorável ao princípio da *unidade sucessória*. É inquestionável que admitir a regulação, pela *lex rei sitae*, das *condições de aquisição* do direito real, fragmentaria a sucessão. A fragmentação da sucessão, mesmo pelos sistemas jurídicos que a admitem, levanta sérios problemas sobre a conjugação entre a aplicação de duas leis diferentes⁷³.

IV. Muito está por decidir, tudo se resumindo à questão inicial: o poder dos conceitos, o preço do sistema?

no sistema jurídico alemão”. Também dispondo das várias soluções, que são admitidas no direito alemão, sobre o registo dos legados *per vindicationem*, admitindo que o TJUE não explorou soluções com menos impacto para o ordenamento territorial: KARSTEN THORN / CAROLINE LASTHAUS, *Rechtsnachfolge in Immobilien*, cit., p. 28; STEFAN BANDEL, *Rechtsübergang und Rechtsnachfolge*, cit., p. 103.

⁷³ Uma abordagem exaustiva de tais problemas extravasaria o objeto do comentário. Limitar-nos-emos a referir que o direito francês, por exemplo, resolve os problemas resultantes do sistema do fracionamento através de normas de direito material: AFONSO PATRÃO, A “*adaptação*”, cit., p. 126, nota de rodapé n.º4.