



Ana Isabel Martins Rodrigues

DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS E DO REGIME DE BENS LEGALMENTE FIXADO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos de Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Sob a Orientação do Senhor Professor Doutor Francisco Pereira Coelho

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ana Isabel Martins Rodrigues

**DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS E
DO REGIME DE BENS LEGALMENTE FIXADO**

**ABOUT THE IMMUTABILITY OF MARRIAGE AGREEMENTS AND
MATRIMONIAL PROPERTY FIXED BY LAW**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em
Direito conducente ao grau de Mestre, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico Forenses, sob orientação
do Professor Doutor Francisco Pereira Coelho.*

Coimbra, 2017

À minha família, em especial aos meus pais e à minha irmã, e aos meus amigos, que fazem com que tudo seja mais fácil, agradeço por serem, incondicionalmente, o meu suporte e por nunca, em momento algum, deixarem de acreditar em mim.

Ao Professor Doutor Francisco Pereira Coelho expresso o meu mais profundo agradecimento pela orientação e por todos os ensinamentos transmitidos.

Ao Dr. Luís Filipe Pirré e a todos os membros do escritório agradeço a compreensão pelas minhas ausências e todo o apoio nesta fase.

*À Faculdade de Direito,
A Coimbra,*

Coimbra, 2017

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito o estudo do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens legalmente fixado. Com o objetivo de perceber se este princípio se justifica no nosso ordenamento jurídico, começámos por fazer uma análise, não muito profunda, do regime de bens do casamento. Analisámos, um por um, os regimes de bens previstos no Código Civil, nunca perdendo de vista que os nubentes podem, em respeito pelo estipulado pelo princípio da liberdade, escolher um regime atípico. Este regime poderá combinar características dos vários regimes-tipo ou então ser um regime de bens feito *ex novo* pelos nubentes.

De seguida procedemos à análise da figura das convenções antenupciais, que constitui o instrumento pelo qual os cônjuges estabelecem o regime patrimonial que vigorará depois da celebração do casamento.

Após percebermos os contornos da figura das convenções antenupciais, nomeadamente os seus requisitos formais e substanciais, bem como as causas que as tornam inválidas, passámos à análise dos seus dois princípios estruturantes: o princípio da liberdade e o princípio da imutabilidade.

Relativamente ao primeiro, o estudo centrou-se na análise da sua amplitude e ainda das suas restrições. No que diz respeito ao segundo princípio, o da imutabilidade, o seu estudo requereu-nos mais atenção. Começámos por perceber a sua evolução histórica, tentando perceber de que forma ele surgiu, nomeadamente como apareceu no nosso ordenamento jurídico. Seguidamente, após a sua definição e justificação, procedemos à averiguação da sua dimensão e concretização no nosso ordenamento e ainda as suas exceções.

Por último, e concluindo o nosso estudo, analisámos de que forma a esta figura é aceite nos ordenamentos jurídicos europeus e no próprio direito europeu e ainda se, no seguimento das correntes do direito estrangeiro, o princípio deveria continuar a ter cabimento no seio do Direito Português. Concluimos que não, não deverá permanecer.

PALAVRAS-CHAVE

Regime de bens
Convenções Antenupciais
Princípio da Imutabilidade

ABSTRACT

The present dissertation has the purpose of study the immutability of marriage agreements and matrimonial property fixed by law. the main objective is to understand if this principle has place in our legal order. In order to understand this we beggin to analyse the different types of matrimonial property.

Next we studied the figure of marriage agreements. With this contract the spouses could determinate the property regime that will regulate their property relations after the wedding celebration. Within this subject we notice that we had two essential principles: the principle of liberty and the principle of immutability.

The first principle gives spouses the power to fix and determinate with autonomy the property regime that will manage the wedding. On the other hand the principle of immutability prevents the spouses from changing the property regime during the marriage.

In order to achieve the main objective of this investigation we started to explain the historic evolution of this principle and the reasons that may justify the inclusion on our legal order. Next we tried to define the extent and the prohibitions that it contains.

To complete, we analysed other countries law to know how law in general treats this problem, mainly the European Law. By testing all the arguments that sustain this principle we conclude that it does not have place in our legal order.

KEY WORDS

Matrimonial Property
Marriage Agreements
Immutability

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC- Código Civil

Cfr. – Conferir

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cit. – Citada

CPC – Código de Processo Civil

CRC – Código do Registo Civil

CRP- Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. – Edição

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Idem – O mesmo. A mesma coisa

Idem ibidem – No mesmo lugar, na mesma página

Ob. – Obra

P. – Página

PP. – Páginas

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V. g. – *Verbi gratia*

Vol. – Volume

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	3
INTRODUÇÃO	5
<i>CAPÍTULO I</i> - REGIMES DE BENS DO CASAMENTO: BREVE REFERÊNCIA	8
1.1 REGIMES-TIPO	11
1.1.1 REGIME DA COMUNHÃO DE ADQUIRIDOS	11
1.1.2 REGIME DA COMUNHÃO GERAL.....	16
1.1.3 REGIME DA SEPARAÇÃO.....	18
1.2 REGIMES-ATÍPICOS	20
<i>CAPÍTULO II</i> - CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS	21
2.1 CAUSAS DE INVALIDADE E CADUCIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS.....	24
2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	26
2.2.1 RESTRIÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE	28
<i>CAPÍTULO III</i> - PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS E DO REGIME DE BENS LEGALMENTE FIXADO	30
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	30
3.1.1 NO DIREITO ROMANO	30
3.1.2 OPINIÕES DIVERGENTES SOBRE A ORIGEM E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE	32
3.1.3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO FRANCÊS	33
3.1.4 O SURGIMENTO EM PORTUGAL.....	34
3.2 O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE HOJE EM DIA: NOÇÃO E OBJETO.....	36
3.2.1 RAZÕES QUE JUSTIFICAM A SUA INCLUSÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO .	37
3.2.2 AMPLITUDE DO PRINCÍPIO	39
3.2.3 ARTIGO 1714.º, N.º 2: NEGÓCIOS ESPECIFICAMENTE VEDADOS AOS CÔNJUGES	42
3.2.3.1 CONTRATO DE COMPRA E VENDA ENTRE CÔNJUGES	42
3.2.3.1 CONTRATO DE SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES	45
3.2.4 EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE.....	50
<i>CAPÍTULO IV</i> - DA PERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE	52
4.1 O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....	52
4.2 ADMISSIBILIDADE DO PRINCÍPIO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	54
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	61
JURISPRUDÊNCIA	64

INTRODUÇÃO

“Se o casamento é uma aliança de corações, empatia das almas e comunhão de pensamentos, ele é também, por força da natureza das coisas, uma combinação de interesses”

DIDIER MARTIN

O casamento, enquanto um *acordo entre duas pessoas feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre elas*¹, após validamente celebrado cria, na esfera dos cônjuges, uma série de efeitos. Estes podem ser divididos em duas categorias: os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais. Nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA², *“uma pessoa casa e, depois, é outra, é juridicamente outra... é outra a condição da sua pessoa, como é outra a situação dos seus bens”*.

A constituição da família por meio do casamento acarreta, para ambos os cônjuges³, um conjunto de direitos e deveres de índole pessoal e familiar. O Código Civil regula, na Secção I do Capítulo IX do Título II do Livro do Direito da Família, esses mesmos direitos e deveres.

No que respeita aos deveres patrimoniais, que são aqueles que aqui mais nos interessam, afirma RITA LOBO XAVIER que *“todo o casamento comporta problemas ligados aos interesses de carácter patrimonial comuns a ambos os cônjuges”*⁴. A comunhão de vida estabelecida pelo casamento, nas doudas palavras de ANTUNES VARELA, *“reclama a definição*

¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 194

² *Idem*, p. 395

³ O Artigo 1671.º do Código Civil, sob a epígrafe *Igualdade dos Cônjuges*, enuncia dois princípios fundamentais em matéria de efeitos pessoais do casamento. São eles o princípio da igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges (n.º1) e o princípio da direção conjunta da família (n.º2). Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 397

⁴ XAVIER, Rita Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 13

do estatuto patrimonial especial que é o regime de bens do casamento”⁵.

Existe, na lei, um conjunto de efeitos patrimoniais imperativos que valem para todos os casamentos de forma impreterível e só para além destes é que os nubentes poderão fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens que lhes aprouver⁶. Desta feita, é seguro dizer, com RITA LOBO XAVIER, que “*o estatuto patrimonial dos cônjuges, no Direito Português, é estratificado*”⁷. Na base temos um estatuto imperativo que, no nosso ordenamento, é constituído fundamentalmente pelos direitos e deveres conjugais patrimoniais e pelas regras relativas à administração e disposição dos bens dos cônjuges e à responsabilidade por dívidas. A este estatuto de base podem, os cônjuges, acrescentar novas especificidades. Esta faculdade é-lhes atribuída pelo princípio da liberdade das convenções antenupciais, que será mais à frente analisado, pela qual poderão adaptar o regime matrimonial às suas conveniências.

A estipulação do regime patrimonial que regerá o casamento, após a sua válida celebração, poderá fazer-se de forma expressa ou “silenciosa”. A primeira forma cumpre-se através da celebração de uma convenção antenupcial, na qual os cônjuges poderão optar por um dos “regimes-tipo” previstos no Código Civil, ou, até mesmo criar um regime misto que englobará características daqueles, combinadas de forma a satisfazerem as pretensões dos futuros cônjuges, tendo sempre em atenção os limites impostos pela lei. No que diz respeito à segunda forma, esta constitui uma “*aceitação pura e simples do regime supletivo geral*”⁸, sem que os cônjuges nada manifestem a esse respeito, que atualmente será, nos termos do Artigo 1717.º do CC⁹, o regime da comunhão de adquiridos.

No Direito Português, relativamente ao estatuto patrimonial dos cônjuges e para além do supramencionado princípio da liberdade, vigora ainda o princípio da imutabilidade

⁵ VARELA, Antunes, *Direito da Família*, Lisboa, Livraria Petrony, 1993, pp. 19 e 421

⁶ Excetuando os casos de regime imperativo de bens previstos na lei, nomeadamente no Artigo 1720.º do Código Civil, que positiva a obrigatoriedade de adoção do regime da separação total de bens nas seguintes situações: *o casamento tenha sido celebrado sem precedência do processo de publicações; tenha sido celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade*. Ou ainda no caso previsto no Artigo 1699.º, n.º 2.

⁷ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 17

⁸ ROCHA, Artur Augusto da, *Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, n.º3, p. 133

⁹ No texto sempre que se citem artigos sem menção expressa a nenhum diploma legal estes reportam-se ao Código Civil.

do regime de bens, previsto no Artigo 1714º do CC. A lei concede aos futuros esposos uma ampla liberdade de escolha do regime de bens, todavia, e após a celebração do casamento, a possibilidade de alteração ao regime escolhido (tanto tácita, como expressamente) ou, por maioria de razão, imposto pela lei é fortemente restringida. É, pois, esta forte e apertada restrição que serve de base à elaboração do presente trabalho de investigação.

Assim sendo, o presente trabalho iniciar-se-á com uma, não muito exaustiva, análise dos regimes de bens do casamento previstos no ordenamento jurídico português. De seguida, procurar-se-á abordar a temática das convenções antenupciais em correlação com o princípio da liberdade e suas limitações. Por último, *last but not least*, a investigação debruçar-se-á numa análise mais atenta ao princípio da imutabilidade procurando perceber se fará sentido a sua manutenção no direito vigente.

CAPÍTULO I - REGIMES DE BENS DO CASAMENTO: BREVE REFERÊNCIA

Existe, inevitavelmente, em todos os casamentos uma *faceta patrimonial*, que corresponde, grosso modo, às relações patrimoniais que se estabelecem entre os cônjuges. Estas relações traduzem-se no regime da administração e disposição dos bens do casal, e também no regime de bens propriamente dito¹⁰.

Nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, pode definir-se como regimes de bens do casamento o “conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto é, a sua repartição entre o património comum, o património do marido e o património da mulher”¹¹. Os regimes de bens caracterizam-se, fundamentalmente, “pela extensão recíproca das categorias de bens comuns e de bens próprios”¹².

Estes podem ser agrupados segundo duas grandes classificações. A primeira classificação põe em contraponto os regimes típicos e os regimes atípicos. Os primeiros dizem respeito aos tipos previstos na lei. Os regimes de bens nominados ou típicos são, hoje em dia, três: o regime de comunhão de adquiridos, o regime da comunhão geral e o regime de separação¹³. Estes estão regulados nos artigos 1721.º a 1736.º do CC. Os demais são classificados como regimes atípicos.

A segunda classificação divide os regimes de bens em convencionais, supletivos e imperativos. Os primeiros dizem respeito aos regimes convencionados pelas partes, esta estipulação tem, obrigatoriamente, de ser feita por convenção antenupcial e pode consistir

¹⁰ Cfr. HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009, p.19

¹¹ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, pp. 559 e 560

¹² Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 169

¹³ Vigorava, antes da Reforma de 1977, para além destes, o regime dotal. Este caracteriza-se pela existência de um dote que mais não é do que um conjunto de bens levados pela mulher para o casamento ou atribuídos à mulher por um terceiro e que ficam, durante o casamento, numa situação de indisponibilidade. A ideia do dote era a proteção da mulher contra os atos de administração e de disposição do marido ou contra a influência deste sobre aquela. Em conformidade com o disposto no Artigo 36.º, nº3 da CRP, que proíbe a discriminação em função do género, as soluções, no que dizem respeito a esta figura, seriam ou alargar a possibilidade do dote ao marido ou suprimir a figura. Optou-se por esta última solução como se pode ler no preâmbulo do Decreto-Lei 496/77 de 25 de novembro (nr.º17) que nos diz: “As alterações agora introduzidas neste domínio, e bem assim no que toca aos regimes de bens, limitam-se, por isso, às que estritamente decorrem da necessidade de adaptar o Código Civil às exigências constitucionais. Entre essas alterações destaca-se a supressão do regime dotal (artigos 1738.º a 1752.º). Trata-se de um regime incompatível, na sua estrutura, com o princípio da igualdade dos cônjuges”

quer na escolha de um regime típico quer na fixação de um regime atípico¹⁴. Os regimes supletivos são aqueles que vigoram na falta de uma estipulação válida e eficaz das partes. No direito português, ao abrigo do previsto no Artigo 1717.º, o regime supletivo é o da comunhão de adquiridos¹⁵. Quanto aos regimes imperativos estes vigoram no casamento independentemente da vontade das partes.

O Artigo 1720.º, n.º 1, indica duas situações em que vigora o regime imperativo da separação de bens, são elas: casamento celebrado em precedência de processo preliminar de casamento; ou casamento celebrado por quem tenham completado sessenta anos de idade.

Neste segundo caso, além de se excluir a existência de bens comuns, é nula a doação entre casados, nos termos do Artigo 1762.º. Todavia, tal proibição, nos termos do n.º 2 do Artigo 1720.º, não se aplica em relação a nubentes (aqueles que se pretendem casar e ainda não o fizeram). Este regime imperativo é aquele que mais restringe a possibilidade de obtenção de vantagens económicas por via da celebração do casamento, uma vez que, no regime típico da separação de bens, quando seja livremente escolhido pelas partes, nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO, *“a ausência de meação coexiste com a permissão da transferência, a título gratuito, de bens do património próprio de um cônjuge para o património próprio do outro. Por este motivo, a imposição legal da separação de bens é entendida como um instrumento dissuasor do casamento por interesse económico”*¹⁶. Contudo, na opinião de alguns autores, é um instrumento limitado, uma vez que não implica uma regulamentação sucessória menos favorável para o cônjuge sobrevivente. A este respeito PAMPLONA CORTE-REAL diz mesmo que estamos perante um *“ilogismo da lei”*¹⁷. Esta solução é inspirada no direito brasileiro e a ideia *“é a de combater o casamento-negócio, a realização do casamento por ostensivo interesse económico, visto não ser muito vulgar o*

¹⁴ Vide infra ponto 1.2

¹⁵ Para os casamentos celebrados até 31 de maio de 1967, o regime supletivo é o da comunhão geral. Prevê o Artigo 15.º do Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966 que *“o preceituado nos artigos 1717.º a 1752.º só é aplicável aos casamentos celebrados até 31 de Maio de 1967 na medida em que for considerado como interpretativo do direito vigente, salvo pelo que respeita ao n.º 2 do artigo 1739.º”*

¹⁶ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 515

¹⁷ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, AAFDL, Lisboa, 2008, p. 57

*casamento por afeição nessas idades relativamente avançadas”*¹⁸.

Ainda dentro dos regimes imperativos, proíbe o Artigo 1699.º, nº 2 a estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, mesmo que estes já sejam maiores ou emancipados. Diz o sobredito Artigo que “se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral”¹⁹. Visa-se, com esta proibição, a proteção dos filhos do cônjuge e das suas legítimas expectativas sucessórias. Esta proibição diz respeito, essencialmente, aos bens que o cônjuge levou para o casal ou adquiriu a título gratuito e aos sub-rogados no seu lugar. Por maioria de razão, este preceito não proíbe a estipulação de um regime de separação. Esta *“imposição da lei não é aqui pois absoluta, mas só relativa”*.²⁰

¹⁸ O Artigo 1720.º não é isento de outras críticas. A sujeição ao regime imperativo do casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade funda-se na suspeita de que o consentimento do outro nubente é determinado por motivações económicas, partindo do pressuposto de que uma pessoa com sessenta ou mais anos de idade tem, via de regra, pouco tempo e qualidade de vida. No entanto, a nosso ver, esse pressuposto não de coaduna com a realidade contemporânea, e assenta num estereótipo um pouco perigoso.

¹⁹ Na sua primitiva versão, o CC impunha, para estes casos o regime da separação de bens, desde que os filhos fossem legítimos, ainda que maiores e emancipados. Era uma forma de proteger as expectativas sucessórias dos filhos legítimos contra os efeitos patrimoniais normais do novo casamento do pai ou da mãe. Com a Reforma de 77, para além de ter sido abolida a distinção entre filhos legítimos e filhos ilegítimos (por força da igualação constitucional de todos os filhos), procedeu-se à diminuição da exigência preceituada, passando apenas a proibir que os casamentos, nestas condições, sejam celebrados segundo o regime da comunhão geral, concluindo que a convenção do regime da comunhão de adquiridos já não lesa, injustamente, os interesses dos filhos já existentes à data do novo casamento.

²⁰ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 560

1.1 REGIMES-TIPO

Como já aqui foi exposto, existem três regimes de bens previsto no Código. São eles: a comunhão de adquiridos, a comunhão geral e a separação. Passemos de seguida a analisar cada um deles.

1.1.1 REGIME DA COMUNHÃO DE ADQUIRIDOS

Como já foi mencionado, este regime vigora como regime convencional ou regime supletivo (desde que não se esteja perante algum dos casos de regime imperativo²¹). Vigora na primeira forma quando tiver sido adotado pelos nubentes, em convenção antenupcial válida²², enquanto que na segunda forma, ou seja, supletiva, vigora quando os nubentes nada tiverem estipulado a esse respeito em convenção antenupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da mesma, tal como dispõe o Artigo 1717.º.

O presente regime de bens encontra-se previsto nos Artigos 1722.º a 1731.º, nele podem existir bens comuns e bens próprios, sendo que a lei ao longo da anteriormente dita coletânea de Artigos, define os bens que assumem cariz comum e cariz individual.

Diz-se no Artigo 1730.º, n.º 1, que “os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso”. Tal como afirmam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “*não se tratará de cada cônjuge ter um direito a metade de cada bem concreto do património comum – o que não corresponde ao conceito de património coletivo que a comunhão é (...) o direito a metade é, assim, um direito ao valor de metade (...) verifica-se [assim] que a nossa lei rejeitou soluções de sistemas jurídicos conhecidos que admitem a estipulação de cláusulas de partilha desigual (...) o nosso legislador deve ter entendido que a regra da metade é a mais consentânea com a ideia de colaboração no esforço patrimonial do casamento; que se um cônjuge tem mais rendimentos é porque o outro se encarrega de tarefas indispensáveis e não remuneradas; que a justiça de uma divisão proporcional às contribuições individuais exigiria uma contabilidade inextricável, e a consideração de valores não contáveis*”^{23 24}. Nos termos do

²¹ Vide supra Capítulo I

²² Vide infra Capítulo II

²³ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, pp. 600 e 601

²⁴ “Existem diferenças essenciais de regime entre a compropriedade, de um lado, e a comunhão conjugal de bens e figuras análogas, do outro, diferenças que necessariamente se refletem na natureza jurídica. O

n.º 2 do mesmo Artigo, os cônjuges não estão impedidos, pelo facto de participarem forçosamente por metade no ativo e no passivo do património comum, de fazer doações ou deixas a terceiros por conta da sua meação²⁵.

O Artigo 1724.º é uma disposição fulcral no que a este regime diz respeito. Nos termos deste artigo, cuja a epígrafe é “Bens integrados na comunhão”, diz a al. a) que o produto do trabalho dos cônjuges faz parte da comunhão²⁶. Consideram-se produto do trabalho todos os proventos auferidos por trabalho dependente ou independente, regular ou esporádico, pago em dinheiro ou em géneros, bem como as prestações retribuídas com prémios de produtividade laboral e ainda prémios ou gratificações que não resultem de pura sorte, isto é, que impliquem uma contraprestação de esforço, destreza, ciência ou de outra aptidão de qualquer dos cônjuges, como as que se realizam nas competições desportivas ou em concursos televisivos²⁷.

Segundo a al. b), do mesmo artigo, são ainda bens comuns “os bens adquiridos na constância do matrimónio, que não sejam excetuados por lei”. Nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “*em lugar de referir diretamente os bens adquiridos (a título oneroso) com o produto dos rendimentos, a lei inclui no património comum todos os bens adquiridos na constância do matrimónio, que não sejam excetuados por lei (...) através de*

*comproprietário pode, nos termos do Artigo 1408.º, dispor livremente da sua quota ou parte dela, ao passo que nenhum dos cônjuges pode dispor do seu direito ao património comum do casal. O comproprietário pode, na falta de convenção em contrário, sair a todo o momento do regime da contitularidade, exigindo a divisão da coisa comum (Artigo 1412.º). Outro tanto não podem fazer os cônjuges, visto a comunhão durar enquanto, persistindo o vínculo conjugal entre eles, se mantiverem as razões da afetação especial dos bens que a compõem”. Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 436 e 437*

²⁵ Restringe-se a este n.º 2 as doações ou deixas feitas a terceiros e não entre os cônjuges, pois, por força do Artigo 1764.º, n.º1, as doações entre os cônjuges só podem ter por objeto bens próprios do doador.

²⁶ Alguns autores invocam esta norma para defender que têm natureza comum “*os bens adquiridos em substituição de salários, como as pensões de reforma, os complementos de reforma resultantes de aforros de salários, por exemplo através de planos poupança-reforma, e as indemnizações, por qualquer causa, que tenham na sua base uma intenção de compensar a diminuição da capacidade de ganho*”. Contudo, decorre do Artigo 1733.º (Bens incommunicáveis), nomeadamente das alíneas c), d) e e), a incommunicabilidade das indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os bens próprios, bem como de direitos estritamente pessoais. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 639; Cfr. TOMÉ, Maria João, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 224 a 229

²⁷ Segundo CUNHA GONÇALVES, “*Todos os ganhos, portanto, alcançados durante o matrimónio, pelo comércio ou indústria, pelo exercício de profissões liberais, cargos públicos, civis ou militares, ou empregos particulares, os lucros da propriedade intelectual, salários, honorários, gratificações, etc., tudo é comum*”. Cfr. GONÇALVES, Luís de Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1929-1944, p. 522

duas notas (uma, positiva; outra, negativa) que o Artigo 1724.º fornece o diapasão jurídico para o apuramento dos bens comuns: por um lado, deve tratar-se de bens adquiridos (na constância do casamento); por outro, é necessário não se tratar de bens (adquiridos) que a lei considere próprios”²⁸. Segundo este preceito, são, em regra, comuns os bens adquiridos, a título oneroso, pelos cônjuges na constância do matrimónio. Para que sejam considerados adquiridos na constância do matrimónio, é preciso que os efeitos da aquisição se produzam nesse mesmo período, nomeadamente que a transmissão da propriedade para o adquirente ocorra dentro do casamento, sem prejuízo de quaisquer atos propedêuticos que tenham ocorrido anteriormente à celebração do matrimónio.

Cabem aqui, em princípio, “*os bens adquiridos a título oneroso – comprados, trocados – (...) bens adquiridos pelas formas de aquisição originária, designadamente por ocupação, por acessão e por usucapião (desde que a posse não tenha tido o seu início antes do matrimónio – Artigo 1722.º, n.º2, al. b)). De facto, a lei apenas excetua da comunhão as aquisições por sucessão ou por doação*”. Todavia, os bens havidos por meio de doação ou deixa testamentária²⁹ de terceiro entram na comunhão se o autor da liberalidade tiver determinado a sua comunicabilidade, presumindo-se essa mesma comunicabilidade quando o doador, ou testador a fizer em favor dos dois cônjuges conjuntamente (Artigo 1729.º). Esta solução explica-se pelo respeito devido à vontade do disponente.

São ainda considerados bens comuns, os “*frutos e rendimentos dos bens próprios e o valor das benfeitorias úteis feitas nestes bens*”³⁰. Nos termos dos Artigos 1728.º, n.º1 e 1733.º, n.º2³¹, estes são, tradicionalmente, considerados bens comuns. Entendem-se por frutos, segundo o Artigo 212.º, n.º 1, “*tudo o que se produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância*”. Dentro desta categoria jurídica podemos ter, frutos naturais, que são aqueles que provêm diretamente da coisa, espontaneamente ou por ação do homem, e, ainda, os frutos civis, também denominados de rendimentos, como os juros de um depósito bancário

²⁸ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 428

²⁹ No caso da deixa testamentária, esta só se pode considerar comum no caso de não integrar a legítima. Não integram a legítima os bens deixados ou doados por conta da quota disponível ou em substituição da legítima. Estes estão a coberto pelo princípio da intangibilidade da legítima, sendo necessariamente próprios os bens que forem objeto de doações prioritariamente imputáveis na quota indisponível ou legados por conta da legítima.

³⁰ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 640

³¹ Este preceito é relativo à comunhão geral, mas aplica-se *a fortiori* à comunhão de adquiridos. Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 172

(Artigo 212.º, n.º 2). No caso das benfeitorias, só as que assumam o carácter de benfeitorias úteis é que se comunicam, o exemplo dado por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, é o da edificação de um imóvel, durante o casamento, com dinheiro comum, num terreno próprio de um dos cônjuges³².

Compõem, também, o património comum os bens sub-rogados no lugar de bens comuns, “*nos termos gerais do princípio da sub-rogação real*”³³. Neste regime de bens, todos os bens que entram no casal em substituição de um bem anterior presumem-se comuns. As dificuldades surgem quando há sub-rogação por entrada de outro bem diferente. Como por exemplo, “*a simples transformação das espécies monetárias num depósito à ordem, até às modernas e sofisticadas aplicações financeiras, passando pela aquisição de títulos obrigacionistas*”, nestes casos “*pode hesitar-se em dizer que há um bem novo que entra no lugar do anterior*”³⁴.

No caso dos bens móveis, estes são comuns, salvo prova em contrário, ou seja, exceto se for provada a sua incomunicabilidade, porque, em caso de dúvida, esses bens consideram-se comuns. Como estamos perante bens que se adquirem com frequência e, regra geral, sem documentação, torna-se difícil saber se estamos perante bens comuns ou bens próprios. Desta feita, a lei presume a sua comunhão sempre que os cônjuges não consigam fazer prova do contrário, nos termos do Artigo 1725.º.

Nos termos do Artigo 1726.º, nº1, os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e noutra parte com dinheiro ou bens comuns revestem a natureza da mais valiosa das duas aplicações. Nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO, “*o raciocínio aduzido quanto ao art. 1723.º, al. c), é aplicável por maioria de razão às situações de bens adquiridos com recurso a dinheiro ou bens próprios numa percentagem superior a 50%. Assumindo estes bens a qualidade de próprios, é devida uma compensação*

³² No caso das benfeitorias necessárias, o valor destas incorpora-se na coisa e pertence ao titular do bem próprio. Entende-se que estas são indispensáveis para a conservação do capital e para a frutificação normal e que, por isso, o valor delas acaba por ser reproduzido, periodicamente, através dos frutos da coisa. Acaba, assim, por se ir refletindo no património comum. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 641

³³ Cfr. *Idem* p. 642

³⁴ Cfr. *Idem Ibidem*

ao património comum (art. 1726.º, n.º2)³⁵”³⁶.

No que diz respeito aos bens próprios, estes estão previstos no Artigo 1722.º, n.º1. São eles os bens levados para o casamento ou adquiridos posteriormente a título gratuito ou por virtude de direito próprio anterior. Segundo o Artigo 1723.º, são igualmente próprios os bens sub-rogados no lugar de bens próprios. Decorrente do que já acima foi dito, são também próprios os bens adquiridos maioritariamente com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges (Artigo 1726.º, n.º 1). Integram ainda o património individual de um dos cônjuges a parte adquirida em bens indivisos pelo cônjuge que dele for comproprietário fora da comunhão (Artigo 1727.º); os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, que não possam considerar-se como frutos destes (Artigo 1728.º, n.º1); e os bens que constam do elenco do Artigo 1733.º, n.º1³⁷.

No que diz respeito ao primeiro tipo de bens próprios – bens que os cônjuges levam para o casamento (Artigo 1722.º, n.º 1, al. a) –, estes dizem respeito a bens cujo título de aquisição é anterior à data em que a comunhão se constituiu. Dos ensinamentos de BRAGA DA CRUZ podemos concluir que se incluem aqui “os bens de que eram proprietários e os direitos de que eram titulares ao tempo da celebração do casamento”³⁸. O apuramento da data da aquisição é fácil relativamente a bens imóveis, devido às formalidades exigidas, já não o é relativamente a bens móveis, que se adquirem sem dependência de formalidades.

São, como já acima foi referenciado, igualmente próprios os bens adquiridos na constância do matrimónio por direito próprio anterior. Estão aqui previstos “os bens

³⁵ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 527

³⁶ O Artigo 1726.º não oferece solução para os casos em que o bem foi adquirido em 50% com bens comuns e em 50% com bens próprios. Segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “quando as contribuições do património próprio de um dos cônjuges e a do património comum forem de igual valor, não tem aplicação a regra do Artigo 1726.º, que supõe o caso mais verosímil de contribuições desiguais. Não havendo regra especial, o bem adquirido será comum, aplicando-se a regra geral que manda qualificar como bens comuns todos os que sejam adquiridos na constância do casamento e não sejam excetuados por lei (Artigo 1724.º, al. b)). Haverá lugar a um crédito de compensação do património próprio sobre o património comum, nos termos gerais.”. Opinião diferente é a de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que defendem que “na hipótese de as duas prestações revestirem igual valor, terão os bens adquiridos de ser considerados em parte como próprios, e na parte restante como comuns.”. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 619; PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 431

³⁷ Este Artigo é aplicável a todos os regimes de bens, apesar de constar na parte dedicada à comunhão geral, por força do Artigo 1699.º, n.º1, al. d).

³⁸ CRUZ, Guilherme Braga da, *Regimes de bens do casamento – Disposições gerais Anteprojeto dum Capítulo do novo Código Civil (Articulado e exposição de motivos)*, Fascículo I, Artigos 1.º a 7.º, Lisboa, 1957

adquiridos, como tais, depois do casamento, mas em virtude de direito próprio, anterior ao matrimónio. Também estes não resultam de um esforço conjunto do casal, e portanto devem escapar à massa comum, para pertencerem apenas ao cônjuge que os fez entrar para o casamento”³⁹. O Artigo 1722.º, n.º 2 procede a uma enumeração meramente exemplificativa de bens que se consideram adquiridos na constância do matrimónio, por virtude de direito próprio anterior. Esta enumeração engloba os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos (V.g., heranças indivisas) partilhados posteriormente à sua celebração; os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento; os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade; e os bens adquiridos no exercício do direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento⁴⁰.

Embora não estejam incluídos no elenco, que, como dissemos, é meramente exemplificativo, cabem também na categoria dos bens adquiridos por virtude de um direito próprio anterior, igualmente, os bens adquiridos depois do casamento por causa de negócios aleatórios celebrados antes dele, JORGE DUARTE PINHEIRO, dá como exemplo “*o dinheiro de um boletim de totoloto registado antes do casamento, mas premiado depois*”⁴¹. Incluem-se ainda os bens adquiridos por força de uma condição ou termo, verificada durante o casamento, que foi inserida num contrato celebrado anteriormente.

1.1.2 REGIME DA COMUNHÃO GERAL

Nos termos do Artigo 1732.º, este regime típico caracteriza-se pelo facto de o

³⁹ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 603

⁴⁰ Segundo RITA LOBO XAVIER, justifica-se uma interpretação restritiva do Artigo 1722.º, n.º2, al. d). Segundo ela, seriam próprios os bens adquiridos no exercício de um direito de preferência, somente quando os pressupostos concretos desse exercício (decisão de venda do obrigado à preferência e notificação do titular do direito para preferir) se tivessem verificado antes do casamento.

Assim sendo, parte do princípio de que o direito de preferência apenas nasce com a verificação concreta dos pressupostos do exercício definidos no pacto ou na norma que prevê a obrigação de dar preferência. Para JORGE DUARTE PINHEIRO, “*uma coisa é a constituição do direito de preferência, outra é o regime do respetivo exercício. O direito é atribuído pelo pacto de preferência ou pela norma que o prevê; já existe antes de o obrigado à preferência tomar a decisão de vender*”. Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Bem adquirido por cônjuge casado no regime da comunhão de adquiridos em cumprimento do contrato-promessa de compra e venda celebrado antes do casamento*”, in *Lex familiae* n.º2, 2004, pp. 10 a 12; Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 523 e 524

⁴¹ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 524

património comum ser “constituído por todos os bens, presentes e futuros dos cônjuges que não sejam excetuados por lei”. Este regime era chamado “por vezes comunhão absoluta, e que, constituindo nessa altura regime supletivo, era denominado no Código Civil de 1867 “casamento segundo o costume do reino”⁴². Como a própria denominação sugere, o regime assenta na comunhão da generalidade dos bens levados pelos cônjuges para o casal ou por eles adquiridos na constância do matrimónio, não há, neste regime, que distinguir entre bens presentes (bens levados para o casal; bens cujo título de aquisição é anterior à data do casamento) e bens futuros (bens adquiridos depois do casamento), nem se faz qualquer distinção entre bens adquiridos a título gratuito e bens adquiridos a título oneroso.

Este regime vigora como regime convencional, a não ser que estejamos perante um dos casos, já aqui abordados, de regime imperativo, em consonância com o disposto nos Artigos 1720.º, n.º1 e 1699.º, n.º2, quando os nubentes o adotem em convenção antenupcial. Pode, ainda, vigorar como regime supletivo, relativamente aos casamentos celebrados até 31 de maio de 1967⁴³.

Carateriza-se, essencialmente, pelo facto de o património comum ser constituído por todos os bens dos cônjuges que, como já acima foi mencionado, não sejam afastados por preceito legal. Desta feita, rapidamente se percebe que, aqui, o património comum é muito mais extenso do que na comunhão de adquiridos. Apesar disto, não é correto afirmar que na vigência deste regime de bens não existam bens próprios. Os bens previstos no Artigo 1733.º, cuja epígrafe é, precisamente, “bens incomunicáveis”, não integram a massa patrimonial comum⁴⁴. São, contudo, comuns os frutos desses bens incomunicáveis, assim como as benfeitorias realizadas nos mesmos (n.º 2).

⁴² Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 173

⁴³ Cfr. Artigo 15.º do Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, que aprovou o Código Civil.

⁴⁴ Este artigo dispõe, no seu n.º1, que são incomunicáveis os seguintes bens: bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, desde que a liberalidade seja feita com cláusula de incomunicabilidade (al. a)); os bens doados ou deixados com cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado (al. b)); o usufruto, o uso ou habitação e demais direitos estritamente pessoais, (al. c)); as indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (al. d)); os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (al. e)); os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência (al. f)); e, por último, as recordações de família de diminuto valor económico (al. g)).

1.1.3 REGIME DA SEPARAÇÃO

Neste regime, nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “há uma separação absoluta e completa entre os bens dos cônjuges”⁴⁵. Segundo o Artigo 1735.º, cada um dos cônjuges “conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente”. A separação não se resume aos bens, envolvendo, também, separação de administrações, mantendo os cônjuges uma quase absoluta liberdade de administração e disposição dos seus bens próprios. Aqui não há bens comuns, os bens pertencem a um cônjuge, em propriedade exclusiva, ou a ambos, em compropriedade.

O regime em apreço pode vigorar como regime imperativo ou convencional. Vigora como regime imperativo nos casos previstos no Artigo 1720.º, n.º1, como já foi acima explanado. Vigora na segunda vertente, ou seja, convencional, quando tenha sido adotado pelos nubentes em convenção antenupcial. Dependendo da forma como vigora este regime (pela forma convencional ou imperativa), produzem-se diferenças no campo das doações entre casados: são válidas no regime convencional, nulas no regime imperativo (Artigo 1762.º).

O Artigo 1735.º prescreve que os cônjuges podem dispor livremente dos seus bens próprios. No entanto, existem situações em que a prática de atos de disposição de bens próprios, pelo respetivo titular, carece do consentimento do outro cônjuge. Assim, quando esses atos impliquem a privação total ou parcial da casa de morada da família é necessário o consentimento de ambos, conforme dispõe o Artigo 1682.º-A, n.º 2; o mesmo terá de se dizer relativamente aos móveis utilizados conjuntamente na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho, e aos móveis pertencentes em regime de exclusividade ao cônjuge que os não administra (Artigo 1682.º, n.º3). Estes casos são casos que derrogam aquela regra geral da livre disposição dos bens próprios.

Como já foi dito supra, não há aqui bens comuns, mas pode, obviamente, haver bens que pertençam a ambos os cônjuges em regime de compropriedade, sendo que em relação a estes poderá haver um pedido de divisão, por qualquer um dos cônjuges, a todo o tempo, conforme o plasmado no Artigo 1412.º. Assim, havendo bens, sendo eles móveis ou

⁴⁵ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 645

imóveis, que pertençam em compropriedade a ambos os cônjuges, qualquer um deles pode pôr termo à comunhão a todo o tempo, salvo, claro, quando houver cláusula de indivisão (Artigo 1413.º).

Existe, neste regime, uma total independência patrimonial, no entanto, nas palavras de RITA LOBO XAVIER, “*a interpenetração patrimonial que ocorre por força da comunhão de vida existe sempre, mesmo quando o regime é o da separação. (...) Mesmo os cônjuges casados em regime de separação estão obrigados a um mínimo de comunhão de vida patrimonial que acaba por envolver uma certa osmose de patrimónios*”⁴⁶. A lei, nomeadamente no Artigo 1676.º, diz que os cônjuges devem contribuir para os encargos da vida familiar e são, em determinados casos, responsáveis por dívidas comuns, nos termos do Artigo 1691.º, al. a) e c).

⁴⁶ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 374

1.2 REGIMES-ATÍPICOS

Conforme diz JORGE DUARTE PINHEIRO, são regimes atípicos “*aqueles que se demarquem, em algum aspeto, de um dos regimes previstos no Código Civil*”⁴⁷, ou seja, que se demarquem daqueles três regimes que anteriormente analisámos.

Para que estejamos perante um regime diferente dos previstos e regulados no Código Civil basta, *v.g.*, que os nubentes estipulem que todos os bens serão próprios, à exceção de um bem presente, que será comum; ou, ainda, adotarem o regime da separação, acrescentando que um determinado bem será comum. Nestes exemplos, as partes, os nubentes, adotaram um regime atípico, não optaram por nenhum dos regimes modelo previstos no Código.

Os regimes atípicos têm de ser fixados em convenção antenupcial (nos termos e dentro dos limites que vão ser explanados no capítulo seguinte). Tendo sido fixado um regime atípico, sem que a convenção resolva, diretamente, ou por remissão para um regime típico o problema da titularidade de todos os bens do casal, aplicam-se, primeiramente, as regras gerais sobre a interpretação dos negócios jurídicos (Artigos 236.º e 238.º do CC) e, de seguida, as regras da comunhão de adquiridos naquilo em que a convenção for omissa. Como afirma SOFIA HENRIQUES, “*quando os nubentes se limitam a definir a titularidade de certos bens ou de certas categorias de bens (...) não decorre da convenção antenupcial a disciplina completa aplicável. [Assim], na definição da disciplina do regime atípico escolhido, temos de atender primeiramente à vontade dos nubentes, constante da convenção antenupcial*”⁴⁸. Na mesma linha, PAIS DE VASCONCELOS, escreve que “*naquilo em que as partes tiverem estipulado é essa a disciplina que vige*”⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 531

⁴⁸ Cfr. HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009, pp. 230 e 231

⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais De, *Contratos Atípicos*, 2ªEd., Almedina, Coimbra, 2009 p. 226

CAPÍTULO II - CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS

O direito português confere aos nubentes uma ampla margem de liberdade na conformação do seu regime de bens. Essa liberdade é efetivada através da celebração de uma convenção antenupcial. As convenções antenupciais não são mais do que acordos celebrados entre os futuros cônjuges, previamente à celebração do casamento, atinente à estipulação do regime de bens matrimonial que há de vigorar na constância do matrimónio. Pode retirar-se dos ensinamentos de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA a seguinte caracterização da figura em análise: “*a convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento, cuja existência e validade supõe, podendo dizer-se que o casamento – a ulterior celebração de um casamento válido entre os nubentes – é uma condição legal de eficácia da convenção antenupcial*”⁵⁰. Na mesma linha, ANTUNES VARELA, define a convenção antenupcial como o “*acordo contratual em que, tendo em vista a celebração do futuro casamento, se regulam relações de carácter patrimonial entre cônjuges, podendo essa regulamentação abranger o regime de bens do casamento*”⁵¹.

Segundo afirma HELENA MOTA, “*o regime jurídico deste contrato [convenção antenupcial] assenta em duas matrizes que mutuamente se limitam e condicionam: por um lado uma ampla liberdade contratual, característica do direito dos contratos, consagrada no Artigo 405.º do CC, e, por outro, as limitações específicas fruto da imposição de determinado regime de bens (Artigo 1720.º) e do disposto nos Artigos 1699.º e 1718.º.*”⁵²

Por meio deste *contrat de mariage*⁵³, as partes revelam a sua vontade de não se sujeitar ao regime supletivo, fixando, assim, pré-nupcialmente o regime que pretendem instituir para o seu casamento⁵⁴. A convenção antenupcial tem de realizar-se antes da celebração do casamento. É, esta, uma das características do contrato antenupcial –

⁵⁰ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 570

⁵¹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 354

⁵² Cfr. HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, 1ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.79

⁵³ Nome que os franceses dão às convenções antenupciais. Cfr., por exemplo, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 5ªEd., 1989, pp. 192 e seguintes.

⁵⁴ Ficam, obviamente, ressalvados os casos em que a lei, imperativamente, impõe o regime da separação de bens. Cfr. Artigo 1720.º do CC

anterioridade – significando que até à celebração do casamento são possíveis todas as alterações, e até a revogação ou substituição do regime convencionado.

A convenção antenupcial é um verdadeiro contrato, encontrando-se, assim, sujeita aos requisitos substanciais de validade aplicáveis aos contratos em geral. Necessita, desta feita, para a sua validade, do consentimento dos respetivos sujeitos, estando, por esse motivo, sujeita ao regime geral aplicável em matéria de contratos, designadamente em matéria de divergência entre a vontade real e a vontade declarada e de vícios do consentimento⁵⁵.

Exige-se, ainda, que os nubentes tenham capacidade, capacidade esta que, nos termos do Artigo 1708.º, nº1 do CC, se equipara à capacidade para casar⁵⁶. Assim, no caso dos menores, interditos e inabilitados⁵⁷ estes só podem proceder à celebração da dita convenção com a devida anuência dos seus representantes legais⁵⁸. Nos termos do Artigo 1709.º do CC, na falta da devida autorização a convenção é anulável, tendo capacidade para tal, o incapaz, os seus herdeiros ou aqueles a quem competia autorizar a sua celebração. A anulabilidade sana se o casamento vier a ser celebrado depois de cessar a incapacidade.

Quando ao formalismo que estas requerem, prescreve o Artigo 1710.º do CC⁵⁹, que só serão válidas mediante “declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública”.

⁵⁵ Nas palavras de MOTA PINTO, existem dois elementos na declaração negocial “o elemento interno (vontade) e o elemento externo da declaração negocial (declaração propriamente dita)”, que deverão coincidir, havendo, assim, “uma efetiva autodeterminação de efeitos jurídicos pelo autor da declaração, se a vontade se formou sobre uma motivação conforme com a realidade e com liberdade”. Pode haver, contudo, “dissídio ou divergência entre a vontade real e a declaração”. Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ªEd. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 457 e 458

⁵⁶ O Artigo 1708.º do CC prevê que “têm capacidade para celebrar convenções antenupciais aqueles que têm capacidade para contrair casamento”. Está aqui plasmada a doutrina do *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 590

⁵⁷ Exceção-se os interditos e inabilitados por anomalia psíquica, que, estando impossibilitados de casar, nos termos do Artigo 1601.º, al. b), do CC, não podem, obviamente, celebrar convenções antenupciais.

⁵⁸ No caso dos menores, nos termos do Artigo 1612.º, estes já necessitaram de autorização para casar. Desta forma, poderia levar a pensar que já não necessitariam de uma outra autorização para celebrar a convenção antenupcial, só que esta ideia é facilmente derogada. O facto é que os pais, ou outros representantes legais, ao terem avalizado a celebração do casamento, não consentiram na escolha de um determinado regime de bens a vigorar depois da celebração do mesmo. Desta feita, nos termos do Artigo 1708.º, nº2 do CC, os pais ou o tutor terão de dar, igual e separadamente, autorizar para a celebração da convenção.

⁵⁹ O Artigo 1710.º dispunha, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de julho, que as convenções antenupciais só eram válidas se fossem celebradas por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registo civil. No entanto, o preceito tinha de ser conjugado com o Artigo do CRC, na versão então vigente, que previa a convenção antenupcial lavrada por meio de auto unicamente quando se pretendesse estipular um dos regimes tipo de bens do casamento. Desta forma, havia uma relação entre a forma e o conteúdo admissível da convenção. As convenções antenupciais cujo conteúdo se não circunscrevesse à escolha de um dos regimes típicos de bens tinham de ser realizadas por escritura pública. Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 501 e 502

Afastou-se, refletidamente, o princípio da liberdade de forma⁶⁰, de nada valendo a indicação de qualquer regime de bens feita da declaração para casamento, no certificado de capacidade matrimonial ou no assento de casamento se não tiver sido lavrada, de facto, no notário, a respetiva escritura. A exigência de forma pública tem a grande vantagem de obrigar os nubentes a refletir sobre as cláusulas do regime que vão adotar e de facilitar a prova dos termos exatos do acordo a que chegaram⁶¹.⁶²

A convenção antenupcial está sujeita a registo civil obrigatório, nos termos do Artigo 1.º, n.º 1, al. e), do CRC, esse registo faz-se por menção no texto do assento de casamento, se a convenção for lavrada por auto ou se a certidão da escritura antenupcial for apresentada até à celebração do casamento, ou por averbamento ao mesmo assento, quando a certidão da escritura tenha sido apresentada após a celebração do matrimónio (Artigo 190.º do CRC).

Exige-se o registo para efeitos de proteção de terceiros, uma vez que a sua eficácia não se restringe às relações bilaterais dos cônjuges, as convenções antenupciais, qualquer que seja o seu conteúdo, nos termos do Artigo 1711.º do CC⁶³. Segundo este artigo “as convenções antenupciais só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registadas”⁶⁴. A convenção antenupcial que não tenha sido sujeita a registo apenas será válida e eficaz entre as partes, ou seja, os nubentes, não tendo, desse modo, efeitos em relação a terceiros. O nº2 do supramencionado preceito legal, exclui, para este efeito, da definição de terceiros os herdeiros dos cônjuges e os demais outorgantes⁶⁵, ou seja, a convenção antenupcial é oponível aos herdeiros dos cônjuges e dos outros outorgantes, independentemente do registo, porque estes não são considerados terceiros.

⁶⁰ Artigo 219.º do Código Civil

⁶¹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 366

⁶² Também os acordos de revogação ou modificação da convenção antenupcial (que têm de ser feitos, obrigatoriamente antes da celebração do casamento) estão subordinados a idênticos requisitos de forma, nos termos do Artigo 1712.º, n.º 2, isto é, exige-se declaração prestada perante o funcionário do registo civil ou escritura pública.

⁶³ É a solução que o Código herdou do Artigo 1097.º do Código Civil de 1867.

⁶⁴ Foi o Código do Registo Civil de 1958 que instaurou, entre nós, o princípio da publicidade, apesar de já antes o Artigo 49.º, n.º 2 do Código Comercial prever que “as escrituras antenupciais dos comerciantes” careciam de registo.

⁶⁵ Incluem-se no conceito de “demais outorgantes”, v.g., autores de liberalidades que constem na convenção antenupcial.

2.1 CAUSAS DE INVALIDIDADE E CADUCIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS

Como contratos que são, as convenções antenupciais encontram-se sujeitas às causas da nulidade e anulabilidade, sendo assim aplicáveis as regras gerais sobre a invalidade dos negócios jurídicos. Tanto no que diz respeito à nulidade como à anulabilidade, a sua declaração tem efeitos retroativos, não havendo, desta feita, nenhuma dificuldade de conciliação entre o direito de anulação e o princípio da imutabilidade do regime de bens.

A anulabilidade da convenção realizada por incapaz (menor, inabilitado ou interdito), sem autorização dos seus representantes, tem especificidades que a afastam do regime geral. Nos termos do Artigo 1709.º, é estabelecido um regime especial para a incapacidade de exercício.

As cláusulas da convenção que não respeitem as restrições do Artigo 1699.⁶⁶ ou outros preceitos legais de caráter imperativo são nulas, nos termos do Artigo 294.º. No entanto, entre cláusulas nulas importa destacar, nos termos dos Artigos 1618.º, n.º 2, “as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro ato, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto”, que se têm por não escritas. Estas cláusulas não determinam a invalidade de toda a convenção e são insuscetíveis de conversão, o que por si representa um desvio parcial ao que é preceituado no Artigo 292.º e um total afastamento do disposto no Artigo 293.º.

O prazo de um ano, dentro do qual a anulação pode ser requerida⁶⁷, conta-se a partir da celebração do casamento (e não da cessação da causa que serve de fundamento à anulabilidade do ato). De seguida, a anulabilidade da convenção extingue-se, na hipótese de o casamento vir a ser celebrado depois de finda a incapacidade, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo de caducidade da ação anulatória. Relativamente à capacidade do nubente, as coisas passam-se como se a convenção tivesse sido realizada no dia da celebração do casamento.

No que diz respeito à caducidade, a convenção antenupcial perde a sua eficácia se o casamento, em vista do qual a mesma foi realizada, não for celebrado dentro de um ano. A

⁶⁶ Vide infra ponto 2.2.1

⁶⁷ Pode ser requerida pelos sujeitos contantes do Artigo 1709.º do CC: pelo incapaz, herdeiros ou representantes.

convenção tem a sua eficácia dependente da condição *si nuptiae sequantur*⁶⁸. Como não é possível aguardar-se *ad eternum* a realização do casamento que determinou a celebração do pacto antenupcial, fixa-se o prazo de um ano a contar da elaboração daquele, nos termos do Artigo 1716.º do CC. Este prazo, embora completamente arbitrário, tem a vantagem de estabelecer na lei uma solução certa e segura. De igual modo, a convenção caduca, se o casamento, embora celebrado, venha a ser, mais tarde, declarado nulo ou anulado⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 367

⁶⁹ Ressalvam-se os efeitos especiais do casamento putativo. Neste caso, se ambos os cônjuges tiverem agido de boa fé, a convenção produzirá todos os seus efeitos nas relações entre os cônjuges e nas relações entre estes e terceiros, até ao trânsito em julgado da sentença anulatória. No caso de só um deles ter agido de boa fé, só esse poderá chamar a si os benefícios do estado matrimonial, como se o casamento tivesse sido validamente celebrado até à data da anulação. Cfr. *Idem* p.368

2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

“Favorecer o princípio da liberdade das convenções é favorecer os casamentos”

REYNAUD

A par do princípio da imutabilidade, o princípio da liberdade é um dos grandes princípios enformadores das convenções antenupciais. Segundo este princípio, os esposos podem fixar, na convenção antenupcial, dentro dos limites da lei, o regime de bens a vigorar no casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no CC, quer estipulando um regime de bens adequado aos seus interesses⁷⁰. Este princípio já se encontrava consagrado no Artigo 1096.º do Código de 1867, nos seguintes termos: *“É lícito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo que lhes aprouver relativamente aos seus bens”*⁷¹.

Este princípio, que *“domina toda a matéria das relações patrimoniais entre os cônjuge, e dos cônjuges com terceiros”*⁷², encontra a sua previsão legal no Artigo 1698.º que o consagra explicitamente, mostrando que a lei o acolheu na sua plenitude.

Existem razões que permitem justificar esta liberdade plena no que diz respeito à conformação das convenções antenupciais. A primeira delas é o princípio da autonomia da vontade em matéria contratual. Deve-se, por intermédio deste princípio, reconhecer aos contraentes (nubentes) liberdade para acordar, tendo sempre em as restrições legalmente impostas. Outra das razões que se costuma invocar é o interesse da família. Permite-se, concedendo esta liberdade, uma melhor adequação aos interesses do casal e da família. Tal liberdade não põe em causa a proteção de terceiros ou a ordem pública, tal como referia BRAGA DA CRUZ, *“para proteger devidamente os interesses de terceiros bastarão expedientes menos genéricos, como o do registo obrigatório das convenções antenupciais; e, para proteger os princípios de interesse e ordem pública bastará consignar na lei as limitações que forem julgadas necessárias”*⁷³. Há grande vantagem em conceder aos

⁷⁰ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 571

⁷¹ Este princípio decorre já das orientações das Ordenações Manuelinas (Livro IV, título 7.º) e Filipinas (Livro IV, título 46.º): *“Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reinos, e Senhorios, se entendem ser feitos por carte de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordado e contratado, porque entonce se guardará o que entre eles for concertado”*

⁷² Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 355

⁷³ CRUZ, Guilherme Braga da, *Regimes de bens do casamento – Disposições gerais Anteprojeto dum Capítulo do novo Código Civil (Articulado e exposição de motivos)*, Fascículo I, Artigos 1.º a 7.º, Lisboa, 1957, p. 36

nubentes completa liberdade na regulamentação do seu regime de bens, porque os vários regimes de bens constantes na lei podem não se adaptar à realidade e aos interesses familiares do caso concreto e seria de lamentar que, na pior das hipóteses, a imposição legal de um regime matrimonial constituísse um entrave à celebração do casamento, ou, pelo menos, prejudicar, na constância da relação marital, o bom entendimento pessoal entre os cônjuges.

Da leitura do Artigo 1698.º, rapidamente podemos retirar que os esposos tanto podem escolher genericamente um dos regimes de bens previstos no CC como estipular, dentro dos limites legais, o que a esse respeito lhes aprouver. Mas essa liberdade não se basta com essa escolha de um entre os regimes-tipo, ela passa também pela permissão de fixação de um regime *ad-hoc*, formado por um misto de vários regimes-tipos. Estamos perante um “*sistema de liberdade plena das convenções antenupciais (...) consagrado pelo Artigo 1387.º do Code Napoléon*”⁷⁴, que se distingue do sistema oposto da tipicidade⁷⁵. A generalidade das legislações latinas, inspiradas naquele preceito napoleónico, aceita o princípio da liberdade, no entanto, em todas elas se estabelecem também limitações à liberdade contratual das partes. Nesta linha, preceitua o Código francês, no sobredito artigo, “*La loi ne régit l’association conjugale, quant aux biens qu’à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu’elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs, et, em outre, sous les modifications qui suivent*”. De resto, também o nosso Código (Artigo 1698.º), afirma expressamente que a liberdade de fixação do regime de bens do casamento se tem de mover dentro das balizas da lei.

⁷⁴ CRUZ, Guilherme Braga da, *Regimes de bens do casamento – Disposições gerais Anteprojeto dum Capítulo do novo Código Civil (Articulado e exposição de motivos)*, Fascículo I, Artigos 1.º a 7.º, Lisboa, 1957, p. 12

⁷⁵ O sistema da tipicidade caracteriza-se, essencialmente, pelo facto de os nubentes, na escolha do seu estatuto patrimonial, se encontrarem adstritos aos regimes-tipo estabelecidos na lei. Este sistema conhece duas variantes: umas vezes a lei fixa os pontos em que os nubentes têm liberdade de modificação, mas obrigam as partes a tomar como ponto de partida um dos regime-modelo fixados pela lei. O Código que mais abertamente consagra o sistema da tipicidade é o suíço, no Artigo 179.º, II (“*Les parties sont tenues d’adopter dans leur contrat l’un des régimes prévus par la présente loi*”); este admite alterações aos três regimes-tipo nele fixados (união de bens; comunhão de bens e separação de bens), mas apenas em pontos especificados.

2.2.1 RESTRIÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Não se mencionam, concretamente, os limites aos quais a parte final do Artigo 1698.º se pretende referir. Seria inglório tentar concentrar uma só disposição legal a menção discriminada dessas limitações. Assim sendo, o Artigo 1699.º aponta algumas das limitações mais importantes ao princípio da liberdade das convenções antenupciais⁷⁶. A extensa liberdade atribuída aos cônjuges forçou a legislação a indicar as respetivas limitações, de modo a que, pela total liberdade, não pudessem ser derogadas normas de carácter imperativo, predominantes nas relações familiares, procurando, assim, fortalecer a estabilidade económica das relações conjugais em constituição.

Assim, a liberdade de fixação do regime de bens, ou seja, da celebração das convenções antenupciais, sofre as limitações estabelecidas no supramencionado Artigo, segundo o qual não podem ser objeto delas a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiros (al. *a*)), a alteração dos direitos ou deveres, quer parentais, quer conjugais (al. *b*)), a alteração das regras sobre a administração dos bens do casal (al. *c*)) e a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no, já nosso conhecido, Artigo 1733.º (al. *d*)).

A primeira das restrições aludidas refere-se à regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou terceiros, ou seja, segundo este preceito a convenção antenupcial não pode servir como instrumento de disposição *mortis causa* dos bens dos nubentes ou de terceiros⁷⁷.

Relativamente à proibição de cláusulas que visem a alteração dos direitos e deveres, tanto parentais como conjugais, estão aqui incluídas cláusulas com índole patrimonial e não patrimonial. Poderão estar aqui em causa, por exemplo, preceitos que consagrem poderes exclusivos ao marido na direção da vida comum em família; que determine a abolição do dever de fidelidade; prerrogativas de educação dos filhos. Isto justifica-se porque “os chamados direitos e deveres conjugais são definidos por normas imperativas e, assim, não

⁷⁶ A enumeração constante no Artigo 1699.º não se tem por taxativa, ou seja, sempre que a estipulação dos nubentes vá contra disposição legal imperativa será nula. Temos como exemplos de cláusulas nulas, nos termos do Artigo 294.º do CC, as que visem estipular o regime dotal que, nos termos do Artigo 180.º do Decreto-Lei n.º 496/77 (que adaptou o CC às exigências constitucionais), estão proibidas e ainda, a título de exemplo será igualmente nula a estipulação que, contrariamente ao previsto no Artigo 1765.º, n.º1 do CC, estabeleça que as doações entre os cônjuges serão irrevogáveis. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, pp. 575 e 576

⁷⁷ Em bom rigor, esta proibição já se encontra plasmada no n.º 2 do Artigo 2028.º do CC, ou se consagra a proibição geral dos pactos sucessórios.

podem tentar-se uma interpretação a contrario que considere válidas as estipulações posteriores ao casamento”⁷⁸.

Como foi acima dito, são igualmente vetadas as disposições que tenham como propósito a alteração das regras sobre a administração dos bens do casal. Esta disposição na redação primitiva do CC, dispunha que era proibida “a atribuição da administração dos bens do casal à mulher, fora nos casos previstos na lei”, estava aqui subjacente a ideia de “*manter uma certa distribuição desigual dos papéis entre os cônjuges, em matéria de administração dos bens, de acordo com o modelo de supremacia marital que o legislador adotara*”⁷⁹. Com a Reforma de 1977, “*sobre o pedestal da igualdade jurídica dos cônjuges, aboliu[-se] o primado da administração marital, e proclamou, em lugar dele, o princípio da livre administração dos bens próprios pelo respetivo titular e o princípio da co-direção (administração corrente ou administração solidária), os valores que à lei competia defender, no interesse da independência dos cônjuges*”⁸⁰. Ter-se-á, assim, pretendido que os nubentes não regressem àquela ideia de desigualdade, vedando-lhes, assim, a estipulação de cláusulas discriminatórias em acordo pré-nupcial⁸¹.

Quanto à proibição constante da al. d), esta impede que se tornem comuns, por estipulação antenupcial, os bens enumerados no Artigo 1733.º, são bens que, como já acima tivemos oportunidade de referir, até no regime da separação geral de bens preservam a sua característica de bens incomunicáveis.

Por último, o n.º 2 do Artigo 1699.º, proíbe a comunhão geral e a comunicabilidade dos bens enunciados no Artigo 1722.º, nos casamentos celebrados por quem tenha filhos. Como já tivemos oportunidade de aqui evidenciar, esta norma tem como desígnio a proteção dos filhos do cônjuge, de forma a assegurar as suas expetativas patrimoniais.

⁷⁸ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 574

⁷⁹ Cfr. *Idem Ibidem*

⁸⁰ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 364

⁸¹ Os cônjuges têm a liberdade de alterar as regras sobre a administração de bens através da celebração de contratos de mandato, nos termos do Artigo 1678.º, n.º 2, al. g), atingindo, deste modo, o resultado que lhes fora proibido alcançar através da convenção. A razão desta diferença prende-se com o facto de o mandato ser livremente revogável.

CAPÍTULO III- PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS E DO REGIME DE BENS LEGALMENTE FIXADO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA⁸²

3.1.1 NO DIREITO ROMANO

Primeiramente diremos, com alguma certeza, que o princípio da imutabilidade tem a sua origem no costume. Este não era conhecido no Direito Romano, visto que nada impedia o cônjuge marido de tornar o dote dependente de uma condição ou de um termo. Encontra-se, no entanto, uma restrição feita à liberdade de estipulação das convenções que de certo modo de poderia aproximar do princípio em questão. A lei autorizava a modificação do dote depois de celebrado o casamento, por meio de uma *permutatio dotis*, consentindo que fosse retirado o caráter dotal a certos bens para atribuir a outros, contudo impunha como limitação de não ser possível retirar à mulher, nem mesmo sequer diminuir sem consentimento, o direito que aquela possuía sobre o seu dote, sendo que esta regra se aplicava sempre, sendo indiferente se o dote tivesse sido conferido pelo pai ou mãe ou até mesmo por terceiro.

É evidente que a liberdade atribuída aos cônjuges, no Direito Romano, era muito maior do que a que hoje em dia a lei confere. Estes preceitos romanos, que visavam limitar e condicionar a possibilidade de alterar o dote, não tinham como objetivo a imutabilidade da convenção, mas apenas procuravam impedir que o valor fosse alterado em prejuízo do cônjuge mulher. Por isso, é impossível afirmar que o princípio, tal como existe hoje, era conhecido dos romanos.

Mais tarde, no Direito Romano, além da anteriormente referenciada limitação, uma outra surge, no tempo de Augusto, com o intuito de limitar a liberdade de que os cônjuges gozavam em matéria dotal. Consistia na proibição de entrega do mesmo à mulher, durante a constância do matrimônio. Os fundamentos desta norma eram prendiam-se, primeiramente, com o facto de o dote ser constituído *ad onera matrimonii sustienda*, pelo que o marido não podia restituir o dote à mulher e, depois, em segundo lugar, a restituição antecipada do dote à mulher poderia levar à sua perda. Interessa que os bens das mulheres se conservassem intatos de forma a facilitar, em caso de viuvez, a realização de um novo casamento. Mas esta

⁸² Cfr. ROCHA, Artur Augusto da, *Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, n.º3

proibição, inspirada pela desconfiança que havia quanto à capacidade da mulher enquanto administradora e pelo cuidado de assegurar a conservação do dote, nada tinha em comum com o princípio da imutabilidade.

Esta norma restritiva sofreu depois exceções que, de certa forma, preparavam a reforma de Justiniano, a qual permitia a restituição do dote nos casos frequentíssimos em que houvesse *donatio propter nuptias*. A *donatio*, chamada como “ante-núpcias”, consistia numa liberalidade a favor da mulher, pelo marido ou por terceiro, e subordinada à condição de o casamento se celebrar. Esta doação constituía uma verdadeira convenção matrimonial, dentro de certa concepção, e possuía um verdadeiro caráter imutável, visto que não poderia ser aumentada nem diminuída durante o casamento. Certo é, porém, que estes caracteres iniciais foram desaparecendo e, num reduzido espaço temporal, a *donatio ante nuptias* foi, por completo, sujeitada às regras do dote, sendo que o caráter da imutabilidade foi um dos mais gravemente atingidos, pois esta *donatio* passou a poder ser aumentada ou diminuída na constância da relação matrimonial.

No *Ius Romanum* eram proibidas as doações entre cônjuges⁸³, o que poderia, pelo menos aparentemente, conduzir ao nascimento da imutabilidade. Um dos motivos principais, salientados pelos autores costumários, para proibir a modificação ou alteração das convenções antenupciais, consistia em salientar o respeito que se devia ter pela regra da proibição das doações entre cônjuges. Apesar da já existência em Roma uma razão semelhante, os jurisconsultos clássicos não extraíam dela raízes do princípio da imutabilidade. Isto por duas razões: o dote não se apresentava como adquirido gratuitamente pelo marido, aos olhos deste, pelo menos a constituição do dote, era uma operação de título oneroso, porque estava adstrito a um fim específico de suportar os encargos do casamento (*ad onera matrimoni sustinenda*). Por esta razão, o dote não se subsumia nas regras relativas às doações entre cônjuges, ou seja, a constituição de um dote na constância do matrimônio mais não era do que o seu aumento de valor, considerado, assim, como uma liberalidade.

Assim sendo, se os romanos não se socorreram, no seu direito vigente, de um princípio da imutabilidade não foi por incapacidade, mas sim porque não sentiram necessidade de criá-lo. Essa desnecessidade prende-se, essencialmente, com uma razão muito simples é que em Roma apenas vigorava um regime matrimonial, o regime dotal. Desta feita, não se vislumbra grande vantagem na imutabilidade visto não surgir, assim, a

⁸³ Numa época posterior à Lei Cineia (550 da era de Roma)

ideia de adquirir vantagens inerentes às combinações resultantes de diversos regimes matrimoniais, nem o ensejo de, celebrado o casamento, passar de um regime para outro.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e a revolução administrativa e legislativa que se seguiu, por motivo das invasões bárbaras, torna-se impossível acompanhar o nascimento e a evolução do princípio.

3.1.2 OPINIÕES DIVERGENTES SOBRE A ORIGEM E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

LAFERRIÈRE afirma que já na época gaulesa existia uma certa imutabilidade nas *convenções pecuniárias entre esposos* e fundamenta neste costume gaulês a origem do princípio que, de costumeiro, transitou para o Código Civil francês. Aquele autor francês baseia a sua conclusão num trecho de *De Bello Gallico* escrito por Júlio César. Já KUNTZ, diversamente, defende que a imutabilidade deve a sua origem à Lei ripuária. Mas não só entre os francos, mas também entre os germanos, não era a mulher quem levava o dote quando casava, mas sim era o marido quem lho dava, sendo costume reduzir a escrito esse ato de liberalidade (*libellus dotis*), que funcionava como uma convenção antenupcial. O princípio da imutabilidade do Direito Francês teria tido uma origem dupla: os costumes e leis galo-germanos de um lado e a influência e princípios cristãos de outro. No que respeita a estes últimos, como consideravam o instituto do casamento um sacramento permanente e imutável, cediam às convenções antenupciais estas mesmas características.

NICOLAS FOTINO discorda das opiniões de KUNTZ dizendo que “*esta opinião não pode ser admitida*”. Segundo aquele autor, a passagem da Lei ripuária, em que KUNTZ baseia os seus argumentos⁸⁴, tem um sentido completamente diferente, consagra não o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, mas sim o da irrevogabilidade das doações entre os cônjuges.

⁸⁴ Lei Ripuária, Capítulo XXXIX, n.º 1 “*si quis mulierem desponsaverit quidquid ei per tabularum seu chausarum, instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat*”

3.1.3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO FRANCÊS

Em França, o princípio da imutabilidade aparece depois do século XV, reconhecido como direito costumeiro, mas faticamente existindo, antes de ser transformado em princípio de direito. Nas palavras de FOTINO “*assim se constituiu o princípio da imutabilidade*”. Os nubentes habituaram-se a inserir nas convenções antenupciais uma cláusula que proibia a sua modificação e alteração, após a celebração do casamento. O uso repetido desta cláusula transformou a *praxis*, tendo começado a ser sancionado o uso de cláusulas contrárias a este costume, sendo que posteriormente o Parlamento concretizou numa fórmula jurídica.

Este processo de positivação legal do princípio da imutabilidade foi imposto por várias razões: “*a proibição de doações entre cônjuges; a influência de certas regras do regime dotal romano, admitidas pelo costume; a ideia de indissociabilidade do casamento; o respeito pelo interesse de terceiros e o desejo de manter intacto o pacto de família, concretizado na convenção*”⁸⁵.

O princípio da imutabilidade surgiu, assim, como a síntese de um moroso período de elaboração, iniciando-se pelo costume e, por fim, obtendo a sua consagração no Artigo 1395.º do Código de Napoleão.

MAURICE TESTARD é igualmente da opinião que o costume teve um papel fulcral na elaboração do princípio da imutabilidade e afirma ainda que este foi consequência direta de um preceito legal importado do Direito Romano, que proibia a doação entre cônjuges, segundo ele “*parece não ter estabelecido por uma regra geral, de uma forma brusca e repentina, no antigo direito francês, o princípio da imutabilidade; este resultou antes da consagração pela jurisprudência de decisões cada vez mais frequentes. Pouco a pouco se chegou à imutabilidade absoluta*”.

⁸⁵ Cfr. ROCHA, Artur Augusto da, *Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, n.º3, pp. 142 e 143

3.1.4 O SURGIMENTO EM PORTUGAL

Ao iniciar-se o século XIX o princípio da imutabilidade “*pouco mais estava do que incipiente*”⁸⁶. Na altura, “*tão depressa se entendia ser inadmissível mudar de regime de bens depois do casamento, como conceder validade a essa mudança de regime, desde que não houvesse infração do princípio estabelecido nas Ordenações Filipinas (...) De forma que, a possibilidade ou impossibilidade de alteração do regime matrimonial, estavam indiretamente subordinadas ao que se dispunha para as doações entre cônjuges*”⁸⁷.

À data eram proibidas, grosso modo, as doações entre os cônjuges, mas, por outro lado, autorizavam certas transferências de valores, as quais era igualmente denominadas doações. Era permitido que os cônjuges doassem, um ao outro, parte dos seus bens, doações estas que se consideram puramente teóricas, pois, além de revogáveis a todo o tempo, necessitavam, como condição de validade, de confirmação por morte, o que, na verdade, as transformava em disposições *mortis causa*. Os preceitos vigentes consentiam, igualmente, que algumas doações fossem instantânea e definitivamente válidas e não revogáveis, sob a condição do dador não ficar mais pobre nem o donatário mais rico.

Em Portugal, a partir das Ordenações Manuelinas, o regime supletivo de bens do casamento era a comunhão geral dos bens, compreendendo-se, desta forma, que fosse aceite o princípio de Direito Romano que vetava as doações entre cônjuges que estivessem sujeitos a tal regime de bens. Esta proibição baseava-se na ideia de que, neste regime de bens, o que cada cônjuge adquirisse integrava automaticamente a esfera patrimonial de ambos, pelo que, qualquer doação que um ou outro fizessem ficava a pertencer a ambos por igual.

LOBÃO, ao referir-se a este problema, fornece um argumento valioso para demonstrar que as alterações dos regimes de bens no pós-casamento eram, em casos específicos, aceites. Diz aquele autor que “*só pois variando estes cônjuges do casamento por carta de ametade para conforme o direito comum, e renunciando de pretérito e futuro a universal comunhão de bens, poderão fazer um ao outro compativelmente alguma doação, e não enquanto casados por carta de ametade*”⁸⁸. Este sábio jurisconsulto transcreve esta ideia para a prática da seguinte forma: “*A e B eram casados segundo o costume do reino, tendo levado, cada um, para o casal a importância de 600 mil réis. Se A e B quisessem*

⁸⁶ Cfr. *Idem* p. 144

⁸⁷ Cfr. *Idem Ibidem*

⁸⁸ Casamento instituído sob o regime da comunhão universal.

mudar o regime para conforme com o direito comum, como esta mudança de regime não representava doação, por as respectivas cotas serem iguais, era perfeitamente possível e aceitável para as leis que regulavam as doações entre cônjuges". Está, assim, assente que, não beneficiando um dos cônjuges em detrimento do outro, todas as alterações de regime eram lícitas e, por isso, válidas.

Desta forma, parece demonstrado que, no século XIX, não havia, no território português, notícia da existência do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, sendo que se estas apresentavam alguma estabilidade não se devia a regulamentação própria para o efeito, mas sim por regulamentação que reflexamente as atingia em aspetos que contendiam com a sua modificação, ou seja, por exemplo, a regulamentação relativa às doações.

Ao contrário do que se passava em Portugal, em França o princípio da imutabilidade era compreendido e atendido tanto pelas decisões judiciais como pelos próprios nubentes. Estes entendiam que a convenção *pre nuptae* não podia ficar perfeita se não contemplasse aquela regra da inalterabilidade. A influência do regime francês foi notória nos nossos tratadistas e juristas. COELHO DA ROCHA, em 1844, escreve, em relação às convenções antenupciais que estas devem "*ser lavradas por escritura pública e antes da celebração do matrimónio, tanto que depois não podem ser alteradas*".

O Código Civil de 1868 transcreveu a doutrina constante do Artigo 1395.º do Código Civil Francês que positivava o princípio da imutabilidade, princípio este que já não era, de todo, desconhecido para nós, pois já estava vigente no ordenamento jurídico francês há mais de sessenta anos. A diferença da inclusão deste princípio no nosso ordenamento e no ordenamento francês é, essencialmente, que neste último ele foi resultado da necessidade que a jurisprudência e costume ditavam, enquanto que, em Portugal, o seu surgimento não correspondeu a uma necessidade semelhante mas antes significou uma *vontade do legislador*⁸⁹. Como afirma CUNHA GONÇALVES, "*esta disposição provém diretamente do direito consuetudinário francês que os nossos praxistas se puseram a imitar*"⁹⁰.

O Artigo 1105.º do CC português consagrava o seguinte "*As convenções antenupciais não podem ser revogadas nem alteradas, por nova convenção, depois da celebração do casamento*". Em estreita ligação com este preceituado estava o Artigo 1096.º,

⁸⁹ Cfr. *Idem Ibidem*

⁹⁰ Cfr. *Idem* p. 45

também do CC português, que prescrevia “*É lícito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens*”. Estes dois artigos prescreviam as duas pedras angulares sobre as quais assentava a construção jurídica das convenções dos esposos relativamente aos seus bens (Princípio da imutabilidade e Princípio da liberdade, respetivamente).

3.2 O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE HOJE EM DIA: NOÇÃO E OBJETO.

Dispõe o Artigo 1714.º, n.º 1 do CC atual que “*fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados*”. Da leitura deste preceito pode, desde já, retirar-se que não só o regime de bens convencionado pelas partes está sujeito a esta inalterabilidade⁹¹, mas também o regime supletivo que, por força do Artigo 1717.⁹² A regra da imutabilidade abrange, por conseguinte, não só a convenção antenupcial e, assim sendo, o regime de bens convencionado (entre os nubentes), mas também o regime de bens supletivamente estabelecido por lei e, por maioria de razão, o regime de bens imperativamente imposto. Daqui podemos retirar que o objeto do princípio da imutabilidade, abrange o regime de bens convencionado, bem como o regime de bens legalmente fixado ou imposto.

O primeiro, como já tivemos oportunidade de ver, resulta da celebração, pelos nubentes, de uma convenção antenupcial. Convém ressaltar que os termos “convenção antenupcial” e “regime de bens convencionado” não são sinónimos. A primeira expressão é mais ampla que a segunda pelo facto de um convenção antenupcial poder incluir outras disposições que são alheias à escolha de um regime de bens, nomeadamente, a estipulação de pactos sucessórios (Artigo 1700.º e 2028.º), doações para casamento (Artigo 1756.º, n.º 1) e ainda a estipulação de disposições de carácter não patrimonial. Assim sendo, questiona-se se estas últimas disposições, ou seja, as que não revestem carácter patrimonial, também “padecem” da vicissitude de serem imutáveis. Se interpretarmos literalmente o Artigo 1714.º, n.º 1, rapidamente avançamos com uma resposta positiva, visto que a disposição legal

⁹¹ Alguns autores optam por denominar este princípio por princípio da inalterabilidade, no entanto pelo facto de serem sinónimos não vislumbramos qualquer diferença entre optar por um ou outro termo. Neste sentido, Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 159

⁹² Cfr. *Supra Capítulo I*

contém a expressão “convenções antenupciais”. Neste sentido, PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA dizem, expressamente, que o Artigo 1714.º “*determina a imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens adotado, ou resultante da lei*”⁹³. No entanto, tal interpretação não parece suficiente para crer que este princípio se estende a disposições não patrimoniais contantes da convenção antenupcial, até porque o próprio legislador prevê a possibilidade de de revogação dos pactos sucessórios, nos Artigos 1701.º a 1707.º e, ainda, a favor desta tese temos o próprio Artigo 1715.º que exclui do âmbito da imutabilidade certas situações.⁹⁴

No que respeita às convenções antenupciais, convém destacar que estas só se consideram imutáveis a partir do momento em que é celebrado o casamento, sendo livremente modificáveis e revogáveis até esse momento, “*o que não pode é haver, fora dos casos previstos na lei, modificações post-nupciais da convenção*”⁹⁵. O legislador pretendeu, assim, acautelar situações de precipitação e, ainda, alterações de circunstâncias, dando assim oportunidade aos futuros esposados de reverem e repensarem o clausulado.

Em segundo, este princípio compreende no seu objeto os regimes de bens impostos pela lei. Estando aqui incluídos, tanto o regime supletivamente aplicado (nos termos do Artigo 1717.º), como, por maioria de razão, os regimes de bens impostos pela lei, uma vez que se não se pode mudar os regimes convencionados, também, logicamente, não se poderão mudar os que a lei impõe.

3.2.1 RAZÕES QUE JUSTIFICAM A SUA INCLUSÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, são três as considerações fundamentais que justificam a inclusão deste princípio no ordenamento jurídico português.

Em primeiro lugar, a previsão deste princípio acautela situações em que um dos cônjuges se aproveita do ascendente psicológico e influência que possa ter adquirido em

⁹³ Cfr. CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008, p.62

⁹⁴ Cfr, por todos, RICARDO MONTEIRO, *O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e regimes de bens legalmente fixados: algumas considerações sobre um princípio em declínio*, Dissertação apresentada à FDUC, Coimbra, 2015, pp. 10 a 12

⁹⁵ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 357

relação ao outro cônjuge para obter alterações favoráveis ao regime de bens fixado. Surge, assim, da *“necessidade de evitar, à semelhança com o que se passa com os testamentos de mão comum, que um dos cônjuges se aproveite do ascendente que normalmente exerce sobre o outro para o levar a consentir numa alteração que lhe seja prejudicial”*⁹⁶. A nossa lei admite, no entanto, nos Artigos 1761.º, as doações entre casados que podem sofrer do mesmo mal, mas as doações entre casados são livremente revogáveis pelo doador⁹⁷. Está aqui patente a ideia de prevenção de situações em que um dos cônjuges, fruto do ascendente psicológico que com o tempo adquirido com o passar do tempo em relação ao seu consorte, vise extorquir alterações favoráveis aos seus interesses. Segundo RITA LOBO XAVIER, *“a inalterabilidade do estatuto estabelecido por via convencional justifica-se ainda agora em nome da realização da equidade entre cônjuges, incompatível com a ocorrência de enriquecimentos injustificadamente obtidos por um deles à custa do outro”*⁹⁸.

A segunda razão que se aponta como justificativa deste princípio é a de que, sendo as convenções antenupciais verdadeiros pactos de família e não um simples ajuste de interesses circunscrito aos futuros nubentes, não faria grande sentido que pudessem, após a celebração do matrimónio, serem alteradas por simples decisão dos cônjuges. Segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, esta justificação não se aplica às soluções do direito português, *“em que os sujeitos da convenção antenupcial, em princípio, são os nubentes e só eles”*⁹⁹.

Por último, a terceira razão apontada para a inserção do princípio da imutabilidade é a proteção de terceiros. Apela-se, desta forma, para a necessidade de acautelar os interesses de terceiros, acreditando que, com a livre modificabilidade das convenções, as suas expectativas seriam sacrificadas. Nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE

⁹⁶ P. LIMA, Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 99.º – 1966 e 1967, n.º 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, p. 172.

⁹⁷ Segundo este artigo *“as doações entre casados podem a todo o tempo ser revogadas pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito”*. Esta possibilidade de revogação, a todo o tempo, tem como pretensão manter desimpedida a possibilidade de o doador voltar atrás com a liberalidade, mal cessem as razões que a determinaram.

⁹⁸ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 128

⁹⁹ Diz-se “em princípio” pois as doações para casamento, nos termos do Artigo 1756.º, n.º1 (*“As doações para casamento só podem ser feitas na convenção antenupcial”*), quer sejam feitas entre esposados, quer sejam feitas por terceiros aos esposados, têm de constar da convenção antenupcial. Casos há em que as convenções antenupciais servem apenas para titular essas doações. E, no caso dessas doações serem feitas por terceiro ou a favor de terceiro, poderá haver casos em que esses mesmos terceiros verdadeiros sujeitos das convenções antenupciais. Ressalva-se, desde já, que as referidas doações, feitas por terceiros, não se encontram abrangidas pelo princípio da imutabilidade, podendo ser revogadas, nos termos do Artigo 1701.º, n.º1, *in fine*. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 582

OLIVEIRA, “se os cônjuges pudessem, depois do casamento, alterar o seu regime de bens livremente e quantas vezes quisessem, os terceiros que com eles tivessem contratado poderiam ficar gravemente lesados nos seus direitos”¹⁰⁰. Esta ideia percebe-se, facilmente, nas seguintes palavras de ANTUNES VARELA: “o vendedor que tivesse vendido a crédito certos artigos, na expectativa de poder executar determinados bens próprios da compradora, casada em regime de separação, ficaria grave e injustamente lesado, se os cônjuges convencionassem depois disso o regime de comunhão geral, sujeitando-se à moratória forçada que protege a meação do cônjuge devedor nos bens comuns”¹⁰¹.

Para MANUEL ANDRADE¹⁰², a primeira razão é aquela que mais pesa para a fundamentação deste princípio. No mesmo sentido, PIRES DE LIMA afirma que “o fundamento do princípio não oferece dúvidas dentro do sistema do nosso Código. Já dissemos e escrevemos que a razão principal destes preceitos, além de outras razões secundárias, está na necessidade de evitar, à semelhança com o que se passa com os testamentos de mão comum, que um dos cônjuges se aproveite do ascendente que normalmente exerce sobre o outro para o levar a consentir numa alteração que lhe seja prejudicial”¹⁰³.

3.2.2 AMPLITUDE DO PRINCÍPIO

O sentido e a extensão deste princípio têm sido fortemente debatidos. Para alguns autores o princípio da imutabilidade assume um sentido amplo, podendo, assim, considerar proibidos todos os negócios que, nas palavras de RITA LOBO XAVIER, “impliquem uma modificação na composição das massas patrimoniais, pertencentes ao casal”¹⁰⁴. Desta feita, inclui “não só as cláusulas constantes da convenção ou as normas do regime legalmente fixado, relativas à administração ou disposição de bens, mas também, como se conclui da

¹⁰⁰ Cfr. *Idem ibidem*

¹⁰¹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, pp. 558 e 559

¹⁰² MANUEL ANDRADE, *Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respetiva escritura antenupcial*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 69.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, p. 338.

¹⁰³ P. LIMA, Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 99.º – 1966 e 1967, n.º 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, p. 172

¹⁰⁴ XAVIER, Rita Lobo, “Contrato-promessa de partilha de bens do casal celebrado na pendência da ação de divórcio” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVI, 1994 (Janeiro-Setembro), n.º 1, 2 e 3, p.155

leitura do n.º 2 do artigo 1714.º, a situação concreta dos bens dos cônjuges que interessa às relações entre estes”¹⁰⁵.

No entendimento de RITA LOBO XAVIER, este princípio impede os cônjuges de alterarem o seu regime de bens por via indireta, considerando que *“o alcance do princípio da imutabilidade, em rigor, não se reduz à mera proibição de os cônjuges modificarem por via direta o seu estatuto patrimonial, celebrando novas convenções sobre o regime de bens após o casamento”¹⁰⁶. Ou seja, os cônjuges não podem celebrar entre si contratos que impliquem transferências de bens de uma das massas patrimoniais para a outra. Nas palavras da mesma autora, “o regime matrimonial inclui soluções relativamente à composição dos patrimónios de cada cônjuge que têm incidência sobretudo quanto ao destino dos bens no momento da dissolução do regime. As alterações que os cônjuges introduzam na repartição dos bens pelas várias massas patrimoniais envolvem obviamente a modificação do regime inicialmente aplicável”, concluindo que “os cônjuges estão proibidos de alcançar por via indireta o mesmo resultado a que conduziria a modificação pós-nupcial da convenção. Por isso, o preceito que impõe a imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente aplicáveis, em rigor, impediria não só a modificação das regras que integram o regime de bens, como também as alterações na composição concreta das várias massas patrimoniais dos cônjuges”¹⁰⁷.*

Na mesma linha, seguem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, dizendo que *“não significa que a venda de bens de um dos cônjuges ao outro envolva uma alteração direta das regras que integram a convenção ou o regime de bens em vigor. Mas (...) essa alienação envolve[r] uma alteração concreta (que pode ser muito importante) na distribuição de poderes e deveres entre os cônjuges, dentro do estatuto patrimonial do casal. E essa alteração seria manifestamente introduzida ao arrepio do princípio da imutabilidade”¹⁰⁸.*

Outros autores atribuem um sentido mais restrito a este princípio, considerando que este apenas proíbe a alteração do regime de bens convencionado ou legal, não abrangendo os negócios que incidem sobre bens concretos, ressalvando, contudo, normas que proíbem

¹⁰⁵ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 359

¹⁰⁶ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, pp. 135 e 136

¹⁰⁷ Cfr. *Idem ibidem*

¹⁰⁸ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 399

determinados negócios sobre esses bens¹⁰⁹. Segundo esta corrente, todos os negócios para os quais não exista norma especial seriam livremente celebrados, respeitando assim o princípio da autonomia privada, ainda que a sua celebração envolva alterações ao estatuto patrimonial dos cônjuges. Este é o entendimento de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, para estes autores “*ele [princípio da imutabilidade] apenas pretende proibir a alteração do regime de bens convencional ou fixado por lei na falta de convenção (...) não estariam assim proibidos negócios que incidam sobre bens concretos. Estes negócios sobre bens concretos estariam regulados noutros lugares, como no Artigo 1714.º, n.º 2, que proibiu as sociedades e as vendas entre cônjuges (...) outros negócios sobre bens concretos, para os quais não se veja norma especial, seriam livremente celebrados de acordo com o princípio da autonomia privada e as regras gerais*”¹¹⁰.

Aquele primeiro sentido, ou seja, amplo, parece-nos aquele que mais se coaduna com o espírito da proibição constante do Artigo 1714.º. O nosso legislador, ao ter optado pela inclusão e manutenção deste preceito na nossa lei, proibindo a alteração do regime de bens após o casamento, mediante a celebração de nova convenção – que, a existir, já não se chamaria antenupcial, mas sim pós-nupcial – fê-lo, cremos, consciente de que essa proibição abarcaria, logicamente, qualquer negócio celebrado entre os cônjuges que visasse transmitir bens, livre e irrevogavelmente, alcançado, com isso, o mesmo resultado que obteriam com aquela alteração direta. Esta ilação facilmente se retira da interpretação da norma e do seu *telos*, ou seja, é facilmente retirada da finalidade da norma esta ideia de proibição em sentido amplo.

No seguimento desta lógica poder-nos-ia surgir a seguinte questão: sendo que o n.º 1 do Artigo 1714.º constitui uma proibição ampla – proibindo não só a modificação direta do regime de bens, mas também a modificação indireta através da celebração de outro negócio jurídico – qual o sentido do n.º 2, desse mesmo Artigo, que apenas refere dois negócios jurídicos em específico (compra e venda entre cônjuges e sociedade)? Esta questão é rápida e, julgamos, acertadamente respondida da seguinte forma. Sendo o espírito e finalidade no n.º 1 amplos, consideramos que as proibições elencadas no n.º 2 já se subsumem naquele primeiro número, bem como todos os demais negócios jurídicos que possam reconduzir ao mesmo resultado. Desta forma, atribui-se ao n.º 2 um cariz meramente

¹⁰⁹ A título meramente demonstrativo, podemos destacar o n.º 2 e o n.º 3 do Artigo 1714.º e ainda os Artigos 1761.º e seguintes.

¹¹⁰ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 579

exemplificativo, facto que se pode retirar da letra da lei. Este preceito ao dizer que se “consideram abrangidos pelas proibições do número anterior (...)”, está a evidenciar que o n.º 1 tem, efetivamente, uma maior extensão, estando ambos os preceitos em estreita ligação, não sendo defensável atribuir-se a este segundo número um sentido independente.

3.2.3 ARTIGO 1714.º, N.º 2: NEGÓCIOS ESPECIFICAMENTE VEDADOS AOS CÔNJUGES

Um dos princípios fundamentais do direito civil é o princípio da autonomia privada, que tem a sua dimensão mais visível na liberdade contratual, prevista no Artigo 405.º. Este princípio encontra, ainda, fundamento constitucional nos Artigos 26.º, n.º 1 e 61.º da CRP. Este princípio, nas palavras de MOTA PINTO, “*consiste no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica (...) os particulares podem, no domínio da sua conveniência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respetivas relações jurídicas*”¹¹¹.

Da leitura do preceito em análise, rapidamente se percebe que a capacidade negocial dos cônjuges sofre algumas limitações por força do vínculo especial que une as pessoas casadas¹¹², impedindo os cônjuges de celebrarem os contratos que lá se encontram previstos, nomeadamente o contrato de compra e venda e sociedade, impedimentos estes que passaremos de seguida a analisar.

3.2.3.1 CONTRATO DE COMPRA E VENDA ENTRE CÔNJUGES

Como já anteriormente referimos, está proibida, pelo n.º 2 do Artigo 1714.º, a celebração de contratos de compra e venda entre os cônjuges¹¹³. Está aqui patente a ideia de preservação da imutabilidade, nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “*esta translação de poderes operar-se-ia por meio de um ato realizado entre os cônjuges, sobre*

¹¹¹ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ªEd. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 102

¹¹² Cfr. PAIVA, Adriano Miguel Ramos De, *A comunhão de adquiridos*, Coimbra, 2006, p. 249

¹¹³ Esta proibição já se encontrava prevista, expressamente, no Artigo 1564.º do Código de Seabra.

o qual acertam em cheio todos os dardos mortais disparados do parapeito da imutabilidade sobre as modificações da convenção, posteriores à celebração do casamento”¹¹⁴.

O contrato de compra e venda, previsto nos Artigos 874.º e ss., e “é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou de outro direito, mediante um preço”. Da celebração do presente contrato resultam dois tipos de efeitos, efeitos reais – transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito – e efeitos obrigacionais – que se reconduzem à constituição das obrigações de entregar a coisa e de pagar o preço –, nas palavras de MENEZES LEITÃO, “o resultado final do negócio consistirá na aquisição por parte do comprador do direito de propriedade sobre o bem vendido”¹¹⁵. Nos exatos termos do Artigo 408.º, n.º1, que consagra o princípio da consensualidade, “para essa constituição ou transmissão do direito real, basta normalmente o acordo das partes, pelo que a celebração do contrato de compra e venda acarreta logo a transferência da propriedade (...) [, ou seja, a] a constituição do direito real é conseqüentemente imediata e instantânea”¹¹⁶.

Poderíamos ser tentados a perguntar o porquê da lei vedar aos cônjuges os contratos de compra e venda, e, contrariamente, não lhes proibir entre si doações. A resposta assenta no regime específico das doações entre cônjuges que determina a sua livre revogabilidade. Nos termos do Artigo 1765.º, a doação entre cônjuges é livremente revogável, a lei estabelece que as doações entre cônjuges podem, a todo o tempo, ser revogadas pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a esse direito¹¹⁷. Atribui-se à doação entre cônjuges uma função quase testamentária, sendo dessa forma sujeita, igualmente, à livre revogabilidade que caracteriza dos testamentos¹¹⁸. Tal como afirma ANTÓNIO FERNANDES, “*não se vê com clareza o prejuízo que delas possa advir para o cônjuge que pretenda contemplar o outro com a sua liberalidade. Admitir estas doações é não esquecer os sentimentos de afeto que ligam os cônjuges; não esquecer que qualquer deles pode querer manifestar ao seu consorte o seu reconhecimento, a sua gratidão pelo que carinho que por ele lhe é dispensado. Todavia, para evitar abusos, deve consignar-se sempre o princípio da revogabilidade de*

¹¹⁴ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 400

¹¹⁵ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações: Contratos em especial*, Vol. III, 10.º Ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 19

¹¹⁶ Cfr. *Idem* p. 20

¹¹⁷ Esta faculdade, nos termos do Artigo 1765.º, n.º2, não se transmite aos herdeiros do cônjuge doador.

¹¹⁸ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, pp. 204 e ss.

tais doações. Perante este princípio, que dá ao cônjuge doador o direito de a todo o tempo e quando entender conveniente revogar a doação, todos os inconvenientes desaparecem”¹¹⁹.

Assim sendo, um dos principais argumentos para a proibição dos contratos de compra e venda entre os cônjuges reside, precisamente, no facto de estes poderem servir para simular verdadeiras doações que estejam a ser feitas e assim fugir à sobredita regra da revogabilidade. Segundo ADRIANO PAIVA, o impedimento da celebração de contratos de compra e venda entre os cônjuges justifica-se, também, pelo facto de a venda de bens entre os cônjuges poder constituir “*uma forma de impedir que os credores exclusivos do cônjuge vendedor pudessem fazer os bens alienados responder pelos seus créditos*”¹²⁰

Esta proibição não vigora, como refere o Artigo 1714.º, n.º 2, *in fine*, quando os cônjuges se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens¹²¹. Além desta exceção, existem casos, previstos no n.º 3 do mesmo Artigo, em que os cônjuges podem celebrar, entre si, contratos de compra e venda.

Admite, assim, a lei a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao outro cônjuge. Esta figura, que se encontra prevista no Artigo 837.º, e também pode ser chamada de dação em pagamento, consiste na realização de uma prestação diferente da que é devida, com o fim extinguir imediatamente a obrigação. O que existe aqui é, assim, a satisfação de um crédito utilizando um bem que valor equivalente, não havendo, ao contrário do que se passa na compra e venda uma transferência de valor considerável da massa patrimonial um cônjuge para o outro, precavendo-se, deste modo, os resultados que o princípio da imutabilidade pretende alcançar. Segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, é vantajoso admitir a dação em cumprimento, pois, “*de facto, mais vale dar um bem em pagamento ao cônjuge do que ter de o vender e um estranho para pagar em dinheiro – e que podia facilmente confundir-se com uma venda para ser liminarmente arrastada pela proibição do n.º2 (do Artigo 1714.º)*”¹²².

Alguns autores¹²³ entendem que a presente proibição é derogada pelo Artigo 228.º do CSC, visto que este preceito admite a cessão de quotas entre cônjuges. Diz-se

¹¹⁹ Cfr. FERNANDES, António, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 7, Vol. 7, n.º 3 e 4, 1947, p. 94

¹²⁰ Cfr. PAIVA, Adriano Miguel Ramos De, *A comunhão de adquiridos*, Coimbra, 2006, p. 268

¹²¹ A separação de pessoas e bens é um instituto que modifica o vínculo matrimonial, extinguindo as relações patrimoniais e o dever de coabitação entre os cônjuges. Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 602

¹²² Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 581 (parênteses nossos)

¹²³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, afirmam que “*a proibição de da compra e venda entre cônjuges sofreu, porém uma séria derrogação, no que respeita à cessão de quotas entre cônjuges, através do disposto,*

jurisprudência recente¹²⁴, que “*alguma doutrina considera que esta norma teria derogado, ao menos parcialmente, (...) a proibição que resulta do n.º 2 do art. 1714.º, do CC, sustentando, por isso a validade da cessão de quotas entre cônjuges, todavia este entendimento não é pacífico, porquanto, doutrina há que defende que a norma contida no n.º 2, do art. 228º deve ser interpretada como reportada apenas às situações em que, de acordo com o previsto nas normas do CC, a cessão de quotas entre cônjuges de ter-se como válida, como acontecerá se os cônjuges estiverem separados judicialmente de pessoas e bens, [assim, de acordo com esta posição], haveria que atender ao negócio jurídico que está na base da cessão*”. Conclui-se, neste mesmo acórdão, que se a cessão de quotas se concretizar através de um contrato de compra e venda entre os cônjuges, a mesma apenas será válida se os cônjuges estiverem separados de pessoas e bens e, no caso de o negócio que promoveu a cessão ser uma doação entre os cônjuges, tal cessão será válida se a quota cedida for bem próprio do cônjuge doador e a doação for revogável. Fora destes casos, a cessão de quotas entre os cônjuges terá de considerar-se nula porque viola o princípio da imutabilidade¹²⁵.

3.2.3.1 CONTRATO DE SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

Nos termos do n.º 2 do Artigo 1714.º, está, igualmente, vedado aos cônjuges a celebração de contratos de sociedade entre cônjuges. Este artigo, que não se encontrava expressamente previsto no Código de Seabra sendo que, à altura, apenas se consideravam nulas as sociedades “*quando as suas cláusulas constituíssem, se facto, uma violação do princípio do poder marital, da regra da imutabilidade das convenções antenupciais ou de qualquer outro preceito legal imperativo*”¹²⁶. Contrariamente a este pensamento, PINTO DE MESQUITA afirmava “*as sociedades não têm outro objetivo que não seja subtrair um casal à incidência de certas disposições da lei*”¹²⁷.

com algum ar de displicência, no n.º 2 do Artigo 228.º do CSC”. Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 400

¹²⁴ Cfr. Sumário Ac. TRC de 02.04.2016, Proc. N.º 2977/14.0TBMAI.P1

¹²⁵ Cfr., neste sentido, XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 222

¹²⁶ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 400

¹²⁷ Cfr. MESQUITA, António Pedro Pinto De, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 3, N.º 1 e 2, 1943, p. 218

O presente Código *atacou frontalmente o problema*, proibindo a sociedade que tenha apenas como sócios os dois cônjuges, uma vez que, em consonância com o princípio da imutabilidade, “*a constituição de uma sociedade, envolve, em regra, alterações na composição das duas ou três massas patrimoniais pertencentes ao casal (bens próprios do marido, bens próprios da mulher, e bens comuns no caso de regime de comunhão) (...) estas alterações seriam uma consequência normal da celebração dum contrato limitado aos dois cônjuges*”¹²⁸. Na mesma linha, ANTUNES VARELA afirma que “*a lei proibiu, em regra, o contrato de sociedade entre os cônjuges, pela extrema facilidade com que, mediante a colocação dos seus bens para o exercício em comum de certa atividade económica, os cônjuges poderiam iludir a natureza dos bens ou os poderes de administração correspondentes ao regime de bens vigentes entre eles*”¹²⁹.

No seu Artigo 1714.º, n.º 2, o CC considera abrangido pelo princípio da imutabilidade o contrato de sociedade entre os cônjuges, salvo quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens. No n.º 3 do mesmo Artigo é ainda dito que “*é lícita, contudo, a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais*”. A interpretação destes preceitos não tem sido pacífica no seio da doutrina e jurisprudência, nomeadamente no que diz respeito à situação de ambos os cônjuges participarem na mesma sociedade. Temos, de um lado, os que defendem a nulidade de todas as sociedades que têm como sócios únicos dois cônjuges, entendendo que a exceção do n.º 3 se aplicava unicamente aos casos em que os cônjuges participassem juntamente com outros sócios. No hemisfério oposto temos os autores que sustentam que a lei permitia a constituição de sociedades entre os cônjuges desde que se tratasse de uma sociedade de capitais. Segundo estes “*a expressão “participar”, que aparece no n.º 3 do Artigo 1714.º, significa ter parte e, portanto, a participação restrita aos dois não deixa de ser participação na linguagem corrente e correta*”¹³⁰. Estes interrogavam-se, ainda, sobre a licitude de uma sociedade por quotas constituída por dois cônjuges, para eles o legislador pretendeu evitar que ambos os cônjuges assumissem responsabilidade ilimitada, sendo que os sócios das sociedades por quotas apenas são responsáveis pela integração do capital social, não se vislumbrava qualquer

¹²⁸ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 401

¹²⁹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 421

¹³⁰ Cfr., por todos, XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 231

obstáculo a que ambos os cônjuges participassem numa sociedade desse tipo. Este era o entendimento de ANTÓNIO CAEIRO¹³¹, que acreditava ser o sentido da lei o de evitar a responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais, pelo que seriam permitidas as sociedades por quotas, mas já não as sociedades em nome coletivo¹³².

RITA LOBO XAVIER, não segue este último entendimento, segundo esta autora a compreensão das exceções previstas no n.º 3 tem de partir da interpretação da norma do 1714.º do no seu todo. Como já tivemos oportunidade de concluir¹³³, devem ser igualmente proibidas as modificações, relativas ao estatuto de bens, quando se promovam por via indireta, ou seja, pelo expediente da celebração de um contrato tendo por consequência a modificação pretendida. Assim sendo, a lei ao discriminar estes contratos, nomeadamente o de sociedade, “*terá partido princípio de que qualquer contrato de sociedade entre cônjuges é suscetível de envolver uma violação ao regime matrimonial e proibiu-os, independentemente da averiguação concreta do efetivo desrespeito pela imutabilidade do estatuto matrimonial*”¹³⁴.

O n.º 3 do Artigo 1714.º, como já vimos, considera lícita a participação de cônjuges na mesma sociedade de capitais. No entanto, a doutrina tem-se dividido quanto à interpretação desta norma. De um lado, temos quem sustenta que esta norma não trata das sociedades entre cônjuges, ou seja, o caso em que a sociedade tem como únicos sócios os cônjuges, caso este que está proibido por força no n.º 2. Segundo este entendimento, cabe nesta norma os casos em que os cônjuges participam, juntamente com outros sócios, numa mesma sociedade¹³⁵. De modo diferente pensam os autores que defendem que o n.º 3 deve ser lido como uma exceção ao n.º precedente, onde se proíbe as sociedades entre cônjuges,

¹³¹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 98

¹³² Este não é o entendimento de ANTUNES VARELA que afirma que “*as sociedades por quotas, não sendo típicas sociedades de capitais e constituindo, pelo contrário, uma das espécies em que alguns dos sócios (munidos de poderes de gerência) mais facilmente podem lesar o outro ou outros (sobretudo quando minoritários), por carência de uma fiscalização adequada e por falta de deveres legais de informação convenientes, não podem considerar-se abrangidas, nem no espírito, nem sequer no texto do n.º3 do artigo 1714.º*”. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, pp. 361 e 362

¹³³ Aquando da determinação da amplitude do princípio da imutabilidade. Cfr. *supra* ponto 3.2.2

¹³⁴ Cfr., por todos, XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, pp. 232 e 233

¹³⁵ Esta corrente tem como principal argumento o argumento literal, ou seja, ao passo que o n.º2 fala em “sociedade entre cônjuges” e o n.º 3, por sua vez, fala em “participação dos dois cônjuges na mesma sociedade” sugerindo, assim, no primeiro caso um contrato apenas entre os dois cônjuges, enquanto, no segundo eles intervêm juntamente com outros sócios. Cfr. *Idem* p. 234

assim, para esta corrente, o n.º 3 vem validar a existência de um certo de alguns tipos de sociedades entre cônjuges, e entre estes e terceiros.

O legislador, ao estipular esta proibição previu que, por meio da constituição de uma sociedade entre si, os cônjuges pudessem, muito facilmente, alterar a composição das respetivas massas patrimoniais, podendo fazê-lo tanto no momento da constituição da sociedade, como durante o funcionamento da mesma, ludibriando, dessa forma, a imposição de inalterabilidade do regime de bens.

Será arriscado dizer que todas as sociedades constituídas entre apenas dois cônjuges serão violadoras do princípio da imutabilidade, pois envolve uma alteração na repartição dos bens do casal. É, contudo, possível sustentar a ideia de que através da constituição dessa sociedade pode dar-se essa alteração. É útil, deste modo, distinguir as sociedades entre apenas dois cônjuges daquelas em que estes participam acompanhados de outros sócios, uma vez que no primeiro caso figura-se de forma muito mais provável a alteração indireta do estatuto patrimonial¹³⁶. No segundo caso, as manobras de transferência de bens iriam beneficiar não só os cônjuges como também os outros sócios que participam da sociedade, sendo assim não faz sentido que a lei proíba todos os casos, *“mas apenas aqueles em que há um perigo real de desrespeito pelo estatuto patrimonial dos cônjuges”*¹³⁷.

Nos casos de participação em sociedades, só será possível aos cônjuges alcançarem as ditas e proibidas alterações se estes assumirem responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais. Daí o legislador, ao considerar lícita a participação de cônjuges na mesma na mesma sociedade de capitais só podia estar a referir-se a sociedades que não envolvam responsabilidade ilimitada. Estamos, nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a falar *“da modalidade típica das sociedades de capitais, em que a responsabilidade dos sócios se encontra limitada ao valor das ações subscritas tendo estas, em princípio, a mesma natureza dos bens com que foram adquiridas”*¹³⁸.

O facto de, como vimos, só ser permitido aos cônjuges *“a participação numa mesma sociedade de capitais (como é a sociedade anónima), foi modificada pelo Artigo 8.º,*

¹³⁶ Revela-se, uma vez mais, que a lei considera o princípio violado, não só quando diretamente se alteram os poderes atribuídos pela convenção ou regime em vigor aos nubentes, mas também quando tais poderes ou deveres forem indiretamente afetados por qualquer convenção posterior ou quando se modificasse a situação concreta dos bens a que eles se referem.

¹³⁷ Cfr. *Idem* p. 239

¹³⁸ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 403

n.º1 do CSC, o qual permite expressamente a constituição de sociedades comerciais entre cônjuges e a participação de qualquer dos cônjuges nessas sociedades, desde que só um assuma a responsabilidade ilimitada”¹³⁹. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, afirmam que “*esta nova disposição implica, como facilmente se verifica, uma profunda derrogação do regime estabelecido no Artigo 1714.º do CC*”¹⁴⁰. Assim, com esta disposição, os cônjuges só não podem ser simultaneamente sócios comanditados numa mesma sociedade em comandita ou sócios de uma mesma sociedade em nome coletivo, porque, nos termos dos Artigos 465.º, n.º 1 e 175.º, n.º 1 das CSC, a responsabilidade de qualquer dos sócios é ilimitada. Passou-se, segundo CASTRO MENDES, com o surgimento do Artigo 8.º do CSC, da regra da proibição de celebração de contratos de sociedade para o princípio da liberdade da constituição de sociedades entre cônjuges¹⁴¹.

A questão central, com o aparecimento deste preceito, passa a ser a de saber se o princípio que permite a constituição das sociedades prevalece sobre o princípio geral da imutabilidade do regime de bens. RITA LOBO XAVIER, responde negativamente à presente questão. Segundo ela, a disposição do CSC efetivamente derogou a parte do n.º 2 do Artigo 1714.º relativa às sociedades entre cônjuges. No entanto, o princípio da imutabilidade não foi revogado pelo CSC, e mantém-se com ele a proibição de alteração por via indireta do estatuto patrimonial dos cônjuges. Assim sendo, segundo a autora, não estará excluído que se proceda ao exame casuístico dos contratos de sociedade entre os cônjuges, com o intuito de perceber se os mesmos se encontram em conformidade com o direito matrimonial, uma vez que essa desconformidade possa surgir a vários níveis (regime de bens imperativo, livre revogabilidade das doações entre casados, entre outros). Na opinião da mesma, “*os contratos de sociedade permitidos pelo preceito de Direito societário podem sempre ser invalidados se o seu próprio conteúdo violar o princípio da imutabilidade [, ou seja,] um contrato de sociedade deve ser considerado nulo, por violação do princípio da imutabilidade, sempre que o seu resultado económico coincida com o resultado económico de uma alteração do regime patrimonial do casamento*”¹⁴².

¹³⁹ Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 161

¹⁴⁰ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 403

¹⁴¹ Cfr. MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 161

¹⁴² Cfr., por tudo, XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, pp. 240 a 249

Assim, em suma, entendemos que o Artigo 8.º, n.º 1 do CSC, apenas enuncia um princípio que permite as sociedades entre cônjuges, desde que nenhum, ou apenas um, assumam responsabilidade ilimitada, pressupondo implicitamente a compatibilidade com o regime patrimonial.

3.2.4 EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

As exceções à regra da imutabilidade são escassas, figurando no Artigo 1715.º, n.º 1 als. *a)*, *b)*, *c)* e *d)*. O cariz limitado e taxativo das exceções admitidas ao princípio da imutabilidade é revelador da rigidez da solução portuguesa. Segundo ANTUNES VARELA, os casos discriminados nesta disposição legal não constituem, todos eles, verdadeiras exceções ao princípio da imutabilidade, segundo este autor, a intenção da lei foi solucionar eventuais dúvidas relativamente àquele princípio^{143 144}.

A primeira das exceções, prevista na al. *a)*, diz respeito aos casos de revogação, tanto unilateral como bilateral, das disposições *mortis causa*, permitidas ao abrigo do Artigo 1700.º, que foram incluídas na convenção antenupcial. Segundo a opinião de ANTUNES VARELA, “*nem todos os casos de revogação de disposições previstas no Artigo 1700.º constituirão necessariamente alterações ao regime de bens estabelecido (...) designadamente, não será esse o caso da revogação contemplada no Artigo 1704.º (de disposições com mero valor testamentário) e no n.º 2 do Artigo 1705.º (revogação no uso da faculdade que o esposado, disponente, se tenha reservado)*”¹⁴⁵.

A al. *b)*, dispõe que são admitidas alterações ao regime de bens em caso de “simples separação judicial de bens”. A decretação da separação judicial, que se encontra prevista nos Artigos 1767.º e ss., envolve uma alteração do regime anterior, na medida em que, após o

¹⁴³ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família, I- Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, 1982, Coimbra, p. 423

¹⁴⁴ Na opinião de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, apenas a al. *a)* constitui uma verdadeira exceção ao princípio da imutabilidade, pois só esta “*importa alteração direta à convenção antenupcial*”. Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 577

¹⁴⁵ Cfr. *Idem Ibidem*

trânsito em julgado da respetiva sentença, passa a vigorar o regime da separação, conforme o previsto no Artigo 1770.^o¹⁴⁶.

No que diz respeito à al. *c*), esta admite a alteração do regime de bens “pela separação judicial de pessoas e bens”, esta separação opera-se como se o casamento tivesse sido dissolvido, envolvendo, desta feita, uma partilha de bens, nos termos do Artigo 1795.^o-A.

Por último, incluem-se na al. *d*), “todos os demais casos, previstos na lei, separação de bens na vigência da sociedade conjugal”. Estão aqui inseridos os casos de ausência, nos termos dos Artigos 108.^o e 115.^o, os casos de insolvência, prevendo o Artigo 141.^o, n.^o 1, al. *b*), do CIRE que o cônjuge tem direito de separar da massa insolvente os seus bens próprios e a sua meação dos bens comuns, bem como os casos que figuram no Artigo 740.^o do CPC, ou seja, os casos de “execução movida contra um dos cônjuges”¹⁴⁷.

Nos termos do Artigo 1715.^o, n.^o 2, para que estas alterações produzam efeitos em relação a terceiros, necessitam de ser registadas. A razão desta exigência é a mesma que se aponta para o registo das próprias convenções antenupciais, trata-se, assim, da salvaguarda das legítimas expectativas e interesses de terceiros que com qualquer um dos cônjuges tiverem contratado¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 404

¹⁴⁷ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 577

¹⁴⁸ Cfr. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 405

CAPÍTULO IV- DA PERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

4.1 O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Tal como afirmam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, alguns países europeus que acolhiam a regra da imutabilidade, têm-se encaminhado para sistemas que possibilitam a modificação do regime de bens durante o casamento, são eles a Holanda, a França, a Itália a Espanha e a Bélgica¹⁴⁹.

No que respeita ao ordenamento jurídico espanhol, vigora, tal como no nosso, o princípio da livre estipulação do regime de bens que aprouver aos cônjuges, segundo os limites¹⁵⁰ previstos no Artigo 1315.º do CC espanhol, segundo este preceito “*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*”. Daqui depreendemos que, tal como no nosso CC, os espanhóis possuem uma ampla liberdade de conformação do seu regime de bens, estando previsto na sua lei civil o princípio da liberdade. Acontece, porém, que os espanhóis rapidamente se demarcam do nosso ordenamento pois, ao contrário de nós, não impedem a a modificação do regime de bens depois da celebração do casamento¹⁵¹. Segundo o artigo 1326.º, é-lhes dada a possibilidade de modificar o regime vigente ou substituí-lo por um outro regime¹⁵².

No que diz respeito ao direito holandês, dispõe o Artigo 1:119 do *Burgerlijk Wetboek*, que os cônjuges podem alterar o regime de bens durante o casamento, sendo que essa alteração carece da autorização do tribunal distrital, e este só pode fundamentar a recusa em casos essa alteração possa afetar terceiros que com os cônjuges tenham contratado ou no

¹⁴⁹ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 587

¹⁵⁰ Segundo LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, as limitações impostas aos cônjuges não são mais do que “*límites naturais, que não são outra coisa que a aplicação, a este caso concreto, das limitações genéricas à autonomia privada do Direito Civil*”. Cfr. PICAZO, Luis Díez; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 10.ª Ed., Tecnos, p. 139

¹⁵¹ Esta permissão é inovadora no direito espanhol, anteriormente, até 1975, vigorava o princípio da imutabilidade do regime de bens, que se fundamentava em duas ideias: na ideia de evitar influência de um cônjuge sobre o outro e, ainda, a certeza jurídica. Cfr. HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009, p. 30

¹⁵² Segundo o Artigo 1326.º do CC espanhol, “*Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio*”.

caso de essa alteração estar em manifesta contradição com regras de direito imperativo, moralidade ou ordem pública. O direito suíço dispõe uma solução idêntica, no Artigo 182.º do *Code Civil suisse*, que dispõe que “(1) *Le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage; (2) Les parties ne peuvent adopter un régime, le révoquer ou le modifier que dans les limites de la loi*”.

No que diz respeito ao direito francês que, como vimos, influenciou animicamente o nosso direito, ele mesmo tem-se vindo a atenuar e moldar as exigências do tempo. Como afirma LOUIS BAUDOIN, o direito tem a “obrigação” de se reajustar os valores e as instituições às evoluções da vida moderna, não ficando incólume às mutações da economia social¹⁵³. E foi nesse sentido que em 1965, com a entrada em vigor da Lei n.º 65-570, de 13 de julho, se procedeu à atenuação do princípio da imutabilidade. Nas palavras de NICOLE PETRONI-MAUDIERE, este ato legislativo acabou por não se abolir o princípio da imutabilidade, mas atenuou-o¹⁵⁴, com esta alteração passou a poder ler-se no Artigo 1397.º, que após dois anos de aplicação do regime matrimonial, convencional ou legal, os esposos podem convencionar, tendo sempre subjacente o interesse da família, a modificação, ou mesmo a alterar inteiramente, do regime de bens, tudo isto mediante homologação do tribunal do domicílio¹⁵⁵.

Em 2006, com a entrada em vigor da Lei n.º 2006-768, de 23 de junho, a redação do Artigo 1397.º foi novamente alterada. As alterações consistiram, essencialmente, na questão de a homologação do juiz que passou a não ser requisito essencial, passando só a ser necessária em certos casos, nomeadamente em casos em que hajam filhos menores, em caso de oposição pelos credores.

No âmbito do direito europeu, a Comissão Europeia de Direito da Família (The Commission on European Law), reconhecendo que existem diferenças, que devem ser preservadas, entre os ordenamentos jurídicos europeus, lançou uma panóplia de princípios que visam regular o regime patrimonial dos esposos.

¹⁵³ Cfr. BOUDOUIM, Louis, *Immutabilité ou mutabilité des conventions matrimoniales?*, McGill Law Journal, Vol. 1, p. 259

¹⁵⁴ “*L’interdiction de modifier librement le régime matrimonial traduit la persistance de l’immuabilité*”. Cfr. PETRONI-MAUDIERE, Nicole, *Le déclin du principe de l’immuabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 17

¹⁵⁵ Cfr. *Idem Ibidem*

Embora estes princípios¹⁵⁶ não tenham força de lei, é recomendável aos Estados que os sigam, que lhes sirvam de “modelo”, quando procedam a uma revisão legislativa na matéria. Desta feita, prevê o princípio 4:10, inserido no capítulo II que visa regular as convenções antenupciais (*Marital Property Agreements*), que os esposos devem poder escolher livremente o regime de bens a vigorar no casamento (Princípio da liberdade) e ainda, no seu n.º 2, prevê que durante o matrimónio deve ser permitido aos cônjuges modificar o seu regime de bens, prevendo, assim, explicitamente, o princípio da mutabilidade.

4.2 ADMISSIBILIDADE DO PRINCÍPIO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em jeito de conclusão do nosso estudo sobre o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e também do regime de bens legalmente fixado, cabe-nos, chegados aqui, perceber se este princípio se justifica no nosso ordenamento jurídico.

Como já tivemos oportunidade de referenciar¹⁵⁷, são essencialmente três as razões que se apontam para justificar a inclusão do princípio na lei portuguesa.

A primeira delas relaciona-se com o ascendente psicológico que um dos cônjuges poderá exercer sobre o outro que levará a que este último, em caso de admissibilidade da alteração, possa assentir numa modificação que lhe seja prejudicial. Este fundamento, embora seja o que se afigura mais pertinente, não é, de todo, imune a contra-argumentos. Desde logo, podemos falar do princípio, constitucionalmente previsto, da igualdade dos cônjuges (Artigos 36.º, n.º 3 da CRP). Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o princípio da igualdade dos cônjuges constitui uma expressão qualificada do princípio da igualdade de direitos e deveres dos homens e das mulheres (cfr. Artigo 13.º, n.º 2). O princípio abrange (...) a esfera familiar (e não apenas a educação e manutenção dos filhos), interditando qualquer discriminação jurídica entre os cônjuges. Sendo os cônjuges juridicamente iguais, não pode estabelecer-se nenhuma relação juridicamente relevante de comando ou dependência entre eles”¹⁵⁸. Este princípio que, como se pode verificar, consagra a igualdade entre os cônjuges, sem que nenhum deles possa exercer sobre o outro

¹⁵⁶ Disponíveis no site da CEFL (Commission on European Family Law) - <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> .

¹⁵⁷ Cfr. *Supra* Ponto 3.2.1

¹⁵⁸ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 564

nenhuma forma superintendência ou controlo, faz com que este argumento perca, cada vez mais o sentido e a relevância.

Caso se verifique efetivamente esse ascendente psicológico de um dos cônjuges em relação ao outro, é possível que aquele obtenha benefícios mediante a celebração de negócios jurídicos correntes e, de certa forma, inevitáveis. É aquilo a que RITA LOBO XAVIER chama de “*transferências encobertas de bens entre os cônjuges*” que, segundo a autora, esvaziam o conteúdo do princípio da imutabilidade. Estão aqui incluídos atos praticados entre os cônjuges que, sem violar diretamente o princípio da imutabilidade, acabam por alterar, em maior ou menor medida, o funcionamento do regime matrimonial.¹⁵⁹

Ainda no sentido de tirar importância à possível ascendência que um cônjuge pode exercer sobre o outro como forma de justificar o princípio da imutabilidade no nosso ordenamento jurídico podemos invocar o seguinte.

A existência dessa apregoada influência de um cônjuge sobre o outro pode já existir à data em que eles ainda não possuem essa qualidade, ou seja, quando ainda não são cônjuges, mas apenas nubentes. Assim, quando os sujeitos estão a preparar a celebração do matrimónio, nomeadamente e a celebrar a convenção antenupcial que regerá patrimonialmente o seu casamento, ou então quando nada fazem a esse respeito, sujeitando-se, dessa forma, ao regime supletivo, pode já existir um ascendente psicológico que faça com que um dos nubentes se sujeite, após a celebração do casamento¹⁶⁰, a um estatuto patrimonial que lhe seja manifestamente prejudicial.

Pelo exposto, rapidamente se percebe que o presente argumento é detentor de graves fragilidades e não pode servir de fundamento à inclusão do princípio.

A segunda razão invocada para a justificar o princípio é o facto de as convenções antenupciais constituírem verdadeiros pactos de família, no entanto, como tivemos oportunidade de referenciar esta razão não é a mais atendível face ao direito vigente¹⁶¹. Ainda assim, mesmo que fosse, facilmente seria derogada a importância desse fundamento uma vez que atualmente o conceito de família, que nas palavras de PEREIRA COELHO E

¹⁵⁹ Cfr., por tudo, XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 158

¹⁶⁰ Como tivemos oportunidade de referenciar, até à celebração do casamento as convenções antenupciais são livremente modificáveis e revogáveis, existindo um verdadeiro princípio de mutabilidade das mesmas. Podendo as mesmas ser impugnadas por erro, dolo ou coação, como qualquer negócio jurídico, nos termos gerais da lei civil. Esta vicissitude pode igualmente ser chamada para rebater a ideia de que o ascendente psicológico serve de justificação ao princípio da imutabilidade, uma vez que o cônjuge “influenciado” pode lançar mão desses mecanismos e impugnar a convenção.

¹⁶¹ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 582

GUILHERME DE OLIVEIRA, é constituída apenas “*pelos cônjuges e pelos filhos menores*”¹⁶², não se considerando as convenções antenupciais como verdadeiros pactos de família. Desta feita, a sua eventual alteração circunscreveria os seus efeitos apenas a um núcleo familiar restrito.

Por último, é lançada mão do argumento da proteção de terceiros para justificar a imutabilidade do regime de bens dos cônjuges. Apesar de se reconhecer que este argumento é valioso, rapidamente chegamos à conclusão de que a mutabilidade do regime de bens, bem como do regime de bens legalmente fixado, é perfeitamente compatível com a salvaguarda dos interesses de terceiros.

Tal como afirma SOFIA HENRIQUES, “*nem se diga que a alteração subsequente do regime de bens prejudicaria terceiros, pois na verdade a salvaguarda desses interesses pode ser efetuada através de um eficaz sistema de publicidade das convenções pós-nupciais e estabelecendo a irretroatividade dessas alterações (...) poderia ser assegurada por um adequado sistema de publicidade das modificações do regime de bens, não sendo oponíveis a terceiros as alterações que prejudicassem direitos já adquiridos*”¹⁶³. Daqui facilmente se retira que os constrangimentos que possam surgir para terceiros, pela modificação dos regimes de bens, são acautelados se vigorar um sistema eficaz de publicidade.¹⁶⁴

Percorridos que estão os principais argumentos que se invocam para justificar a inserção do princípio da imutabilidade na nossa lei, importa perceber se este se justifica à luz do nosso direito vigente.

Tal como afirma BRAGA DA CRUZ, o grande argumento a favor da modificabilidade das convenções antenupciais na vigência do casamento é o de apenas desse modo “*se respeita, verdadeiramente, a liberdade dos cônjuges acerca do seu regime de bens*”¹⁶⁵. Na mesma linha de pensamento, PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, defendem que “*a razão fundamental que abona a faculdade de modificar o regime de bens esta na*

¹⁶² Cfr. *Idem* p. 118

¹⁶³ Cfr. HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009, pp. 175 e 176

¹⁶⁴ Parece aqui útil chamar, novamente, à colação o artigo 1397.º do *Code Civil* que, para além de prever um sistema eficaz de publicidade (notificações e anúncios em jornais), reconhece, ainda, aos terceiros a faculdade de estes, no prazo de, no prazo de três meses a contar da publicação, se oporem à alteração.

¹⁶⁵ Cfr. CRUZ, Guilherme Braga da, *Novo CC: Problemas relativos ao regime de bens do casamento ...*, BMJ N.º 52, 1956, p. 343

conveniência que os cônjuges podem sentir em adequar o seu estatuto patrimonial às alterações do seu modo de vida e às suas expectativas”¹⁶⁶.

As evoluções do direito, como é o caso do já aludido Artigo 8.º, n.º 1 do CSC e ainda da igualdade dos cônjuges prevista no Artigo 1671.º do CC, reforçada constitucionalmente pelo Artigo 36.º, n.º 3 da CRP, bem como do direito europeu, são prova de que este princípio tem vindo a perder força no nosso ordenamento. RITA LOBO XAVIER afirma mesmo que este princípio “*hoje é apenas formal*”¹⁶⁷.

Nas palavras de FRANCISCO PEREIRA COELHO, “*vem-se assistindo (...) a uma progressiva desregulação ou deslegalização do casamento. O direito afasta-se ou desinteressa-se cada vez mais da regulação do casamento, sobretudo da sua regulação em termos imperativos*”¹⁶⁸. Assim, parece tendência que o Direito se vá afastando da regulação do casamento e de todos os efeitos que lhe estão subentendidos, permitindo, deste modo, que os principais visados, os cônjuges, sejam livres de regulamentar a sua vida em conjunto.

Concluimos, deste modo, que os argumentos que sustentam o princípio da imutabilidade estão, pelas razões apontadas, suplantados, no caso dos dois primeiros, ou podem ser facilmente arredados, no caso da proteção de terceiros. Assim sendo, defendemos a abolição do princípio em causa¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...*, 2016, *cit.*, p. 582, onde os autores enumeram as principais razões que costumam fundamentar a pretensão da alteração do regime de bens.

¹⁶⁷ Cfr. XAVIER, Rita Lobo, *Limites à...*, 2000, *cit.*, p. 141

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme De (Coordenação), *Textos de direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 85

¹⁶⁹ Convém, contudo, ressaltar os casos, que já aqui mencionámos, de regime de bens imperativo que, embora as justificações sejam duvidosas, não devem ser abrangidos por esta permissão de modificação (Cfr. Artigo 1720.º e 1699.º, n.º 2 do CC).

CONCLUSÃO

Findo que está o nosso estudo sobre o Princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens legalmente fixado, cabe-nos, neste momento, apresentar as conclusões que aqui foram alcançadas.

A celebração de um casamento entre duas pessoas acarreta, necessariamente, uma série de efeitos pessoais e patrimoniais aos quais os esposos não se podem escusar. Quanto aos efeitos patrimoniais, que foram aqueles sobre os quais nos debruçámos, estes passam essencialmente pelo regime de bens a vigorar no casamento, sobre as regras de administração dos bens dos cônjuges e responsabilidade por dívidas.

No nosso ordenamento jurídico a definição do estatuto patrimonial dos cônjuges faz-se por duas vias possíveis: pela celebração de uma convenção antenupcial ou então por meio de um comportamento passivo de aceitar, pura e simplesmente, o regime de bens supletivo previsto na nossa lei, ou seja, o regime da comunhão de adquiridos.

No que diz respeito à estipulação do regime patrimonial por meio da celebração de uma convenção antenupcial, a nossa lei permite aos nubentes a escolha entre um dos regimes-tipo previstos na lei, desde e quando não se impuser legalmente o regime da separação de bens, como acontece nos casos abrangidos pela norma do 1720.º. Podendo, ainda, criar um regime de bens atípico que, eventualmente, combinará regras dos vários tipos de regimes previstos no CC, ou então a criar um regime *ex novo* que regerá a esfera patrimonial do novo casal. Está aqui patente, como vimos, o princípio da liberdade das convenções antenupciais, previsto no Artigo 1698.º, acolhido no nosso sistema da forma ampla.

A extensa liberdade atribuída aos cônjuges obrigou a que, por razões de estabilidade económica e mesmo de estabilidade das relações familiares, se fixassem, ainda que não de maneira taxativa, um conjunto de limitações a este princípio constantes do Artigo 1699.º.

A par deste princípio da liberdade, vigora no nosso ordenamento jurídico a regra da imutabilidade das convenções antenupciais, prevista no Artigo 1714.º. Por maioria de razão, entende-se que esta disposição abrange não só o regime de bens convencionado pelas partes, bem como o regime de bens supletivo e ainda o regime de bens imperativo, ou seja, na constância do matrimónio o regime de bens nunca pode ser alterado, salvo nas exceções

previstas no Artigo 1715.º. Estas exceções são reveladoras da rigidez da solução portuguesa, devido ao seu cariz limitado e taxativo.

Relativamente à amplitude do princípio da imutabilidade, a maioria da doutrina considera que este deve abranger não só as operações diretas que resultem na alteração do regime de bens, bem como todos os negócios que impliquem a alteração da massa patrimonial do casal e que por isso, indiretamente, alterem o regime das relações patrimoniais em vigor.

De maneira a densificar o conteúdo do princípio da imutabilidade, ou seja, de modo esclarecer o n.º 1 do Artigo 1714.º, esta norma legal, no seu n.º 2, determina que está vedado aos cônjuges a celebração de dois contratos: o contrato de compra e venda e o contrato de sociedade. Relativamente ao primeiro, o que serve de base à sua proibição é o facto de este poder servir para contornar o regime da livre revogabilidade das doações entre os cônjuges, previsto no Artigo 1765.º. Segundo este regime, as liberalidades feitas entre cônjuges podem ser revogadas a todo o tempo, sem que seja lícita a renúncia a esse direito.

As proibições constantes nesse n.º 2 encontram exceções logo no número seguinte do mesmo Artigo. Assim sendo, permite-se aos cônjuges a celebração de doações em cumprimento, pois, crê-se que estas não impliquem movimentações patrimoniais permitindo-se, igualmente, a participação de ambos os cônjuges na mesma sociedade de capitais.

Com o aparecimento do Artigo 8.º, n.º 1 do CSC, passou a permitir-se as sociedades entre cônjuges, desde que nenhum, ou apenas um, assuma responsabilidade ilimitada, pressupondo implicitamente a compatibilidade com o regime patrimonial.

Tivemos oportunidade de ver que o princípio da imutabilidade se encontra previsto no nosso Código Civil em grande parte por influência do Direito Francês. Acontece que mesmo este ordenamento que nos serviu de inspiração foi sofrendo alterações ao longo do tempo. A primeira delas em 1965 e a segunda em 2006, ambas as alterações legislativas caminharam no mesmo sentido, no sentido da abolição da imutabilidade e na adoção da mutabilidade como regra nesta matéria da alteração das relações matrimoniais após a celebração do casamento. No mesmo sentido, caminham vários ordenamentos europeus e o direito da família europeu que consagra nos seus princípios tanto a liberdade de conformação do regime de bens, como a sua mutabilidade depois da celebração do matrimónio.

Achamos que esta deve ser também a “estrela guia” do nosso ordenamento jurídico. Tendo em conta todos os argumentos apontados na doutrina para a inclusão da imutabilidade no nosso sistema, cremos que facilmente estes podem ser atacados.

O primeiro deles, ou seja, o possível ascendente psicológico que um dos cônjuges pode exercer sobre o outro que o leve a alterar o regime de bens saindo, assim, prejudicado pela dita alteração, pode ser rapidamente atacado com o recurso, primeiramente, ao preceito constitucional que consagra a igualdade entre cônjuges, proibindo qualquer relação de controlo entre eles (Artigo 36.º, n.º 3 da CRP). Contra este argumento podemos, ainda, invocar o facto de a existir essa influência de um cônjuge em relação ao outro esta pode existir já antes da celebração do casamento. O segundo argumento, e menos importante por não se coadunar com o direito vigente, é o facto de as convenções antenupciais constituírem verdadeiros pactos de família. Este argumento também seria, e na verdade é, facilmente afastado porque a realidade das famílias contemporâneas não permite que as convenções antenupciais, ao serem alteradas, influenciem muitos mais sujeitos do que os cônjuges. Por último, é lançada mão do argumento da proteção de terceiros que com os cônjuges tenham contratado. Embora seja um fundamento que deve ser, obviamente, atendido será possível criar mecanismos que permitam a mutação do regime de bens salvaguardando os interesses de terceiros, como vimos.

Desta feita, a grande conclusão que podemos tirar do presente trabalho é que o princípio da imutabilidade não se justifica no nosso direito vigente. Como afirma PINTO BRONZE, o direito “*diz-se vigente quando for a efetiva dimensão da existência comunitária – e, portanto, quando se apresentar como determinante da comunicação intersubjetiva que tiver lugar no horizonte que ela vai desenhando*”¹⁷⁰. Assim, cremos que o princípio da imutabilidade vai cada vez mais perdendo espaço no nosso ordenamento jurídico e deve ser mesmo abolido.

¹⁷⁰ Cfr. BRONZE, Fernando José “*Lições de Introdução ao Direito*”, 2ª Ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 583

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel, *Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respetiva escritura antenupcial*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 69.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, p. 338
- BARBOSA, Paula, *Doações entre cônjuges: enquadramento jus-sucessório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- BOUDOUM, Louis, *Immutabilité ou mutabilité des conventions matrimoniales?*, McGill Law Journal, Vol. 1, pp. 259 e ss.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime jurídico dos procedimentos administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva, *Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008
- CRUZ, Guilherme Braga da, *Regimes de bens do casamento – Disposições gerais Anteprojeto dum Capítulo do novo Código Civil (Articulado e exposição de motivos)*, Fascículo I, Artigos 1.º a 7.º, Lisboa, 1957
- FERNANDES, António, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 7, Vol. 7, n.º 3 e 4, 1947

- GOMES, Fernando Pinto, *Da capacidade nas convenções antenuptiais*, Dissertação de licenciatura em Ciências Histórico-Jurídicas apresentada à FDUC, 1945
- GONÇALVES, Luís de Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1929-1944
- HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações: Contratos em especial*, Vol. III, 10.º Ed., Coimbra, Almedina
- MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991
- MESQUITA, António Pedro Pinto De, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 3, N.º 1 e 2, 1943
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ªEd. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- OLIVEIRA, Guilherme De (Coordenação), *Textos de direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016
- PAIVA, Adriano Miguel Ramos, De, *A comunhão de adquiridos: Das insuficiências do Regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Dissertação para mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006
- PETRONI-MAUDIERE, Nicole, *Le déclin du principe de l’immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004

- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005
- PIRES DE LIMA, Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 99.º – 1966 e 1967, n.º 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967
- PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992
- REVEL, Janine, *Droit de la famille, Liberté des convencions matrimoniales*, Fiche de Niveau 3, 2007
- RICARDO MONTEIRO, *O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e regimes de bens legalmente fixados: algumas considerações sobre um princípio em declínio*, Dissertação apresentada à FDUC, Coimbra, 2015
- ROCHA E ABREU, Raúl José Fernandes, *Da imutabilidade das convenções antenupciais*, Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas, Coimbra, 1944
- ROCHA, Artur Augusto da, *Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais*, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, n.º3
- VARELA, Antunes, *Direito da Família*, Lisboa, Livraria Petrony, 1993
- VASCONCELOS, Pedro Pais De, *Contratos Atípicos*, 2ªEd., Almedina, Coimbra, 2009
- XAVIER, Rita Lobo, *Contrato-promessa de partilha dos bens do casal celebrado em pendência da acção de divórcio*, *in* Revista de direito e de Estudos Sociais, Ano n.º36, Lisboa, LEX, 1994

XAVIER, Rita Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Livraria Almedina, 2000

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão STJ de 28.05.1996, Processo n.º 229/96 – 2ª Secção

Acórdão TRL de 29.06.2010, Processo n.º 646/09.1TVL.SB. L1-1

Acórdão TRC de 14.09.2010, Processo n.º 5191/08.0TBLRA.C1

Acórdão TRC de 21.04.2015, Processo n.º 258/13.7TBANS.C1

Acórdão TRC de 02.04.2016, Processo n.º 2977/14.0TBMALP1