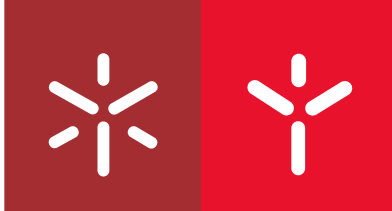




Universidade do Minho
Escola de Direito

Andreia Maria Oliveira da Silva Braz

O Regime de Bens – Sustentar o Princípio da Imutabilidade ou Inovar para o Princípio da Mutabilidade



Universidade do Minho

Escola de Direito

Andreia Maria Oliveira da Silva Braz

O Regime de Bens – Sustentar o Princípio da Imutabilidade ou Inovar para o Princípio da Mutabilidade

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Cristina Dias

outubro de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença [abaixo](#) indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Agradecimentos

A concretização desta dissertação de mestrado contou com importantes apoios e incentivos, sem os quais não se teria tornado uma realidade e aos quais estarei eternamente agradecida.

À Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias pela sua orientação, total apoio, disponibilidade, paciência, pelo saber que transmitiu, pelas opiniões e críticas, total colaboração no solucionar de dúvidas e problemas que foram surgindo ao longo da realização desta dissertação e por todas as palavras de incentivo.

Às pessoas que surgiram no meu caminho quando embarquei nesta aventura, em busca de aprendizagem e conhecimento, pela disponibilidade que se prontificaram a ajudar-me na pesquisa a encontrar obras, revistas, artigos, bem como todo o material, que me permitiu elaborar e concretizar este trabalho.

A todos os meus amigos que estiveram ao meu lado durante esta fase, pelo apoio, companheirismo, incentivo e força nos momentos difíceis e por encorajarem-me a atingir este objetivo.

Ao meu irmão Samuel, à minha cunhada Isabel, aos meus sobrinhos Daniela e Samuel, bem como a toda a minha família, por me ensinarem a lutar pelos sonhos, a realizar objetivos, por estarem sempre presentes em todos os momentos da minha vida.

Por fim, um agradecimento especial aos meus pais João e Josefa, por serem modelos de coragem, pelo seu apoio e amor incondicional, amizade e disponibilidade demonstrados, tendo consciência que sem o apoio dos mesmos nada disto teria sido possível. A eles dedico este trabalho!

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta ética da Universidade do Minho.

O REGIME DE BENS – SUSTENTAR O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE OU INOVAR PARA O PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE

RESUMO

O estudo do regime de bens toca um dos aspetos mais relevantes do regime jurídico patrimonial do casamento: por um lado, pelos efeitos pessoais e patrimoniais que a escolha do regime implica e, por outro lado, por assentar num conjunto de regras que define a propriedade sobre os bens dos cônjuges, determinando o património próprio e comum de cada um deles.

A faculdade de optar por um determinado regime de bens, mediante a celebração de convenção antenupcial, ou, mediante o silêncio dos nubentes, pelo regime supletivo ou imperativo é concedida pelo princípio da autonomia da vontade. Além do princípio da autonomia da vontade, dois outros princípios coexistem como princípios do regime de bens e da convenção antenupcial, a saber: imutabilidade e liberdade.

O princípio da imutabilidade estabelece a proibição de os cônjuges alterarem quer o regime de bens, quer a convenção antenupcial, impedindo, assim, que os cônjuges na vigência do matrimónio adequem a sua situação patrimonial à sua situação familiar atual. Sendo um dos principais motivos, da sua permanência no ordenamento jurídico português, a proteção de terceiros credores.

Na verdade, é na constância do casamento que a busca do melhor interesse familiar pode incentivar à alteração do regime de bens. Todo o direito ao atribuir liberdade estabelece limites a essa liberdade, porém é preciso proporcionar um espaço à liberdade dos cônjuges para que possam projetar de acordo com as suas vontades as suas relações matrimoniais, acautelando, contudo, os direitos de terceiros. Conceder uma ampla vontade aos terceiros, não significa que os interesses dos mesmos devam prevalecer sobre os interesses familiares, há que encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses de terceiros e os interesses da família.

Assim, para abolir o princípio da imutabilidade e inovar para o princípio da mutabilidade precisamos de encontrar mecanismos de defesa e proteção para os direitos adquiridos por terceiros em momento anterior à modificação do regime de bens.

Palavras-chave: Convenção antenupcial, principio da imutabilidade, principio da mutabilidade, regime de bens.

THE PROPERTY REGIME – SUSTAINING THE PRINCIPLE OF IMMUTABILITY OR INNOVATE FOR THE PRINCIPLE OF MUTABILITY

ABSTRACT

The study of the property regime touches one of the most relevant aspects of the marriage's patrimonial legal regime: on the one hand, the personal and patrimonial effects that the choice of the regime implies and, on the other hand, by laying on a set of rules that define the property of the spouses, determining their own common assets.

The option of choosing a particular system of property by means of a prenuptial agreement or, considering the silence of the couple, by the supplementary or imperative regime is granted by the principle of autonomy of will. Besides the principle of autonomy of will, two other principles coexist as principles of the regime of goods and the prenuptial agreement, namely, immutability and freedom.

The principle of immutability establishes the prohibition on the spouses from altering both the property regime and the premarital convention, thereby preventing spouses during marriage from adjusting their property situation to their current family situation. Being one of the main reason for its permanence in the Portuguese legal system, the protection of third party creditors.

Indeed, it is in the constancy of marriage that the pursuit of the best family interest can encourage the change in the property regime. Every right to grant freedom sets limits to that freedom, but there must be room for the freedom of the spouses so that they can design their marital relations according to their wishes, while safeguarding the rights of third parties. Granting a broad will to third parties does not mean that their interests should take precedence over family interests; a balance must be struck between the interests of others and those of the family.

Thus, in order to abolish the principle of immutability and innovate to the principle of mutability we need to find mechanisms for the defense and protection of rights acquired by third parties prior to the modification of the property regime.

Keywords: prenuptial agreement, principle of immutability, principle of mutability, property regime.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| I CAPÍTULO..... | 17 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME DE BENS..... | 17 |
| 1. Introdução | 17 |
| 2. Direito Romano | 18 |
| 2.1 Direito peninsular pré-romano | 18 |
| 2.2 Direito romano – absorção de bens | 19 |
| 2.3 Direito romano – separação de bens | 20 |
| 3. Direito Peninsular até ao Período da Reconquista | 23 |
| 3.1 A influência romana | 23 |
| 3.2 Período germânico ou visigótico..... | 23 |
| 3.3 Reinos de Leão, Castela e Portugal..... | 25 |
| 3.4 Ordenações..... | 26 |
| 4. Código Civil Português..... | 28 |
| 4.1 Primeiro Código Civil Português - 1867..... | 28 |
| 4.2 Código Civil de 1966..... | 30 |
| 4.3 Reforma de 77 | 32 |
| II CAPÍTULO | 34 |
| REGIME DE BENS DE CASAMENTO | 34 |
| 1. Introdução | 34 |
| 2. Noção | 35 |
| 3. Princípio da Liberdade..... | 38 |
| 4. Regime Imperativo | 40 |
| 5. Regime Supletivo | 42 |
| 6. Regimes-tipo | 45 |
| 6.1 Regime da comunhão de adquiridos..... | 45 |

| | |
|--|-----|
| 6.2 Regime de Comunhão geral | 59 |
| 6.3 Regime de Separação de bens | 60 |
| III CAPÍTULO | 62 |
| CONVENÇÃO ANTENUPCIAL | 62 |
| 1. Introdução | 62 |
| 2. Autonomia da Vontade – Breve Referência..... | 62 |
| 3. Noção de Convenção matrimonial | 64 |
| 4. Convenções matrimoniais versus convenções antenupciais..... | 70 |
| 5. Convenção antenupcial | 73 |
| 5.1 Noção Convenção antenupcial..... | 73 |
| 5.2 Conteúdo da Convenção antenupcial..... | 76 |
| 6. Princípios..... | 83 |
| 6.1 Princípio da Liberdade..... | 83 |
| 6.2 Princípio da Imutabilidade | 88 |
| IV CAPÍTULO | 89 |
| PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE..... | 89 |
| 1. Introdução | 89 |
| 2. Evolução e origem do princípio da imutabilidade..... | 90 |
| 3. Princípio da Imutabilidade | 97 |
| 3.1 Noção do Princípio da Imutabilidade..... | 97 |
| 3.2 Fundamentos do princípio da Imutabilidade..... | 98 |
| 3.3 Amplitude do Princípio da Imutabilidade | 105 |
| 3.4 Restrições ao princípio da imutabilidade | 110 |
| 3.5 Exceções ao princípio da imutabilidade..... | 116 |
| 4. Direito Comparado | 126 |
| 4.1. Direito Francês..... | 126 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| 4.2. Direito Espanhol..... | 130 |
| 4.3. Direito Italiano..... | 136 |
| 4.4. Direito Alemão | 140 |
| CONCLUSÃO | 145 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 150 |

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

AAV – Autores Vários

al. – alínea

als. – alíneas

Apud - Em

art. – artigo

arts. – artigos

CEFL – Comissão Europeia sobre Direitos da Família

C.C. – Código Civil

C.P.C. – Código Processo Civil

CSC – Código das Sociedades Comerciais

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

cfr. – conferir

cit. – citada

DL – Decreto-lei

ed. – edição

et. al. – e outros

Idem – O mesmo. A mesma coisa.

Ibidem – na mesma página

IRN – Instituto de Registos e Notariado

n.º – número

ob. – obra

p. – página

pp. – páginas

p. ex. – por exemplo

ss. – seguintes

trad- - tradução

v. g. – *verbi gratia*

v. – *vide*

vol. – volume

INTRODUÇÃO

Os aspetos essenciais do casamento são regulados pelo nosso ordenamento jurídico, apesar de o casamento ser uma relação pessoal baseada na vivência conjunta de duas pessoas. Ora, os cônjuges, principais sujeitos da relação matrimonial, devem ter liberdade para constituir as suas vidas, conforme os seus objetivos e os seus interesses familiares. Nesse sentido, o legislador permite aos nubentes dentro de certos limites estabelecer os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento. Um dos efeitos patrimoniais do casamento é a escolha do regime de bens.

O regime de bens do casamento integra um dos temas mais relevantes do direito da família, por um lado, pelas consequências de ordem social e moral e, por outro lado, pelos efeitos patrimoniais que a escolha do regime de bens implica.

O regime de bens assenta num conjunto de regras, cuja normatização define a propriedade sobre os bens dos cônjuges, determinando o património próprio e comum de cada um deles.

A faculdade de optar por um determinado regime de bens tem a virtude de levantar uma questão cada vez mais pertinente na sociedade portuguesa, a saber, o princípio da autonomia da vontade.

Uma das características dos ordenamentos jurídicos e em particular do ordenamento jurídico português é a aplicação do princípio da autonomia da vontade, o qual, apesar de reclamar uma forte intervenção no domínio patrimonial do casamento, depara-se, contudo, com algumas resistências à sua intervenção no âmbito patrimonial da família.

Nas relações privadas familiares, a realização pessoal dos indivíduos está em íntima ligação com a sua afetividade e liberdade. Sendo que estas relações privadas familiares se cumprem quando lhes atribuímos autonomia privada, isto é, quando os cidadãos dispõem de liberdade bastante para expressar a sua vontade.

Para os cônjuges poderem delinear as suas próprias normas nas suas relações jurídico familiares, precisam de um aumento da autonomia e de independência.

A autonomia da vontade manifesta-se na escolha do regime de bens que vai regular o matrimónio, sendo esta preferência do regime de bens manifestada ou na convenção antenupcial, ou

no silêncio das partes pelo regime supletivo ou imperativo. O regime de bens e a celebração de convenção antenupcial surgem como resultado do exercício da autonomia privada no âmbito matrimonial e como manifestação da liberdade de escolha do regime e da liberdade convencional dos nubentes. A estes dois instrumentos patrimoniais estão implícitos dois princípios, liberdade e imutabilidade.

Assim, o presente trabalho tem por objeto a apreciação sobre a admissibilidade do princípio da imutabilidade no nosso ordenamento jurídico, de forma a respondermos à questão principal que nos levou a fazer o estudo, a saber: se devemos sustentar o princípio da imutabilidade ou inovar para o princípio da mutabilidade.

Hoje em dia e na base do que tem acontecido em outros ordenamentos jurídicos sustenta-se um abandono ao princípio da imutabilidade, de forma a reforçar a autonomia privada dos cônjuges no campo patrimonial.

Em alguns ordenamentos jurídicos, designadamente na França, Espanha, Itália, Alemanha constata-se uma decadência do princípio da imutabilidade e um desabrochar do princípio da mutabilidade. Esses mesmos ordenamentos jurídicos permitem que os nubentes/cônjuges, ainda que observados certos trâmites, possam alterar as convenções antenupciais antes e depois de celebrado o matrimónio, bem como podem celebrar entre eles quaisquer espécies de contratos de natureza patrimonial.

Deste modo, é importante saber se a intervenção do Estado nas relações privadas familiares e a restrição que essa intervenção do Estado implica à autonomia privada dos cônjuges ao impedir celebrar certos contratos e alterar a convenção antenupcial, inviabilizando a alteração do regime de bens, ainda tem razão de ser. É essencial entender se há razões jurídicas que justifiquem a inalterabilidade de tais restrições, ou melhor, se há razões jurídicas que justifiquem a manutenção da normatização do princípio da imutabilidade no nosso ordenamento jurídico.

Assim, tratando-se um tema bastante debatido pela doutrina, em que alguns autores sugerem uma flexibilização ou até mesmo a abolição o princípio da imutabilidade, partimos deste pressuposto para abordar a problemática do princípio da imutabilidade e abordar qual a solução a adotar perante uma alteração: uma flexibilização do princípio da imutabilidade e, ainda assim, continuar a restringir-se de forma atenuada a autonomia privada dos cônjuges; ou abolir o princípio da imutabilidade inovando-

se para uma mutabilidade em que se valoriza a autonomia privada dos cônjuges e as suas expectativas, como acontece na Espanha, na Itália e na Alemanha onde o princípio da imutabilidade não existe.

Tirando algumas exceções em que a lei impõe o regime de separação de bens, o princípio da liberdade das convenções antenupciais permite que os cônjuges optem por um regime matrimonial face as suas necessidades, optando por um dos três regimes-tipo estipulados na lei ou optando por um regime misto, que esteja mais de acordo com os seus interesses.

A verdade é que, uma vez escolhido o regime de bens, quer seja pelo silêncio, quer seja pela convenção antenupcial, a situação familiar, os sonhos, os projetos e as oportunidades bem como a situação financeira pode mudar, e os cônjuges podem querer adaptar-se à nova realidade, alterando o regime de bens e alterando o estatuto patrimonial.

No momento em que optam por um regime de bens, os cônjuges têm que pensar seriamente qual o melhor regime, aquele que se coaduna com os seus interesses, porém questiona-se se, no momento em que se decidem casar, efetivamente pensam qual o melhor regime para eles, enquanto cônjuges que virão a ser e se têm conhecimento que, uma vez escolhido o regime, os mesmos estarão sujeitos ao princípio da imutabilidade.

Ora, a experiência tem demonstrado que os cônjuges, não só não pensam em qual será o regime que melhor se coaduna às suas necessidades como desconhecem que estão sujeitos ao princípio da imutabilidade, sendo esse o interesse que motiva o estudo da investigação da especialização.

Impedir os cônjuges na constância do matrimónio de adequarem a sua situação económica e financeira à sua situação familiar atual é característica de um ordenamento jurídico imutável perante uma sociedade familiar que está em constante mudança.

A verdade é que nenhuma instituição viveu mudanças tão profundas como o casamento, não só na nova definição de instituição da família, e a qual não é objeto do nosso estudo, mas também todo o processo de democratização implantado com a previsão constitucional do princípio da igualdade entre os cônjuges.

Sendo os tópicos merecedores da nossa atenção para o presente estudo o regime de bens de

casamento, a convenção antenupcial e os dois direitos (liberdade e imutabilidade) subjacentes aos mesmos iniciaremos o nosso estudo pelo regime de bens.

A percepção do regime de bens impõe o estudo da gênese e da evolução histórica do mesmo para, destarte, compreendermos os problemas que hoje se colocam em torno do direito patrimonial da família e para compreensão da lógica do tema, o qual tem por base ideias determinadas pelo conceito que a sociedade possui em cada momento histórico.

Após versar a origem do regime de bens que é noticiada desde os tempos antigos, manifestada nos costumes e usos que se iam formando e acompanhando a progressiva evolução na estrutura da família e que, posteriormente com a intervenção legislativa, passaram a lei, dedicamos a nossa investigação a retratar a realidade sociológica do direito patrimonial da família, analisando os regimes de bens legalmente previstos e que os cônjuges podem convencionar no sistema jurídico português, bem como retratando as normas que regulam o estatuto patrimonial.

A lei estabelece um conjunto de normas que regulam o estatuto patrimonial dos cônjuges, segundo as quais, aos nubentes é permitido escolher o regime de bens que acautele melhor os interesses patrimoniais dos mesmos. Essa escolha é feita por convenção antenupcial, a qual está abrangida por um princípio de liberdade, tal como está a escolha do regime de bens. Os nubentes podem optar por qualquer um dos regimes-tipo previstos: regime da comunhão de adquiridos; comunhão geral de bens; ou separação de bens, bem como podem aditar normas a esses regimes, combinar os regimes-tipo ou, ainda, criar um regime novo, respeitando os limites previstos nos artigos 1718.º, 1699.º e a imposição do artigo 1720.º.

Posteriormente, será também objeto de análise o acordo destinado a regular os aspetos da vida em comum dos nubentes durante o matrimónio, ou seja, a convenção antenupcial. Sendo um contrato secundário, tem como condição legal de eficácia a celebração do casamento. Independentemente da validade da convenção, a mesma não produzirá efeitos sem a celebração do casamento.

Normalmente, a celebração da convenção antenupcial destina-se à escolha do regime de bens a vigorar no casamento, mas não se limita a sua celebração apenas à escolha do regime de bens. Assim, os nubentes podem celebrar convenção antenupcial, no intuito de incluir na mesma qualquer estipulação que possa constar de uma escritura pública desde que apresente uma conexão substancial

ou psicológica com o casamento. Podem, ainda, os nubentes incluir matérias que versem sobre qualquer efeito pessoal do casamento, desde que não seja proibido por lei, nada proíbe, por exemplo, que acordem na convenção, o nome dos futuros filhos. Consagra-se, assim, o princípio da liberdade das convenções antenupciais, ao qual se deverá necessariamente cumular um outro, o princípio da imutabilidade.

O princípio da imutabilidade, previsto no artigo 1714.º do Código Civil, no número 1, diz que fora dos casos previstos na lei não é permitido a alteração do regime de bens, nem da convenção antenupcial, e o número 2 vem expressamente proibir os contratos de compra e venda e sociedade entre cônjuges.

Partindo do conteúdo da norma, o princípio da imutabilidade pode significar apenas uma proibição de os cônjuges alterarem diretamente o seu regime de bens (*princípio da imutabilidade em sentido restrito*), ou então pode significar, além disso, uma proibição indireta de alteração do regime de bens, estando os cônjuges impedidos de praticar qualquer ato jurídico que altere a composição das massas patrimoniais (*princípio da imutabilidade em sentido amplo*). Sendo assim, será, igualmente, analisada a questão do alcance do princípio da imutabilidade.

Tradicionalmente, são essencialmente três as razões apontadas a favor do princípio da imutabilidade do regime de bens e das convenções antenupciais. A favor do princípio da imutabilidade proclama-se a proteção do cônjuge mais fraco. Ora, pretende-se evitar que um cônjuge que tenha adquirido ascendente sobre o outro cônjuge, imponha a este a celebração a favor do cônjuge dominador de doações entre casados, ou que lhe imponha uma alteração do regime de bens, prejudicando assim o seu património. A acrescentar a este argumento, atribuía-se à convenção antenupcial uma natureza de pacto de família e não um simples acordo de interesses restringido aos futuros nubentes, razão pela qual não podiam os cônjuges alterar na vigência do matrimónio. A terceira razão apontada, nos tempos de hoje, como o fundamento que mais força atribui à permanência do princípio da imutabilidade é a proteção de terceiros que podem ser induzidos em erro com as sucessivas alterações patrimoniais dos cônjuges.

Como é óbvio a alteração do regime matrimonial não pode implicar um prejuízo ou fraude aos direitos adquiridos por terceiros, sendo elementar acautelar esses direitos.

Por fim, e dado que as reformas legislativas devem ser precedidas por estudos de direito

comparado é nosso objetivo, partindo desse pressuposto, demonstrar que o princípio da imutabilidade está em declínio e perante esse estado é necessário examinar qual a melhor opção: uma imutabilidade flexível ou uma mutabilidade. Para compreender e identificar a solução, é nosso objetivo comparar o sistema nacional com o sistema de outros países da União Europeia, permitindo uma ponderação crítica do nosso sistema nacional e um auxílio a encontrar a melhor solução, pois os problemas que tiveram de ser resolvidos noutros países são os mesmos a ser resolvidos no nosso ordenamento jurídico.

I CAPÍTULO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME DE BENS

“Fundada a sociedade conjugal, o casamento cria a necessidade de se constituir para ela um património próprio, para seu sustento e proteção”¹.

1. Introdução

O regime de bens integra um dos temas mais relevantes do direito de família, pelas consequências de ordem social e moral que causa e por submeter as partes a uma normatização patrimonial estruturada no intuito de proteger os fins morais do casamento e evitar ou desencorajar as uniões de conveniência.

A percepção do tema que nos debruçamos, impõe o estudo da génese e da evolução histórica do regime de bens, o qual não deve ser tratado como mera curiosidade, mas sim como instrumento essencial e imprescindível para a compreensão dos problemas que hoje se colocam em torno do direito patrimonial da família e para compreensão da lógica do tema, que tem por base ideias determinadas pela conceção que a sociedade possui em cada momento histórico.

A existência do instituto do regime de bens durante o casamento é noticiada desde os tempos antigos, manifestada nos costumes e usos que se iam formando e acompanhando a progressiva evolução na estrutura da família e que posteriormente com a intervenção legislativa passaram a lei².

Seguindo a evolução que tem sido assinalada aos sucessivos regimes patrimoniais, iniciamos a nossa intervenção com o estudo do regime matrimonial pré-romano.

¹San Tiago Dantas, *Direito de família e das sucessões*, Revisto e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros, Rio de Janeiro: Forense, 1991, disponível em: https://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/direitos_de_familia_e_das_sucesoes-OCR.pdf, consultada em: 14-12-2019, p. 256.

²Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000 p. 49; Cristina Manuela Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges - Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra Editora, 2009, p. 41.

2. Direito Romano

2.1 Direito peninsular pré-romano

Apesar de alguns estudos mencionarem que os regimes de bens têm a sua origem, ainda primitiva, nos primórdios do direito romano, entendemos necessário dedicar algumas palavras sobre o regime matrimonial pré-romano.

Seguimos, assim, a exposição de Paulo Merêa, que considera importante o contributo do elemento primitivo ou celtibérico, pois o mesmo não desaparece completamente sobre a ação do direito romano³.

Em época anterior à dominação romana, a sociedade assentava sobre o tipo patriarcal puro, na qual o casamento realizava-se por meio de uma alienação solene do poder do *pater*. Assim, o *pater* recebia por parte do noivo, o preço do seu poder sobre a filha, o designado *pretium puella*⁴. Com o casamento, o marido tomava a posição do *pater*, desempenhando sobre a mulher os mesmos poderes que desempenhava sobre os outros indivíduos que se encontravam sujeitos à sua autoridade. A mulher, com o casamento, era transferida para a nova família, na qual passava a ocupar a mesma posição que ocupava na sua família de origem. Neste sistema patriarcal a mulher estava desprovida de quaisquer bens; todos os bens pertenciam ao grupo familiar representado pelo *pater familias*⁵.

Estas são as linhas primordiais deste sistema, que por mais que nos constanja aceitar, nos dias de hoje, tal realidade, é provável que, em tempos anteriores às mais antigas fontes históricas, os povos peninsulares o tenham conhecido e praticado com toda essa amplitude. Saliente-se, contudo, que nem sempre este sistema apresentou esta fisionomia tao rigorosa e com toda esta amplitude, pois a partir de certo período reconheceram à mulher, em maior ou menor grau, os direitos de herdeira, bem como era costume a família da mulher a presentear, na altura do casamento, com uma parte da fortuna familiar. Este sistema com uma fisionomia atenuada, coincide com o surgimento do *dote ex marito* e com a conseqüente divisão do *pretium puella* em dois donativos diferentes: um à família da mulher e outro constituído em proveito da mulher⁶.

³Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vols. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, p. 4Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.*, p. 42.

⁴ Na realidade, podemos concluir que o casamento acabava por ter, intrinsecamente, o aspeto de uma venda.

⁵ *Ibidem*.

⁶Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *ob. cit.*, p. 4 e ss. Refere, ainda que. " Já houve quem afirmasse a existência duma comunhão conjugal entre os celtiberos, fazendo remontar a ela a nossa comunhão conjugal. Nesta parte, porém, cumpre dizer que são mais escassos os elementos de que pode lançar

2. 2 Direito romano – absorção de bens

O regime matrimonial vigente durante a dominação romana, comparado ao período celtibérico, não anuncia, sob o ponto de vista etnográfico e evolucionista, uma grande originalidade, pois uma das características da família no direito pré-clássico funda-se na rigidez patriarcal⁷.

Neste sistema, os poderes do *paterfamilias* sobre as pessoas a ele submetidas se designam, a princípio, com uma única palavra “*manus*”, e tudo o que as pessoas que lhe são submetidas adquirem passa a pertencer ao *pater*, assim todo o património da família pertence ao *pater*, sendo o mesmo titular de um poder absoluto sobre todos os bens que formavam o património familiar¹⁰.

No primórdio do direito romano a forma mais comum do matrimónio legítimo (*justae nuptiae*) era a do casamento *cum manu*. A mulher era transferida para a família do marido, e ficava subordinada ao poder (*manus*) do marido ou ao do pai do marido (o seu *paterfamilias*). A *conventio in manu* implicava uma *capitis deminutio mínima*, diminuindo e limitando os direitos de personalidade e capacidade jurídica da mulher, a qual entrava *loco filiae* para a família do marido, emancipando-se da *patria potestas* ou tutela *agnaticia* a que sujeitava, bem como quebrava todos os laços civis e religiosos que a ligavam à família originária, passando à condição de filha do seu marido e irmã dos seus próprios filhos¹¹.

No que concerne aos efeitos patrimoniais, se a mulher era *sui iuris*, tudo o que possuía transferia-se, pela *conventio in manu*, para a propriedade do marido ou do seu *pater* e confundia-se com o seu património. Se, pelo contrário, a mulher era *alieni iuris* (se estava sujeita ao direito de outrem e, portanto, não tinha bens) normalmente o seu *pater* contemplava-a com alguns bens a título de dote, que representavam uma espécie de sucessão antecipada, compensando-a da perda dos seus direitos à herança por virtude da *conventio in manu*. Uma das linhas primordiais deste sistema era, como já referimos, que todo o património pertencia ao marido, logo os bens contemplados a título de

mão o estudioso; e não é sem testemunhos formais, ou pelo menos bem sérios e ponderosos indícios, que se pode fazer uma afirmação tão arrojada como essa de que a nossa comunhão de bens entre cônjuges se vai filiar em originários costumes peninsulares. Assim, o reconheceu sem dúvida o próprio D. Joaquim Costa, o qual, apesar de pecar por exagero sempre que se tratava de rebuscar uma origem ibero-céltica às instituições medievais, não ousa apesar disso – que saibamos – incluir na sua lista a comunhão de bens entre cônjuges”.

⁷ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 17.

⁸ A expressão *pater* significa chefe e não pai, sendo este vocábulo melhor designado por *genitor*. Quanto a *Famílias*, trata-se do genitivo arcaico de família. Deste modo, *paterfamilias* significa não “pai da família” mas sim “senhor ou sobrano da família”, cfr. Sebastião Cruz, *Direito Romano (IUS ROMANUM)*, I, Introdução. Fontes, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 59.

⁹ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, V. II, 6. Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 249.

¹⁰ Adriano Miguel Ramos de Paiva, *A Comunhão de Adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, 2008, p. 26.

¹¹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 18 e ss.; Rita Lobo Xavier, *Limites...*, ob. cit., p. 50 e ss.; Cristina Dias, *Do Regime da...*, ob. cit., p. 44 e ss.; Adriano Paiva, *A comunhão...*, ob. cit., p. 26 e ss.

dote confundiam-se com o património do marido, e o mesmo acontecia com as aquisições que de futuro a mulher fizesse¹².

Segundo Paulo Merêa, havia alguns autores que qualificavam este regime como um verdadeiro regime de comunhão de bens. Porém, e apesar de algumas dificuldades e argumentos utilizados em qualificar este regime, a expressão que melhor caracteriza este sistema matrimonial é, de acordo com a terminologia de Roguins não o regime da comunhão, mas sim o regime da absorção, no qual a mulher vê os seus direitos sufocados pela absorvente autoridade marital¹³.

2.3 Direito romano – separação de bens

Ulteriormente, com a evolução da família romana, o parentesco agnático foi substituído gradualmente pelo parentesco natural ou consanguíneo (*cognaticio*),¹⁴ generalizando-se, assim, o casamento *sine manu*, no qual os cônjuges mantinham, ao nível patrimonial, a situação jurídica que tinham no momento da celebração do matrimónio, salvo pacto em contrário¹⁵.

Neste sistema, a mulher adquire um novo *status*, torna-se independente da família do marido (ou do *paterfamilias* deste), ao não passar para a família do marido, permanecendo na sua família, embora sujeita à *patria potestas*, se *alieni iuris*, ou à tutela perpétua dos agnados se era *sui iuris*, e enquanto esta existiu. A mulher *alieni iuris* continuava destituída de qualquer fortuna pessoal e a mulher *sui iuris* não via os seus bens passarem para o poder do marido, ainda que a sua guarda fosse entregue aos seus agnados. Dissolvido o casamento, nenhum deles tinha direitos sobre o património do outro¹⁶.

Este regime de casamento conduzia a uma completa e típica separação de bens, na qual não se encontravam disposições que traduzissem uma aproximação dos interesses dos cônjuges, dominando, pelo contrário, um espírito de desconfiança em relação aos atos jurídicos por eles praticados, ao ponto de a mulher, incapaz de gerir por si os seus parafernais, confiava a administração dos seus bens a outra pessoa que não o seu marido¹⁷.

Neste regime, a mulher não contribuía para os encargos matrimoniais e familiares, pelo que se

¹² Ibidem.

¹³ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 57., Adriano Paiva, *A comunhão...*, ob. cit., p. 27 e ss.

¹⁴ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais entre cônjuges: Do Direito Romano ao Direito Português*, Lusíada, Direito, Lisboa, nº2/2004, p. 146.

¹⁵ Adriano Paiva, *A comunhão...*, ob. cit., p. 31.

¹⁶ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 146.

¹⁷ Cristina Dias, *Do Regime da...*, ob. cit. p. 45 e ss.

reclamava a criação de um mecanismo, perante o qual a mulher contribuísse juntamente com o marido para o sustento desses encargos. Assim, o dote surgiu como um instrumento corretivo das consequências injustas trazidas pela completa separação de bens, compensando a não contribuição da mulher para as despesas familiares¹⁸.

O dote¹⁹ consistia numa doação feita ao marido, pela mulher, pelo *paterfamilias* desta ou por qualquer outra pessoa em nome dela, e tinha como principal desígnio a contribuição para o sustento da família²⁰.

Numa primeira fase, o dote tornava-se *dominium mariti*, aplicando-se o mesmo regime que se verificava quanto ao casamento *cum manu*, ou seja, o dote constituído pela mulher *sui iuris*, pelo seu *pater* ou por um estranho era absorvido no património da família agnática do marido a que a *uxor cum manu* passava a pertencer e não tendo a mulher direito à restituição do dote²¹.

Numa segunda fase, a tendência passa por assegurar o dote à mulher, e só posteriormente, com a regulação justinianeia é que se considerou de forma clara que o dote pertencia à mulher e a ela se destinava. Com o afastamento da *conventio in manum*, e com o fomentar do matrimónio livre, apesar de o dote continuar a ser considerado propriedade do marido, a verdade é que foi-se impondo a ideia de que a mulher devia ser protegida, assegurando-se meios de existência à mulher repudiada ou em situações de viuvez. Assim, é-lhe concedida a faculdade de recuperar o dote e são-lhe concedidas as necessárias garantias que oneram os *bona mariti*. Todavia, quer a *actio ex stipulatu* (na qual, o marido, no próprio ato em que se constituía o dote, promete a sua restituição, no todo ou em parte, no caso de dissolução do casamento) quer a *actio rei uxoriae* (na qual a mulher podia exigir do marido, independentemente de convenção anterior, a restituição dos bens dotais), quer mais tarde, a justinianeia *actio dotis* têm um carácter pessoal: a *uxor* é credora, mas não proprietária dos bens dotais²².

O momento decisivo em que se garantiu à mulher a restituição do dote nasce com a Lei Júlia que proibiu ao marido a alienação do fundo dotal e a manumissão de escravos dotais sem o

¹⁸António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 32 e ss.; Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 27 e ss.

¹⁹ Como nos diz Paulo Merêa, inicialmente, o dote era facultativo, constituindo uma mera obrigação moral, pois só no tempo do Império, adquiriu o carácter de verdadeira obrigação jurídica. ., Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 31.

²⁰ Como nos diz Santos Justo, “...o dote era considerado um conjunto de bens que a mulher, o seu pater ou outra pessoa transferia para o marido, primeiro para compensar a uxora in manu da perda dos direitos hereditários em consequência da rutura do vínculo com a sua família paterna; depois para contribuir para as despesas da vida matrimonial (onera matrimonii); e finalmente, para assegurar o sustento da mulher viúva e dos seus filhos”. António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 150.

²¹ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 153 e ss.

²² Ibidem.

consentimento da mulher. Consequentemente reforçou-se o direito da mulher à restituição e limitou-se os poderes do marido de modo que um simples direito de crédito, equivalia, na prática, a um direito de propriedade²³.

A restituição do dote passou a ser paulatinamente assegurada pela denominada *donatio antenuptias*. Este instituto cuja origem e explicação reside no antigo costume dos presentes que o noivo oferecia à noiva no ato dos esponsais, mas também, e principalmente, numa “*legítima exigência da mulher, a qual não encontrava na simples possibilidade dum testamento ou duma doação revogável garantia suficiente para a sua viuvez e compensação bastante sólida do concurso que ela pelo seu lado prestava levando o dote e auxiliando o marido*”²⁴.

Assim, há uma certa relação de proximidade entre o dote e a *donatio antenuptias*, assumindo *donatio antenuptias* a função de garantir a restituição do dote. Apenas na época de Justiniano é que se alcançou total corresponsabilidade entre o dote e a *donatio antenuptias*, tendo sido alterada a designação para *donatio propter nuptias*. De facto, ela passou a assumir uma finalidade e autonomia próprias relativamente a qualquer outra doação entre cônjuges, a qual apenas era válida se fosse contraprestação do dote e proporcional a este, já que, devendo ser restituída, tal como o dote, no final do casamento, não era considerado verdadeira doação (qualquer outra doação entre cônjuges estava abrangida pelo regime clássico da proibição das doações entre cônjuges)²⁵.

Por fim, resta-nos concluir que embora se trate de um regime de separação de bens, pois este era o regime que vigorava caso não fosse instituído o regime dotal, a verdade é que foi-se assistindo a uma progressiva associação dos cônjuges. Uma nova concepção com influência cristã reclamava uma comunhão de amor, em que os interesses dos cônjuges se aproximavam, confundindo-se, até certo ponto, as suas fortunas e submetendo-as à direção do marido. O certo é que esta dinâmica cristã, que tinha elevado a condição da mulher, reclamava uma união estreitíssima em todas as relações da vida conjugal e impunha que os bens dos cônjuges se considerassem quase comuns²⁶.

Foi este regime matrimonial, o regime dotal, que vigorou e se praticou entre nós durante a

²³ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 41 e 42.

²⁴ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., p. 52; Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 56 e ss.; Cristina Dias, *Do Regime da...*, ob. cit., p. 48 e ss.

²⁵ Ibidem.

²⁶ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 160.

dominação imperial e mesmo depois da invasão visigótica²⁷.

3. Direito Peninsular até ao Período da Reconquista

3.1 A influência romana

Embora não tenhamos em concreto certezas de qual o regime aplicado na Península Ibérica durante o império romano, a verdade é que nessa época já vigorava no Direito romano, o regime dotal, estando em total declínio o casamento *cum manu*²⁸.

Pelo que, apesar de nesse período as populações terem os seus próprios costumes e leis matrimoniais que se congregaram com as dos invasores²⁹, o regime praticado foi o regime dotal³⁰.

3.2 Período germânico ou visigótico

A falta de fontes não nos permite caracterizar com precisão o regime de bens no matrimónio visigótico em tempos anteriores às invasões. Paulo Merêa afirma ter graves dúvidas, ao tentar determinar o regime que os visigodos trouxeram à península e que nela vigorou, durante esta nova era da sua história³¹. No entanto, apesar da falta de precisão, a impressão que no conjunto avulta é que no direito germânico o regime inicialmente vigente é a separação, mas também reconhece que *"a partir de Recesvindo a estrutura jurídica da comunhão de adquiridos adquire uma maior precisão"*³².

Assim, primitivamente no direito germânico, as mulheres, à semelhança do que acontecia no primitivo direito romano, transitavam do poder do pai para o do marido por um contrato de venda, adquirindo o marido o *mundium* sobre a donzela³³.

À medida que a situação das mulheres foi melhorando e sobretudo quando lhes foi reconhecido o direito de sucessão, a fortuna das mesmas aumentaram, coincidido este processo com o desenvolvimento da instituição do dote³⁴.

²⁷ Paulo Merêa, *Evolução dos...*, *ob. cit.*, p. 64

²⁸ Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1995, p. 89 e ss.

²⁹ Era o que acontecia com o *dote ex marito*, costume celtibero que consistia numa soma entregue pelo marido à família da mulher. Este costume subsistiu, tanto mais que não se opunha às instituições romanas, encontrando paralelo na *donatio antenuptias*. Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.*, p. 50; Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 68.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Paulo Merêa, *Evolução dos...*, *ob. cit.*, p. 86.

³² *Ibidem*, p.126; António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, *ob. cit.*, p. 161 e 162.

³³ Paulo Merêa, "Estudos sobre a História dos Regimes Matrimoniais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XVIII, 1942, p. 72 e em, *Evolução dos Regimes...*, *ob. cit.*, p. 73 e ss.

³⁴ *Ibidem*.

Nesta época, o regime matrimonial que passou a vigorar era uma “*união de bens*”, segundo o qual, e embora subordinada ao poder do marido, a mulher mesmo após o casamento conservava a propriedade dos bens que levava para o casamento³⁵.

Assim, os atributos primordiais deste regime de “*união de bens*”, que vigorou no período visigodo, caracterizavam-se, essencialmente, pelos patrimónios do marido e da mulher permanecerem reunidos no decurso do casamento, cabendo ao marido a sua administração exclusiva. Este poder, facultava ao marido o poder de alienar os bens móveis da mulher, mas já não facultava o poder de alienar os imóveis desta sem o seu consentimento (salvo no caso de extrema necessidade). A mulher, por seu lado, necessitava do consentimento do marido para poder alienar os seus bens e para contratar, salvo dentro da sua competência doméstica³⁶. Nas leis visigodas tudo leva a crer que a designação do dote no sentido romano tenha desaparecido totalmente, passando o mesmo vocábulo a ser entendido com significado diverso e designado por *dote ex marito* misturado com a *donatio antenuptias*³⁷.

Assim o *dote ex marito*, vulgarmente designado por dote germânico, era elemento fundamental do regime matrimonial germânico, sendo costume próprio de muitos povos de organização patriarcal, o marido dotar a mulher, ou por outra pessoa, nomeadamente, pelo seu pai em nome dele. A constituição do dote caracterizava-se, a princípio num mero “*lucro de sobrevivência*” e visava sobretudo prover às necessidades da mulher, evitando que ela se encontrasse numa condição precária em caso de morte do marido. O dote visigótico surgia como uma doação do marido sujeito às regras gerais das doações³⁸ entre cônjuges, adquirindo a mulher um direito de propriedade sobre os bens dotais³⁹.

No intuito de combater a “*largueza com que alguns maridos dotavam as suas mulheres*” existiam limites ao seu valor. Assim, não podia nem o marido nem a mulher oferecer um ao outro alguma coisa além dos limites impostos, sem que tivesse decorrido um ano sobre a celebração do casamento, a não ser que o cônjuge doador estivesse em perigo de vida. Decorrido o primeiro ano de

³⁵ Ibidem, p. 74 a 79.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem, p. 105 e ss.

³⁸ Tratava-se de uma doação do marido, sujeita às regras gerais das doações entre cônjuges, adquirindo a mulher a propriedade sobre os bens dotais, embora com algumas limitações. Este regime foi evoluindo e enquanto o Código de Teodósio seguia a solução do direito romano, tal solução foi afastada pelo Código de Eurico que permitia as doações entre casados; o Breviário de Alarico voltou a proibi-las. Cfr. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 87.

³⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites...*, ob. cit., p.69 e ss.

casamento, nada impedia a celebração entre os cônjuges de doações irrevogáveis⁴⁰.

Faziam, igualmente, parte do regime da “união de bens” os bens adquiridos, ou seja, os rendimentos dos bens dos cônjuges, o produto do seu trabalho e os bens obtidos a título oneroso, com exceção dos bens alcançados por doação ou sucessão. Os defensores da união de bens diziam que estes bens adquiridos eram propriedade exclusiva do marido, o qual tinha sobre eles plenos poderes, respeitando-se, porém, a obrigação de prover às necessidades do casal. Contudo, a partir de certo período, atribuiu-se à mulher uma quota-parte nos bens adquiridos, independentemente da sua proveniência. Por outro lado, a regra que se aplicava aos bens imóveis próprios da mulher (que não podiam ser alienados pelo marido sem consentimento da mulher), passou a aplicar-se também aos bens adquiridos. Contudo, a estrutura jurídica da comunhão de adquiridos e as suas principais linhas adquiriram maior precisão a partir da regulamentação de Recesvindo⁴¹.

3.3 Reinos de Leão, Castela e Portugal

Durante o período da Reconquista e até à implementação do regime dotal por justiniano, o regime matrimonial usado em Leão e Castela e em Portugal era designado pela expressão “casamento por arras”⁴².

Apresentava-se sob a forma de união de bens ou comunhão de administração, articulada com a instituição do dote germânico, com uma comunhão de bens adquiridos depois do casamento e com a administração e disposição dos bens sujeitas à regra do concurso conjugal. O regime de casamento por arras compreendia os bens próprios (trazidos pelos cônjuges para o casal), as arras (ou dote germânico) e os bens adquiridos (ganancias)⁴³.

Salvo convenção em contrário, cada um dos cônjuges conservava a propriedade dos bens que levava para o matrimónio, os quais, uma vez dissolvido o casamento, ficavam em poder do respetivo proprietário ou passavam para os seus herdeiros. Como não havia uma separação de fortunas, o administrador de todos os bens era o marido, o qual para atos de grande importância como alienação

⁴⁰ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *ob. cit.*, p. 109; António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, *ob. cit.*, p. 41.

⁴¹ Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *ob. cit.*, p. 116 e ss.; e em “Estudos sobre a história...”, *ob. cit.*, p. 82e ss.; Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.* p. 53.

⁴² No período visigótico a *donatio antenuptias* e o dote visigótico confundiram-se paulatinamente. Por outro lado, no período da Reconquista vigorava o costume do dote em favor da mulher, aparecendo no território português sob a designação de *arras* ou de *dote ex marito*. Por *arras* entendia-se “tudo quanto o marido oferecia à mulher em razão do matrimónio”. Quanto à génese da palavra, terá sido a confusão que se fazia entre as *arrhae sponsalicias* (entrega de uma quantia ou objeto pelo noivo à noiva nos esponsais) e o *dote ex marito* que levou à generalização do termo *arras* para designar todo o conjunto. cfr. Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, *ob. cit.*, p. 42 e ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 4 e ss., e em “Estudos sobre a história...”, *ob. cit.*, p. 94 e ss.; Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.*, p. 54; Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 72.

dos bens imóveis e das arras necessitava do consentimento da mulher para dispor dos mesmos. Porém, como não se tratava de uma pura união de bens, podia livremente dispor dos bens móveis da mulher⁴⁴.

À situação de supremacia do marido contrapunha-se a incapacidade da mulher (entendida como subordinação e dependência⁴⁵), revelada em muitos foros e costumes municipais que proibiam as mulheres de contratar, e em especial de prestar fiança, bem como de comparecer em juízo, sem autorização do marido⁴⁶. Havia, assim, a livre administração do marido e uma certa incapacidade da mulher para contratar ou estar em juízo⁴⁷.

Dissolvido o casamento por morte da mulher, ou por causa a ela imputável, as arras ficavam a pertencer ao marido, no caso de dissolução ainda em vida (por anulação ou separação *quoad thorum* pronunciada pela Igreja, ou separação voluntária ou repúdio por parte do marido), a regra seria a de que cada um dos cônjuges recuperava os seus bens próprios ficando a ter sobre eles os direitos que tinha anteriormente ao casamento e por morte, em princípio, os bens do *de cuius* passavam para os seus herdeiros⁴⁸.

Já no que diz respeito aos bens adquiridos (ganancias) pensa-se que, em princípio, por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente ficava com uma quota-parte das ganancias e os herdeiros do falecido com a outra⁴⁹.

3.4 Ordenações

Nos primeiros tempos da nacionalidade portuguesa vigorava em Portugal (e nos vários Estados peninsulares) fundamentalmente dois regimes: o regime dotal ou da separação de bens subsistindo o velho regime romano com a influência do direito visigótico e a comunhão de adquiridos (ou de *ganancias*) resultado da evolução da "união de bens" visigótica. Na verdade, associando à comunhão de *ganancias* a ideia de igualdade, com ressalva de direção e administração dos bens confiado ao marido, bem como a íntima união dos patrimónios dos cônjuges que transmite a ideia duma propriedade comum, estavam no fundo fundadas as condições para que um novo regime pudesse

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Paulo Merêa refere que a incapacidade da mulher visava proteger a mesma contra a sua própria inabilidade, arredá-la de certos atos que pudessem fazer perigar o património doméstico: não se tratava de um verdadeiro estado de "incapacidade" mas antes de um estado de "subordinação e de dependência". Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vols. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, p. 10 e ss.

⁴⁶ Paulo Merêa, "Estudos sobre a história dos regimes matrimoniais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XIX, 1943, p. 403.

⁴⁷ Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.*, p. 55.

⁴⁸ Paulo Merêa, *Evolução dos...*, *ob. cit.*, vols. II, p. 69 e ss.; Cristina Dias, *Do Regime da...*, *ob. cit.*, p. 56; Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 73 e ss.

⁴⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 74 e 75.

surgir: a comunhão universal de bens⁵⁰.

Este regime era muitas vezes convencionado e daí a designação *“por carta de metade”*, outras vezes designado por *“casamento segundo o costume do reino”* pois considerava-se que tal regime resultava de os cônjuges terem vivido em economia comum durante um ano e um dia. No entanto, esta evolução não eliminou sucessivamente o regime anterior, resultando dos textos das Ordenações Afonsinas que havia zonas em que permanecia a tradição romana e se praticava o regime dotal ou o da separação de bens.

Só nas Ordenações Manuelinas se pôs termo a esta diversidade, e tornou-se o costume da comunhão em norma supletiva, constando do título VII, do livro IV que *“Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reinos, e Senhorios, se entendem ser feitos por carta de metade, salvo quando antre as partes outra cousa for acordado e contratado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado”*. Contudo, continuou a ser possível celebrar por convenção casamento por dote e arras, dispondo o título VI que *“o marido nom possa vender, nem emalhear bens alguus de raiz ou bens em que cada huu deles tenha usufruto somente, sem expresso consentimento de sua mulher, quer sejam casados por carta de metade, segundo o costume do reino, quer por dote e arras...”*⁵¹.

A carta de metade determinava a divisão dos bens que cada um dos cônjuges tinha antes de contrair casamento, sendo os bens adquiridos durante o casamento pertença de ambos, já no que concerne às *“arras”* seguiu-se a tendência visigótica em que se limitava as doações entre esposados ao impor restrições quantitativas ao dote. As ordenações obrigavam que as doações que o marido prometia à mulher antes do casamento fossem feitas em quantia certa, para evitar os grandes abusos que se verificavam⁵².

Inicialmente, a prática do regime matrimonial de comunhão geral aparecia mais no sul do reino, e em meios conjugais mais humildes, já o regime *“por carta de metade”* surgia nas restantes províncias e em famílias mais abastadas, estando assim os dois regimes distinguidos quer por repartição geográfica quer por condições socioeconómicas das famílias. Ulteriormente, o regime da comunhão foi-se divulgando e generalizando por todas as famílias. Porém, independentemente das razões que levavam à prática de um dos regimes, a verdade é que o facto de se permitir que os

⁵⁰ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., p. 163; Paulo Merêa, *Evolução dos Regimes...*, ob. cit., vols. II, p. 111 e 112.

⁵¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 77.

⁵² Ibidem.

nubentes optassem por um dos regimes, revela um claro reconhecimento da liberdade de os nubentes poderem fixar o regime que mais lhe convém, bem como criar um regime novo ou combinar vários regimes criando um regime tipo, consagrando-se assim o princípio da liberdade das convenções antenupciais⁵³.

Ora, com a consagração do princípio da liberdade, perguntamo-nos se as ordenações previam algum preceito que proibisse a revogação ou alteração das convenções antenupciais depois da celebração do casamento. Na verdade, as ordenações não faziam menção ao princípio da imutabilidade, não existindo nenhum preceito que após a celebração do casamento proibisse a revogação ou a alteração da convenção. Contudo, desenvolveremos este tema quando nos debruçarmos sobre o princípio da imutabilidade.

Por fim, os textos das Ordenações Afonsinas limitam-se a reproduzir a compilação das ordenações precedentes, reeditando as mesmas, por tal motivo não vemos necessidade no seu estudo.

4. Código Civil Português

4.1 Primeiro Código Civil Português - 1867

O primeiro Código Civil Português, mais familiarizado por Código de Seabra, surge em 1867. Acontece que desde 1750, período até ao qual se vivificou a influência das Ordenações, até à publicação do primeiro Código não ocorreram alterações no que diz respeito ao objeto aqui em estudo e por isso este nosso avanço no tempo⁵⁴.

O Código de Seabra, aprovado por carta de Lei, de 1 de julho de 1867, manteve a comunhão geral de bens como regime supletivo, prosseguindo com a já duradoura tradição prevista nas Ordenações.

Assim, perante a falta de convenção dos nubentes sobre a escolha do regime de bens, aplicava-se o regime supletivo que consistia na comunhão geral de bens, prevendo o art. 1098.º do código que *“na falta de qualquer acordo ou convenção, entende-se, que o casamento é feito segundo o*

⁵³ António dos Santos Justo, *Relações patrimoniais...*, ob. cit., pág. 166. Para Braga da Cruz "o princípio da liberdade das convenções antenupciais (...) aparece já consagrado expressamente nas Ordenações Manuelinas, num preceito que as Ordenações Filipinas reproduziram depois, quase *ipsis verbis*, e que os nossos praxistas sempre aceitaram sem hesitações, com a simples reserva de as cláusulas estipuladas não irem contra as leis imperativas ou proibitivas, nem contra os bons costumes". Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas, Volume III, Estudos Jurídicos Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 67.

⁵⁴ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 81.

*costume do reino*⁵⁵”, costume esse que consistia conforme o art. 1108.º “... *na comunhão, entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não excetuados na lei*” e como regimes tipos alternativos, a comunhão de adquiridos, a separação de bens e o regime dotal⁵⁷. A lei impunha aos nubentes em alguns casos, um regime imperativo, determinado nos arts. 1098.º e 1058.º, n.ºs 1 e 2, segundo o qual, o casamento considerava-se celebrado no regime da simples comunhão de adquiridos nos casos em que se tratasse de menores de vinte anos ou de maiores inibidos de reger pessoas e bens, enquanto não obtivessem o consentimento dos seus pais ou daqueles que os representassem nos termos da lei e ainda no caso do casamento do tutor ou seus descendentes com pessoa tutelada⁵⁸.

No regime da comunhão geral de bens eram comunicáveis todos os bens dos cônjuges, salvo aqueles que a lei expressamente excetuasse, como era o caso dos bens referidos nos arts. 1109.º e 1110.º do Código de Seabra, a propriedade artística ou literária, de acordo com o disposto no art. 38.º do Decreto n.º 13 725, de 3 de junho de 1927, ou o direito ao arrendamento, por força do art. 44.º da Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948⁵⁹.

O regime dotal, que correspondia ao “*casamento por carta de arras ou por dote de arras*” do antigo direito português, consistia na existência de um património (dote) formado por bens da mulher e sujeito a um regime especial cujas particularidades (inalienabilidade, imprescritibilidade, irresponsabilidade por dívidas) se justificavam pela ideia de garantir à mulher casada contra a má administração do marido. Sendo que aos restantes bens era aplicado um regime de simples comunhão de adquiridos, podendo os cônjuges estipular um regime dotal tendo por base a separação absoluta de

⁵⁵Código Civil Português, de 1867, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Não era unânime o entendimento de que o código civil previa além do regime supletivo mais três regimes alternativos. Apesar de não ser a posição dominante, havia quem entendesse que eram apenas três os regimes previstos na lei, defendendo que apesar de o legislador fazer referência a dois regimes da separação, tratava na mesma secção e por conseguinte de forma conjunta a separação de bens e da simples comunhão de adquiridos. Por outro lado, Cunha Gonçalves defendia a existência dos quatro tipos de regimes, considerando que a incoerência do legislador e a falta de rigor em arrumar as matérias, não pode acarretar aquela solução., sendo da mesma opinião Dias Ferreira, o qual refere que o código “distingue perfeitamente entre o casamento com separação de bens e o casamento com simples comunhão de adquiridos, com a única diferença de tratar do regime de separação de bens antes do regime da comunhão dos adquiridos e de colocar as duas matérias na mesma secção”, bem como é igualmente a posição de Pereira Coelho. Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 322 a 327; Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 261 e ss.; José Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, 2ª ed. Vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1985, p. 329 e 330.

⁵⁸ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 84; Adriano Paiva, *A comunhão de...*, *ob. cit.*, p. 48, do qual transcrevemos a anotação “A sistematização do código justificava, porém, algumas dificuldades na correta interpretação, não dos casos do regime imperativo, mas antes do regime a aplicar na eventualidade das circunstâncias justificadoras dessa imperatividade se verificarem. Assim, à estatuição prevista na parte final do art. 1098º parecia contrapor aquilo que o código previa noutros locais. Dispunha o n.º 3 do art. 1060.º, referindo-se ao art. 1058.º, n.º 1, que “Os casamentos contraídos por menores não emancipados, ou por maiores sob tutela, sem o necessário consentimento, consideram-se sempre como contratados com separação de bens”. A referência apenas à separação de bens resultava igualmente do disposto nos arts. 1063.º e 1064.º, a propósito das matérias reguladas nos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 1058.º”. Para Cunha Gonçalves devia entender-se que a referência feita por estas normas era dirigida à separação absoluta, como “penalidade dos casamentos celebrados com infratores dos preceitos que estabelecem certos impedimentos” Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito...*, *ob. cit.*, p. 32. Já na opinião de Pereira Coelho aplicar-se-ia em tais casos o regime da comunhão de adquiridos, por ser este o regime a que a lei se referia quando falava apenas em separação de bens. No entanto, nada impedia a estipulação da separação absoluta ou, até, do regime dotal, que serviria, ainda melhor a ideia da lei. Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 263.

⁵⁹ Adriano Paiva, *A comunhão de...*, *ob. cit.*, p. 48.

bens⁶⁰.

Os nubentes tinham a possibilidade de convencionarem um regime de separação de bens ou de simples comunhão de adquiridos. Neste regime, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento seriam comuns, sendo necessário efetuar na convenção antenupcial ou noutra escritura, uma inventariação dos bens que cada um dos cônjuges levava para o casamento e que se mantinham próprios de cada um, mantendo-se, igualmente, próprios os bens adquiridos onerosamente durante o casamento, em substituição dos bens próprios de qualquer dos cônjuges⁶¹.

No regime de separação de bens previa o art. 1127.º que cada um dos cônjuges conserva o domínio de tudo quanto lhe pertence, podendo dispor livremente.

Por fim, os nubentes tinham ainda a possibilidade de elaborar um regime misto. Contudo, um dos elementos comuns a todos os regimes, era que os mesmos se orientavam segunda uma ideia de supremacia do marido em relação à mulher. Esta ideia de soberania marital era visível em vários aspetos do regime, designadamente em matéria de administração de bens do casal⁶².

O Código consagrava uma ampla liberdade contratual aos nubentes, facultando nos termos do art. 1096.º, *“estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente aos bens”*⁶³. A convenção antenupcial era assim nas palavras de Cunha Gonçalves *“o terreno de eleição para o exercício da liberdade contratual”*⁶⁴.

Um outro princípio consagrado no Código de Seabra era o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, segundo o qual as convenções antenupciais, depois de celebrado o matrimónio, não podiam ser revogadas ou alteradas por nova convenção. As razões que terão condicionado o legislador da época a consagrar este princípio, serão objeto de estudo no presente trabalho, aquando da explanação da origem do princípio da imutabilidade.

4.2 Código Civil de 1966

Este código permitiu que o regime da comunhão geral de bens, que vigorava como regime supletivo desde as Ordenações Manuelinas e não nos podemos esquecer que estamos em 1966, fosse

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil...*, ob. cit., p. 289.

alterado. Há vários séculos que estava enraizado o regime supletivo da comunhão geral de bens, mas a publicação deste código permitiu que o regime supletivo passasse a ser o da comunhão de adquiridos⁶⁵.

Assim, em matéria de efeitos patrimoniais do matrimónio, as modificações mais expressivas em face do direito anterior vigente prendem-se com a alteração do regime de bens supletivo da comunhão geral para a comunhão de adquiridos e com o reconhecimento à mulher, sempre no quadro das exigências da manutenção da unidade familiar e da chefia marital, de poderes mais alargados na administração dos bens tendente a uma plena capacidade jurídica semelhante ao marido. A nova lei veio conceder à mulher casada a administração exclusiva dos bens comuns ou próprios do marido em várias situações: quando ela os utilizasse exclusivamente como instrumento de trabalho ou em caso de impedimento, por qualquer causa, do marido ou se este lhe conferisse, por mandato revogável, tais poderes; concede ainda à mulher o poder de exercer profissões liberais ou públicas, sem o consentimento do marido e a dispor das suas obras literárias e artísticas, apesar das desigualdades, entre outras. Além, disso, se a mulher estivesse casada em separação de bens poderia administrar,

⁶⁵ Os trabalhos preparatórios analisaram os argumentos a favor e contra cada um dos regimes. Na altura cerca de 98% dos casamentos adotaram o regime da comunhão geral. Guilherme Freire Falcão de Oliveira refere que *na* “época de ulitimação dos trabalhos preparatórios do Código de 1966, a aparência dos números sugeria duas conclusões. Em primeiro lugar parecia que a população portuguesa aderira quase completamente à comunhão geral de bens, de tal modo que não fazia qualquer sentido mudar o regime supletivo. Em segundo lugar, parecia que o regime dotal não devia continuar a merecer honras de regime tipificado, pois que deixara há muito de ser usado. Mas o Código de 1966 ainda manteve a tipificação do regime dotal (art. 1738.º e ss.), que só veio a desaparecer na reforma de 1977. (...) a circunstancia de 98% dos casamentos adotarem a comunhão gera não significava propriamente uma escolha, uma preferência por este regime; significava apenas que os nubentes não se davam ao trabalho e à despesa de fazerem uma convenção antenupcial para escolherem outro regime, sendo certo que a comunhão geral não era repulsiva para os nubentes que tinham bens, e era indiferente para quem não tinha nada – coisa vulgar num país relativamente pobre como Portugal. Em segundo lugar, a comunhão geral tinha entrado em crise no seio dos juristas europeus, naquela época por toda a parte se levantavam vozes contra um regime que permitia aos nubentes pobres adquirir fortunas através do casamento. (...) Por último, a comunhão geral – sobretudo na ultima fase em que abrangia realmente todos os bens, designadamente os de maior valor – gerava o sentimento desagradável de permitir a passagem dos bens de uma linha de parentesco para outra, sempre que um cônjuge morresse sem descendência. Na verdade, a meação dos bens que coubesse ao cônjuge sobrevivivo havia de passar, por morte deste, aos seus próprios parentes. E esta passagem dos bens para uma família consanguínea diferente era mal vista pela população, até há pouco tempo. (...) Na época a que me reporto – a da preparação do Código de 1966 – só havia um aspeto em que a comunhão geral de bens parecia digna de preferência: tratava-se da proteção do cônjuge sobrevivivo – que era geralmente a mulher, com maior longevidade biológica e menor capacidade de ganho, sobretudo na época em que se discutia este assunto. Na verdade, o regime da comunhão geral permitia sempre ao cônjuge sobrevivivo guardar metade dos bens do casal, com o que se poderia esperar que garantisse a sua subsistência. Ao contrário, no regime da separação de bens, um cônjuge sobrevivivo mais pobre não podia contar com a meação do que tivesse sido adquirido a título oneroso – que podia ser pouco, sobretudo se a duração do casamento tivesse sido pequena. É claro que, em qualquer caso, o cônjuge sobrevivivo podia fazer valer o direito a alimentos contra os herdeiros – o direito de apanágio; mas esta proteção era claramente inferior à que ele obteria através da meação nos bens da comunhão geral. Este argumento da melhor garantia do cônjuge sobrevivivo, porém, não foi suficiente para impor a permanência da comunhão geral como regime supletivo. Na verdade, a deficiência deste regime no ponto mencionado poderia corrigir-se através da modificação do estatuto sucessório do cônjuge. Esta modificação, que não foi feita em 1966, só foi claramente efetuada em 1977, com inclusão do cônjuge na primeira linha dos sucessores.”, Guilherme Freire Falcão De Oliveira, “Observações sobre os regimes de Bens”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.ºs 3875 e 3876. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Observacoes-sobre-os-regimes-de-bens.pdf>, p. 39 e 40. Na altura em que o problema se discutiu houve quem tivesse manifestado preferência pela separação de bens, ou ainda por um regime que se usava no norte da Europa, a participação nos adquiridos. Mas segundo Braga da Cruz “Importa, porém ter presente, em face da realidade do caso português: a) Que a adoção deste regime como supletivo representaria um salto demasiado brusco, tão arraigada está no espírito do nosso povo a ideia de comunhão, na própria constância do matrimónio; b) Que a atribuição à mulher, como regra, do direito de administrar os seus bens próprios, seria letra morta da lei, pois na generalidade dos casos, por mandato expresso ou tácito, essa administração logo seria por ela confiada ao marido. A simples consideração destas duas razões deve dispensar, segundo cremos, a apreciação de outras críticas dirigidas ao regime, nomeadamente a das dificuldades de liquidação que suscita.” Guilherme Braga da Cruz, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redatora do novo Código civil”, *BML*, n.º 52.º, 1956, pp. 348. Assim o regime que reuniu as preferências dos legisladores da época, como regime supletivo, foi a comunhão de adquiridos. E tal como nos refere o Juiz Conselheiro Jacinto Bastos “Ninguém contesta, na verdade, que a comunhão absoluta corresponde, num plano ideal, em matéria de regimes de bens, à mais elevada sublimação do amor conjugal. Mas o direito não pode irrefletidamente transplantar para as duras realidades da vida a regulamentação que corresponderia às instituições na sua forma ideal.” Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, *Direito da Família, Segundo o Código Civil de 1966*, volume I, Arts. 1576.º a 1670º, [s. i.], [s.n.], 1976 -1980, p. 85.

sem restrições, todo o seu património e nos regimes de comunhão poderia administrar os bens próprios ou os comuns levados para o casamento ou adquiridos posteriormente a título gratuito, se tal constasse da convenção antenupcial⁶⁶.

Há ainda que assinalar que, em relação à matéria de dívidas, foi consagrado o princípio da legitimidade da mulher para contrair dívidas, o que lhe estava vedado no Código de Seabra, quer especificamente no regime supletivo (art. 1116.º) quer no capítulo das disposições gerais (art. 1193.º)⁶⁷.

O princípio da imutabilidade dos regimes de bens foi não só mantido como aperfeiçoado, prevendo o art. 1714.º, no n.º 1, que estava proibida não só a alteração da convenção antenupcial como também os regimes de bens legalmente fixados, e no n.º 2 prorrogava a proibição aos negócios que envolvessem a situação jurídica concreta dos bens conjugais. Por outro lado, o art. 1715.º determinava taxativamente os casos em que as alterações eram permitidas.

4.3 Reforma de 77

A revolução de 25 de Abril de 1974 e a consequente queda da Ditadura, traduziu-se numa viragem política em Portugal com grandes repercussões legislativas. Desta forma, a profunda reforma de 77, dez anos volvidos sobre a aprovação do Código Civil de 1966, era necessária no intuito de adequar a lei civil à Constituição da República de 1976, pois eram inúmeros os preceitos contrários à nova Constituição e aos princípios nela consagrada, o que aconteceu com a entrada em vigor, a 1 de abril de 1978, do DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

O art. 36.º da C.R.P., cuja epígrafe se refere à família, casamento e filiação, previu entre outros no n.º 1, o direito a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade; o n.º 2, o princípio da exclusiva competência da lei civil no que concerne aos requisitos e efeitos do casamento e à sua dissolução por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração; no n.º 3, princípio da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; no n.º 4, a não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento.

Perante o princípio da igualdade entre os cônjuges, desaparece, finalmente, o poder marital

⁶⁶ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado, em especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 53 e ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

que implicava o poder exclusivo do marido em representar a família, decidir sobre todos os aspetos da vida conjugal, inclusivamente administrar os bens comuns e próprios da mulher.

Com a reforma de 77, os bens próprios são administrados pelo seu titular e os bens comuns são administrados ordinariamente por qualquer um dos cônjuges; a administração conjunta funcionará quanto aos atos de administração extraordinária sobre bens comuns que carecem do consentimento de ambos, assim como alguns atos de disposição sobre imóveis, mesmo próprios de um deles no regime de comunhão e, em qualquer regime de bens, quando tais atos tenham como objeto a casa de morada de família. Existe um elenco de situações em que a administração dos bens móveis, independentemente da sua titularidade, pertence em exclusivo a qualquer um dos cônjuges e da regra da administração dependerá também (além da propriedade) a regra da legitimidade para a alienação ou oneração de bens móveis⁶⁸.

No que concerne aos outros efeitos patrimoniais do casamento, nomeadamente quanto às dívidas entre os cônjuges, aos regimes de bens (além da supressão do regime dotal e da alteração do art. 1720.º), às convenções antenupciais, ao princípio da imutabilidade, refere Helena Mota que a “Reforma ficou, consabidamente, muito aquém dos seus objetivos”⁶⁹.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

II CAPÍTULO

REGIME DE BENS DE CASAMENTO

“Um perfeito entendimento dos cônjuges transformará qualquer regime de separação de bens em comunhão; enquanto que os desentendimentos dos cônjuges converterão um regime de comunhão numa fonte de conflitos”⁷⁰.

1. Introdução

Os regimes de bens do casamento encontram-se regulados na secção IV, do título II, capítulo IX, que se denomina efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges.

Antes da publicação do Código Civil de 1966, Braga da Cruz afirmava que “Depois da promulgação do Código Civil, muito poucas foram as alterações que nesta matéria se introduziram, apesar de ser muito imperfeitas e incompletas as disposições do Código Civil neste ponto”⁷¹. De certa forma, constatamos um paralelismo com os tempos de hoje, pois desde a publicação do Código Civil de 1966, e tirando as alterações de 1977 que ocorreram após a queda da ditadura, poucas foram as alterações introduzidas no código civil nesta matéria, poucas foram as alterações que se adaptaram e evoluíram aos tempos de hoje, aos tempos de uma sociedade mutável. Ora, para que o direito cumpra a sua função de proteger a família, deve não só acompanhar as mudanças sociológicas da família como deve acompanhar a atual conjuntura social, económica e financeira, o que nos parece que face à conjuntura normativa atual, tal não se tem verificado.

Quando nos debruçamos sobre o estudo do património, no enquadramento do Direito da Família, ressaltam-nos, em especial, dois momentos: um referente ao matrimónio, no qual os cônjuges podem escolher o tipo de regime de bens que vigorará durante o casamento e um outro momento em que o casamento termina, ou por divórcio ou por morte, e se promove a partilha de bens por divórcio ou a sucessão por morte.

O regime de bens, mais do que regulamentar a divisão dos bens por divórcio entre os cônjuges

⁷⁰ Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família*, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2018, p. 243 e 244.

⁷¹ Fernando Andrade Pires de Lima, Guilherme Braga da Cruz, *Direitos de Família, Efeitos Jurídicos do Casamento Doações Matrimoniais*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 53.

ou sucessão por morte, disciplina a vida em comum dos nubentes. A ideia de que duas pessoas que pretendem celebrar um casamento e que para tal carecem de um regime para casar, sem importar qual o regime, é errónea. Pois com o casamento, isto é, contrato celebrado entre duas pessoas com intuito de constituírem família com base numa plena comunhão de vida (cfr. art. 1577.º C.C.), emergem além dos efeitos pessoais, efeitos patrimoniais. Nasce um estatuto patrimonial cujos princípios disciplinam as relações económicas entre os cônjuges na constância do casamento, disciplina não só o património trazido pelo casal para o casamento como o adquirido pelo casal durante o casamento.

Daí advém a importância de compreendermos cada regime de bens presente em nosso ordenamento jurídico, para podermos em cada caso em concreto indicar qual o regime recomendável ou, em alguns casos, qual o regime obrigatório para os cônjuges, bem como as garantias e obrigações que esses regimes acarretam para cada um dos nubentes.

2. Noção

Todo o casamento tem um regime de bens. Para alguns autores seria difícil conceber a existência de uma sociedade conjugal sem um regime particular, deixando as relações patrimoniais dos cônjuges entre si e com terceiros sujeitas ao regime geral das relações jurídicas⁷²; outros sustentam que o regime matrimonial deveria ser suprimido, deixando de existir um estatuto patrimonial específico do casamento. Consideram, pois, que apesar de tal estatuto destinar-se a regular toda a vida conjugal em comum, o mesmo só tem efeito no momento da dissolução do casamento, entendendo que só nesse momento é aplicado⁷³.

Já Pires de Lima e Braga da Cruz referiam a necessidade de saber qual o cônjuge que administra os bens do casal, quais os direitos de terceiros relativamente aos bens dos cônjuges bem como fazia referência entre outras situações, até que ponto os bens de um dos cônjuges respondem pelas dívidas do outro. A verdade é que da vida em comum dos cônjuges emerge uma série de questões e deixar essas questões serem resolvidas pelos princípios gerais dos contratos, levaria a que muitas dessas questões ficassem por resolver e outras ficariam forçosamente mal resolvidas⁷⁴.

⁷² Ibidem, p. 54.

⁷³ Cfr. Jean Carbonier, *Rapport de synthèse du 75º Congress des notaires de France*, La Baule, 7-10 mai, 1978, JCP, Ed. N. PRAT., 6943, p. 402, in Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 23 e 430.

⁷⁴ Guilherme Braga da Cruz, *Direitos de Família, Efeitos Jurídicos do Casamento Doações Matrimoniais*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 54.

Disto se entende o motivo da previsão do conjunto de preceitos que regulam o regime de bens, pelos efeitos patrimoniais que provocam nos cônjuges na constância do matrimónio.

Desde logo, a própria noção, que é puramente doutrinária, não é pacífica.

Por regime de bens, ou regime matrimonial de bens, entende-se o estatuto que regula, num determinado casamento, as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros⁷⁵.

Para Jorge Duarte Pinheiro, o regime de bens é o conjunto de regras cuja aplicação define a titularidade sobre os bens do casal⁷⁶ e com base nas mesmas permite-nos saber se um bem pertence ao património comum, ao património de um cônjuge ou ao património do outro⁷⁷.

Deste modo, os regimes de bens constituem os princípios que disciplinam as relações económicas entre os cônjuges na constância do matrimónio. Podemos também conceituar como as relações patrimoniais que regulam e regem o património trazido ou adquirido pelo casal durante o casamento, regidos por uma legislação específica, até a sua extinção.

Celebrado o casamento, os cônjuges adquirem um estatuto patrimonial, o qual se integra no regime de bens, e que, nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira é “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”⁷⁸.

A esse conjunto de regras, que em grande parte estão na dependência da vontade das partes, dá-se a designação, como vimos, de regime de bens. Ainda, sobre o regime de bens evidenciamos desde já a menção a três princípios fundamentais⁷⁹.

O primeiro designa-se por princípio da liberdade de estipulação, previsto no art. 1698.º do C.C., que prevê que “Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens

⁷⁵ Guilherme Braga da Cruz, *Direitos de Família ...*, *ob. cit.*, p. 54; Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família II, Direito Matrimonial*, UNITAS, Coimbra, 1969 p. 88; Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de...*, *ob. cit.*, p. 245.

⁷⁶ Neste sentido, também, Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos...*, *ob. cit.*, p. 57 e 58; Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 15; por oposição à doutrina que entende que o regime de bens regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros, cfr. Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de...*, *ob. cit.*, p. 245.

⁷⁷ Jorge Duarte Pinheiro define regime de bens, em sentido amplo, como o complexo de normas relativas aos efeitos do casamento que se produzam, no plano matrimonial, durante a subsistência do vínculo matrimonial e não estejam estreitamente ligados à disciplina dos deveres dos cônjuges. Neste contexto, é costume distinguir entre regime patrimonial primário ou efeitos gerais patrimoniais e regime patrimonial secundário ou efeitos especiais patrimoniais do casamento. O regime patrimonial primário cobriria as regras sobre a administração e disposição dos bens do casal, bem como as regras da responsabilidade por dívidas. O regime patrimonial secundário respeitaria às regras sobre a titularidade dos bens. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6ª edição, AAFDL, 2018, p. 406 e ss. Esta classificação é puramente doutrinária, não é pacífica nem resulta do código civil a expressão de regime patrimonial primário, pelo que não nos debruçaremos sobre o estudo da mesma.

⁷⁸ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 5ª Edição, Coimbra, 2016, p. 475.

⁷⁹ José João Gonçalves de Proença, *Direito da família*, 4ª Edição, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 238 e 239.

do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”. De acordo com este princípio, o nosso direito acaba por não impor aos cônjuges (em geral) qualquer regime de bens, nem sequer os restringe aos modelos legalmente definidos, dando-lhes liberdade até para criarem um novo regime ou simplesmente combinarem aspetos dos vários regimes tipificados, respeitando os limites previstos nos arts. 1718.º, 1699.º, n.º 2 e 1720.º do C.C.

A limitação prevista no art. 1718.º do C.C., que nos refere que não é permitida a escolha do regime de bens por mera remissão para uma lei estrangeira, para um preceito revogado, ou para usos e costumes locais, tem como razão de ser questões de certeza e seguranças jurídicas, evitando o desconhecimento do regime em causa e conseqüentemente a destrinça do património comum e próprio.

O segundo princípio que se impõe desde já, igualmente, mencionar é o da aplicação do regime supletivo, patente no art. 1717.º do C.C., que prevê “Na falta da convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos”. O que decorre deste princípio é que na falta de estipulação pelos nubentes do regime de bens, ou sendo insuficiente a estipulação, ou contendo algum vício, a lei incumbe-se de fixar, de modo imperativo, o regime que deverá aplicar-se. Prevendo, assim, a lei um regime supletivo ou legal⁸⁰.

O terceiro princípio prevê que, em certas situações, expressamente previstas na lei, como acontece nos arts. 1699.º, n.º 2 (“Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º.”) e 1720.º (“Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade.”) do C.C., o legislador condiciona a liberdade de intervenção dos nubentes na fixação do regime de bens, impondo ou condicionando a adoção por estes de determinado regime⁸¹.

Quanto à sua origem, o regime de bens pode assumir um carácter legal ou convencional. O regime de carácter legal, tal como decorre da sua designação, tem a sua origem na lei, prevalecendo no

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

silêncio dos nubentes ou nos casos de invalidade da convenção. Por outro lado, o regime de caráter convencional têm na sua origem um acordo celebrado pelos nubentes, manifestado em convenção antenupcial, para estabelecer normas personalizadas e para disciplinar, principalmente, as suas relações patrimoniais, na qual podem intervir terceiros⁸².

Por outro lado, quanto à organização e distribuição da titularidade das massas patrimoniais distinguimos o regime de bens entre os regimes da comunhão e os regimes da separação. Assim, no regime da separação, cada cônjuge detém a titularidade sobre os seus bens próprios, não existindo bens comuns. Pelo contrário, no regime da comunhão existe uma massa patrimonial comum, a qual pode ser geral quando a ela se reconduzem todos os bens do casal, havendo, conseqüentemente apenas bens comuns; e parcial quando a esta massa de bens comuns se juntam os bens próprios de cada um dos cônjuges⁸³.

3. Princípio da Liberdade

A fundamentação legal do princípio da liberdade de regime de bens decorre da previsão do art. 1698.º do C.C., o qual nos enuncia que “Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens de casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”.

Resulta da regra geral que, os nubentes podem convencionar o regime de bens do matrimónio que lhes aprouver, dentro dos limites da lei, e que o nosso direito não impõe aos cônjuges, em geral, o regime de bens definidos (como sucedia por ex.: em Cabo Verde)⁸⁴, nem sequer os restringe aos modelos legalmente definidos (como sucede na Alemanha, na Suíça ou em Angola), concedendo liberdade aos nubentes para criarem um novo regime ou articular aspetos dos vários regimes tipificados⁸⁵.

Deste modo, os nubentes ao escolherem o regime de bens do matrimónio podem optar ou por um sistema de tipicidade ou por um sistema que lhes permite uma maior liberdade. No sistema de tipicidade, os nubentes podem optar por *“um dos modelos legais, restringindo-se a sua liberdade a*

⁸² Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos...*, ob. cit., p. 60 e ss.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 562 ss.

⁸⁵ Estabelecendo, porém, o art.º 1718.º do C.C. que “O regime de bens do casamento não pode ser fixado, no todo ou em parte, por uma simples remissão genérica para uma lei estrangeira, para um preceito revogado, ou para usos e costumes locais”.

*isso*⁸⁶, ou seja, neste sistema a liberdade dos nubentes ao convencionarem o regime fica limitada à escolha do regime-tipo. Por outro lado, o nosso Código Civil permite a opção por um sistema com maior liberdade, em que os nubentes estipulam um regime diferente, que esteja mais de acordo com os seus próprios interesses⁸⁷.

Nem sempre constatamos esta ampla liberdade de escolha do regime de bens do matrimónio. Se bem nos recordamos na nossa abordagem à evolução histórica, o regime de bens teve momentos em que não havia liberdade de escolha de regime, vigorando apenas um único regime de bens. A liberdade para eleger ou criar um regime de bens, aparece explicitamente consagrada nas Ordenações Manuelinas. Ao longo da evolução histórica constatamos que o regime de bens foi acompanhando as mudanças na estrutura da família e mesmo quando era necessária a intervenção legislativa, o legislador teve o cuidado de adaptar o regime jurídico às conceções sociais e às necessidades práticas, exteriorizadas nos costumes e usos que se iam formando, bem como adquirimos percepção que as restrições impostas à liberdade contratual no campo das suas relações patrimoniais recíprocas, apesar de não terem sido idênticas ao longo dos anos, tiveram sempre subjacente o mesmo objetivo de tentar impedir o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges à custa do outro, realizando um princípio fundamental de equidade entre eles⁸⁸.

Ao longo dos tempos, também se invocou como argumento a favor de um sistema tipificado e contra um sistema de maior liberdade de proteção de terceiros. A verdade é que, aparentemente estão mais protegidos perante um sistema de tipicidade, mas a questão que se coloca é se o argumento da proteção terceiros é efetivamente necessário.

Esta proteção de terceiros a favor de um sistema de tipicidade é frágil, na medida em que, tal como menciona Braga da Cruz, mesmo perante este sistema, os terceiros não estão dispensados de analisar a Convenção antenupcial, para se certificarem se os nubentes optaram pela simples remissão genérica ou se lhe introduziram alterações⁸⁹.

Na verdade, a proteção de terceiros garante-se com a publicidade da escolha do regime de bens. Deste modo, não há razão para restringir a autonomia da vontade, pois nenhum interesse

⁸⁶ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 562 ss.

⁸⁷ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 18.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁹ Braga da Cruz, "Novo Código Civil, Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redatora do novo código civil", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 52, ano 1956, p. 35 e 36.

superior o reclama, nem mesmo o receio que uma ampla liberdade conduza os nubentes a soluções levianas e arriscadas. Destacamos, ainda, que, se por um lado, a maioria dos nubentes se acomoda com a escolha de qualquer um dos regimes tipificados, por outro lado, quando os nubentes optam por um regime mais amplo é no intuito de introduzir modificações que adequam um regime tipo à situação em concreta⁹⁰.

4. Regime Imperativo

Apesar de o princípio da liberdade prever que os nubentes podem escolher um dos regimes tipo ou um regime novo, prevê, igualmente, exceções ao princípio da liberdade de escolha do regime de bens, vigorando nesses casos o regime imperativo.

Nos regimes imperativos, a lei impõe um certo regime de bens sem que os nubentes o possam afastar, ou apenas proíbe a estipulação de determinado regime, admitindo a escolha de outros⁹¹.

Assim, são exceções ao regime geral de liberdade, as situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 1720.º do C.C., ou seja, quando falte o processo preliminar de publicações e quando um ou ambos os nubentes tenham, no momento da celebração do casamento, mais de sessenta anos.

Nestes casos, a imperatividade é absoluta, pois os nubentes ficam impedidos de escolher um regime de bens diferente daquele que a lei impõe, vigora obrigatoriamente o regime de separação de bens, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso.

Com a previsão do regime legal imperativo, o legislador pretendeu acautelar ou o receio de que algum dos nubentes tenha sido levado a contrair matrimónio por interesse económico; ou o facto de o cônjuge de mais idade, mais sessenta anos, não ter capacidade psíquica ou sentimental para apreciar com frieza os seus interesses económicos, limitando a sua liberdade individual. E de um modo geral, proteger os cônjuges que se casaram sem precedência de processo preliminar de publicações. Temendo-se que aqueles o tenham feito com demasiada ligeireza, ou com demasiada pressa, sem uma correta apreciação dos seus interesses patrimoniais⁹².

Portanto, esta regra aplica-se a todos os casamentos que se tenham celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento, quer aos que assim se tenham celebrado

⁹⁰ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de... ob. cit.*, p. 564.

⁹¹ Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos...ob. cit.*, p. 64.

⁹² Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito...ob. cit.*, p. 246.

legalmente [católicos (art. 1599.º) ou civis (art. 1622.º)], quer aos que deviam ter sido precedidos por esse processo, mas de facto, não o foram.

Já a exceção prevista na al. b) do n.º 1 do art. 1720.º do C.C. revela-se bem mais polémica, pois levantam-se algumas dúvidas quanto à harmonia deste regime com o princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 13.º da C.R.P., na medida em que esta proteção seja realmente proporcional à limitação que atribui às partes. De facto, a intenção da lei seria a de evitar o casamento por interesse económico. Contudo, esta intenção da lei acaba por se mostrar praticamente ineficaz, na medida em que as alterações legislativas de 1977 vieram dar uma posição sucessória principal ao cônjuge sobrevivente (ao lado dos descendentes). Ou seja, a lei civil impede a escolha de um regime de bens com receio de um eventual intuito de benefício económico à custa de um nubente com mais de 60 anos, mas vem chamar o cônjuge sobrevivente a herdar, no momento da morte. Quanto mais velho for o noivo mais fácil será obter o benefício⁹³.

Na verdade, não se encontra um interesse claro que justifique esta restrição da liberdade negocial, inclusive porque os sistemas jurídicos têm reforçado a autonomia individual e a C.R.P. consagrou um direito ao desenvolvimento da personalidade previsto no art. 26.º, que é certamente contrário à limitação em causa⁹⁴.

A lei proíbe, no art. 1762.º do C.C., as doações entre casados, quando vigorar imperativamente o regime da separação de bens. Se a lei o permitisse seria um modo de os cônjuges iludirem o regime de separação de bens. Como vimos, o regime de separação de bens vigora, por força da lei, nos casos constantes do n.º 1 do art. 1720.º. Ora, trata-se de matrimónios celebrados em circunstâncias que tornam muito de requear os abusos de ascendência que um dos cônjuges possa exercer sobre o outro, no sentido de extorquir deste um regime favorável aos seus interesses ou algumas liberalidades a seu favor⁹⁵.

Essas mesmas considerações que persuadem a lei a proibir a escolha de qualquer regime de comunhão entre os cônjuges fundamentam, igualmente, o facto de não se permitir que um deles faça doações ao outro, durante a constância do casamento. A única ressalva que o art. 1720.º, n.º 2, permite, é que em vista do seu futuro casamento, os nubentes façam doações entre si. Assim, o que a

⁹³ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 560 ss.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*; Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito...* ob. cit., p. 246; Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 418, 487 e 488.

lei não permite, é que após o matrimónio, os cônjuges façam doações entre si, a fim de impedir que, por tal via, os cônjuges iludam a norma imperativa do n.º 1 do art. 1720.⁹⁶.

Além destas duas situações, a lei proíbe, no art. 1699.º, n.º 2, do C.C., a estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, ainda que estes sejam maiores ou emancipados. Aqui, diferentemente, estamos perante casos de imperatividade relativa, no sentido em que não se coarta agora a liberdade de convenção do regime de bens em toda a sua amplitude, limitando-se apenas a escolha dos nubentes a um leque de opções menor. Deste modo, não é permitido aos nubentes estipular, neste caso, a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do art. 1722.º. Visa-se proteger os filhos do cônjuge, através da incomunicabilidade dos bens que o cônjuge levou para o casal ou adquiriu a título gratuito e dos sub-rogados no seu lugar⁹⁷.

5. Regime Supletivo

O regime supletivo é o regime que vigora na falta de convenção antenupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção antenupcial. No nosso ordenamento jurídico, mais concretamente no art. 1717.º do C.C. é fixado supletivamente a comunhão de adquiridos. Este regime, segundo o qual serão comuns todos os bens adquiridos pelos cônjuges depois da celebração do casamento e próprios os “levados para o casamento” ou os que advierem a título gratuito por sucessão ou doação, foi considerado, como já expusemos, o mais razoável do ponto de vista social na medida em que não potencia uma tentativa de locupletamento de um dos cônjuges em prejuízo do outro através do casamento e, por isso, foi o fixado na lei, no caso de silêncio das partes⁹⁸.

Na verdade, desde as Ordenações Manuelinas que o regime supletivo era o da comunhão geral de bens, pelo que a alteração do regime supletivo para o regime de comunhão de adquiridos foi uma inovação muito significativa do Código Civil de 1966. Na realidade, e tal como constatamos na evolução histórica, já nessa época, ou seja, em 1966, eram poucos os países que previam na legislação como regime supletivo a comunhão geral, tendo o código acompanhado as reações que já se manifestavam contra a comunhão geral. A ideia da comunhão geral (anterior regime supletivo), por se estender aos próprios bens levados para o casal ou adquiridos a título gratuito, tornou-se bastante criticada, uma vez que favorecia a celebração de casamentos cuja motivação seria simplesmente o

⁹⁶ Idem, *Ibidem*.

⁹⁷ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 560 ss.

⁹⁸ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais...*, *ob. cit.*, p. 72 ss.

interesse económico⁹⁹.

Já na escolha entre o regime da comunhão de adquiridos e o regime da separação, é necessária uma maior ponderação e são mais questionáveis os argumentos dados para o afastamento deste último modelo.

Não sendo nosso objetivo assumir uma posição quanto à preferência de um regime de bens de comunhão ou de separação, pelo que não desenvolveremos todas as questões referentes a este tema, limitar-nos-emos, contudo, a fazer uma breve referência ao tema e abordar algumas questões que consideramos pertinentes.

Em primeiro lugar, o regime da separação tem o mérito da simplicidade, permitindo de forma pouco formal e aparentemente mais perfeita uma igualdade entre os cônjuges¹⁰⁰.

Por outro lado, Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira e Cristina Dias referem que o regime da comunhão de adquiridos oferece como vantagem sobre o da separação, o facto de “fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento, dando nomeadamente à mulher, que se dedica à atividade doméstica, não remunerada, a parte que lhe cabe nos ganhos e economias do marido,” o que corresponderá à expressão ideal da comunhão dos cônjuges no plano patrimonial¹⁰¹.

Numa outra perspetiva, acrescentam os autores que cabe ainda perceber que “não há hoje nem um puro regime de comunhão, nem um puro regime de separação, já que os primeiros têm sido

⁹⁹ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 565.

¹⁰⁰ Ibidem. Seguindo Cristina Dias, em, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 549, nota 1315, a autora salienta que Antunes Varela defende que a comunhão de adquiridos é um regime mais defensável do que o de separação de bens, “que não corresponde ao espírito comunitário do casamento, não tem raízes nos sentimentos do povo, e constitui, além disso, o regime em que o cônjuge menos escrupuloso mais facilmente pode defraudar o seu consorte”. João de Matos Antunes Varela, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 453, in Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 549, nota 1315. Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições...*, *cit.*, pp. 243, 244 e 273, não partilham da mesma opinião de Antunes Varela, *pois*, consideram possível “uma completa comunhão de vida entre os cônjuges, tanto no aspeto pessoal como no aspeto patrimonial, mas que não implique entre elas relações jurídicas patrimoniais diferentes daquelas que se estabelecem entre duas pessoas estranhas”. Os autores defendem que o regime de separação de bens é o que melhor se coaduna com a independência profissional e patrimonial dos cônjuges. Acrescentam, ainda que, na prática, o regime de separação pode ser transformado num regime de comunhão pelo entendimento entre os cônjuges. Pelo contrário, os regimes de comunhão não só não contribuem para o bom entendimento entre os cônjuges como agravam as consequências indesejáveis no caso de desentendimento. Os autores sugerem o afastamento do regime de comunhão e a eliminação dos bens comuns como forma de resolver os problemas que surgem em resultado das regras de administração comum e da necessidade do consentimento de ambos os cônjuges para a disposição dos bens comuns. Nesse contexto, refere Cristina Dias que “De facto, um desentendimento pessoal reflete-se no aspeto patrimonial, tornando impossível o acordo dos cônjuges para a administração e disposição dos bens e, em consequência, paralisando a vida económica do casal”. Cristina Dias, em, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 549. Pamplona Corte-Real pronuncia-se, igualmente, a favor do regime de separação de bens como futuro regime supletivo. Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995, p. 113, nota 224. Já em 1924, Aurora de Castro e Gouveia, “Situação da mulher casada nas relações matrimoniais dos bens do casal”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 37.º, 1924, p. 372, in Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 549, nota 1315, “defendia que o regime matrimonial legal deveria ser o da separação absoluta de bens”. Por fim, Cristina Dias faz ainda referência a *Grimaldi*, o qual “escreve que o regime de separação corresponde à preocupação dos cônjuges que exercem atividades profissionais independentes, a maior parte das vezes associadas a um risco de passivo. Pelo contrário, pode implicar desvantagens para o cônjuge que se dedica ao lar e não trabalha fora, dado não haver a participação nos enriquecimentos do outro cônjuge. Por isso, a jurisprudência, sobretudo em casos de divórcio, tem tentado encontrar corretivos a esta total independência (p. ex., indemnizações compensatórias, existência de sociedade de facto ou recurso ao instituto do enriquecimento sem causa)”. Michel Grimaldi, *et alii, Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 1998, p. 283, in Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 549, nota 1315.

¹⁰¹ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 566 e ss.; in Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 550.

alvo de ideias “separatistas” e os segundos de ideias “comunitaristas”, o que é frequentemente chamado pela doutrina de processo de “osmose”¹⁰².

A ideia de completa separação patrimonial entre os cônjuges é uma verdadeira ilusão, tal como resulta do direito comparado, pois a comunhão de vida a que os cônjuges estão juridicamente obrigados é, de certo modo, incompatível com a absoluta separação dos respetivos patrimónios¹⁰³.

Assim, tal como o regime da separação¹⁰⁴ já se afastou da sua pureza primitiva, também o clássico regime de comunhão assente na supremacia do marido, hoje tende a substituir-se por um regime em que o património próprio aumenta, em detrimento do património comum, ganhando os dois cônjuges iguais poderes de administração¹⁰⁵.

Por outro lado, o próprio entendimento da razão do regime supletivo se alterou, pois, a doutrina moderna tem adotado uma visão um pouco diferente da tradicionalmente defendida, já que até aqui se entendia o regime supletivo como um regime convencional tácito baseado numa vontade presumida dos nubentes. Hoje, as opiniões convergem mais para a justificação de ser a própria lei que aproveita o silêncio dos nubentes, para ela própria fixar o regime de bens que lhe parece mais vantajoso sob o ponto de vista social¹⁰⁶.

Ainda que esta ideia possa pecar pela dificuldade de definição do que deverá constituir a “vantagem social”, umas das teses que melhor a defende é a de que o legislador está simplesmente a procurar organizar a propriedade dos bens dentro do casamento, de tal modo que a gestão destes seja fácil e igualitária, ou seja, tal como afirmava Braga da Cruz, o intuito do legislador era “de adotar como regime supletivo um regime que resolva com justiça os problemas nos momentos de crise”, e que assim, o princípio da igualdade em que deve assentar o casamento não se transforme numa mera igualdade formal, sem capacidade para garantir a proteção do cônjuge mais “fraco”, ou mais pobre, nos momentos de crise do matrimónio¹⁰⁷.

Nos dias de hoje, a generalidade dos nubentes quando celebram o primeiro casamento não se

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 443; Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos...*, ob. cit., p. 135 ss. e 341.

¹⁰⁴ A maior parte das legislações que consagram regimes de separação admite uma contribuição proporcional dos dois cônjuges para os encargos do casal e prevê restrições dos poderes do proprietário da casa de morada da família, no interesse de ambos. Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 566 e ss.

¹⁰⁵ São estas aproximações entre os dois regimes que levam algumas legislações a tentar combinar os dois, como acontece com o regime de participação nos adquiridos. O objetivo é fazer com que ambos os cônjuges participem, de forma justa, no valor dos bens adquiridos ao longo do casamento. Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, ob. cit., p. 551.

¹⁰⁶ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, p. 566.

¹⁰⁷ Ibidem.

preocupam em fixar o regime de bens e, por conseguinte, não fazem convenção antenupcial muitas vezes porque não têm bens e por isso não se preocupam com eles e outras por comodismo ou contenção de custos¹⁰⁸.

Contudo, o mesmo não tem acontecido quando celebram as segundas núpcias, pois a tendência dos nubentes ao celebrar o segundo matrimónio e também dos casais mais jovens é de escolher o regime de separação de bens, por ser o regime que proporciona mais autonomia e independência económica, pelo que pensa-se que a propensão por optar pelo regime de separação de bens aumente, bem como os cônjuges estejam conscientes dos respetivos direitos e da forma de os fazer valer entre si¹⁰⁹.

6. Regimes-tipo

6.1 Regime da comunhão de adquiridos

Os regimes de comunhão compreendem, por um lado, a comunhão geral de bens, e por outro lado, a comunhão de adquiridos de bens. Com a celebração do vínculo matrimonial nasce um património de bens comuns, propriedade de ambos os cônjuges e um património de bens próprios de cada um dos cônjuges, embora na comunhão geral seja muito reduzido¹¹⁰.

A questão da natureza da titularidade dos bens comuns, ou seja, “saber de quem são os chamados bens comuns, se duma pessoa jurídica nova, se de algum dos cônjuges ou dos dois”, e da relação do património comum com o património próprio de cada um dos cônjuges, desde sempre foi discutida na doutrina com várias teorias¹¹¹.

Nos dias de hoje, a doutrina da propriedade coletiva é a que prevalece à luz da figura do património coletivo quanto ao processo da contitularidade dos seus sujeitos¹¹².

¹⁰⁸ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, *ob. cit.*, p. 410: “O argumento tirado da escassíssima percentagem dos casos em que os nubentes recorriam as convenções antenupciais, para afastarem o regime supletivo, também foi julgado improcedente, porquanto é de todos sabido que, as mais das vezes, os esposados não agem, por falta de interesse, por mera ignorância, por comodismo, para poupar despesas, para não ferir suscetibilidades do outro cônjuge ou seus familiares (...)”; Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos...*, *ob. cit.*, p. 128 e 132: “(...) a não celebração de uma convenção antenupcial deve-se, na maior parte dos casos, não à preferência dos nubentes pelo regime supletivo, mas antes por razões relacionadas com o desconhecimento, com a indiferença ou comodismo, ou, mesmo, para evitar despesas”.; Cfr. Esperança Pereira Mealha, *Acordos conjugais para partilha de bens comuns*. Coimbra: Almedina. 2004, p. 13,19 e 126.

¹⁰⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 335.

¹¹⁰ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, *ob. cit.*, p. 257.

¹¹¹ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 596.

¹¹² Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 596; Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, *ob. cit.*, p.437; no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08-11-2001, Relator Henrique Antunes, pronunciou-se que “I – O património comum dos cônjuges constitui uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afetação, a lei concede certo grau de autonomia - embora limitada e incompleta

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira aderem à doutrina da propriedade coletiva e defendem que os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afetação, a lei concede certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de único direito sobre ela¹¹³.

O património coletivo é um património que pertence em comum aos cônjuges, isto implica que nenhum dos cônjuges terá direito a qualquer quota ou fração, tal como acontece na compropriedade¹¹⁴.

Enquanto que na compropriedade cada um dos cônjuges é titular de uma quota ideal sobre a coisa, sendo permitido ao comproprietário dispor na totalidade ou de parte da sua quota e podendo a todo o tempo requerer a divisão da coisa comum, nos termos do art. 1408.º, salvo tendo convencionado o contrário, tal como decorre do art. 1412.º do C.C., o mesmo não sucede na propriedade coletiva. Estamos perante uma comunhão sem quotas e, por isso, cada um dos titulares do património coletivo são sujeitos de um único direito, o qual não comporta divisão¹¹⁵.

A verdade é que a autonomia dos bens comuns em face dos bens próprios de cada um dos cônjuges é uma autonomia limitada, incompleta. A autonomia total existe quando uma certa massa de

- mas que pertence aos dois cônjuges, em bloco, sendo ambos titulares de um único direito sobre ela. II - Os bens comuns dos cônjuges constituem objeto não duma relação de compropriedade - mas duma propriedade coletiva ou de mão comum. III - Cada um dos cônjuges tem uma posição jurídica em face do património comum, posição que a lei tutela. Cada um dos cônjuges tem, segundo a expressão da própria lei, um direito à meação, um verdadeiro direito de quota, que exprime a medida de divisão e que virá a realizar-se no momento em que esta deva ter lugar. IV - O divórcio, que determina a cessação da generalidade das relações patrimoniais entre os ex-cônjuges, implica a partilha do casal, na qual, em princípio, cada um dos cônjuges recebe os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns, se os houver (art. 1689.º, n.º 1 do Código Civil). V - As relações patrimoniais entre os cônjuges cessam, pois, pela dissolução do casamento ou pela separação judicial de pessoas e bens (arts. 1688.º e 1795.º-A do Código Civil). VI - Cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, procede-se à partilha dos bens do casal (art. 1689.º, n.º 1 do Código Civil). VII - Cada cônjuge receberá na partilha os bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo previamente o que dever a esse património (art. 1689.º, n.º 1 do CC). VIII - A composição do património comum é, portanto, aquela que existia na data da proposição da ação e não em momento anterior, designadamente à data da separação de facto e só os bens existentes nesse momento - mas todos esses bens - devem ser objeto de partilha. IX - Dentre dos deveres patrimoniais dos cônjuges - que constituem um efeito patrimonial do casamento, que é, de resto, independente do regime de bens - sobressaem os que respeitam ao exercício dos poderes de administração e de alienação dos bens de cada um ou de ambos os cônjuges (arts. 1678.º e 1683.º do Código Civil). X - Constitui uma violação desses deveres patrimoniais a má administração de bens próprios do cônjuge não administrador ou de bens do casal (art. 1678.º, n.ºs 1, 2 e 3, 1ª parte, do Código Civil), ou a inobservância da regra da administração extraordinária conjunta dos bens comuns (art. 1678.º, n.º 3, 2ª parte, do Código Civil). XI - O cônjuge administrador dos bens comuns ou de bens próprios de um dos cônjuges responde pelos atos praticados com dolo em prejuízo do casal ou do outro cônjuge (art. 1681.º, n.º 1 do Código Civil). XII - O cônjuge que administra bens comuns ou próprios do outro está, em regra, isento da obrigação de prestar contas (art. 1681.º, n.º 1 do Código Civil). Contudo, o cônjuge administrador responde pelos danos causados pelos atos praticados, com dolo, em prejuízo do património comum ou do outro cônjuge (art. 1681.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil). XIII - Na fase da liquidação da comunhão cada um dos cônjuges deve conferir ao património comum tudo o que lhe deve. O cônjuge devedor deverá compensar nesse momento o património comum pelo enriquecimento obtido no seu património próprio à custa do património comum. XIV - Uma vez apurada a existência de compensação a efetuar à comunhão, procede-se ao seu pagamento através da imputação do seu valor atualizado na meação do cônjuge devedor, que assim receberá menos nos bens comuns, ou, na falta destes, mediante bens próprios do cônjuge devedor de forma a completar a massa comum. XV - Deve admitir-se um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges e a massa patrimonial comum sempre que um deles, no momento da partilha, se encontre enriquecido em detrimento do outro. Caso contrário verificar-se-ia um enriquecimento injusto da comunhão à custa do património de um dos cônjuges ou de um dos cônjuges à custa do património comum. XVI - Se um cônjuge utilizou bens ou valores comuns deverá, no momento da partilha, compensar o património comum pelo valor atualizado correspondente. A compensação devida será calculada no pressuposto de que o objeto do depósito deveria ser dividido por metade, pelo que a prova de uma diferente conformação das relações internas ficará a cargo do cônjuge que a invocar. XVII - Verificando-se, no momento da partilha, um enriquecimento dos patrimónios próprios dos cônjuges em detrimento do património conjugal comum ou deste relativamente àqueles, há lugar a compensações entre essas massas patrimoniais; o cônjuge que utilizou bens ou valores comuns deverá, no momento da partilha, compensar o património comum pelo valor atualizado correspondente; esses bens ou valores devem ser objeto de relação, de modo a permitir aquela compensação". Disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 15-04-2019.

¹¹³ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 596 e ss.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

bens só responde, e responde só ela, por determinadas dividas¹¹⁶.

Porém, os bens comuns não respondem só pelas dívidas comuns, mas também respondem, em casos excepcionais, pelas dívidas próprias. E, pelas dívidas comuns, respondem também, embora só subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (cfr. art. 1695.º C.C.)¹¹⁷.

Acresce que, há algumas dúvidas quanto à afirmação de que os bens comuns constituem uma comunhão conjugal sem quotas, isto porque, a própria meação nos bens comuns representa uma quota para cada cônjuge, nos termos dos arts. 1685.º, n.º 1 e 1730.º, n.º 2. Neste sentido, a natureza do património coletivo na comunhão conjugal é antes o regime da respetiva quota¹¹⁸.

Por outro lado, o art. 1730.º, n.º 1 do C.C., estabelece que “Os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso”.

Tal como afirma Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, em primeiro lugar, não se tratará de cada cônjuge ter um direito a metade de cada bem concreto do património comum, pois se assim fosse não estaríamos perante uma comunhão, nem perante um património coletivo. Assim, o direito a metade deve ser entendido no sentido de que cada cônjuge tem um direito ao valor de metade¹¹⁹.

Em segundo lugar, o nosso ordenamento rejeitou soluções de sistemas jurídicos conhecidos que admitem a estipulação de cláusulas de partilha desigual, tendo o legislador 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 contáveis¹²⁰.

O n.º 2 do art. 1730.º permite aos cônjuges, pelo facto de participarem necessariamente por metade no ativo e no passivo do património comum, fazerem doações ou deixas a terceiros por conta da sua meação. Como decorre do artigo, os cônjuges podem fazer doações ou deixas a terceiros e não entre os cônjuges. As doações entre os cônjuges só podem ter por objeto bens próprios do doador, conforme decorre do art. 1764.º, n.º 1 do C.C.

¹¹⁶ Ibidem, Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito...*, ob. cit., p. 258.

¹¹⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 600.

¹¹⁸ Ibidem; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p.259; Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito...*, ob. cit., p. 410.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

Posto, isto, debrucemo-nos sobre o estudo do regime de comunhão de adquiridos. Este regime de bens vigora como regime supletivo, à exceção de situações em que vigora o regime imperativo como regime convencional. Assim, o regime de comunhão de adquiridos vigora como regime supletivo quando os nubentes não celebrarem convenção antenupcial, e, por conseguinte, nada estipularam quanto ao regime de bens, bem como nas situações de caducidade, invalidade ou ineficácia da mesma, tal como prevê o art. 1717.º. Por outro lado, vigora como regime convencional, quando tiver sido fixado pelos nubentes, em convenção antenupcial válida.

A verdade é que, os nubentes não necessitam de celebrar convenção antenupcial para que vigore este regime, neste sentido só celebraram convenção com intuito de adotar um regime misto, que tome por base a comunhão de adquiridos mas com determinadas alterações ou no intuito de incluir outros contratos, como, por exemplo, uma compra e venda, uma perfilhação ou uma renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge¹²¹.

O regime da comunhão de adquiridos caracteriza-se, conforme resulta dos arts. 1722.º a 1731.º do C.C., pela existência de um património constituído por bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges, considerando-se comuns os bens adquiridos depois do casamento a título oneroso e próprios os bens adquiridos e levados para o casamento bem como os adquiridos a título gratuito na constância do casamento.

Assim, são considerados bens comuns os bens descritos nos arts. 1724.º e 1726.º, pelo que são estes artigos que, essencialmente, nos dizem quais são os bens comuns.

Nestes termos, estabelece o art. 1724.º, al. a) que é considerado bem comum “o produto do trabalho dos cônjuges”.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira consideram como “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

¹²¹ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 594 e 644.

que se realizam nas competições desportivas ou em concursos televisivos”¹²².

Nos termos da al. b), do mesmo artigo, são ainda bens comuns “os bens adquiridos na constância do matrimónio, que não sejam excetuados por lei”. Segundo esta alínea, em regra, são comuns os bens adquiridos a título oneroso, pelos cônjuges na constância do matrimónio. Contudo, o art. 1722.º, n.º 1, al. b), excetua da comunhão, os bens que os cônjuges adquiram depois do casamento por sucessão ou doação. Porém, os bens havidos por meio de doação ou de herança testamentária de terceiro entram na comunhão, desde que não integrem a legítima, se o autor da liberalidade tiver determinado a sua comunicabilidade quando a liberalidade for feita em favor dos dois conjuntamente (art. 1729.º). Os bens doados por um cônjuge ao outro, salvo acordo em contrário são próprios, tal como decorre dos arts. 1764.º, n.º 2 e 1757.º do C.C.¹²³.

São ainda considerados bens comuns, os frutos e rendimentos dos bens próprios e o valor das benfeitorias úteis feitas nestes bens. Conforme decorre dos arts. 1728.º, n.º 1 e 1733.º, n.º 2, estes bens são considerados comuns. A noção de frutos decorre do art. 212.º, n.º 1 do C.C., segundo a qual é fruto tudo o que se produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância, a qual abrange os 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 (art. 212.º, n.º 2). No caso das benfeitorias, só as que assumam o carácter de benfeitorias úteis é que se comunicam, como por ex. o da edificação de um imóvel, durante o casamento, com dinheiro comum, num terreno próprio de um dos cônjuges¹²⁴.

No caso dos bens móveis, estes são comuns, salvo prova em contrário, presumindo-se a sua comunhão sempre que os cônjuges não consigam fazer prova do contrário, conforme art. 1725.º. Prova essa que se torna difícil pois são bens que se adquirem com frequência e, regra geral, sem documentação¹²⁵.

¹²² Ibidem. Jorge Duarte Pinheiro refere que “alguns autores invocam o preceito para defender que tem 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 de poupança-reforma, e as indemnizações, por qualquer causa, que tenham na sua base uma intenção de compensar a diminuição ou capacidade de ganho”. Contudo, do art. 1699.º, n.º 1, al. d), decorre a incomunicabilidade dos bens mencionados: a pensão e os complementos de reforma constituem direitos estritamente pessoais, que são excetuados da comunhão pelo art. 1733.º, n.º 1, al. c), parte final; as indemnizações ou capitais de seguros que visam compensar a perda de capacidade para o trabalho são bens próprios, nos termos do art. 1733.º, n.º 1, als. d) e e)”. Admitindo contudo que o “cônjuge estará obrigado a compensar o património comum se, para obter as referidas prestações, tiver contribuído com bens comuns, por exemplo, com parte do seu salário”, conforme arts. 1722.º, n.º 2, 1725.º, n.º 2, 1727.º e 1728.º, n.º 1. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 413 e 414.

¹²³ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 638 ss.; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 414.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

De acordo com o art. 1726.º, n.º 1, 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 aplicações¹²⁶. Ora, este artigo estabelece situações em que os bens tanto podem adotar a natureza de bens comuns como a natureza de bens próprios. Assim, a norma apresenta como solução para distinção entre bens comuns e bens próprios, a prestação que revestir a natureza mais valiosa na aquisição de determinado bem. Deste modo, os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios e noutra parte com dinheiro ou bens comuns revestirão a natureza da mais valiosa das duas prestações, havendo, contudo, lugar a compensações entre patrimónios, conforme determina o n.º 2, do artigo.

Pode, ainda, ser considerado património comum “os bens sub-rogados no lugar de bens comuns, nos termos gerais do princípio da sub-rogação real”. Neste regime de comunhão, “todo o bem que entra no casal em substituição de um bem anterior presume-se comum (art. 1724.º, al. b))”. Contudo, as dificuldades surgem quando há sub-rogação por entrada de outro bem diferente, como é no caso da “simples transformação das espécies monetárias num depósito à ordem, até às modernas e sofisticadas aplicações financeiras, passando pela aquisição de títulos obrigacionistas, em que pode hesitar-se em dizer que há um bem novo que entra no lugar do anterior”¹²⁷.

Ora, decorre do art. 1723.º que conservam a qualidade de bens próprios, os bens adquiridos por meio de troca direta com bens próprios de um dos cônjuges; “o preço dos bens próprios alienados”; e os “bens adquiridos ou benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges”.

O art. 1723.º enuncia várias modalidades em que a sub-rogação pode operar. Nos casos da al. a) e b) prevê-se casos em que a sub-rogação real é direta, ou seja, numa situação o bem é obtido por

¹²⁶ 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 ao património comum (art. 1726.º, n.º2)” Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família... ob., cit.*, p. 419. 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.” Cfr. Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito... ob. cit.*, p. 619. 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.” Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 431.

¹²⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito... ob. cit.*, p. 642.

troca direta com um bem próprio de um dos cônjuges, na outra situação o bem é obtido por troca do preço do bem próprio alienado, havendo como contrapartida uma quantia pecuniária. Nestas situações, o legislador não estabeleceu a necessidade de provar a existência da sub-rogação, já que opera automaticamente, ou seja, resulta diretamente da interdependência que liga a alienação de um objeto à aquisição do outro¹²⁸.

O mesmo já não resulta da al. c) do art. 1723.º, aí a conexão entre a aquisição e a perda não é tão clara, como acontece, por exemplo, em situações em que se adquire um bem à custa de capitais próprios disponíveis; ou em situações que se adquire uma coisa com dinheiro ou valores provenientes da alienação de outra; ou ainda em situações que se realizam benfeitorias com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges. Nestas situações a relação de conexidade tem de expressamente constar do documento de aquisição ou de documento equivalente com intervenção de ambos os cônjuges, conforme prevê a respetiva alínea¹²⁹.

A razão de ser, da exigência da menção sobre a origem do dinheiro ou dos valores utilizados no documento de aquisição, é proporcionar segurança nas expectativas que os terceiros possam vir a criar sobre a atribuição de determinado bem como próprio ou comum¹³⁰.

Enquanto, que nas als. a) e b) do art. 1723.º, a sub-rogação opera automaticamente sem imposição de qualquer exigência, o mesmo não sucede com a al. c), limitando assim a autonomia privada dos cônjuges. Nos dias de hoje, é frequente a venda de um imóvel próprio de um dos cônjuges e com o dinheiro recebido adquirir posteriormente um outro imóvel. Nestes casos, o bem adquirido deveria manter a natureza do bem ou valor utilizado na aquisição deste¹³¹.

É no momento da dissolução do casamento e partilha do património, que as formalidades impostas pela al. c) do art. 1723.º têm gerado divergências, pois existe alguma controversa doutrinal sobre as consequências da inobservância dos requisitos exigidos pela norma, ou seja, menção da proveniência do dinheiro ou valores no documento de aquisição ou equivalente, e intervenção de ambos os cônjuges.

O sentido atribuído a esta disposição legal, referente ao regime da sub-rogação real indireta de

¹²⁸ Adriano Paiva, *A Comunhão de Adquiridos...*, ob. cit., p. 162.

¹²⁹ Idem, *Ibidem*.

¹³⁰ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 611.

¹³¹ Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos...*, ob. cit., p. 164 e ss.

bens próprios nos regimes de comunhão, “não tem sido unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Trata-se de uma discussão que remonta à vigência do Código anterior”¹³², originando duas teses que se defrontam quando os requisitos não estão presentes no documento que titula o negócio aquisitivo, em caso de sub-rogação real indireta.

Pires de Lima e Antunes Varela atribuem ao art. 1723.º, al. c), uma função probatória. Para estes autores “só a intervenção simultânea dos cônjuges no documento onde se menciona a proveniência dos meios com que a aquisição foi efetuada garante capazmente a veracidade da declaração”¹³³.

Acrescentam, ainda, os Autores que “A falta de menção da proveniência do dinheiro ou valores com que a aquisição seja feita constitui presunção *jure et jure* de que estes meios são comuns, não só para o efeito da qualificação dos bens adquiridos, mas também para o acerto das relações entre o património comum e o património próprio de cada cônjuge”¹³⁴.

Neste sentido, para os defensores desta tese, o mecanismo da sub-rogação real indireta apenas opera quando conste do documento de aquisição, todos os requisitos exigidos pela norma. Contudo, enquanto Pires de Lima e Antunes Varela entendem que o cônjuge não terá possibilidade de recuperar o prejuízo sofrido pela omissão das formalidades, não cabendo, por conseguinte, um crédito de compensação sobre o património comum ao cônjuge adquirente, Rita Lobo Xavier não partilha da mesma opinião. A autora defende que “o cônjuge empobrecido poderá tentar provar a contrariedade à lei para fundar o seu direito – ou o do património comum – a uma compensação”¹³⁵.

Em suma, para os defensores desta tese, a falta de menção de um dos requisitos estabelecidos pela norma, implica que o bem adquirido se considera bem comum, independentemente de ter sido adquirido à custa de um bem próprio de um dos cônjuges.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira defendem que o cônjuge pode socorrer-se de quaisquer meios de prova para demonstrar a natureza do bem próprio, ainda que a produção de prova esteja dependente do interesse de terceiros, privilegiando a razão de ser da norma. Para os autores “Sendo uma ideia de proteção de terceiros que justifica a especial exigência do art. 1723.º, al. c), cremos que

¹³² Idem.

¹³³ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, *ob. cit.*, p. 426.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, *ob. cit.*, p. 368; Cristina Dias, “Bens sub-rogados no lugar de bens próprios: omissão no título aquisitivo das menções constantes do art. 1723.º, alínea c) do Código Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 51, 2015, pp. 83 e ss.

tal só deverá aceitar-se onde o interesse de terceiros o exigir. Não estando em causa o interesse de terceiros mas única e simplesmente o dos cônjuges, nada parece impedir que a conexão entre os valores próprios e o bem adquirido seja provada por quaisquer meios”¹³⁶.

Jorge Duarte Pinheiro considera a segunda tese a mais adequada. “O art. 1723.º, al. c), ao fazer depender de um requisito formal a qualificação como próprios dos bens adquiridos ou das benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, tem em vista exclusivamente a proteção de terceiros. De facto, a disciplina do preceito não se adequa ao plano das relações entre cônjuges. Admitir que um bem adquirido com dinheiro ou valores próprios seja considerado um bem comum (...) equivale a admitir uma transferência, a título gratuito (...)”¹³⁷.

Assim, para os defensores desta tese estando em causa interesses de terceiros, a falta de menção de proveniência dos valores com a intervenção de ambos os cônjuges constitui uma presunção de que os bens são comuns. Estando em causa, apenas, os interesses dos cônjuges admitem a possibilidade de o cônjuge poder por qualquer meio fazer prova da conexão entre os valores próprios e o bem adquirido.

Por outro lado, Adriano Paiva defende, “pelo contrário, a possibilidade de o cônjuge adquirente poder sempre provar que o bem foi adquirido à custa do seu património próprio”. Deste modo, se o cônjuge conseguir fazer prova que adquiriu determinado bem com dinheiro ou valores próprios, esse bem deve ser considerado próprio. Adriano Paiva considera que “o não cumprimento dos requisitos previstos no art. 1723.º, al. c), não pode impedir a modificação desta qualificação”¹³⁸.

Em 2015, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu um Acórdão Uniformizador de Jurisprudência sobre a matéria, na sequência de dois recursos de revista em que a questão fundamental de direito se prendia “com a natureza de bem próprio de um dos cônjuges ou comum do casal, em função da não observância do preceituado no art. 1723.º, alínea c).” O *thema decidendum* seria “saber se o bem imóvel comprado, na constância do casamento com dinheiro que era próprio de um dos cônjuges, sem que o cônjuge titular dos meios utilizados comparecesse na escritura de compra e venda, mas apenas o seu consorte, e não constando qualquer menção sobre a proveniência do dinheiro ou valores utilizados no negócio aquisitivo, mantinha a natureza de bem próprio, ou se, por força da omissão das

¹³⁶ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 611.

¹³⁷ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, *ob. cit.*, p. 417.

¹³⁸ Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos...*, *ob. cit.*, p. 191 e 192.

menções previstas naquele normativo, deveria ser considerado bem comum do casal”¹³⁹.

Tendo o Supremo Tribunal Justiça decidido, em conformidade com a defesa da segunda tese, ou seja, que “Estando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do art. 1723.º, c), não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios, feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal”¹⁴⁰.

No que concerne aos bens considerados próprios depreende-se os mesmos dos arts. 1722.º, 1723.º e 1726.º a 1729.º do C.C.

Conforme decorre da al. a) do n.º 1 do art.º 1722.º, são bens próprios os bens que os cônjuges levam para o casamento. Assim, consideram-se bens próprios os bens de que eram proprietários e os direitos de que eram titulares ao tempo da celebração do casamento. Apesar de ser simples determinar se os bens imóveis são próprios ou comuns, o mesmo já não se pode dizer quanto aos bens móveis que se adquirem sem dependência de formalidades, determinando o art. 1725.º, que em caso de dúvidas sobre a natureza dos bens móveis, presume-se que são comuns¹⁴¹.

São igualmente bens próprios, os que constam da al. b) do mencionado artigo, ou seja, os bens que advierem a cada cônjuge por sucessão ou doação, salvo se o doador ou testador tiver determinado que a liberalidade foi feita em favor dos dois cônjuges conjuntamente, conforme art.º 1729.º C.C.¹⁴².

De acordo com a al. c) do art.º 1722.º do C.C., são igualmente próprios os bens adquiridos na constância do matrimónio por direito próprio anterior. Nestes termos são próprios os bens adquiridos, como tais, depois do casamento, mas em virtude de direito próprio, anterior ao matrimónio. Consideramos que a aquisição destes bens não resulta de um esforço conjunto do casal devendo, assim, escapar à massa comum e pertencer apenas ao cônjuge que os fez entrar para o casamento¹⁴³.

¹³⁹ Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2015 do STJ de 02/07/2015, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 594 e 644; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 414 e ss.

¹⁴² Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 414 e ss.

¹⁴³ Ibidem.

A letra da lei do artigo 1722.º, n.º 2 do C.C., revela-nos com os dizeres “*Consideram-se, entre outros...*”, que estamos perante uma enumeração meramente exemplificativa de bens que se consideram adquiridos na constância do matrimónio, mas que são próprios por virtude de direito próprio anterior, dando-nos como exemplo os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos (p. ex. heranças indivisas) partilhados posteriormente à sua celebração; os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento e 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 casamento¹⁴⁴.

Segundo o art.º 1723.º, são igualmente próprios os bens sub-rogados no lugar de bens próprios, se não for afetado os interesses de terceiros. Na eventualidade de estar em risco a posição de terceiros o bem adquirido será comum, tendo o cônjuge direito a uma compensação sobre o património comum¹⁴⁵.

E conforme já expusemos são próprios os bens adquiridos maioritariamente com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges, tal como decorre do art. 1726.º, n.º 1. De acordo com o art. 1727.º do C.C., a parte adquirida em bens indivisos pelo cônjuge que dele for comproprietário fora da comunhão íntegra, igualmente, o património individual de um dos cônjuges, bem como os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, que não possam considerar-se como frutos destes (art. 1728.º, n.º 1) e ainda os bens que constam do elenco do art. 1733.º, n.º 1 do C.C.

Como vimos, a união de vida de um casal origina “uma acentuada comunhão patrimonial”, não só no regime de comunhão de adquiridos, mas também nos outros regimes de bens. Essa comunhão de vida dos cônjuges cria um dever de solidariedade de cada um dos cônjuges contribuir para a economia familiar, para não só fazer face às despesas de cada um, mas também para fazer face a dívidas.

Em qualquer regime de bens (comunhão de adquiridos, separação de bens ou comunhão geral) há dívidas que são contraídas por apenas um dos cônjuges, mas que responsabilizam ambos os

¹⁴⁴ Conforme Jorge Duarte Pinheiro, “Embora não estejam incluídos no elenco cabem também na categoria dos bens adquiridos por virtude de um direito próprio anterior, nomeadamente, os bens adquiridos depois do casamento por causa de negócios aleatórios celebrados antes dele (p.e., o dinheiro de um boletim de totoloto registado antes do casamento, mas premiado depois) e os bens adquiridos por força de uma condição ou termo, verificada durante o casamento, que foi inserida num contrato celebrado anteriormente.” Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 415.

¹⁴⁵ Idem.

cônjuges. Há, por isso, uma verdadeira comunicabilidade da dívida ao cônjuge que não a contraiu, por força do casamento celebrado entre ambos.

O princípio geral em matéria de legitimidade para contrair dívidas é o de que qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro, conforme prevê o art. 1690.º C.C.

Assim, são dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges, as previstas no art. 1691.º do C.C.

As dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges em conjunto, ou por um deles, mas com o consentimento do outro.

Nos termos da al. b), as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para suportar os custos correntes da vida familiar.

Por outro lado, as dívidas contraídas, após a celebração do casamento e enquanto o casamento subsistir, pelo cônjuge administrador do bem, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração. Acresce que o credor que estiver interessado em qualificar a dívida como dívida que responsabiliza ambos os cônjuges é que terá que alegar e provar (ónus da prova) que a dívida foi contraída em proveito comum do casal, não havendo presunção do proveito comum do casal (1691.º, n.º 3 C.C.).

As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, no exercício da sua atividade empresarial, as designadas dívidas comerciais dos cônjuges, quer seja através da exploração de uma sociedade comercial (sociedade por quotas, sociedade unipessoal por quotas, sociedade anónima), quer seja por ser empresário em nome individual, ou por ser trabalhador independente (recibos verdes)..., salvo se vigorar entre os cônjuges o regime da separação de bens ou se um dos cônjuges conseguir alegar e provar que a dívida não foi contraída em proveito comum do casal¹⁴⁶.

¹⁴⁶ O que, no entendimento de Cristina Dias, "não obsta a que o credor venha provar que a dívida contraída, mesmo no regime de separação de bens e no exercício do comércio, se destinou a satisfazer os encargos normais da vida familiar ou foi contraída pelo cônjuge administrador em proveito comum, para efeitos de responsabilização de ambos os cônjuges, nos termos do art. 1691.º, n.º 1, als. b) e/ou c) . Parece-nos que a possibilidade de responsabilizar o outro cônjuge casado em regime de separação de bens, nos termos das als. b) e/ou c) do n.º 1 do art. 1691.º, mesmo pelas dívidas previstas e excluídas pela al. d) no regime de separação, dependerá sempre do caso concreto. O que não compreendemos é o privilégio concedido ao comércio nos regimes de comunhão, tanto mais que nenhuma outra profissão goza do mesmo benefício. Nos regimes que não o de separação de bens, o cônjuge não comerciante (ou do comerciante) está confrontado com uma dupla presunção se quiser defender-se da sua responsabilidade (se bem que a defesa contra a primeira exclua a necessidade de recurso à segunda, por iniciativa própria). Em primeiro lugar, poderá ilidir a presunção de que a dívida comercial do cônjuge comerciante foi contraída no exercício do seu comércio (art. 15.º do Cód. Comercial). Feita a prova contrária, excluída estará a sua responsabilidade que resultava do art. 1691.º, n.º 1, al. d). Mas, em segundo lugar, mesmo que não logre ilidir essa presunção, e se vier a apurar que a dívida foi contraída no exercício do comércio, poderá ainda ilidir a presunção implícita de que ela foi contraída em benefício do casal, provando que, pelo contrário, ela não foi contraída em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d)). Por outro lado, e em terceiro lugar, pode acontecer que, tendo o cônjuge ilidido a primeira

Esta alínea conjuga-se com o disposto no art. 15.º do Código Comercial que nos diz que “as dívidas comerciais do cônjuge comerciante presumem-se contraídas no exercício do comércio” Ora, estamos perante uma ampliação do âmbito da garantia patrimonial concedida aos credores daqueles que exercem o comércio¹⁴⁷.

E ainda, as dívidas consideradas comunicáveis nos termos do art. 1693.º, n.º 2, ou seja, as dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respetivos bens tenham ingressado no património comum (nomeadamente, por os cônjuges terem estipulado o regime da comunhão geral de bens ou uma cláusula de comunicabilidade de certos bens adquiridos a título gratuito). Nestas dívidas cabem não só as obrigações em sentido estrito, como também os encargos da liberalidade e as obrigações e ónus reais ¹⁴⁸.

O n.º 2 do mencionado artigo refere que vigorando o regime da comunhão geral comunicam-se ainda as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges em proveito comum do casal.

Por fim, o art. 1694.º, n.º 1, retrata as dívidas que oneram bens comuns, as quais responsabilizam ambos os cônjuges, sendo que o regime é o mesmo quer as dívidas respeitem ao momento anterior ou posterior ao casamento. Quanto às dívidas que oneram bens próprios, afirma-se que são da exclusiva responsabilidade do cônjuge titular desse bem¹⁴⁹.

Já quanto às dívidas que são da exclusiva responsabilidade do cônjuge que a contraiu, entre outras, prevê o art. 1692.º, na al. a), as dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, por cada um dos cônjuges sem o consentimento do outro, fora dos casos indicados nas al. b) e c) do n.º 1 do art. 1691.º; na al. b) as dívidas que resultem de responsabilidade criminal ou responsabilidade civil de cada um dos cônjuges, salvo algumas exceções e ainda na al. c) as dívidas previstas no art. 1694.º, n.º 2, regulando as dívidas que oneram bens próprios de um dos cônjuges.

Quanto aos bens ou património que respondem pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges, prevê o art. 1695.º do C.C, que no regime de comunhão de adquiridos (regime supletivo) e no regime de comunhão geral, as dívidas que são da responsabilidade de ambos os

presunção, provando que a dívida não foi contraída no exercício do comércio do cônjuge comerciante, o credor venha ainda provar (e aí o ónus é dele) que a dívida foi praticada em proveito comum ou para ocorrer aos encargos normais da vida familiar, obtendo a responsabilidade de ambos, já não por força da referida al. d), mas face às als. b) e/ou c) do n.º 1 do mesmo art. 1691.º.” Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, ob. cit., p. 180 ss.

¹⁴⁷ Vasco da Gama Xavier, “Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges”, *Separata da RDES*, ano XXIV, Outubro-Dezembro 1980, p. 8.

¹⁴⁸ Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, ob. cit., p. 190 e ss.

¹⁴⁹ Ibidem.

cônjuges são pagas primeiro com os bens comuns do casal e, só na sua falta ou insuficiência, é que podem ser pagas, solidariamente, com os bens próprios de qualquer dos cônjuges.

Assim, nas palavras de Cristina Dias, “na falta ou insuficiência de bens comuns respondem, subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges e, vigorando um dos regimes de comunhão, respondem solidariamente”¹⁵⁰

Nos regimes de comunhão, respondem pelas dívidas de ambos os cônjuges os bens comuns, que integram um verdadeiro património coletivo, especialmente afetado à satisfação das necessidades da sociedade conjugal. Na falta ou insuficiência de bens comuns respondem, subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges e respondem solidariamente podendo o credor agredir indiferentemente o património próprio de qualquer dos cônjuges¹⁵¹.

A ideia da comunicabilidade da dívida (responsabilizando ambos os cônjuges) tem subjacente o facto de a mesma beneficiar ou poder beneficiar ambos os cônjuges e, com a comunicabilidade, proteger o credor que em vez de um só devedor tem dois¹⁵².

Por fim, quanto aos bens ou património que respondem pelas dívidas que são da responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges, prevê o art. 1696.º do C.C. que pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.

Este artigo determina quais os bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, que embora válido para todos os regimes de bens, é, na verdade, especialmente apontado para os regimes de comunhão. Assim, pelas dívidas contraídas nos regimes da comunhão respondem, em primeiro lugar, os bens próprios do cônjuge devedor e só subsidiariamente a sua meação nos bens comuns¹⁵³.

Porém, sucede que alguns bens respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor, é o que acontece entre outros bens, com o produto do seu trabalho, ou seja, os seus rendimentos (no regime de comunhão de adquiridos, o produto do trabalho é considerado um bem comum do casal).

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Ibidem.

Contudo, e como refere Cristina Dias, o facto de os bens comuns serem executados conjuntamente com os bens próprios do cônjuge devedor, por dívidas da exclusiva responsabilidade do cônjuge devedor, não faz com que deixem de ser bens comuns. O n.º 2 do art. 1696.º não refere que tais bens respondem como se fossem próprios, mas sim ao mesmo tempo que os bens próprios do devedor. Pelo que, haverá, assim, um pagamento de dívidas próprias com bens comuns e, conseqüentemente, um prejuízo do outro cônjuge que terá de ser compensado no momento da partilha do casal. Acrescente-se que os bens deste n.º 2 respondem integralmente, ou seja, podem ser executados na sua totalidade, ao passo que no n.º 1 daquele artigo os bens comuns só respondem dentro da meação do cônjuge devedor¹⁵⁴.

6.2 Regime de Comunhão geral

Este regime vigora quando os nubentes o fixam como regime convencional, a não ser que estejamos perante um dos casos, já aqui abordados, de regime imperativo, em consonância com o disposto nos arts. 1720.º, n.º 1, e 1699.º, n.º 2, bem como vigora como regime supletivo, relativamente aos casamentos celebrados até 31 de maio de 1967¹⁵⁵.

O regime da comunhão geral de bens caracteriza-se, tal como resulta do art. 1732.º do C.C., pelo facto de o património comum ser constituído por todos os bens, presentes e futuros dos cônjuges que não sejam excetuados por lei.

Neste regime não temos de fazer uma distinção entre bens presentes (bens levados para o matrimónio; bens cujo título de aquisição é anterior à data do casamento) e bens futuros (bens adquiridos depois do matrimónio), nem entre bens adquiridos a título gratuito dos bens adquiridos a título oneroso, pois, tal como resulta da denominação do regime, estamos perante uma comunhão geral, na qual o património comum é constituído pelos bens levados pelos nubentes para o casamento ou por eles adquiridos na constância do matrimónio.

Pese embora o património comum deste regime ser constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excetuados por lei, e apesar de ser um património comum muito mais extenso do que na comunhão de adquiridos, a verdade é que não significa que não haja bens próprios. Os bens incomunicáveis, previstos no art. 1733.º, não integram a massa patrimonial comum,

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 643 e 644.

sendo contudo, comuns os frutos desses bens comunicáveis, assim como as benfeitorias realizadas nos mesmos, tal como refere n.º 2 do mencionado artigo¹⁵⁶.

Sendo este um regime de comunhão, estabelece a lei, mais concretamente no art. 1734.º do C.C., que são aplicáveis à comunhão geral de bens, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à comunhão de adquiridos. Portanto, aplica-se ao regime da comunhão geral o que referimos na comunhão de adquiridos quanto à natureza jurídica da comunhão e quanto à participação dos cônjuges no património comum, sobre os bens sub-rogados no lugar de bens próprios, os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges, e, noutra parte, com dinheiro ou bens comuns, os bens indivisos adquiridos, em parte, por um dos cônjuges que deles já tinha uma outra parte; bem como se aplica ao regime da comunhão geral o que referimos na comunhão de adquiridos quanto aos bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios e quanto à responsabilidade por dívidas.

6.3 Regime de Separação de bens

Como já oportunamente referimos, o regime da separação de bens vigora como regime imperativo ou convencional. Assim, vigora como regime imperativo nas situações previstas no art. 1720.º do C.C., e como regime convencional quando os nubentes fixam em convenção antenupcial¹⁵⁷.

Com a celebração do casamento, quer porque tenham optado pelo regime quer porque tenha sido imposto aos nubentes, a verdade é que nos termos do art. 1735.º, cada um deles conserva o domínio e a fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente. Com este regime, não há bens comuns, havendo uma separação de bens e de administração dos mesmos.

Contudo, não existe uma liberdade total quanto à administração e disposição de bens, pois o legislador entendeu que, nas situações previstas no art. 1682.º – A, n.º 2, do C.C., referentes à prática de atos que impliquem a oneração, alienação e arrendamento da casa de morada de família, e nas situações previstas no art. 1682.º do C.C., referentes aos móveis utilizados conjuntamente na vida do lar ou como instrumento de trabalho e aos móveis pertencentes ao cônjuge que não administra, carecem do consentimento de ambos.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ 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 (art. 1762.º).

Por outro lado, apesar de não haver bens comuns, pode haver bens que pertençam a ambos os cônjuges, em compropriedade. Os bens adquiridos pelos cônjuges em compropriedade podem, nos termos do art. 1412.º, ser sujeitos a divisão, em processo de divisão de coisa comum, seguindo os termos do art. 1052.º e ss. do C.P.C.¹⁵⁸.

Neste regime, como não existem bens comuns, cada bem ou é da exclusiva propriedade de um dos cônjuges ou é da exclusiva propriedade do outro. Por isso, cada cônjuge responde pelas dívidas que contraiu e quanto às dívidas que são responsabilidade de ambos os cônjuges, responde o património próprio dos dois cônjuges, em regime de conjunção de acordo com a regra geral do art. 513.º do C.C. e não em regime de solidariedade, a menos que, voluntariamente, se tenham obrigado como devedores solidários. Assim, cada um deles responde apenas pela parte da dívida que lhe compete ou pela parte do remanescente dela que lhe toque, na hipótese de uma parte da obrigação ter sido paga por bens de que ambos fossem titulares¹⁵⁹.

No regime de separação de bens, sendo a dívida comum, não só respondem os cônjuges conjuntamente como o credor pode não obter o pagamento integral do seu crédito se um dos cônjuges não tiver bens¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 645.

¹⁵⁹ Cristina Dias, *Do Regime da Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 223 ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

III CAPÍTULO

CONVENÇÃO ANTENUPCIAL

“As convenções matrimoniais são os principais atos de autonomia privada de que os cônjuges dispõem para regular as recíprocas relações patrimoniais de forma personalizada”¹⁶¹.

1. Introdução

As convenções matrimoniais surgem como resultado do exercício da autonomia privada no âmbito matrimonial e como manifestação da liberdade convencional dos nubentes e dos cônjuges, na conformação dos efeitos matrimoniais decorrentes da celebração de um contrato de casamento¹⁶².

A autonomia privada surge como um instrumento de exercício de liberdade, contra o Estado, na configuração jurídica das relações de índole patrimonial de que os sujeitos jurídicos são parte, assumindo uma função criadora das normas jurídicas que pretendem que se lhes apliquem, na celebração de negócios jurídicos¹⁶³.

Como vimos, na evolução histórica, por razões de uso, costume, ideais religiosos e também pelo próprio poder, no sentido de quem o detinha e enquanto poder do Estado, o espaço reconhecido às partes para autonomamente conformarem as relações familiares era muito diminuto¹⁶⁴, e em algumas épocas era mesmo inexistente em relação à mulher. As limitações impostas à liberdade contratual dos cônjuges e dos futuros cônjuges não foram sempre idênticas, nem se fundaram nas mesmas razões, nem visaram as mesmas finalidades ao longo dos tempos¹⁶⁵.

Nos dias de hoje, como veremos, muitas das limitações impostas à autonomia privada dos cônjuges se prendem com a necessidade de proteção dos interesses de terceiros¹⁶⁶.

2. Autonomia da Vontade – Breve Referência

Quando falamos de autonomia da vontade atribuímos-lhe diversas denominações, como se fossem sinónimas, designando por autonomia privada, autonomia contratual, autonomia negocial,

¹⁶¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à..., ob. cit.*, p. 500.

¹⁶² Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 27 e ss.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Rita Lobo Xavier, *Limites à..., ob. cit.*, p. 40.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

liberdade de contratar, liberdade negocial, apesar de haver uma conexão entre elas, cada uma tem os seus próprios caracteres¹⁶⁷.

A autonomia privada é o poder que é concedido, pela ordem jurídica, à pessoa humana de administrar a sua vida, consoante a sua própria vontade e dentro dos limites impostos pelo Direito. Sendo a Constituição o instrumento para a realização da dignidade da pessoa, é também o mecanismo de proteção, que limita e que garante, dentro da dimensão da própria liberdade, a autonomia privada de cada um¹⁶⁸.

Deste modo, a autonomia privada assume um duplo aspeto, o de autonomia negocial, como o poder conferido à pessoa de regular os seus interesses, celebrando negócios jurídicos e o de autonomia existencial, no sentido de a pessoa ter liberdade para seguir o seu caminho. Por outro lado, a autonomia da vontade é o lado subjetivo da autonomia privada, é a autonomia da vontade que determina os efeitos jurídicos pretendidos pela pessoa, é a vontade o elemento impulsionador de querer ou não agir na celebração de um negócio jurídico¹⁶⁹.

No que concerne aos efeitos patrimoniais do casamento, os quais sujeitam-se ao regime convencionado pelos cônjuges, o Direito Português estabelece, como regra, o princípio da autonomia da vontade.

A Comissão Europeia sobre Direito da Família (CEFL), reconhece de tal forma a necessidade dos cidadãos europeus regularem a sua vida de acordo com as suas necessidades e vontades, tendo em conta a crescente mobilidade das pessoas entre os Estados-membros da União Europeia, que privilegiou a liberdade e a autonomia das partes ao estabelecer os princípios do Direito da Família Europeu. Com esta deliberação, a Comissão tem como objetivo reduzir a intervenção dos Estados nas relações pessoais familiares, dentro dos limites admissíveis, permitindo aos cidadãos europeus maior liberdade na conformação das suas vidas. “Corresponde por isso ao legislador adotar certo ponderado retraimento ao regulamentar o direito da família. Não pode garantir, através de preceitos legais, o cumprimento dos fins da sociedade familiar; tem de conformar-se com estimular os referidos fins e manter-se afastado do que a eles se oponha”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10 Ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 226 e 227; Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 17.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Pedro de Albuquerque, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986 pp. 160 e 161.

Assim, no que diz respeito ao reconhecimento da autonomia privada dos cônjuges na escolha do seu regime patrimonial, o nosso direito assenta sobre a harmonização de duas orientações. Nem os cônjuges são totalmente livres de dispor como quiserem as suas relações patrimoniais, nem a lei determina totalmente e de forma imperativa tais relações. O nosso direito associa intrinsecamente ao estatuto patrimonial dos cônjuges dois princípios primordiais: o da liberdade contratual e uma vez esta exercida, como acima expusemos, o da imutabilidade do regime de bens¹⁷¹.

A verdade é que, efetivamente, a nossa lei reconhece uma ampla liberdade no que diz respeito à escolha do regime de bens, porém após a celebração do casamento, a possibilidade de alteração do regime escolhido ou imposto por lei é imperiosamente coartada, ficando essa liberdade e autonomia da vontade muito aquém do objetivo da CEFL¹⁷².

Apesar de a lei reconhecer uma ampla liberdade na escolha do regime de bens, também prevê restrições, as quais não consubstanciam nem exigem grandes alterações, ao contrário do que acontece relativamente às restrições impostas à imutabilidade dos regimes de bens. Pois, não é de agora mas já da origem de tal princípio, que vários autores¹⁷³ reclamam alterações ao princípio da liberdade contratual nas relações entre pessoas casadas no que toca à imutabilidade dos regimes de bens, no sentido de ampliar essa liberdade à semelhança do que tem acontecido em países como a Espanha, a França, a Itália e na Alemanha, nos quais os cônjuges podem alterar as respetivas convenções antenupciais, desde que observadas determinadas condições, e celebrar entre si quaisquer espécies de contratos de natureza patrimonial.

3. Noção de Convenção matrimonial

A noção de convenção matrimonial surge “como uma construção conceptual agregadora de várias manifestações da autonomia privada, referentes ao casamento e baseadas no mútuo consenso

¹⁷¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 18 ss.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Pereira Coelho, já no seu manual de 1986 referia que a proteção de terceiros considerado com o motivo que mais poderia justificar o princípio da imutabilidade, perfilha grande parte do seu fundamento perante a possibilidade de ser organizado um sistema de publicidade, Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, edição policopiada, Coimbra, 1986, p. 465 e 466.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos referem que “É perfeitamente possível imaginar uma completa comunhão de vida entre duas pessoas, tanto no aspeto pessoal como no aspeto patrimonial, mas que não implique entre elas relações jurídicas praticamente diferentes daquelas que se estabelecem entre duas pessoas estranhas.” Propondo, de *iure constituendo*, a preferência por um regime de separação que será transformado efetivamente num regime de comunhão pelo bom entendimento entre os cônjuges. Por fim, segue o entendimento da generalidade dos autores, tanto em Portugal como nos outros países, para uma imutabilidade flexível e controlada. Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito...*, ob. cit., p. 243, 244 e 249.

O mesmo entendimento segue Pamplona Corte-Real, considerando “em tempo de afirmação da individualidade e paridade na relação conjugal”, “obsoleta” a regra da imutabilidade. Entendendo que a igualdade dos cônjuges tem como efeito “a suscetibilidade de reajuste do regime patrimonial (desde que se respeitem os critérios patrimoniais que concretizam a respetiva posição igualitária) reforçada pela livre contratação, admitida em regra entre os próprios cônjuges” Pamplona Corte-Real, *Direito da Família...*, ob. cit., p. 87 e nota 114, 130, 225.

dos sujeitos da relação matrimonial. (...) Aparecem como instrumento de comprovação da relação conjugal, (...) cuja potencialidade jurídica não se esgota no *status quo* do regime plasmado no direito ordinário”, e, por conseguinte, não fica preso a esse mesmo direito dado se suportar em princípios de liberdade e igualdade¹⁷⁴.

Deste modo, podemos dizer que apesar de a sua composição se fazer a partir de dados fornecidos pelo ordenamento jurídico, não estamos perante uma entidade legalmente tipificada, pois não está cingida apenas às espécies convencionais legalmente definidas¹⁷⁵.

Um dos elementos constitutivos da noção de convenção matrimonial, é o elemento subjetivo, como o elemento que identifica os sujeitos que originam a convenção matrimonial.

Independentemente de a convenção ser celebrada antes ou depois da celebração do casamento, os intervenientes da convenção matrimonial serão sempre os nubentes ou os cônjuges. É a qualidade daqueles que vão casar ou a qualidade de já casados, que funde a base da celebração desta convenção e é nessa qualidade que os outorgantes surgem para esse efeito, mesmo quando as previsões convencionais se reportam aos efeitos da futura dissolução daquela relação. A intervenção destes sujeitos, como outorgantes é elemento essencial da convenção matrimonial, os quais têm de intervir na referida qualidade de esposados ou cônjuges e só eles podem fazê-lo, sendo por isso parte “imprescindíveis e exclusivas” da convenção¹⁷⁶.

O que significa que apesar de a convenção matrimonial poder ter efeitos sobre terceiros, os mesmos não intervêm na celebração da convenção matrimonial. Acresce que, não basta a intervenção de um dos esposados/cônjuges, é necessária a intervenção de ambos como partes celebrantes para que se figure uma convenção matrimonial. Para estarmos perante a celebração de uma convenção matrimonial é necessário que o acordo seja celebrado pelos dois esposados/cônjuges, não sendo suficiente a exteriorização da vontade de apenas de um dos sujeitos, dado o carácter bilateral das convenções matrimoniais¹⁷⁷.

Além de este elemento subjetivo, para estarmos perante uma convenção matrimonial é necessária uma conexão juridicamente relevante que une os dois contraentes ou virá a uni-los que é a

¹⁷⁴ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, *ob. cit.*, p. 321 ss.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

relação matrimonial¹⁷⁸.

Nestes termos, o elemento objetivo fundamenta-se na necessária conexão entre a convenção com o contrato de casamento. Dependendo, assim, a eficácia da convenção matrimonial da constituição válida de uma outra relação contratual, ou seja, do casamento, quer já tenha sido constituído, quer venha de futuro a constituir-se¹⁷⁹.

O casamento surge como causa, como elemento objetivo, da convenção antenupcial. Contudo, este nexa não é qualidade suficiente, para que um contrato celebrado por ambos os sujeitos e ainda que relacionado com o casamento, se possa qualificar como convenção matrimonial. Além da ligação da Convenção matrimonial com o casamento é condição que o respetivo teor se relacione com a relação matrimonial, incidindo sobre os efeitos decorrentes da celebração do casamento, sobre as consequências jurídicas que advêm para os cônjuges da assunção do vínculo conjugal¹⁸⁰.

Existe, assim, uma ligação das convenções matrimoniais em relação ao casamento, que se revela a dois níveis, uma no que respeita ao “an” da produção dos efeitos convencionados e outro à própria definição do teor clausulado. Rute Teixeira Pedro denominou estes dois níveis, inspirada numa expressão de Michael Shultz, “*besondereren Rucckkoppelung*”¹⁸¹, de “*retroalimentação*”. A retroalimentação decretará que a “perspetiva jurídica das convenções matrimoniais se faça à luz dos atributos caracterizadores (designadamente a natureza duradoura) e dos princípios estruturantes da relação matrimonial (nomeadamente a matriz igualitária) segundo a nossa ordem jurídico-constitucional”¹⁸².

A convenção matrimonial surge como “instrumento de conformação dos efeitos jurídicos do casamento”, excluindo-se “as convenções sobre outras matérias que não possam qualificar-se como efeitos daquela particular espécie de relação familiar”¹⁸³.

Considerando os dois elementos da noção da convenção matrimonial, diremos com base nos mesmos que é “um acordo que é celebrado pelos esposados/cônjuges por causa do seu casamento e

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Michael Schultz, *Zivilgerichtliche Vertragskontrolle im Eherecht*, Göttingen, Cuvillier Verlag, 2008, p. 415, in Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 439.

¹⁸² Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 439.

¹⁸³ Ibidem.

tendo em vista a conformação direta dos efeitos da relação matrimonial que ele origina”¹⁸⁴.

Acordo esse que pressupõe sempre uma manifestação de vontade por parte de ambos os nubentes/cônjuges. “É necessário que haja coincidência de vontades dirigidas à produção de efeitos jurídicos do casamento”¹⁸⁵.

Nas palavras de Rute Teixeira Pedro “a conexão entre o acordo e o casamento integra a própria natureza das convenções matrimoniais, na medida em que as mesmas se referem aos efeitos que emergem do casamento. O fenómeno convencional não se destaca sob o ponto de vista jurídico, por força de uma circunstancial ou casual interseção entre a autonomia privada e o casamento, antes se autonomizando por uma substancial interpenetração entre o acordo e a relação matrimonial”. É deste enleio, que na verdade o elemento funcional da noção trata¹⁸⁶.

As convenções matrimoniais surgem como “entidades produtoras de normas configuradoras dos efeitos patrimoniais da relação matrimonial, como decorrência de um contexto propiciador a tal produção normativa onde pontifica o concurso de dois fatores”. Um referente ao crescimento da área de disponibilidade dos particulares sobre a relação e outro referente ao reconhecimento do acordo como critério privilegiado de definição de vários aspetos da relação, a qual é constituída por dois sujeitos que se manifestam num plano de igualdade¹⁸⁷.

Por conseguinte, a convenção matrimonial trata de “atos regulamentares, cuja relevância se acentuou, ultrapassando a fase preliminar da constituição da relação matrimonial, a partir do momento em que o acordo dos cônjuges passou a constituir, por indicação do legislador, nuns casos, e permissão legal em outros, um dos instrumentos centrais da conformação da vida familiar (conjugal)”. Entre nós a “autoconformação juridicamente relevante desta relação deixou de se circunscrever à celebração da convenção antenupcial regulada no art.º 1698.º e ss. e à escolha do regime de bens em sentido estrito que, ainda hoje, entre nós, apenas nela se pode fazer”¹⁸⁸.

À luz da ordem jusmatrimonial, a uniformização do desenvolvimento das relações matrimoniais da família conjugal prevê ou admite a elaboração de diversos acordos entre os cônjuges, os quais de

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem.

proveniência consensual, tem como objetivo organizar ou regular a relação matrimonial¹⁸⁹.

A Convenção matrimonial tem, assim, um carácter de um particular *“modello disciplinare”*¹⁹⁰, sendo um dos elementos que a permite distinguir das convenções antenupciais. Esse carácter de *“modello disciplinare”* faz com que as convenções matrimoniais se qualifiquem como figuras criadoras de *lex privata* que se aplicará aos cônjuges na relação matrimonial por eles encabeçada e no período contemporâneo ou posterior à sua vigência. Por conseguinte, na celebração não pode pleitear a vontade de outras pessoas que não aquelas que já celebraram ou se comprometeram a celebrar entre si o casamento cuja conformação as convenções matrimoniais operam¹⁹¹.

Para Rute Teixeira Pedro “A conformação convencional de que as convenções matrimoniais são expressão, não exclui a conformação legal, sendo relevante para as convenções atingir um equilíbrio entre a autonomia e a heteronomia na regulação do matrimónio”¹⁹².

Acrescenta ainda Rute Teixeira Pedro que “a celebração do contrato de casamento dá origem a uma relação jurídica que a lei continua a modelar, prevendo para a mesma, um regime onde se encontram ainda compreendidas normas de natureza imperativa que as partes não podem afastar. Mas, apesar dessa moldura jurídica que importa respeitar e dentro dela, dá-se, agora, ampla abertura à regulação convencional que é concretizada através das convenções matrimoniais”¹⁹³.

Assim os nubentes/cônjuges apesar de ter liberdade na estipulação das convenções matrimoniais não podem afastar normas imperativas, como por exemplo o dever de contribuição para os encargos da vida familiar. Os nubentes/cônjuges podem estipular de que forma é que cada um dos sujeitos irá contribuir para os encargos da vida familiar, não pode é cada um ou ambos dos sujeitos desvincular-se ou exonerar-se desse dever¹⁹⁴.

A composição regulamentadora ou normativa que a convenção matrimonial adquire vai depender da intenção ou da motivação que os sujeitos que a celebram, dentro dos limites constitucionais e legais vigentes, tenham para particularizar o regime jurídico aplicável ao casamento e de o harmonizar “às preferências individuais dos cônjuges e ao contexto (nomeadamente económico)

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Elena Bargelli, Franco Donato Busnelli, “Convenzione Matrimoniale”, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento IV, Varese, Guffrè Editore, 2000, p. 460, in Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 456.

¹⁹¹ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 456.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem.

em que a sua relação matrimonial” se irá desenvolver. Podendo as partes criar a disciplina jurídica que se lhes irá aplicar ou apenas concretizar normas que já estão preestabelecidas¹⁹⁵.

As convenções matrimoniais além de apresentar uma natureza normativa podem produzir outros efeitos de natureza real ou obrigacional. É o que sucede quando os nubentes/cônjuges acordam em que termos será preenchida a meação de cada um deles havendo cessação das relações pessoais e patrimoniais, produzindo a partilha a consumação de efeitos reais, e se, por ex., resultar do acordo a obrigação de um dos cônjuges ter de pagar tornas, produz, igualmente, a convenção matrimonial efeitos obrigacionais¹⁹⁶.

Por fim, e no que concerne ao elemento temporal, podemos afirmar que “as convenções matrimoniais são acordos, que em princípio se celebram durante a vigência do casamento ou antes da celebração do mesmo”, contudo, há situações como as convenções que respeitam ao regime de bens, ou seja, as convenções antenupciais, em que em “função do respetivo objeto, por imposição legal, só poderão ser celebradas precisamente num momento anterior à constituição da relação matrimonial”¹⁹⁷.

A única forma pela qual é consentido aos nubentes estipularem acordos sobre o regime de bens é pela celebração de convenção antenupcial. Da designação “convenção antenupcial” ressalta desde logo um princípio pré-nupcial, ou seja, a convenção antenupcial é celebrada em momento anterior à celebração das núpcias. Por outro lado, decorre das regras imperativas um outro princípio, o princípio da imutabilidade segundo o qual 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.

Assim, por força do art. 1714.º do C.C. os acordos referentes à estipulação do regime de bens têm que ser acordados antes da celebração do matrimónio e formalizadas numa convenção antenupcial limitando a liberdade dos nubentes na celebração das convenções matrimoniais quanto ao momento em que certas matérias podem ser estipuladas e quanto à forma que essa convenção reveste, a de convenção antenupcial.

¹⁹⁵ Ibidem. Nem sempre é possível separar o ato convencional de criar regras do ato de apenas concretizar regras já preestabelecidas. Pois os nubentes/cônjuges podem acordar sobre o imóvel que será a casa de morada de família (ato convencional de criar regras), contudo, esse acordo vai produzir outros efeitos sobre o casamento, como por ex., as regras dos arts. 1682.º -A, n.º 2 e 1682.º - B, limitadoras da autonomia de atuação dos cônjuges (ato convencional de concretizar normas preestabelecidas).

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem.

Deste modo, podemos incluir nas convenções antenupciais regras das convenções matrimoniais. Todavia, nem todas as regras que os nubentes incluam nas convenções antenupciais merecem a qualificação de convenção matrimonial, bem como há convenções matrimoniais que não se integram nas convenções antenupciais¹⁹⁸.

Para entendermos melhor essa distinção entre convenção antenupcial e convenção matrimonial curaremos de distinguir as duas convenções.

4. Convenções matrimoniais versus convenções antenupciais

Apesar de não existir uma analogia entre as convenções matrimoniais e as convenções antenupciais, há, na verdade, uma importante característica em comum entre as mesmas: “a conexão que ambas apresentam com o casamento”¹⁹⁹.

O elemento essencial, que está na base da decisão de celebrar convenções antenupciais ou matrimoniais assenta no casamento e na relação matrimonial, que a sua celebração origina²⁰⁰.

A primeira diferença que podemos assinalar é que ao contrário das “convenções matrimoniais, as convenções antenupciais consubstanciam uma entidade negocial nominada e típica”²⁰¹. A designação que atribuímos a convenções matrimoniais não corresponde a uma denominação atribuída pelo legislador, resulta de uma opção terminológica para aglomerar a diversidade de “acordos conformadores da relação conjugal que a nova ordem *justamrimonial* prevê ou consente que se formem”. Por outro lado, também se distinguem das convenções antenupciais por as mesmas não serem típicas, no sentido de que no plano legal, não existe uma “perspetivação unificada do fenómeno convencional”, bem como não existe um conjunto de normas que precipuamente se lhe aplica²⁰².

Quanto ao objeto e função que as mesmas são chamadas a desempenhar, as convenções matrimoniais “incidem sobre os efeitos do casamento em ordem a conformá-los” e as convenções

¹⁹⁸ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 506 ss.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Seguimos aqui Rute Teixeira Pedro que nos refere que a qualidade de nominada resulta do próprio “*nomen* legalmente aplicado e usado pelo legislador para se lhe referir nas normas que compõem a secção que lhe é dedicada”. Já a qualidade de típica se for usada para significar as situações em que se encontram na lei “elementos que nos permitam delimitar um modelo que seja reconhecível fora (e, por via de regra, antes) do mundo do Direito”, caracterizando-se pela sua identificação “com abstrações da realidade social previas às normas que lhes dão relevância jurídica”, tal acontece quanto às convenções antenupciais. De entre as manifestações concretas desta figura legalmente recortada, soam distinguir-se as convenções antenupciais típicas e atípicas. No entanto, trata-se de uma distinção que respeita não tanto à entidade negocial em si, mas apenas a um dos seus possíveis objetos, mais propriamente ao regime de bens que nelas seja convencionado para vigorar no casamento cuja celebração é pressuposto da convenção antenupcial. Uma convenção negocial típica, será aquela em que os nubentes escolhem um dos regimes tipificados na lei, já atípica existira quando os esposados se afastam desses regimes. Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 509.

²⁰² Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais...*, ob. cit., p. 511 ss.

antenupciais surgem como uma “moldura” formal em que podem enquadrar-se múltiplas entidades negociais desde que apresentem uma ligação com a futura celebração do casamento. O Código Civil fornece uma “grande amplitude temática para o objeto negocial das convenções antenupciais, como contém um regime heterogéneo, onde, além de normas de aplicação geral, existem normas aplicáveis apenas a algumas das entidades negociais incluídas em tais convenções”²⁰³.

O conteúdo principal das convenções antenupciais é o da “definição do regime de bens em sentido estrito aplicável à relação matrimonial”. Contudo, a convenção antenupcial não contém exclusivamente ou necessariamente cláusulas sobre o regime de bens podendo ser incluídas na mesma outras espécies negociais, como por ex. doações em que os esposados se apresentem como doadores e/ou donatários com a finalidade de atribuir um benefício de natureza patrimonial por um dos outorgantes ao outro; podem ser integradas outras cláusulas que possam “ser incluídas numa escritura pública e que não sejam excluídas pelo art. 1699.º do C.C.”; os arts. 1700.º a 1707.º, preveem um conjunto de regras para os pactos sucessórios (doações que produzem os seus efeitos *mortis causa* e são celebradas antes da abertura da sucessão a que os mesmos efeitos respeitam e que somente podem ser incluídos na convenções antenupciais); o art. 1712.º, n.º 1, prevê a possibilidade de revogação e modificação da convenção antenupcial, existente até à data de celebração do casamento, pressupõe o consentimento nessa revogação ou modificação de todas as pessoas que nela outorgam ou os respetivos herdeiros²⁰⁴.

As convenções antenupciais não têm de incidir sobre os efeitos do casamento, podem sim compreender estipulações que desempenham funções diversas, bem como a convenção antenupcial pode conter cláusulas que podem ser qualificadas como convenções matrimoniais, mas não é necessário que as contenham ou que as contenham em exclusivo²⁰⁵.

É o que acontece por ex. quando os nubentes celebram uma convenção antenupcial para estipularem o regime de bens, aqui estamos perante uma convenção antenupcial que também se qualifica como convenção matrimonial. O mesmo já não sucede quando os nubentes celebram uma convenção antenupcial em que um dos nubentes faz uma doação *mortis causa* ou *inter vivos* a favor do outro nubente, aqui temos uma convenção antenupcial que não inclui nenhuma convenção matrimonial. Todavia, se os nubentes celebrarem convenção antenupcial estipulando o regime de bens

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

a vigorar no casamento e um deles faz uma doação ao outro, teremos o acordo da estipulação do regime de bens qualificado como convenção matrimonial e a doação não terá essa mesma qualificação²⁰⁶.

Quanto aos sujeitos que as outorgam, “as convenções matrimoniais são acordos celebrados sempre e necessariamente entre aqueles que se encontram casados (cônjuges), ou entre aqueles que se comprometeram a celebrar, entre si, o casamento (esposados)”, estando interdita a intervenção de terceiros²⁰⁷.

Nas convenções antenupciais é certo que os nubentes as tem que a outorgar, dado o vínculo necessário entre “uma determinada convenção antenupcial e um dado casamento cuja celebração ocorrerá no futuro”. Porém, ao contrário do que acontece nas convenções matrimoniais, nas convenções antenupciais além dos nubentes podem outorgar outras pessoas²⁰⁸.

Assim, resulta do exposto que nem todas as convenções antenupciais merecem a qualificação de convenções matrimoniais, levando-nos esta distinção entre as duas convenções a uma outra distinção, que se fundamenta em que nem todas as convenções matrimoniais se incluem nas convenções antenupciais²⁰⁹.

Ora, é precisamente o elemento temporal que nos permite perceber a extensão dessa afirmação, pois as convenções matrimoniais podem ser celebradas antes e depois da celebração do casamento, podendo mesmo ser “celebradas depois da extinção da relação matrimonial, como por ex. celebrando um contrato de partilha depois do trânsito em julgado da decisão que decreta o divórcio”²¹⁰.

Já as convenções antenupciais, tal como decorre da própria designação, estão sujeitas aos princípios de pré-nupcialidade e imutabilidade, ou seja, estão limitadas a um período de tempo, que ocorre até à celebração do casamento e a partir do momento da celebração do casamento não podem mais ser alteradas ou revogadas, tal com decorre dos arts. 1712.º e 1714.º²¹¹.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ A sua intervenção ocorrerá a propósito das estipulações atributivas previstas no n.º 1 do art.º 1700.º e nos art.º 1753.º e ss. por um lado, de doações *mortis causa* pelas quais se dá a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário feita por terceiro a favor de qualquer dos esposados ou a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário feita por qualquer dos esposados, em favor de um terceiro (art.º 1700.º, n.º 1 e art.º 1755.º, n.º 2. Por outro lado estão em causa doações *inter vivos* feitas por um terceiro a favor de um ou de ambos os cônjuges (art.º 1755.º, n.º 1).

²⁰⁹ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais... ob. cit.*, p. 506 ss.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ O princípio não se aplica a todas as estipulações contidas na convenção antenupcial, o art. 1701.º, n.º 1, prevê que as doações *mortis causa* feitas por terceiros a um ou a ambos os nubentes possam ser revogadas a todo o tempo por mutuo consentimento dos contraentes.

Estes princípios que caracterizam as convenções antenupciais e que as restringem ajudam-nos igualmente a compreender a afirmação de que certas convenções matrimoniais não podem ser incluídas numa convenção antenupcial, desde logo o art. 1699.º, n.º 1, al. c), proíbe a inclusão na convenção antenupcial de um acordo que constitua um desvio às regras previstas no art. 1678.º, para a administração de bens. Contudo, o legislador permite o afastamento de algumas regras legais da administração de bens. Assim, se por um lado, o legislador proíbe que os cônjuges afastem por convenção antenupcial as regras da administração de bens, por outro lado, permite, nos termos do art. 1678.º, n.º 1, al. g), a celebração de um contrato de mandato em que se outorgue a atribuição por um dos cônjuges ao outro de poderes de administração sobre os bens próprios do primeiro²¹².

Assim, apesar de a convenção antenupcial incluir acordos com a qualificação de convenção matrimonial, a verdade é que a convenção antenupcial pode compreender uma diversidade de outras cláusulas, que não assumem a natureza de convenção matrimonial, por lhes faltar um ou vários dos elementos que a constituem²¹³.

5. Convenção antenupcial

5.1 Noção Convenção antenupcial

Tal como já tivemos oportunidade de referir, o nosso direito confere aos nubentes uma ampla liberdade na escolha do regime de bens, sendo a convenção antenupcial a forma que assume essa conformação da vida dos nubentes.

A regra primordial desta matéria é a que decorre do texto do art. 1698.º do C.C., “Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”.

Deste modo, as convenções antenupciais são acordos que os nubentes celebram, num momento prévio à celebração do matrimónio, sendo o seu teor principal a conformação do regime de bens que há-de vigorar na constância do casamento, tal como se afere da própria lei, podendo, no entanto, versar sobre qualquer efeito do casamento, desde que não proibido por lei.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem.

Diogo Leite Campos e Mónica Martinez de Campos entendem por convenção antenupcial o acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens²¹⁴. Ora, como decorre do que já expusemos, as convenções antenupciais não se destinam apenas a fixar o regime de bens, pelo que, cremos que esse entendimento não é suficientemente abrangente para incluir tudo o que pode ser estipulado nesse contrato.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira definem convenção antenupcial da mesma forma, contudo, acrescentam que 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”²¹⁵. Assim, a convenção antenupcial é um contrato acessório que tem uma condição legal de eficácia, a celebração do casamento, a qual não produzirá efeitos (independentemente da sua validade) se não for celebrado o casamento, caducando se o casamento não for celebrado no prazo de um ano.

Na mesma linha de pensamento, 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”²¹⁶. Contudo, as convenções antenupciais não regulam apenas relações de carácter patrimonial, mas também podem regular relações de carácter pessoal. Assim, os nubentes podem acordar na convenção o nome dos futuros filhos; podem acordar que seguiram alguma religião; ou uma perfilhação...

Decorre de toda a nossa exposição o quão importante é esta convenção, não só pela noção e o conteúdo que a mesma pode abranger, mas também porque é o meio em que os nubentes revelam a sua vontade de não se sujeitar ao regime supletivo. É o meio em que os nubentes, antes da celebração do casamento, fixam o regime que pretendem instituir para o seu matrimónio, à exceção das situações em que a lei imperativamente impõe o regime de bens.

A convenção antenupcial tem como condição temporal a sua celebração num momento prévio ao casamento, podendo, até à celebração do casamento, os nubentes alterarem, revogarem ou substituir a convenção, tal como decorre do estipulado no art. 1712.º C.C.

²¹⁴ Diogo Leite de Campos, Mónica Martinez de Campos, *Lições de...*, *ob. cit.*, p. 246.

²¹⁵ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 570.

²¹⁶ João de Matos Antunes Varela, *Direito da Família I, Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, Coimbra, 1982, p. 354.

Sendo a convenção antenupcial um verdadeiro contrato, nesse sentido, está, conseqüentemente, sujeita aos requisitos substanciais de validade aplicáveis aos contratos em geral, dependendo a sua validade do consentimento dos respetivos cônjuges, aplicando-se igualmente na falta do consentimento de ambos o regime geral aplicável aos contratos, no que concerne à divergência entre a vontade real e a vontade declarada e os vícios do consentimento²¹⁷.

O art. 1708.º do C.C. prevê que a capacidade para celebrar convenções antenupciais depende da capacidade para contrair casamento, necessitando os menores, interditos e inabilitados da anuência dos seus representantes legais para a celebrar, sob pena de a mesma poder ser anulada.

Quanto à forma que a convenção antenupcial adota, estabelece a lei no art. 1710.º do C.C. que a mesma só é válida se for celebrada por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública, aplicando-se o mesmo aos acordos de revogação ou modificação da convenção, segundo prevê o art. 1712.º, n.º 2, do C.C.²¹⁸.

Antunes Varela atribui como vantagem a esta exigência de forma, 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 chegaram²¹⁹. cremos que os nubentes não estão obrigados a fazer essa reflexão, primeiro porque a convenção antenupcial não tem como única finalidade a escolha do regime de bens, a mesma pode ser celebrada para outras espécies negociais, como, por ex., para as doações efetuadas nos termos que já referimos e nada referir sobre o regime a optar. Segundo, não sendo o único meio para escolher o regime de bens, a mesma não tem um carácter obrigatório (os nubentes têm a liberdade de não a celebrar, e nem por isso deixam de ter um regime de bens que se lhes apliquem). Acrescenta-se, ainda, o facto de a celebração da convenção antenupcial estar associada a um custo, custo esse que persuade os nubentes a cingirem-se ao regime supletivo que é gratuito.

Só haveria efetivamente reflexão dos nubentes, sobre as cláusulas do regime bens que vão

²¹⁷ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 588 ss.

²¹⁸ No Acórdão do Tribunal da Relação de 05-11-2015, a Relatora Teresa Albuquerque, pronunciou-se no sentido de “I - De acordo com o art. 1710.º CC, na redação que lhe foi dada pelo DL 324/2007 de 28/9, as convenções antenupciais podem ser realizadas por escritura pública, mas também por declaração prestada perante o funcionário do registo civil. II - O legislador passou a entender que uma ou outra daquelas formalidades satisfaziam o necessário e pretendido controlo da legalidade do ato. III - Não resulta da norma em causa que a validade ou a eficácia da convenção antenupcial celebrada por nubentes nacionais que pretendam casar no estrangeiro tenha necessariamente de provir de escritura pública celebrada em cartório notarial português (ou perante oficial público consular nacional com funções notariais), ou que a declaração tenha necessariamente de ser prestada perante funcionário do registo civil português. IV - Por isso, deve ter-se como convenção antenupcial válida, a decorrente de declaração feita por nubentes de nacionalidade portuguesa, no momento do casamento, que foi celebrado na República Dominicana perante “Oficial do Estado Civil” - entidade correspondente à do Conservador do Registo Civil em Portugal - de pretenderem casar sob o regime de separação de bens, devendo tal regime ser registado no respetivo assento de casamento”. Disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 19-07-2019.

²¹⁹ João de Matos Antunes Varela, *Direito da Família...*, ob. cit., p. 366.

adotar, senão houvesse um regime supletivo ou se as condições proporcionadas aos nubentes para a conformação do regime de bens fossem as mesmas, nomeadamente, no que concerne aos custos despendidos.

Os nubentes só, assim, teriam consciência da importância da escolha no regime de bens, simplesmente porque teriam de conhecer os aspetos de cada regime. Nos dias de hoje, como não sentem essa necessidade de conhecer as diferenças de cada regime, muitas vezes porque não têm património ou o mesmo é diminuto e como desconhecem no momento da celebração do casamento, o que o futuro lhes pode reservar, não atribuem, nem refletem sobre a importância do regime. O que leva a que em momentos futuros, muitas vezes longínquos ao momento da celebração do casamento, se depararem na qualidade de cônjuges, não só com a estranheza de não poderem alterar o regime de bens, bem como com o regime da responsabilidade por dívidas.

Na realidade, não só desconhecem os aspetos do regime de bens pelos quais podem optar, como desconhecem que após a celebração do casamento, quer tenha sido efetuada convenção antenupcial ou não, o regime de bens está impedido de ser alterado pelo princípio da imutabilidade.

A lei exige, ainda, no art. 1711.º do C.C., para proteção de terceiros, uma vez que a sua eficácia não se restringe às relações bilaterais dos cônjuges, que as convenções antenupciais sejam registadas. A falta de registo não produz efeitos em relação a terceiros, mas é válida e eficaz apenas entres as partes, entres os nubentes, excluindo o n.º 2 do referido preceito da definição de terceiros, os herdeiros dos cônjuges e dos outros outorgantes.

Por fim, a convenção antenupcial assenta em dois grandes princípios, o da liberdade e o da imutabilidade.

5.2 Conteúdo da Convenção antenupcial

A convenção antenupcial é um acordo celebrado entre os nubentes num momento prévio à celebração do casamento, destinado a fixar o regime de bens que há-de vigorar na constância do casamento, bem como pode versar sobre qualquer efeito patrimonial ou pessoal do casamento.

Nesse contexto, o conteúdo da convenção antenupcial pode versar sobre o regime de bens que há-de vigorar no casamento bem como pode versar sobre outros aspetos que não o regime de bens.

Rute Teixeira Pedro caracteriza o regime de bens atribuindo-lhe uma dupla função. Assim, na vigência do casamento o regime de bens tem a função de “organização patrimonial” e no momento que os cônjuges cessam as relações patrimoniais tem função de “distribuição do acervo patrimonial existente”²²⁰.

Sendo a convenção antenupcial o meio que os nubentes dispõem para regular de forma livre e individualizada as relações patrimoniais, podemos, assim, afirmar que as convenções antenupciais são os principais atos de autonomia privada que os cônjuges dispõem para organizar o regime bens²²¹.

Como já dissemos, decorre do art. 1698.º do C.C., o princípio da liberdade, segundo o qual os nubentes podem fixar livremente o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes típicos quer optando por um regime atípico.

Não há liberdade sem limites e, por conseguinte, a lei prevê restrições especiais à liberdade de escolha do regime de bens.

Assim, no que concerne aos limites da liberdade de escolha do regime de bens, o legislador estabeleceu no art. 1699.º, n.º 1, al. d), que não pode ser convencionada a comunicabilidade dos bens enumerados no art. 1733.º, bem como estabeleceu no art. 1764.º, n.º 2 que os nubentes não podem estabelecer a comunicabilidade dos bens objeto de doações entre casados. O que significa que não podem os nubentes tornar comuns aqueles bens que o legislador considera “irredutivelmente próprios”²²², por força da legítima vontade de terceiro, ou por interesses de ordem pública ou ainda por razões de mera justiça. Por outro lado, não seria muito criterioso, que o legislador proibisse a transição de bens comuns a bens próprios por doação entre casados, se facultasse, pela mesma via, a conversão em sentido diverso²²³.

Uma outra restrição à liberdade de escolha do regime de bens é a que decorre do n.º 2 do art. 1699.º. Decorre de tal preceito que não é admissível a escolha do regime da comunhão geral de bens nem a estipulação da comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722.º, n.º 1, se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, independentemente de ser maiores ou emancipados. Estamos

²²⁰ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em caso de Divórcio. Reflexões sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 437 e 438.

²²¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 500.

²²² Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos...*, ob. cit., p.96.

²²³ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, ob. cit., p. 364 e 492.

perante uma regra injuntiva e, por conseguinte, aplica-se a todo e qualquer regime de bens e não apenas ao regime típico da comunhão geral²²⁴.

O legislador pretendeu com este preceito impedir que os filhos de um dos nubentes sejam prejudicados com a celebração do matrimónio pelo seu progenitor. Tendo, nesse intuito, o objetivo de garantir aos filhos que o progenitor que case conserve no seu património próprio os bens que tiver ao tempo do casamento, tal como os bens adquiridos durante o matrimónio a título gratuito ou por virtude de direito próprio anterior²²⁵.

Ora, resulta, assim, do n.º 2 do art. 1699.º restrições quanto à liberdade de escolha do regime de bens, quando o casamento for celebrado por quem tenha filhos. A verdade é que a lei não distingue se os filhos são de ambos os nubentes ou de apenas um deles, porém, tem-se entendido que a proibição é aplicável apenas nos casos em que haja filhos de um nubente com terceiro. No caso de os nubentes só terem descendentes comuns é permitida a escolha do regime da comunhão geral e a estipulação da comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722.º, n. 1. O preceito é, assim, objeto de uma interpretação restritiva²²⁶.

É certo que o legislador estabeleceu uma ampla liberdade na escolha do regime de bens, podendo os nubentes optar por um regime de tipicidade ou optar por alterar as prescrições de qualquer dos regimes-tipo ou ainda por optar por um sistema que lhes permite uma maior liberdade. Nesse sentido, e apesar de este sistema de liberdade de convenção ser o que melhor se coaduna ao pensamento geral da autonomia privada, o legislador, também, estabeleceu no art. 1718.º que não é admissível a fixação, total ou parcial, do regime de bens por simples remissão genérica para uma lei estrangeira para um preceito revogado, ou para usos e costumes locais. O objetivo do legislador não foi o de facilitar a atividade do julgador ou de uniformizar a legislação nacional, mas antes evitar, ao impedir uma remissão em branco para uma legislação estrangeira por parte dos nubentes, que os mesmos não conheçam em pormenor o funcionamento interno das normas referidas na convenção e sejam vítimas da sua ignorância, ou da ignorância ou má-fé do outro nubente ou de terceiros. Acresce que seria incongruente o legislador permitir a remissão para preceitos revogados, quando pretendeu na prática que os mesmos deixassem por alguma razão de vigorar²²⁷.

²²⁴ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 390.

²²⁵ Adriano Paiva, p. 96.

²²⁶ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 390; Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de direito...*, ob. cit., p. 575.

²²⁷ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, ob. cit., p. 412 e 413.

Ainda, dentro das restrições à liberdade de escolha do regime de bens, o art. 1720.º, n.º 1, estabelece que o casamento celebrado sem precedência do processo preliminar, ou por quem tenha completado sessenta anos de idade considera-se sempre contraído no regime imperativo da separação de bens.

É ainda proibida a adoção do regime dotal, nos casamentos celebrados depois de 1 de abril de 1978 conforme art. 180.º do DL n.º 496/77, de 25 de novembro, que aprovou a Reforma do Código Civil.

Posto isto, e visto o conteúdo da convenção antenupcial sobre o qual versa o regime de bens que há-de vigorar no casamento, passaremos para o conteúdo que há-de vigorar no casamento e que incide sobre outros aspetos que não o regime de bens.

É admissível a realização na convenção antenupcial de quaisquer atos ou negócios que possam constar de escritura pública, desde que pelo menos um dos nubentes figure com autor, parte ou beneficiário. Assim os nubentes podem por convenção antenupcial regular relações de carácter patrimonial (por ex., compra e venda, arrendamento) bem como podem regular relações de carácter extrapatrimonial (por ex., perfilhação, indicação de tutor, declaração de maternidade)²²⁸.

Podiamo-nos perguntar neste momento se as cláusulas inseridas em convenção antenupcial que não tenham em vista o futuro casamento se estão igualmente subordinadas ao princípio da imutabilidade. Aquando da análise do princípio da imutabilidade, sobre o qual nos debruçaremos a seu tempo, concluiremos que essas cláusulas não estão subordinadas ao princípio da imutabilidade, consagrado no art. 1714.º, n.º 1, nem a outras regras específicas da convenção antenupcial. Já as cláusulas inseridas na convenção antenupcial conexas com o casamento, essas, sim, aplicam-se o princípio da imutabilidade, bem como outras regras específicas da convenção antenupcial, salvo previsão em contrário²²⁹.

Acresce que, ainda dentro do conteúdo da convenção antenupcial não respeitante ao regime de bens, mas conexo com o matrimónio que se irá celebrar, temos de realçar as disposições por morte e as doações para casamento²³⁰.

²²⁸ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, *ob. cit.*, p. 393.

²²⁹ *Idem*, *Ibidem*.

²³⁰ *Idem*.

Nos termos do art. 1753.º, n.º 1, a “doação para casamento é a doação feita a um dos esposados, ou a ambos, em vista do seu casamento”.

À luz do art. 1754.º as doações para o casamento podem ser feitas por um dos esposados ou pelos dois reciprocamente (doações entre esposados), bem como podem ser feitas por terceiro a um ou a ambos os esposados (doações de terceiros).

As doações *inter vivos* produzem efeitos a partir da celebração do casamento, salvo convenção em contrário. A transmissão da propriedade ou da titularidade de outro direito produz efeitos em vida do doador. As doações *mortis causa* produzem efeitos por morte do doador, como decorre do art. 1755.º. As doações para casamento *mortis causa* enquadram-se na categoria dos pactos sucessórios designativos e figuram entre as raras exceções ao princípio da proibição da sucessão contratual prevista no art. 2028.²³¹. Contudo, nos dias de hoje, o legislador, com a introdução da Lei 48/2018, fez renascer os pactos sucessórios renunciativos.

Ao abrigo do disposto nos arts. 1699.º, n.º 1, al. a), e 1700.º, n.º 1, os nubentes podem incluir na convenção antenupcial a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, desde que seja feita por qualquer dos esposados ou em favor de qualquer um deles. O n.º 2 do art. 1700.º admite que na convenção antenupcial, os nubentes insiram cláusulas acessórias de reversão ou fideicomissárias, as quais ao abrigo do art. 1707.º, são livremente revogáveis a todo o tempo pelo autor da liberalidade. Os arts. 1701.º a 1706.º particularizam a regulamentação das liberalidades *mortis causa* admissíveis na convenção antenupcial, não sendo, contudo, consideradas lícitas a inclusão de outras disposições por morte²³². As doações para casamento só podem ser realizadas por convenção antenupcial. São doações feitas a um dos esposados, ou a ambos, em vista do seu casamento (art. 1756.º, n.º 1). Ora, sendo feita em vista do casamento, a doação para casamento tem como causa jurídica o casamento, pelo que a sua eficácia depende da celebração do casamento (art. 1760.º). A finalidade que, a lei têm em vista com tal preceito é a de “assegurar, por forma inilidível, a relação teleológica existente entre a liberalidade e o casamento do beneficiário”²³³. As doações para casamento não se confundem com as prendas para casamento que são donativos conforme os costumes sociais e que estão sujeitas às

²³¹ Idem.

²³² Idem. Acresce ainda o autor que “a ideia do *favor matrimonii* ou favorecimento matrimonial levou o legislador a estabelecer um regime excecional em matéria sucessória. De facto são admitidos pactos designativos na convenção antenupcial (arts 1701.º, 1702.º, 1703.º, e 1705.º), quando a regra geral proíbe a sucessão contratual (art. 2028.º, n.º 2). E, na convenção antenupcial, em que intervêm várias pessoas podem ser inseridas disposições testamentárias (art. 1704.º), o que constitui um desvio ao princípio do carácter singular do testamento (princípio cuja configuração resulta da letra e da ratio do art. 2181.º)”.

²³³ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, ob. cit., p. 468.

disposições dos arts. 1592.º e 1593.º²³⁴.

Com a introdução da Lei 48/2018, que veio entre outras alterações aditar ao art. 1700.º, n.º 1, a al. c)., o legislador veio permitir a possibilidade de estabelecer o pacto sucessório renunciativo na convenção. Assim, os nubentes podem em convenção antenupcial estabelecer a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, passando a admitir o pacto sucessório renunciativo.

Estabelecendo no n.º 3 do art. 1700.º que a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o de separação de bens.

Foi ainda, aditado o art. 1707.º- A, que estabelece que a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca.

Destes preceitos podemos concluir que, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge depende do carácter recíproco da cláusula de renúncia, por parte dos nubentes, bem como apenas se permite esta renúncia por convenção e ainda a sua convenção só é admitida caso o regime de bens, imposto por lei ou estipulado pelos nubentes, seja o de separação de bens.

Salvo as disposições por morte e as doações para casamento é diminuta a importância do conteúdo da convenção antenupcial no que concerne aos aspetos conexos com o casamento, que não incidam sobre a matéria da titularidade dos bens do casal. Porém, é possível, à luz do art. 1719.º, que os nubentes estipulem que a partilha se faça segundo regras distintas das do regime de bens adotado (p. ex. art. 1719.º), bem como podem estipular o local de residência da família ou a forma de contribuição para os encargos da vida familiar. Ora, tratando-se de acordos próprios que organizam e orientam a vida em comum dos cônjuges, as mesmas não estão sujeitas ao princípio da imutabilidade²³⁵.

Na realidade, são significativas as limitações impostas à liberdade de estipulação convencional no que diz respeito aos efeitos do vínculo patrimonial e pessoal.

²³⁴ Luis Menezes Leitão, *Direito das obrigações, vol. III, Contratos em especial*, 10ª ed., Almedina, 2015, p. 197.

²³⁵ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 394.

O art. 1699.º, n.º 1, al. b), impede a alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais. Tem-se, nomeadamente, por não escrita uma cláusula em que afastem o dever de fidelidade, a renúncia à guarda dos filhos, ou a uma cláusula que determine em caso de divórcio com quem os filhos residirão. Pois tal cláusula só prevalecerá quando for considerada ajustada face ao superior interesse da criança. Ora, tal juízo de adequação só pode ser efetuado no momento do divórcio, além de que estabelece o art. 1906.º, n.º 5 do C.C., que cabe ao tribunal determinar a residência da criança e os direitos de visita de acordo com o interesse da mesma.

O art. 1699.º, n.º 1, al. c), proíbe a modificação das regras sobre administração dos bens do casal. Assim sendo, não é admissível a alteração das regras sobre disposição de bens, as quais constituem ou um ato de administração ordinária ou um ato de administração extraordinária²³⁶. Apesar de o art. 1699.º não fazer referência ao regime legal das responsabilidades por dívidas, o certo é que o mesmo não é suscetível de modificação convencional. “As regras sobre dívidas pertencem ao estatuto patrimonial imperativo do casamento, o que decorre do art. 1618.º, n.º 2, conjugado com a integração sistemática das dívidas no capítulo dos efeitos do casamento, antes das convenções antenupciais. E, independentemente do art 1618.º, n.º 2, a alteração das regras sobre dívidas permitiria contornar o regime de administração e disposição de bens do casal”²³⁷.

Por fim, à luz do art. 1713.º, n.º 1, é válida a convenção antenupcial sob condição ou termo. Desta forma, nada impede que os nubentes acordem na convenção antenupcial a vigência sucessiva de regimes de bens para um mesmo casamento. Os nubentes podem, por ex., convencionar que o regime de bens adotado é o regime da separação, nos primeiros cinco anos de casamento, o regime da comunhão de adquiridos, nos cinco anos subsequentes, e o regime da comunhão geral, a partir do décimo ano de casamento.

Para Jorge Duarte Pinheiro “a previsão da convenção sob condição ou a termo não limita o alcance do princípio da imutabilidade, em virtude de as eventuais mudanças resultarem não de um acordo posterior à celebração do casamento, mas de cláusulas acessórias constantes da própria convenção.” Acrescenta que “por força do art. 1713.º, n.º 2, é afastada a regra da retroação dos efeitos do preenchimento da condição à data da conclusão do negócio (art. 276.º). em relação a terceiros. Por natureza, a verificação do termo não tem efeito retroativo”. E aconselha dada a incerteza

²³⁶ Idem.

²³⁷ Idem; Cristina Dias, *Do regime da...*, ob. cit., p. 677.

associada à cláusula condicional à introdução de uma norma que contemple a obrigatoriedade do registo civil do preenchimento da condição²³⁸.

Antes do Código de 1966 era muito discutida, tanto na doutrina como na prática notarial, a validade da convenção sob condição ou a termo. A doutrina e a jurisprudência sugeriam como solução considerar válidas as convenções realizadas sob condição e nulas as convenções efetuadas a termo. Isto, porque entendia-se que as convenções a termo colocavam em causa o princípio da imutabilidade, ao consentir dois regimes distintos. Segundo, Cunha Gonçalves os arts. 1096.º, 1098.º e 1144.º do Código de 1867 exigiam que houvesse um regime em vigor desde a data do casamento, porém, em sentido diferente, afirmava-se que nada há na lei que obste a convenção de regimes sucessivos²³⁹.

Com o código vigente, o art. 1713.º resolveu a questão no sentido de considerar válidas as cláusulas de condição ou termo.

A verdade é que, uma das preocupações da doutrina com o princípio da mutabilidade é que os cônjuges alterem várias vezes o regime de bens. O que, em concreto, já acaba por suceder e apesar de o preenchimento da condição não ter efeito retroativo em relação a terceiros, o certo é que a lei não contempla a obrigatoriedade do registo civil do preenchimento da condição²⁴⁰.

Enfatizamos ainda que, a invalidade de algumas cláusulas estipuladas na convenção antenupcial, não prejudica a validade da convenção.

6. Princípios

6.1 Princípio da Liberdade

Como afirma Helena Mota, o regime jurídico deste contrato assenta em duas matrizes que mutuamente se limitam e condicionam: por um lado, uma ampla liberdade contratual, característica do direito dos contratos, consagrada no art. 405.º do C.C., e, por outro, as limitações específicas fruto da imposição de determinado regime de bens, nos termos do art. 1720.º e do disposto nos arts. 1699.º e

²³⁸ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 395; No mesmo sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19/04/2001, disponíveis em www.dgsi.pt, consultado em: 15-09-2019.

²³⁹ Cunha Gonçalves, *Tratado...*, ob. cit., p. 293 e 297.

²⁴⁰ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira referem que “Tratando-se de ocorrência que importa alteração do regime de bens, nos termos do art. 70.º, al. b) do Código de Registo Civil, parece (sublinhado nosso) que o preenchimento da condição deve ser averbado ao assento de casamento para produzir efeitos em relação a terceiros”. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p.589. No entanto essas normas não impõem o registo do preenchimento da condição. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, ob. cit., p. 395.

1718.^{o241}.

Assim, segundo o princípio da liberdade, os nubentes podem acordar na convenção antenupcial, dentro dos limites da lei, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver²⁴².

As razões que levam à previsão deste princípio previsto no art. 1698.^o, prende-se, por um lado, com o princípio da autonomia da vontade em matéria contratual, no qual se deve reconhecer aos nubentes liberdade para fixar o regime de bens, dentro dos limites da lei. Por outro lado, por razões referentes aos interesses da família, para uma melhor adequação aos interesses do casal e da família. Braga da Cruz já referia que “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 necessárias²⁴³”, pelo que não existe razões para coartar tal liberdade, pois a mesma não põe em causa a proteção de terceiros ou a ordem pública.

Contudo, os nubentes não têm apenas a liberdade de escolher um regime-tipo ou um regime *ad-hoc*, formado por um misto de vários regimes-tipos, mas também é possível incluir disposições que são estranhas à conformação do regime de bens, como as que estão previstas no art. 1700.^o e ss. Esta liberdade permite a inclusão de quaisquer negócios que possam constar de escritura pública, tanto de natureza patrimonial como de natureza não patrimonial, apesar da vocação natural das convenções para assuntos referentes aos regimes de bens²⁴⁴.

Apesar de a liberdade atribuída aos nubentes, o legislador estabeleceu no art. 1699.^o do C.C. limitações, de modo a que os mesmos não pudessem derogar normas de carácter imperativo, predominantes nas relações familiares, procurando, assim, fortalecer a estabilidade económica das relações conjugais.

Assim, na al. a) do n.^o 1 do art. 1699.^o do C.C., a lei estabelece que não pode ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, só sendo permitida nos casos dos arts. 1700.^o a 1707.^o do C.C., nos quais a lei permite disposições por

²⁴¹ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais...*, *ob. cit.*, p.79.

²⁴² Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 571.

²⁴³ Guilherme Braga da Cruz, *Regimes de bens...*, *ob. cit.*, p. 36.

²⁴⁴ *Ibidem*.

morte, quer entre os nubentes ou de terceiros aos nubentes, quer dos nubentes a terceiros. Esta proibição resulta já do art. 2028.º, n.º 2, do C.C., onde se consagra a proibição geral dos pactos sucessórios²⁴⁵.

Desta alínea resulta, salvo o disposto nos artigos subsequentes, que a convenção matrimonial não pode servir como “instrumento de disposição *mortis causa* dos bens dos nubentes ou de terceiros (parentes ou estranhos à família)”²⁴⁶.

Para Pires de Lima e Antunes Varela o legislador julgou conveniente a inserção desta alínea, também, na secção consagrada às convenções antenupciais já que a mesma resulta de outras disposições normativas, “para reafirmar uma posição de princípio tomada pelo Código de 1867, em matéria de sucessão contratual, um pouco ao arrepio da orientação do direito anterior, quer para vincar o carácter excepcional dos casos da sucessão pactícia ou de disposição de última vontade abrangidas no art. 1700.º a despeito da maior abertura com que foram admitidos pelo novo Código os pactos sucessórios no domínio das convenções antenupciais”²⁴⁷.

Acrescentam os Autores que o legislador utilizou no art. 1699.º, al. a) a expressão “regulamentação da sucessão hereditária” de forma intencional. No intuito de compreender não só as disposições sucessórias de natureza contratual, como também as disposições de última vontade, ou seja, as disposições de carácter testamentário. Por forma a abranger na proibição as três modalidades fundamentais que os pactos sucessórios podem revestir pactos *renunciativos*, de *sucedendo* e de *hereditate tertii*²⁴⁸.

Os pactos sucessórios respeitam à sucessão contratual. Nos termos do art. 2028.º do C.C., “Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta”.

A lei apresenta como modalidades de sucessão contratual três pactos sucessórios: “os pactos renunciativos (quando alguém renuncia à sucessão de pessoa viva), os pactos designativos (quando dispõe da sua própria sucessão) e os pactos dispositivos (quando dispõe da sucessão de terceiro ainda

²⁴⁵ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 573 ss.

²⁴⁶ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, *ob. cit.*, p. 362.

²⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*.

²⁴⁸ *Idem*.

não aberta)²⁴⁹.

Assim, “depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do de *cuius* – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar (arts. 2062.º e ss e 2249.º e ss) a sua herança ou legado, e pode também alienar a sua herança (arts. 2124.º e ss.) ou legado. Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão”. Conforme estabelece o n.º 2 do art. 2028.º “os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º”. Desta forma, e por regra, os pactos sucessórios são proibidos, sendo os mesmos nulos se forem celebrados (arts. 286.º e 289.º e ss.)²⁵⁰.

Para Capelo de Sousa a razão de ser da proibição dos contratos sucessórios prende-se, por um lado, pelo facto do autor da sucessão conservar a liberdade de disposição por morte dos seus bens até ao fim da sua vida e, por outro lado, pretende-se que só após a “abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de repudiar, ou de dispor da mesma, quando aceite, tanto por motivos éticos de respeito pelo autor da sucessão como no interesse do próprio sucessível”²⁵¹.

Acontece que, como vimos, os contratos renunciativos à sucessão só são válidos depois da abertura de sucessão, sendo nulos nos demais casos.

Por conseguinte, o legislador com a introdução da Lei 48/2018, entre outras alterações aditou ao art.º 1700.º, n.º 1, a al. c). Na qual veio admitir a possibilidade de estabelecer na convenção antenupcial, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, passando a admitir o pacto sucessório renunciativo. Colocando em causa a validade do contrato, bem como as razões que levaram à proibição dos pactos sucessórios, nomeadamente, dos pactos renunciativos, ao permitir estabelecer a celebração de tais contratos na convenção antenupcial e por isso antes da abertura de sucessão.

A al. b) do mencionado artigo, proíbe as alterações dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais (previstos nos arts. 1672.º e ss.). O legislador não distingue entre direitos e deveres de natureza pessoal ou patrimonial. Contudo, não são permitidas, quer as cláusulas de natureza pessoal ou patrimonial. Poderão estar aqui em causa, por exemplo, preceitos que consagrem poderes

²⁴⁹ AAV, *Código Civil Anotado – Livro V – Direito das Sucessões*, coordenação de Cristina Araújo Dias, Coimbra, Almedina, 2018, p. 20.

²⁵⁰ Cristina M. Araújo Dias, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 59.

²⁵¹ Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito de Sucessões*, vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 48; no mesmo sentido, Luis Carvalho Fernandes, *Lições de Direito de Sucessões*, 4ª ed. Lisboa, Quis Juris, 2012, p. 558 e ss; e Cristina Dias, *Lições de... ob. cit.*, p. 60.

exclusivos ao marido na direção da vida comum em família; que determine a abolição do dever de fidelidade; prerrogativas de educação dos filhos, etc.

A razão de ser destas proibições justifica-se pelo facto de estarmos perante os chamados direitos e deveres conjugais que são definidos por normas imperativas e, assim, não podem ser objeto de uma interpretação a contrário que considere válidas as estipulações posteriores ao casamento²⁵².

Em terceiro lugar, a al. c), do art. 1699.º veda a possibilidade de alterar as regras sobre a administração dos bens do casal. A razão de ser desta norma, na versão primitiva do código, era proibir a atribuição da administração de bens do casal à mulher, estando, claramente, 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 adotara²⁵³.

Com a reforma de 1977 aboliu-se o primado da administração marital e estabeleceu-se, na base da ideia de igualdade dos cônjuges, o princípio da livre administração dos bens próprios pelo respetivo titular e o princípio da co-direção (administração corrente ou administração solidária). De forma a evitar que os nubentes afastassem estes princípios e no intuito de prevalecer a independência dos cônjuges²⁵⁴, o legislador impediu a estipulação de cláusulas contrárias a tais princípios, ou seja, vedou a estipulação de cláusulas discriminatórias em acordo pré-nupcial²⁵⁵.

Porém, e como já tivemos oportunidade de referir os cônjuges têm a liberdade de alterar as regras sobre a administração de bens através da celebração de contratos de mandato, nos termos do art. 1678.º, n.º 2, al. g), atingindo, de certa forma, o resultado que lhes fora proibido alcançar através da convenção. O fundamento desta divergência reside no facto de que o mandato pode ser livremente revogável²⁵⁶.

A quarta limitação, prevista na al. d), do art. 1699.º, alude à estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no art. 1733.º. Neste caso, trata-se de bens próprios de cada cônjuge, independentemente do regime de bens adotado e como tal, tais bens jamais poderão ser considerados comuns. Estamos perante uma norma imperativa, cujo intuito é proteger os bens com vínculo pessoal

²⁵² Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 573 ss.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...* ob. cit., p. 364.

²⁵⁵ Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 574 ss.

²⁵⁶ Ibidem.

e assim os manter como bens próprios²⁵⁷.

O n.º 2 do art. 1699.º do C.C., proíbe a estipulação do regime da comunhão geral e a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º para os nubentes que tenham filhos, ainda que maiores ou emancipados. A intenção do legislador é proteger os interesses patrimoniais dos filhos do nubente ou de ambos os nubentes, quer no caso de eventual divórcio, quer no caso de morte do progenitor. Assim, impede-se que certos bens, se incluam no património comum do casal, evitando-se prejudicar a legítima a que os filhos têm direito²⁵⁸.

Por fim, refira-se que a enumeração do art. 1699.º não tem natureza taxativa, sendo nula qualquer estipulação conformada pelos nubentes que vá contra disposição legal imperativa²⁵⁹.

6.2 Princípio da Imutabilidade

É do art. 1714.º, n.º 1, do C.C. que transborda o princípio da imutabilidade, o qual estipula 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.

A primeira ideia que subjaz deste princípio é que o mesmo não só se aplica ao regime de bens conformado pelos nubentes na convenção antenupcial, como também se aplica ao regime supletivo, por determinação do art. 1717.º. Em suma, o princípio da imutabilidade abrange não só a convenção antenupcial, mas também o regime de bens supletivamente estabelecido por lei e, por maioria de razão, o regime de bens imperativamente imposto.

Assim, sendo o princípio da imutabilidade o cerne da problemática do nosso estudo e aplicando-se o mesmo quer ao regime de bens convencionado, quer ao regime de bens legalmente fixado ou imposto, aprofundaremos a análise do princípio num capítulo dedicado ao mesmo.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

IV CAPÍTULO

PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE

“Na verdade, 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”²⁶⁰.

1. Introdução

O princípio da imutabilidade coexiste juntamente com o princípio da liberdade no nosso ordenamento jurídico como princípios da convenção antenupcial e do regime de bens.

Como temo-nos vindo a aperceber, no âmbito da autonomia privada da regulação do pré e pós casamento o nosso Direito mostra-se um pouco ambíguo. Por um lado, e numa fase anterior à celebração do casamento, o legislador concede uma vasta liberdade aos nubentes, permitindo-lhes estipular os seus futuros interesses patrimoniais, designadamente, na liberdade de escolha de um dos regimes de bens previstos na lei (salvo nos casos do art. 1720.º, em que impõe um determinado regime), consignando, no art. 1698.º, a possibilidade de criarem e adotarem um regime de bens misto, ou seja, um regime constituído com disposições legais dos diferentes regimes-tipo, bem como de criarem e optarem por um regime de bens novo. Por outro lado, após a celebração do casamento a autonomia privada dos cônjuges desvanece.

Em suma, ressalvados os casos excepcionais, os nubentes gozam de uma ampla liberdade na escolha do regime de bens e na regulação das suas futuras relações patrimoniais. Contudo, após a celebração do casamento essa autonomia é fortemente restringida. Deste modo, tendo o princípio da imutabilidade repercussões para toda a vida conjugal do casal leva a que este princípio amplie a importância da escolha do regime de bens, por não mais poder ser reconsiderado.

A verdade é que, conforme nos diz Pires de Lima e Antunes Varela, já durante os trabalhos preparatórios do atual Código Civil, se discutia no âmbito das relações patrimoniais entre os cônjuges, se se mantinha o princípio da imutabilidade consagrado no Código Civil de Seabra, oriundo do Código

²⁶⁰ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 583.

de Napoleão, ou o inverso, indo buscar a influência do Código alemão, por este se mostrar conforme com a autonomia dos cônjuges e propiciando a liberdade negocial dos cônjuges²⁶¹.

Contudo, como decorre dos arts. 1714.º ss, o legislador optou pela manutenção do princípio da imutabilidade do regime de bens, quer este seja estipulado por convenção antenupcial, quer supletivamente, quer por forma imperativa.

Nos dias de hoje, e como veremos ao longo do nosso estudo, apesar das divergências doutrinárias no que concerne ao princípio da imutabilidade, a maioria da doutrina entende quanto à abolição deste princípio que é necessário alterar algumas questões que giram em torno deste princípio. Apesar de ainda vigente no nosso direito, o mesmo não sucede com alguns países modernos, que têm evoluído uns no sentido de abolir o princípio da imutabilidade, outros no sentido de flexibilizar o princípio da imutabilidade, de uma forma controlada.

Posto isto, e para compreender toda a dimensão deste princípio, nada melhor que fazer uma viagem no tempo para perceber o como e o porquê de tal princípio surgir e como tem sido a sua evolução.

2. Evolução e origem do princípio da imutabilidade

Tal como Artur Augusto da Rocha refere o princípio da imutabilidade tem a sua origem no costume²⁶².

Este princípio não existia nem era conhecido na época do Direito Romano, pois, se bem nos recordamos, nesse tempo nada impedia o marido de tornar o dote dependente de uma condição ou de um termo.

E apesar de transparecer uma certa aproximação aos limites impostos à liberdade da celebração da convenção antenupcial, a verdade é que era permitida a alteração do dote, pois 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. Ora, a lei permitia uma troca do dote por outro bem, impondo como restrição a impossibilidade de o retirar à mulher, bem como a impossibilidade de diminuir o direito que a mulher possuía sobre o seu dote sem

²⁶¹ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil...*, ob. cit., p. 360.

²⁶² Artur Augusto da Rocha, "Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, nº 3, (disponível online em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B7377E713-FB12-4FF4-A21B-D1AB2B630685%7D.pdf>), p. 135 e ss.

consentimento. Esta regra aplicava-se sempre, independentemente da pessoa que lhe concedia o dote e como é lógico não tinha como objetivo a imutabilidade da convenção, mas sim o objetivo de impedir que o valor fosse alterado em prejuízo do cônjuge mulher²⁶³.

Posteriormente, no tempo de Augusto e, portanto, ainda na mesma época, surge uma outra restrição no intuito de limitar a liberdade de que os cônjuges gozavam em matéria dotal, proibindo a entrega do dote à mulher, durante a constância do matrimónio. A razão de ser desta lei baseava-se por um lado, com o facto de o dote ser constituído *ad onera matrimonii sustiendae*, pelo que o marido não podia restituir o dote à mulher e, por outro lado, a restituição antecipada do dote à mulher poderia originar a perda do dote, o que de todo se pretendia evitar. Na verdade, o fundamento desta regra estava no cuidado de assegurar o dote à mulher, de o manter intacto facilitando, em caso de viuvez e divórcio, a realização de um novo casamento e na desconfiança que havia quanto à capacidade da mulher enquanto administradora. Por conseguinte, nada tinha em comum com o princípio da imutabilidade²⁶⁴.

Esta regra, posteriormente, sofreu alterações (de certa forma, preparavam a reforma de Justiniano) que permitiam a restituição do dote nos casos em que houvesse *donatio propter nuptias*. Contudo, a *donatio ante-nuptias* que consistia numa liberalidade a favor da mulher, pelo marido ou por terceiro, sujeita à condição de o casamento se celebrar, constituía uma verdadeira convenção, dentro de certa conceção. Podemos, assim, dizer que possuía um carácter imutável, porque não podia ser aumentada nem diminuída durante o casamento. O certo é que num curto espaço de tempo, estas características da *donatio ante-nuptias* desapareceram ficando sujeitas às regras do dote. Pelo que, entende Artur Augusto da Rocha que, à exceção da época da origem *donatio ante-nuptias*, na qual ainda não tinha sofrido alterações, os Romanos não conheceram o princípio da imutabilidade, tal como hoje é definido²⁶⁵.

Por fim, refere ainda que a regra que estabelecia no Direito Romano as proibições das doações entre cônjuges poderia ter conduzido ao nascimento da imutabilidade. Porém, os autores costumários entendiam que a razão primordial em proibir a modificação ou alteração das convenções antenuptiais, consistia em salientar o respeito que se devia ter pela regra da proibição das doações entre cônjuges. Em Roma, os jurisconsultos clássicos não extraíam da proibição das doações entre cônjuges raízes do

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ Idem.

princípio da imutabilidade. A verdade é que o dote não se sujeitava às regras relativas às doações entre cônjuges porque a constituição do dote era uma operação de título oneroso, com o propósito de sustentar os encargos do casamento, era considerado uma liberalidade quando ocorria na constância do matrimônio e não por causa do princípio da imutabilidade²⁶⁶.

A verdade é que os romanos não tinham necessidade no seu direito vigente de criar um princípio da imutabilidade, pois em Roma apenas vigorava um regime matrimonial, o regime dotal, pelo que não surge a ideia de adquirir vantagens inerentes às combinações resultantes de diversos regimes matrimoniais, nem o anseio de celebrado o casamento passar de um regime para outro²⁶⁷.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e com as invasões bárbaras torna-se impossível acompanhar o nascimento e a evolução do princípio da imutabilidade²⁶⁸.

O certo é que as opiniões divergem quanto à origem e razão do princípio da imutabilidade. Laferrière, funda-se num excerto De Bello Gallico escrito por Júlio César, e atesta que este princípio surge na época gaulesa com fundamento no costume, visto que existia uma certa imutabilidade nas convenções pecuniárias entre esposos, tendo, assim, posteriormente transitado para o Código Civil francês²⁶⁹.

Para Kuntz a imutabilidade teve a sua origem na Lei ripuária, aplicando-se não só entre os francos, mas também entre os germanos, afirmando que não era a mulher quem levava o dote quando casava, mas era sim o marido quem lho dava, sendo costume reduzir esse ato de liberalidade a escrito, que funcionava como uma convenção antenupcial. Podemos, assim, dizer que o princípio da imutabilidade do Direito Francês teve uma origem dupla: os costumes e as leis galo-germanos por um lado e a influência e princípios cristãos²⁷⁰ por outro²⁷¹.

Nicolas Fotino não só diverge da opinião de KUNTZ como não admite a mesma, afirmando que a Lei ripuária consagra não o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, mas sim o da irrevogabilidade das doações entre os cônjuges, seguindo o mesmo entendimento Planio²⁷².

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Estes consideravam o instituto do casamento um sacramento permanente e imutável e cediam essas características às convenções antenupciais.

²⁷¹ Artur Augusto da Rocha, "Da Imutabilidade...", *ob. cit.*, p. 141.

²⁷² Ibidem.

Este nosso interesse pela evolução do princípio da imutabilidade, no direito francês, reside, como veremos, na influência que esse mesmo direito originou no aparecimento do princípio no nosso direito²⁷³.

A verdade é que este princípio, segundo Fotino, surge em França só depois do século XV, inicialmente reconhecido de facto como direito costumeiro e só depois transformado em princípio de direito. Assim, os nubentes tinham o costume de inserir nas convenções antenupciais uma cláusula que proibia a sua modificação e alteração, após a celebração do casamento, tendo o uso repetido desta cláusula transmutado a prática que sancionava o uso de cláusulas contrárias a este costume, para posteriormente se concretizar pelo Parlamento em norma jurídica²⁷⁴.

As razões que levaram à jurisdicionalização são várias e residem na 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 convenção²⁷⁵.

O princípio da imutabilidade emergiu, assim, como a síntese de um moroso período de preparação, principiando pelo costume até à sua consagração no artigo 1395.º do Código de Napoleão²⁷⁶.

A mesma opinião tem Maurice Testard sobre o costume ter um papel fundamental na elaboração do princípio da imutabilidade, referindo ainda que este foi consequência direta de um preceito legal importado do Direito Romano, que proibia a doação entre cônjuges. Segundo suas palavras: "Parece não ter sido 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"²⁷⁷.

Esta proibição das doações entre os esposados, tal como afirma Testard, obrigou a restringir as possibilidades da mudança de regime²⁷⁸ e preparou a perfilhação do Princípio da Imutabilidade em

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ Idem.

Portugal, que tem tido para nós diríamos uma identidade vitalícia.

Assim, em Portugal, no início do século XIX., o princípio da imutabilidade ainda estava numa fase primitiva pois, tal como Lobão refere na sua obra “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 a que, a possibilidade ou impossibilidade de alteração do regime matrimonial estava indiretamente subordinada ao que se dispunha para as doações entre cônjuges”²⁷⁹.

Na época eram proibidas, grosso modo, as doações entre os cônjuges, mas, por outro lado, autorizavam certas transferências de valores, as quais eram designadas de doações. Era permitido que os cônjuges doassem um ao outro parte dos seus bens, doações estas que se julgam 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 autênticas disposições *mortis causa*. Os preceitos vigentes admitiam, também, que algumas doações fossem definitivamente válidas e não revogáveis na condição do dador não ficar mais pobre, nem o donatário mais rico²⁸⁰.

Em Portugal, a partir das Ordenações Manuelinas, como já referimos, o regime supletivo de bens do casamento era a comunhão geral de bens, assimilando, desta forma, que fosse aceite o princípio de Direito Romano que impedia as doações entre cônjuges, que estivessem sujeitos a tal regime de bens. O certo é que neste regime de bens, ou seja, na comunhão geral, o que cada cônjuge adquire integra automaticamente a esfera patrimonial de ambos pelo que, qualquer doação que um fizesse ao outro ficava a pertencer a ambos por igual. No fundo, a proibição no regime da comunhão geral não sortia qualquer efeito²⁸¹.

Lobão considerava que as alterações dos regimes de bens no pós-casamento em casos específicos, eram aceites desde que não beneficiassem um dos cônjuges em detrimento do outro, expondo que se os cônjuges estivessem casados segundo “o costume do reino, tendo levando cada um para o casal, a importância de 600 mil réis. Se A e B quisessem mudar o regime, para conforme com o direito comum, com esta mudança de regime não representava doação, por as respetivas cotas serem iguais, era perfeitamente possível e aceitável pelas leis que regulavam as doações entre os

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ Idem.

cônjuges”²⁸².

Rita Lobo Xavier refere que não havia nas Ordenações uma norma expressa que proibisse a revogação ou alteração das convenções antenupciais depois da celebração do casamento. Contudo, os nossos juristas sempre sustentaram a irrevogabilidade dos contratos antenupciais após o matrimónio. Apontando como razão da imutabilidade o facto de que o marido e mulher não poderiam entre si contratar, já que depois do casamento deixavam de ter individualidade para constituírem uma só pessoa jurídica. Considerando ser contra todos os princípios jurídicos os contratos celebrados entre cônjuges que envolvesse uma permissão de contratar consigo mesmo. Por fim, refere ainda que é certo que as ordenações permitem aos cônjuges fazer doações um ao outro, mas entendia-se que tais doações não eram verdadeiros contratos já que o doador as podia revogar quando quisesse²⁸³.

Com isto, podemos concluir que, no século XIX, em Portugal, não havia 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 em que a modificação das convenções ia de encontro à regulamentação relativa às doações²⁸⁴.

Como já referimos, em França o princípio da imutabilidade era compreendido e atendido tanto pelas decisões judiciais como pelos próprios nubentes, contudo, o mesmo não acontecia em Portugal. Em território Francês entendiam que a convenção antenupcial não podia ficar completa 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”²⁸⁵.

O Código Civil de 1867 reproduziu a doutrina constante do art. 1395.º do Código Civil Francês que previa o princípio da imutabilidade. A verdade é que este princípio 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 o costume

²⁸² Idem.

²⁸³ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., p. 79 e 80.

²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ Idem.

ditavam, enquanto, em Portugal, o seu surgimento não correspondeu a uma necessidade semelhante mas antes significou uma vontade do legislador²⁸⁶.

Assim, previa o art. 1105.º do C.C. português que “As convenções antenupciais não podem ser revogadas nem alteradas, por nova convenção, depois da celebração do casamento”²⁸⁷.

Tal como afirma Cunha Gonçalves, “esta disposição provém diretamente do direito consuetudinário francês que os nossos praxistas se puseram a imitar”²⁸⁸.

Por outro, previa o art. 1096.º do CC português que “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”²⁸⁹.

A doutrina encontrava-se dividida no que dizia respeito à fundamentação deste princípio e ao seu alcance mas era unânime que a proibição às alterações das convenções antenupciais se destinavam a proteger os interesses dos cônjuges, dos filhos e terceiros²⁹⁰.

Relativamente à possibilidade de os cônjuges alterarem o seu estatuto patrimonial por via indireta (celebrando contratos que produzissem efeitos idênticos aos obtidos com a modificação da convenção antenupcial), mais concretamente no que diz respeito aos contratos sob condição e dos regimes sucessivos, entendia-se que nada na lei se opunha a tais convenções, alegando que o conceito da imutabilidade não significava unidade, mas somente proibição de convenção posterior. Por outro lado, Cunha Gonçalves entendia que a proibição de compra e venda entre casados apenas seria uma aplicação especial do princípio da imutabilidade, pois admitir tais contratos entre cônjuges era permitir que os mesmos produzissem uma modificação da convenção antenupcial²⁹¹.

Nos dias de hoje, o Código Civil prevê no art. 1714.º 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”.

Prevendo o art. 1698.º do C.C., como já tivemos oportunidade de referir, que “Os esposos

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Código Civil Português, de 1867, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

²⁸⁸ Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 45.

²⁸⁹ Código Civil Português, de 1867, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

²⁹⁰ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...*, ob. cit., p. 88 ss.

²⁹¹ Ibidem.

podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”.

3. Princípio da Imutabilidade

3.1 Noção do Princípio da Imutabilidade

Como vimos, nos dias de hoje, o princípio da Imutabilidade resulta do preceito previsto no art. 1714.º do C.C., que representa a continuação da solução que já decorria do art. 1105.º do Código de 1867 e que foi transposta do Direito francês²⁹².

Como podemos ler no art. 1714.º do C.C. “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”, consagrando este preceito o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens e que nas palavras de Cristina Dias “constitui uma das pedras angulares em que assenta a construção jurídica das convenções matrimoniais”²⁹³.

Tal como já referimos, resulta do preceito que prevê o princípio da imutabilidade não só a sua aplicabilidade quanto ao regime de bens convencionado pelas partes como também a sua aplicabilidade ao regime supletivo (art. 1717.º).

Assim, o objeto deste princípio abrange a convenção antenupcial e, portanto, o regime de bens convencionado pelos nubentes, ou, não tendo esta sido celebrada o regime de bens supletivamente estabelecido por lei ou o regime de bens imperativamente imposto²⁹⁴.

Outra ideia que resulta deste princípio é que as convenções antenupciais apenas se tornam imutáveis a partir do momento em que é celebrado o casamento, pelo que até à celebração do casamento são livremente modificáveis e revogáveis, desde que consentidas por todas as pessoas que nela outorgaram ou os respetivos herdeiros (art. 1712.º, n.º1)²⁹⁵.

Nas palavras de Antunes Varela “o que não pode é haver, fora dos casos previstos na lei,

²⁹² Idem.

²⁹³ Cristina M. Araújo Dias, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, Reimpressão, 2017, p. 10.

²⁹⁴ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ...*, ob. cit., p. 99.

²⁹⁵ Idem.

modificações post-nupciais da convenção²⁹⁶, ficando, assim, acauteladas as situações de precipitação bem como o surgimento de alterações de circunstâncias, permitindo aos futuros cônjuges em momento anterior à celebração do casamento modificar a convenção²⁹⁷.

Resulta, assim, que este princípio tem como sujeitos os futuros cônjuges e nasce para estes após a celebração do casamento, independentemente de os nubentes terem optado pelo regime supletivo, ou por terem celebrado convenção, ou ainda por ter sido a lei por imposição a estabelecer o regime aplicável.

Nasce com a celebração do casamento e aplica-se para toda a vida do casamento, tendo assim uma identidade vitalícia. Parece que o mesmo quando nasce para os cônjuges já nasce numa fase matura, em que já é certo que a vida dos cônjuges vai ter sempre o mesmo formato, em que nada vai ser alterado, em que vão ter sempre as mesmas opções de vida, as mesmas escolhas. Quando na verdade, ele nasce na fase mais imatura em que o casal não só desconhece por completo como não tem como imaginar quais as escolhas que terão ao longo dos anos, quais os desafios que terão de enfrentar e quais as opções e oportunidades de vida que terão. Por conseguinte, o que é certo no momento em que celebram o matrimónio pode não ser o certo num momento futuro, bem como o que parece ser o melhor regime no momento em que se casam pode não o ser num momento futuro.

Selar este princípio de imutabilidade com um carácter vitalício é dar-lhe uma maturidade no sentido de uma perfeição, que o Estado, enquanto legislador, não consegue garantir os direitos de proteção de família, nem os cônjuges vêm esses direitos salvaguardados. Princípio que o Estado tanto pretende defender e depois permite que se esmoreça.

3.2 Fundamentos do princípio da Imutabilidade

Como já tivemos oportunidade de referir, inicialmente o princípio da imutabilidade justificava-se, fundamentalmente, pelo facto de serem proibidas as doações entre casados. Entendia-se que possibilitar aos cônjuges a livre alteração do regime de bens após a celebração do matrimónio seria

²⁹⁶ João de Matos Antunes Varela, *Direito da Família, I...*, ob. cit., p. 357.

²⁹⁷ Alguns autores, retiram desta ideia um outro princípio, o princípio da anterioridade, no sentido de que os nubentes só podem escolher o regime de bens numa fase anterior à celebração do casamento. Esperança Pereira Mealha, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 31; Pamplona Corte-Real, *Direito da família e das Sucessões*, Relatório de Concurso para Professor Associado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1994, p. 87; João Espírito Santo, "A imutabilidade dos regimes de bens", in AAVV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 / Congressos Comemorativos dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 466.

permitir que, indiretamente, fizessem doações um ao outro, iludindo a proibição legal²⁹⁸.

Contudo, após a promulgação do código de 1867 tal razão desvanecia, pois previa o art. 1178.º do Código que “O marido e a mulher podem fazer entre si doações dos seus bens presentes, assim por atos entre vivos, como por testamento”²⁹⁹. Todavia, apesar do regime particular a que estavam sujeitas as doações entre cônjuges, havia quem entendesse que, dada a permissão restritíssima das doações entre cônjuges, podia ainda invocar-se este fundamento como justificação do princípio da imutabilidade³⁰⁰.

Em 1867, na vigência do Código de Seabra, eram, essencialmente, três as razões invocadas para justificar a consagração do princípio da imutabilidade, as quais se mantiveram ulteriormente.

Uma das razões apontadas como justificação deste princípio reporta-se aos pactos de família. Entendia-se que as convenções antenupciais eram tidas como verdadeiros pactos de família e não como um simples acerto de interesses restringido aos futuros nubentes. Ora, dado esse caráter não faria grande sentido que os cônjuges, após a celebração do matrimónio, pudessem por simples decisão dos mesmos alterar a convenção antenupcial.

Resulta das palavras de Adriano de Paiva que “segundo este argumento antigo, a convenção antenupcial não diria respeito apenas aos nubentes, mas sobretudo aos seus ascendentes, que não só lhes prestariam auxílio económico para o início da vida conjugal, como os aconselhariam sobre a escolha do concreto regime de bens do casamento”, bem como salienta que “os bens referidos na convenção pertenceriam, muitas vezes, às famílias dos nubentes, que lhes determinariam um certo destino, na convicção da sua inalterabilidade”³⁰¹.

Nas palavras de Pires de Lima e Braga da Cruz “... a convenção é feita exclusivamente entre os nubentes, e a intervenção dos pais quando se verifica, não tem qualquer alcance jurídico (...) mas não é menos certo também que essa intervenção revela o assentimento das famílias dos dois nubentes, no sentido de ser aquele e não outro o regime de bens do novo casal. Os pais quando intervêm, fazem regra geral doações (...) sob a condição, embora não ostensivamente revelada, de ser adotado um certo regime matrimonial. Ora se essa vontade dos pais não tem relevância jurídica, deve,

²⁹⁸ Pires de Lima, Braga da Cruz, *Direitos de Família...*, *ob. cit.*, p. 79.

²⁹⁹ Código Civil Português, de 1867, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

³⁰⁰ Artur Augusto da Rocha, “Da Imutabilidade das Convenções...”, *ob. cit.*, p. 156.

³⁰¹ Adriano Paiva, *A Comunhão de...*, *ob. cit.* p. 100.

pelo menos à fave da moral, ser respeitada (...) o argumento não é decisivo, mas é uma razão de ordem moral (...).”³⁰².

Ora, no fundo, trata-se de impedir que os cônjuges pudessem, por si sós, alterar uma convenção que fora “celebrada” também por terceiros³⁰³. Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, esta fundamentação não se harmoniza com o direito português, no qual, em princípio, os sujeitos da convenção antenupcial são os nubentes e só eles. Contudo, salientam que pode haver convenções antenupciais em que os sujeitos são terceiros, como é o caso das doações para casamento que têm de ser celebradas na convenção antenupcial. Porém, o princípio da imutabilidade não abrange as referidas doações, caso contrário as mesmas não podiam ser revogadas por mútuo consentimento dos contraentes, conforme prevê o art. 1701.º do C.C.³⁰⁴.

Outra das razões apontadas como justificação para a previsão do princípio imutabilidade é a de evitar que um dos cônjuges se aproveite do ascendente psicológico ou da influência que possa ter adquirido em relação ao outro cônjuge para obter alterações favoráveis ao regime de bens fixado.

Na opinião de Pires de Lima e Braga da Cruz “a lei proibiu a livre alteração das convenções antenupciais pela mesma razão por que proibiu os testamentos de mão-comum. Quis-se evitar que um dos cônjuges, aproveitando-se do ascendente que normalmente possui sobre o outro, o leve a consentir numa alteração do regime de bens que lhe seja prejudicial. (...) Antes do Código Civil, eram muito frequentes esses testamentos de mão comum, não sendo poucos os casos em que se verificava um verdadeiro locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro.”³⁰⁵

Com o Código Civil, surge, igualmente, segundo Pires de Lima a “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”³⁰⁶.

Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira uma alteração nestas circunstâncias traduzir-se-ia “numa verdadeira liberalidade do segundo cônjuge a favor do primeiro e à qual se não aplicaria o

³⁰² Pires de Lima, Braga da Cruz, *Direitos de Família... ob. cit.*, p. 80.

³⁰³ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil... ob. cit.*, p. 397.

³⁰⁴ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de... ob. cit.*, p. 582. No mesmo sentido vide Adriano Paiva, *A Comunhão ... ob. cit.*, p. 113 e Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...ob. cit.*, p. 106 e 107, n. 142.

³⁰⁵ Pires de Lima, Braga da Cruz, *Direitos de Família...ob. cit.*, p. 80 e 81.

³⁰⁶ Fernando Andrade Pires de Lima, “Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 99.º, 1966/67, n.º 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, p. 172.

princípio geral da livre revogabilidade das doações entre cônjuges (art. 1765.º, n.º 1)”³⁰⁷.

A verdade é que seria contraditório que a lei proibisse os cônjuges de fazer um ao outro doações irrevogáveis e depois as permitisse, indiretamente, através da alteração do regime de bens. Contudo, a suspeita da lei reside em saber se há razões para crer que um dos cônjuges (tendencialmente, a mulher) está de facto sujeita ao ascendente do marido sobre ela³⁰⁸.

Nem sempre o princípio da igualdade dos cônjuges teve este alcance, pois houve momentos em que a mulher estava sujeita ao poder marital e, por conseguinte, não existia igualdade dos cônjuges.

Tal como vimos e como nos refere João Espírito Santo este princípio de poder marital “estruturava as relações familiares-conjugais em torno de um poder de comando do marido, que se manifestava quer no âmbito das relações pessoais, quer no âmbito das relações patrimoniais (neste último caso, tendencialmente apenas nos regimes de comunhão)”. Refere ainda que a razão substancial que fez com que o legislador mantivesse o princípio da imutabilidade no nosso Direito aquando da reforma de 77 do código “foi a da verificação empírica da existência, no Portugal de época, de uma estrutura sociológica que estava, genericamente, longe de corresponder ao princípio da igualdade, então proclamado, e que traduzia ainda, em termos de facto, a supremacia do marido”³⁰⁹.

Contudo, tem-se verificado uma evolução sociológica no sentido de igualdade dos cônjuges e da independência da mulher, em contraposição ao já abolido princípio do poder marital, que leva a que esta preocupação da lei tenha cada vez menos fundamento³¹⁰.

Nas palavras de Rita Lobo Xavier “a consagração do princípio da igualdade entre cônjuges, em consequência da emancipação da mulher, parece ser incompatível com a existência de normas que, aparentemente, têm o objetivo de proteger um dos cônjuges contra o outro. (...) se a mulher hoje não está na dependência jurídica do marido, se é considerada igual a este em direitos, então não há necessidade de a proteger. Pelo contrário, deste ponto de vista, qualquer norma que tenha por objetivo proteger a mulher estará a inferiorizá-la, desvirtuando a igualdade”³¹¹.

³⁰⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ...*, ob. cit., p. 583.

³⁰⁸ Idem, *Ibidem*.

³⁰⁹ João Espírito Santo, “A imutabilidade...”, ob. cit., p. 459, 474 e 475.

³¹⁰ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ...*, ob. cit., p. 583. No mesmo sentido, vide Cristina Dias, *Alteração do estatuto...ob. cit.*, p. 64; Adriano Paiva, *A Comunhão...*, ob. cit., p. 112 e 113 e Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia... ob. cit.*, p. 139 e ss.

³¹¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...*, ob. cit., p. 26, 27, 139 e 142.

Por fim, aponta-se ainda como justificação para a inclusão do princípio da imutabilidade a da necessidade de salvaguardar os interesses de terceiros, cujas expectativas na manutenção do regime convencional ou fixado por lei também poderiam vir a ser defraudadas, caso o mesmo se pudesse alterar livremente³¹².

Com esta ideia, apela-se, desta forma, para a necessidade de acautelar os interesses de terceiros, *máxime* os credores, que viam com a livre modificabilidade das convenções as suas expectativas defraudadas e para cuja salvaguarda um regime da publicidade nunca seria adequado, pois os cônjuges poderiam “mudar de regime de bens todos os meses e todos os anos” almejando surpreender sempre os credores³¹³.

Para Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira esta ideia que mais poderia justificar o princípio da imutabilidade, perde grande parte da sua força perante a possibilidade de ser organizado um adequado sistema de publicidade de proteção de terceiros, tanto nas convenções antenupciais como nas pós-nupciais, não permitindo que tais alterações introduzidas possam ser opostas a terceiros que tenham adquirido anteriormente os seus direitos³¹⁴.

Como vimos, estes argumentos já não eram pacíficos e foram objeto de forte crítica pela doutrina. Cunha Gonçalves rebatia, ponto por ponto, as justificações aqui mencionadas, classificando cada uma delas de “ingénua e teórica”. O mesmo desmistificava cada um dos argumentos referindo que a convenção antenupcial podia ser sempre alterada por meio de doações entre casados, as quais nem sequer estavam sujeitas a um sistema de publicidade. Ora, a mutabilidade podia ser sujeita a uma larga publicidade para acautelar os direitos de terceiros (tal como acontecia com a modificação e transformação das sociedades). Assim, a possibilidade de ocorrer violências para a imposição de um regime de bens diverso do anteriormente convencional ou imposto por lei não era razão para dificultar as partes de celebrar uma nova convenção, a qual é desejada pelos cônjuges, principalmente, para evitar conflitos domésticos derivados da convenção ou do regime legal a que ficaram sujeitos. Permitir a mutabilidade não é sinónimo de que os cônjuges alterariam todos os anos o regime de bens, pois quem abandona sob pressão de ponderosas razões económicas ou morais não pode ter logo a seguir motivos em contrário para regressar a esse regime. Por outro lado, já se verificava que outros países iam maioritariamente no sentido de abandonar a severa imutabilidade e, por conseguinte,

³¹² Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil: anotado..., ob. cit., p. 360; Antunes Varela, *Direito da Família...ob. cit.*, p. 357.

³¹³ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais...*, ob. cit., p. 49.

³¹⁴ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ...*, ob. cit., p. 584.

entendia-se que se devia seguir o exemplo de códigos mais modernos e cuja elaboração técnica era mais perfeita³¹⁵.

Embora Rita Lobo Xavier defenda a abolição do princípio da imutabilidade, pois entende que os seus objetivos podem ser alcançados de outros modos, realça que “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”³¹⁶.

Segundo a autora, o princípio da imutabilidade visa a realização de um princípio de equidade entre os cônjuges à custa do outro, com intuito de evitar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges à custa do outro³¹⁷.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira debruçam-se sobre este argumento mencionando que, na verdade, não pode negar-se que o sistema rejeita os enriquecimentos injustificados, mas se efetivamente fosse essa a razão do princípio da imutabilidade podia-se concluir e admitir que se permitem, então, as alterações do regime de bens que não se traduzam em enriquecimentos injustificados³¹⁸.

Segundo Cristina Dias “sendo esse o fundamento (e aqui concordamos com essa posição) é alcançável por força de uma mutualidade sujeita a certas regras e por outros mecanismos menos agressivos para a livre regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges.” Referindo ainda que “se o princípio da imutabilidade visa prevenir enriquecimentos injustificados de um património a custa do outro, se esse eventual enriquecimento tiver uma causa (o negócio celebrado pelos cônjuges) então deixa de ter razão de ser o referido princípio”³¹⁹.

A verdade é que só com a mutabilidade do regime de bens na constância do casamento é que se respeitará, verdadeiramente, a liberdade dos cônjuges acerca do seu regime de bens, bem como só assim se respeitarão os interesses dos cônjuges, já que estes podem ter-se equivocado ao escolher determinado regime, ou podem ter visto alterada profundamente a sua situação patrimonial, ficando

³¹⁵ Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito...*, ob. cit., 1932, p. 294.

³¹⁶ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...* ob. cit., p. 128.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 584.

³¹⁹ Cristina Dias, *Alteração do estatuto...*, ob. cit., p. 53 e 59.

prejudicados pela manutenção forçada do regime que primitivamente estipularam³²⁰.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira seguem, igualmente, a ideia de que a razão fundamental a favor da alteração do regime de bens está no interesse que os cônjuges podem ter em ajustar o seu estatuto patrimonial às alterações do seu modo de vida e às suas expectativas. Entendem os autores que as concretas situações que costumam fundamentar a pretensão de mudança do regime de bens são de três índoles: é o que acontece, por exemplo, com os casais mais velhos que vivem num quadro jurídico onde a proteção sucessória do cônjuge sobrevivente é fraca, e por esse motivo manifesta o interesse em alterar para um sistema de comunhão geral que garanta ao cônjuge sobrevivente a meação no património do casal; já com os casais novos, a razão que lhes leva a pretender alterar o regime de bens é o facto de um dos cônjuges querer iniciar uma profissão considerada economicamente como arriscada e pretender antecipadamente proteger os bens comuns do casal. Por fim, a última razão subjacente ao desígnio de alterar o regime de bens é o caso dos casais que preveem uma separação de facto e pretendem fazer as alterações que essa situação lhes recomenda³²¹.

Por fim, podemos ainda referir a favor da alteração do regime de bens pós nupcial, o próprio direito europeu, mais concretamente, a Comissão Europeia do Direito da Família, a qual recomenda aos Estados que no momento da revisão legislativa da matéria das convenções antenupciais sigam dois princípios, o da liberdade no sentido que os nubentes devem poder escolher livremente o regime de bens a vigorar no matrimónio; e o da mutabilidade prevendo que durante o matrimónio deve ser permitido aos cônjuges modificar o seu regime de bens. Contudo, trata-se apenas de uma recomendação da comissão europeia e por conseguinte não têm estes princípios força de lei³²².

Nos dias de hoje, perante a intransigência do princípio da imutabilidade a única forma que cônjuges têm para alterar o seu regime de bens será simular um divórcio³²³ e, posteriormente, celebrar um novo casamento com o regime de bens mais adequado à sua situação, podendo, contudo, aquando da celebração do novo casamento estar abrangidos pelas imposições legais referentes às

³²⁰Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, *Direito da Família, Segundo o Código Civil de 1966*, volume I, Viseu, 1972, artigo 1712, p. 72.

³²¹Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 585.

³²²Disponível em: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf.

³²³ A este propósito, vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-06-2019, Relator Rodrigues Pires, pronunciou-se no sentido que nos dias de hoje "Assiste-se atualmente na nossa sociedade a uma tendência que aponta no sentido da desconstrução da comunhão de vida entre duas pessoas, de tal modo que hoje se prefere, tantas e tantas vezes, à contratualização que o casamento significa, a maior liberdade que uma mera união de facto concede. Se duas pessoas que vivem em união de facto têm toda a liberdade para a qualquer momento converter o seu relacionamento afetivo em casamento, também se deve conceder a possibilidade inversa a quem esteja casado de transformar o seu relacionamento afetivo em mera união de facto, recorrendo para tal efeito à figura do divórcio por mútuo consentimento. O divórcio por mútuo consentimento não implica, forçosamente, uma prévia rutura da vida em comum, podendo ser decretado mesmo quando entre ambos os interessados permaneça uma situação de vida em comum, bastando que a vontade convergente dos dois seja no sentido do divórcio". Disponível em: www.dgsi.pt, consultado em: 27-08-2019.

restrições ao princípio da liberdade³²⁴.

3.3 Amplitude do Princípio da Imutabilidade

O problema que aqui se coloca e que a doutrina se tem debatido é o de saber se o princípio da imutabilidade pode significar apenas uma proibição de os cônjuges alterarem diretamente o seu regime de bens (*princípio da imutabilidade em sentido restrito*), ou então pode significar, além disso, uma proibição indireta de alteração do regime de bens, estando os cônjuges impedidos de praticar qualquer ato jurídico que altere a composição das massas patrimoniais (*princípio da imutabilidade em sentido amplo*).

O único ponto unânime da doutrina assenta na harmonização de que os cônjuges estão impedidos de alterar diretamente o seu regime de bens, seja ele convencionado ou legalmente fixado. Se atribuirmos ao princípio da imutabilidade este alcance estamos a atribuir-lhe um sentido restrito.

Assim, o alcance deste princípio da imutabilidade não é pacífico, sendo admissível numa visão mais ampla atribuir ao princípio da imutabilidade outros sentidos.

Nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira a doutrina distingue “vários sentidos para este princípio, cada vez mais amplos: (1) seria proibido modificar as cláusulas da convenção antenupcial, ou as regras do regime supletivo, que determinassem a qualificação dos bens e a sua integração no património de um dos cônjuges ou no património comum; (2) seria proibido também alterar a qualificação de um bem através da realização de um negócio concreto sobre ele, como uma venda ou uma doação, que fariam o bem concreto mudar de património; (3) seria proibido ainda alterar as regras convencionadas ou supletivas sobre matérias patrimoniais, para além das que impõem uma qualificação e integração dos bens nos vários patrimónios, como as regras acerca do modo que há-de assumir a contribuição para as despesas domésticas, o acordo de adjudicação preferencial de um bem na partilha, as cláusulas que estabeleçam presunções de propriedade de bens móveis (cfr. o art. 1736.º, n.º 1), as cláusulas sobre avaliação do património e sobre critérios de atualização dos valores; (4) seria proibido, também, produzir um resultado diferente do que resultaria das regras referidas no número anterior, mas através da realização de um negócio concreto; (5) seria proibido, para além de tudo o que foi enunciado nos números antecedentes, alterar cláusulas anteriores sobre matérias não patrimoniais incluídas na convenção antenupcial, como a cláusula

³²⁴ Sofia Henriques, Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 177.

acerca da educação religiosa dos filhos, a frequência das visitas aos parentes afastados ou sobre a guarda dos filhos em situações de crise matrimonial”³²⁵.

Antunes Varela³²⁶, Pires de Lima³²⁷, Rita Lobo Xavier³²⁸ e João Espírito Santo³²⁹ atribuem ao princípio um sentido amplo, no sentido em que não só proíbe os cônjuges de alterar diretamente o regime de bens, seja ele convencionado ou legalmente fixado, como também impede a alteração indireta do regime de bens do casamento através da celebração de certos atos jurídicos.

Para Antunes Varela “o princípio da imutabilidade abrange, 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 depreende do n.º 2 do artigo 1714.º, a situação concreta dos bens dos cônjuges que interessa às relações entre estes”³³⁰.

Pires de Lima e Antunes Varela defendem que não “podem bens próprios entrar na comunhão; não podem bens comuns ser atribuídos em propriedade exclusiva a qualquer deles; não podem ser transmitidos, onerosa ou irrevogavelmente, os bens de um para o outro”³³¹, acrescentado que pese embora não signifique “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”, a verdade é que consideram que “essa alienação envolve 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 arripio do princípio da imutabilidade”³³².

Na opinião de Rita Lobo Xavier “o alcance do princípio da imutabilidade em análise, 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”. Neste sentido, os cônjuges não só não podem por via direta alterar o regime de bens, como também não podem por via indireta celebrar entre si contratos que impliquem transferências de bens de uma das massas patrimoniais

³²⁵ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ...*, ob. cit., pp. 577 e 578.

³²⁶ Cfr. Antunes Varela, *Direito...*, ob. cit., p. 359.

³²⁷ Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, *Código...*, ob. cit., p. 399 e Pires de Lima, “Anotação ao acórdão...” ob. cit., p. 172.

³²⁸ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites...*, ob. cit., p. 135 e Rita Lobo Xavier, “Sociedades entre cônjuges. Sociedade de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 1990”, *Revista de direito e de estudos sociais*, Ano 35., Lisboa, LEX, 1993, pp. 253 e 254.

³²⁹ Cfr. João Espírito Santo, “A imutabilidade...”, ob. cit., pp. 468 a 470.

³³⁰ Antunes Varela, *Direito ...*, ob. cit., p.359.

³³¹ Pires de Lima, “Anotação ao acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966”, ob. cit., p. 172.

³³² Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil: anotado...*, ob. cit., p. 399.

para a outra³³³.

Nas palavras da mesma “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”³³⁴.

O princípio da imutabilidade, em sentido amplo, impede todos os negócios, quer seja pela via, direta ou indireta, que “impliquem uma modificação na composição das massas patrimoniais pertencentes ao casal”³³⁵. Tal como refere Pires de Lima o princípio da imutabilidade é entendido no sentido em que “não podem os cônjuges modificar o seu estatuto patrimonial”³³⁶.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira entendem que “Salvo erro, para estes autores, o princípio da imutabilidade teria o alcance mencionado, pelo menos, nos quatro primeiros números considerados acima”³³⁷.

Por outro lado, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira³³⁸, Adriano Paiva³³⁹, Cristina Dias³⁴⁰ entre outros autores sustentam que o princípio da imutabilidade deve ser entendido em sentido restrito.

Entendemos que para melhor compreender o alcance do princípio da imutabilidade, torna-se necessário escrutinar no seu todo o art. 1714.º e perceber qual a relação existente entre o n.º 1 e 2, para assim entender o significado do princípio da imutabilidade.

Assim, o n.º 1 do art. 1714.º, como sabemos, proíbe a modificação das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente fixados após a celebração do matrimónio.

³³³ Rita Lobo Xavier, *Limites à...*, ob. cit., pp. 135 e 136.

³³⁴ Idem, *Ibidem*.

³³⁵ Rita Lobo Xavier, *Sociedades entre cônjuges ...*, ob. cit., pp. 253 e 254.

³³⁶ Pires de Lima, *Anotação ao acórdão...*, ob. cit., p. 172.

³³⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 579.

³³⁸ Cfr. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., pp. 577 a 582.

³³⁹ Adriano Paiva, *A comunhão...*, ob. cit., pp. 103 e 123.

³⁴⁰ Cfr. Cristina Dias, *Alteração...*, ob. cit., pp. 54 a 62.

Nestes termos, e de acordo com os defensores do sentido restrito, “o sentido mais natural do texto do art. 1714.º, n.º 1”³⁴¹, deve ser se interpretado no sentido em que apenas o concreto regime de bens do casamento convencionado pelos nubentes ou estipulado supletivamente ou imperativamente é que é insuscetível de qualquer alteração.

Deste modo, na opinião mais restrita do alcance do princípio este n.º 1 do art. 1714.º não proíbe os negócios que incidem sobre bens concretos, essa proibição resulta da previsão em outros números e de outras normas que não do art.º 1714.º, no seu n.º 1.

É o que sucede no n.º 2 e 3 do art. 1714.º, esses, sim, preveem que o princípio da imutabilidade envolve certos negócios que incidem sobre bens concretos. Resulta do n.º 2 do art. 1714.º que o princípio da imutabilidade abrange os contratos de compra e venda e sociedade entre cônjuges, exceto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens, admitindo-se, porém, de acordo com o n.º 3, “a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais, bem como a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte”³⁴².

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira sustentam o alcance restrito do princípio da imutabilidade essencialmente em três argumentos. Como primeiro argumento entendem que a primeira parte da letra do n.º 2 do art. 1714.º não dá garantias de que o n.º 1 já proíbe os negócios jurídicos previstos no n.º 2 (a compra e venda e a sociedade) e que, no caso de aquele primeiro preceito legal ter sido redigido com uma maior clareza, o segundo preceito deixa de ter utilidade. Consideram excessivo incluir no n.º 1 a proibição de todos os negócios jurídicos celebrados entre os cônjuges que possam modificar a situação patrimonial relativa, devendo ser interpretado o n.º 2 como uma extensão da proibição prevista no n.º 1. Por último, suspeitam que o n.º 1 possa proibir todos os negócios jurídicos que, com base numa avaliação casuística alterem a composição das massas patrimoniais, para deixar ao n.º 2 o valor de afastar essa apreciação concreta no caso da compra e venda e da sociedade; nestes dois negócios a lei presumiria a fraude à imutabilidade e considerá-los-ia sempre ofensivos daquela regra e nulos. Por conseguinte, o n.º 2 do art. 1714.º deve ser interpretado como um alargamento ou uma extensão da proibição prevista no n.º 1³⁴³.

Os defensores do sentido mais restrito entendem que todos os outros negócios sobre bens

³⁴¹ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ..., ob. cit.*, p. 579.

³⁴² Adriano Paiva, *A Comunhão..., ob. cit.*, p. 104.

³⁴³ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de..., ob. cit.*, p. 580.

concretos, para os quais a lei não estabelece nenhuma norma especial que os proíba, são livremente celebrados de acordo com o princípio da autonomia³⁴⁴.

Pelo contrário, os defensores do sentido mais amplo do princípio da imutabilidade consideram o n.º 2 do art. 1714.º como uma mera aclaração e não como uma extensão do n.º 1³⁴⁵.

Assim, a proibição dos contratos de compra e venda entre cônjuges e dos contratos de sociedade em que ambos assumam responsabilidade ilimitada (n.º 2 e 3 do art. 1714.º) já resulta do princípio geral previsto no n.º 1 do art. 1714.º. João Espírito Santo, refere que “a imutabilidade é concretizada no n.º 2 e 3 do art. 1714.º³⁴⁶, não lhe atribuindo um significado autónomo mas sim um cariz exemplificativo, pelo que a intenção da lei foi apenas referir alguns contratos proibidos, sendo contudo proibido qualquer outro negocio que implique modificação na composição das massas patrimoniais.

Ora, no seguimento do que expusemos, entendem os defensores do sentido restrito que o n.º 3 do art. 1714.º constitui uma exceção ao n.º 2, enquanto para os defensores do sentido amplo o n.º 3 constitui uma exceção ao n.º 1³⁴⁷.

Em concreto a discordância da doutrina assenta sobretudo em saber se a celebração de certos negócios sobre bens concretos do casal, pertencentes a qualquer das massas patrimoniais são lícitos³⁴⁸.

O que nos parece que a solução que mais se coaduna com a letra da lei e com as necessidades pessoais dos cônjuges é o alcance atribuído ao princípio da imutabilidade em sentido restrito. Por um lado, permite a autonomia dos cônjuges e evita a realização de negócios simulados; por outro lado, se efetivamente essa não fosse a intenção do legislador ao elaborar o Código de 1966 o mesmo teria sido mais explícito e concreto na redação da norma, quando na verdade o que o legislador fez foi pegar em duas normas que estavam dispersas no Código de Seabra, articulando-as num só artigo e aí incluindo também os contratos de sociedade.

³⁴⁴ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 580, no mesmo sentido vide Cristina Dias, *Alteração...*, ob. cit., pp. 57 “A existência do princípio da imutabilidade, no seu sentido amplo, não se coaduna com as necessidades pessoais dos cônjuges, limitando excessivamente a sua autonomia e propiciando a realização de negócios simulados, com intervenção de terceiros, com vista a alcançar os objetivos proibidos pela imutabilidade dos regimes de bens. Se a sua razão assenta fundamentalmente na tentativa de evitar o enriquecimento injustificado e definitivo de um dos cônjuges à custa do outro, então tal objetivo será alcançado não com o princípio da imutabilidade, mas assegurando as devidas compensações entre os patrimónios no fim do regime matrimonial”.

³⁴⁵ A. Caeiro, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1986, p. 10.

³⁴⁶ João Espírito Santo, “A imutabilidade...”, ob. cit., p. 470.

³⁴⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira *Curso de...*, ob. cit., p. 580.

³⁴⁸ Adriano Paiva, *A Comunhão...*, ob. cit., p. 105.

Por fim, não podemos deixar de referir que “a evolução do direito português vai no sentido de diminuir o alcance do princípio da imutabilidade”³⁴⁹.

3.4 Restrições ao princípio da imutabilidade

Como vimos, decorre do n.º 2 do art. 1714.º a proibição de os cônjuges celebrarem entre si contratos de compra e venda e contratos de sociedade, exceto quando se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens.

Como sabemos, por força do especial vínculo que une as pessoas casadas, a capacidade negocial dos cônjuges sofre algumas limitações, embora se reconheça que existe autonomia privada e liberdade negocial entre os cônjuges, também se reconhece que existem limitações que decorrem de normas imperativas e do regime de bens do casamento. É por existir este vínculo conjugal entre as partes que a lei estabelece certos limites à liberdade contratual, à autonomia privada das partes em celebrarem certos negócios jurídicos entre o cônjuge mulher e o cônjuge homem³⁵⁰.

Uma dessas limitações à liberdade contratual dos cônjuges, patente no art. 1714.º, estabelece que os cônjuges estão proibidos de celebrar contratos de compra e venda entre si.

Uma das razões desta proibição decorre do próprio princípio da imutabilidade.

Contudo, a razão que mais enaltece esta proibição está no facto de os cônjuges, mediante a celebração de contratos de compra e venda entre si, poderem dissimular, na verdade, verdadeiros contratos de doação, no intuito de contornar a regra da livre revogabilidade das doações entre cônjuges prevista no art. 1765.º, n.º 1³⁵¹.

Nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “A lei proibiu os contratos de compra e venda em íntima relação com o regime da livre revogabilidade das doações e com a intenção de evitar que os cônjuges pudessem usar fraudulentamente a faculdade de comprar para esconder uma doação real e para fugir à livre revogabilidade que a lei impõe³⁵².”

Rita Lobo Xavier, defensora do sentido amplo do princípio da imutabilidade entende que “Se a nossa lei consagrou o princípio da imutabilidade, deveria coerentemente ter proibido as doações. Na

³⁴⁹ Cristina Dias, *Alteração...*, *ob. cit.*, pp. 57.

³⁵⁰ Adriano Paiva, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 273.

³⁵¹ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...*, *ob. cit.*, p. 204 ss.

³⁵² Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ... ob. cit.*, p. 582.

verdade, as razões que se opõem à admissão das doações entre cônjuges são as mesmas que explicam a proibição de os cônjuges alterarem o seu regime de bens. Tais razões decorrem de uma mesma ideia: impedir um dos cônjuges de enriquecer injustamente a custa do outro. Em rigor, (...) a lei deveria proibir todos os atos que pudessem envolver deslocções sem contrapartida entre as várias massas patrimoniais por que se distribuem os bens do casal. Por outro lado, (...) através de uma doação, os cônjuges podem conseguir os mesmos efeitos que resultariam de uma alteração do regime. Apesar de tudo isto, (...) o nosso Direito admite as doações entre pessoas casadas”³⁵³.

Porém, como refere Cristina Dias se o princípio da imutabilidade visa prevenir enriquecimentos injustificados de um património a custa do outro, então “os contratos entre cônjuges não serão de proibir com base na mesma imutabilidade (se efetivamente não implicarem uma fraude à lei), ou seja, p. ex., a venda entre cônjuges implica a saída de um bem de um património para um outro, mas essa saída é compensada pela entrada do valor do bem naquele património, mantendo o equilíbrio patrimonial”³⁵⁴.

Todavia, não conferimos ao princípio da imutabilidade um sentido amplo, defendemos, pois, que o sentido restrito é que o mais se coaduna e adequa ao art. 1714.º n.º 1, assim. Dessa forma, defendemos que o n.º 1 não proíbe a celebração de negócios sobre bens concretos, os quais ou são admitidos nos termos gerais, “ao abrigo do princípio da autonomia privada, ou a sua proibição ou limitação merecerão uma regulação própria”³⁵⁵.

Um outro argumento apontado pela doutrina para a proibição de celebração de contratos de compra e venda entre os cônjuges assenta na “(...) ideia de que a venda de bens entre casados seria uma forma de impedir que os credores exclusivos do cônjuge vendedor pudessem fazer os bens alienados responder pelos seus créditos”³⁵⁶.

Acresce que todas estas razões apontadas perdem o seu fundamento, quando os cônjuges se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens, tal como decorre do art. 1714.º, n.º 2, *in fine*.

Além dessa exceção, o n.º 3 do art. 1714.º aponta outras exceções em que os cônjuges podem celebrar entre si contratos de compra e venda. Assim, a lei permite que os cônjuges celebrem

³⁵³ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...*, *ob. cit.*, p. 204 e 205.

³⁵⁴ Cristina Dias, *Alteração do estatuto...*, *ob. cit.*, 2017, p. 54.

³⁵⁵ Adriano Paiva, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 278.

³⁵⁶ *Idem*.

entre si contratos de dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao outro cônjuge. Nos termos, do art. 837.º, a dação em cumprimento consiste numa “prestação de coisa diversa da que foi devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”.

Neste negócio jurídico não existe o receio de defraudar o princípio da imutabilidade, porque pressupõe a existência do cumprimento do pagamento de um crédito, o qual se realiza com uma prestação diversa da que é devida, no intuito de extinguir a obrigação e, ao contrário do que acontece na compra e venda, na dação em pagamento não existe uma transferência monetária da massa patrimonial de um cônjuge para o outro.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira entendem que “mais vale dar um bem em pagamento ao cônjuge do que ter de o vender a um estranho para pagar em dinheiro – e que podia facilmente confundir-se com uma venda para ser liminarmente arrastada pela proibição do n.º 2”³⁵⁷.

Além da dação em pagamento, o legislador também excluiu da proibição do n.º 2, ao prever no n.º 3 do artigo como exceção a participação dos cônjuges em sociedades de capitais.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira entendem que esta exceção apesar de “ser incoerente com o regime estabelecido no art. 1691.º, n.º 1, al. d)”, a participação com outrem não favorece a má utilização, as fraudes no âmbito do regime de bens; por outro lado, sugere-se que o legislador terá dado valor à limitação de responsabilidade própria das sociedades de capitais para admitir uma participação menos arriscada financeiramente³⁵⁸.

Como referimos, o entendimento que seguimos não proíbe a celebração de negócios sobre bens concretos, os quais ou são admitidos nos termos gerais, ou a sua proibição ou limitação merecem uma regulação própria, pelo que além destas duas exceções previstas no n.º 3, do art. 1714.º, outras existem como, por exemplo a cessão de quotas entre cônjuges e o direito de remição que o cônjuge do executado tem nos termos do art. 912.º do CPC.

Pires de Lima e Antunes Varela defendem que o n.º 2 do art. 1714.º no que concerne à proibição de compra e venda entre os cônjuges é derogado pelo art. 228.º, n.º 2 do CSC, ao permitir a

³⁵⁷ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de ... ob. cit.*, p. 581.

³⁵⁸ Idem, *Ibidem*.

cessão de quotas entre os cônjuges³⁵⁹.

Já Rita Lobo Xavier é de opinião de que o art. 228.º, n.º 2 do CSC deve ser interpretado simultaneamente com o artigo 1714.º, n.º 2 (a contrário). Acrescentando que no caso de a cessão de quotas ser realizada “através de um contrato de compra e venda, esta só será válida caso os cônjuges estejam separados judicialmente de pessoas e bens”³⁶⁰.

Uma outra exceção, apontada pelo legislador no art. 842.º do C.P.C. para cônjuges separados judicialmente de pessoas e bens, é de que os mesmos podem remir na venda executiva de todos os bens do outro cônjuge adjudicados ou vendidos ou de parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou venda. O facto de o cônjuge remidor ter que pagar o preço em venda executiva pela adjudicação, justifica que não se inclua esta venda no n.º 2 do art. 1714.º ³⁶¹.

Por outro lado, e nos termos do n.º 2 do art. 1714.º estão, igualmente, impedidos os cônjuges de celebrarem contratos de sociedade entre si, salvo se estiverem separados judicialmente de pessoas e bens, permitindo, contudo, o n.º 3 do mencionado artigo, a título de exceção ao n.º 2, a participação dos cônjuges na mesma sociedade de capitais.

Esta proibição do contrato de sociedade entre cônjuges patente no art. 1714.º, n.º 2 tem que ser analisada em articulação com o art. 8.º, n.º 1, do CSC.

O art. 8.º do CSC foi introduzido no ordenamento jurídico português pelo DL n.º 262/86, de 2 de setembro, no intuito de pôr termo a muitas das problemáticas que se levantavam em matéria de participações sociais objeto da comunhão conjugal, ou seja, da admissibilidade ou não de cônjuges celebrarem contratos de sociedade entre cônjuges.

Ora, com a introdução do art. 8.º do CSC o legislador estabeleceu no n.º 1 do artigo que é “permitida a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada”, tendo assim, consagrado a possibilidade de constituição de sociedades entre cônjuges e a sua participação na mesma sociedade.

Tal como refere Cristina Dias “O problema das sociedades entre cônjuges (sós ou com terceiros) veio a ser resolvido pelo disposto no art. 8.º do Código das Sociedades Comerciais, que

³⁵⁹ Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, *Código...*, *ob. cit.*, p. 400.

³⁶⁰ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 222, nota 206.

³⁶¹ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações...*, *ob. cit.*, p.48.

permite a constituição de sociedades entre cônjuges e a participação destes em sociedades, desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada. Portanto, a proibição de constituir sociedades ou de participar em sociedades com outrem é limitada aos casos em que os dois cônjuges assumam responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais”³⁶².

Assim, apenas ficou vedado aos cônjuges a constituição de sociedades ou a participação em sociedades em nome coletivo (art. 175.º ss. do CSC) e em sociedades em comandita no caso de ambos os sócios serem comanditados (art. 465.º ss do CSC), isto porque nestas sociedades a responsabilidade de qualquer dos sócios é ilimitada.

Esta norma veio no fundo diminuir o alcance do princípio da imutabilidade, previsto no art. 1714.º, n.ºs 2 e 3 do C. C., que proíbe a “sociedade entre os cônjuges” e a “participação dos dois cônjuges na mesma sociedade”.

Para Pires de Lima e Antunes Varela “esta nova disposição implica, como facilmente se verifica, uma profunda derrogação do regime estabelecido no art. 1714.º do C.C.” e acrescenta que a nova norma é “bastante insensível aos perigos e inconvenientes da mutação das convenções”, sendo “uma porta aberta, de fácil transposição, para a possibilidade de os cônjuges alterarem, com efeito o regime de bens estabelecido, contanto que só um deles contraia responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais ou nenhum deles a assuma”³⁶³.

Com esta norma passou-se de uma proibição de celebração de contratos de sociedade para uma liberdade dos cônjuges poderem constituir sociedades entre si e poder qualquer dos cônjuges participar nessas sociedades³⁶⁴.

Nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira o “legislador não se preocupou com as ofensas ao princípio da imutabilidade suscitadas pela constituição, funcionamento e dissolução das sociedades, e que são alheias à responsabilidade por dívidas e são maiores, então devia ter admitido a constituição de sociedades ou a participação nelas, sem restrições. Isto é, devia ter encontrado um

³⁶² Cristina Dias, “Algumas reflexões em torno da cessão de quotas entre cônjuges”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 648.

³⁶³ Cfr. Pires de Lima, Antunes Varela, *Código...*, *ob. cit.*, p. 403, 437 e 440.

³⁶⁴ João Castro Mendes, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991, p. 161.

modo de revogar, sem mais, os n.ºs 2 e 3 do art. 1714.º”, permitindo em todas as situações a constituição de sociedades entre os cônjuges³⁶⁵.

Assim, é de concluir que a norma do CSC enuncia um princípio, que estabelece que são válidos os contratos de sociedades entre cônjuges em que nenhum deles, ou apenas um, assuma responsabilidade ilimitada.

Rita Lobo Xavier não partilha da mesma opinião. Para a mesma “É certo que há uma incompatibilidade entre a nova disposição relativa às sociedades entre cônjuges e a regra que consta do n.º 2 do art. 1714.º do C.C.”. Acrescentando que a questão fulcral, com a introdução 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 bens³⁶⁶.

Acrescentando de seguida que responde negativamente à questão que coloca. Para a autora a disposição do CSC efetivamente derogou a parte do n.º 2 do art. 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, e na opinião de Rita Lobo Xavier, “não estará excluído que se proceda ao exame casuístico dos contratos de sociedade entre os cônjuges, com o objetivo de ajuizar da sua conformidade com o Direito matrimonial”. Concluindo que, “os contratos de sociedade permitidos pelo preceito de Direito societário podem sempre ser invalidados se o seu próprio conteúdo violar o princípio da imutabilidade (..) 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”³⁶⁷.

O n.º 2 do art. 8.º do CSC³⁶⁸ veio concretizar como se manifesta a constituição de sociedades entre cônjuges ou a sua participação na mesma sociedade no domínio das relações com a sociedade. Nas palavras de Oliveira Ascensão, “O art. 8.º, n.º 2 traz uma disposição especial, relativa à participação social em regime de indivisão conjugal. A participação é comum aos dois cônjuges: mas é

³⁶⁵ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, *ob. cit.*, p. 452. A mesma linha de pensamento partilha Cristina Dias, *Alteração do Estatuto...*, *ob. cit.*, p. 113: como a constituição de sociedades pode implicar transferências patrimoniais que poderão afetar o regime da responsabilidade patrimonial “melhor seria admitir a constituição de sociedades entre os cônjuges, como regra, e sujeitas às regras do Direito das Sociedades”, não se restringindo a sua constituição se ambos assumirem responsabilidade ilimitada.

³⁶⁶ Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 240 a 249.

³⁶⁷ *Idem*, *Ibidem*.

³⁶⁸ Apesar não ser objeto do nosso estudo é vastíssima a jurisprudência em torno deste art. 8.º, n.º 2, a qual se prende em saber se pode ou não pode o *cônjuge considerado sócio* dispor da participação social pertença da comunhão conjugal, sem a autorização do *cônjuge não considerado sócio*.

preciso determinar quem é o sócio. (...) Procura-se que, perante a sociedade, surja uma única pessoa”³⁶⁹.

Já o n.º 3 do art. 8.º do CSC veio prever uma exceção à aplicação do n.º 2, consentindo que em caso de incapacidade ou morte do *cônjuge considerado sócio* nos termos no n.º 2, o cônjuge meeiro exerça os poderes de administração sobre a participação social conferidos ao cônjuge incapaz ou falecido.

No que concerne às sociedades civis, os n.ºs 2 e 3 do art. 1714.º continuam a ter plena aplicação sobre as mesmas. Na verdade, o legislador proibiu no n.º 2 do preceito que os cônjuges celebrem entre si contratos de sociedade (além, dos contratos de compra e venda), exceto quando se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens. Considerando a proibição abrangida na proibição da alteração da convenção antenupcial, independentemente da natureza civil ou comercial da sociedade³⁷⁰. Acresce que, o disposto no art. 8.º do CSC apenas se aplica às sociedades comerciais, aplicando-se às sociedades civis o regime do Código Civil³⁷¹.

Como vimos, a lei nada refere quanto à natureza da sociedade e, a verdade é que, nada diz quanto à forma. Segundo Jorge Duarte Pinheiro “Não é admissível a constituição entre cônjuges de sociedades civis sob a forma civil nem a participação de ambos numa sociedade com esta natureza e forma.”, mas já quanto às sociedades civis“(…) sob forma comercial, é permitida a sua constituição entre cônjuges e a participação deles na mesma sociedade desde que se trate de uma sociedade por quotas, de sociedade anónima ou de uma sociedade em comandita na qual nenhum dos cônjuges, ou só um deles, seja sócio comanditado(…)”³⁷².

3.5 Exceções ao princípio da imutabilidade

Para o nosso direito, o princípio da imutabilidade é consagrado em termos muito rígidos, prevendo o art. 1715.º as escassas exceções à regra da imutabilidade. O carácter restritivo e taxativo³⁷³ desta norma é revelador do quão rígido é o direito português, quanto ao princípio da imutabilidade. Na opinião de Antunes Varela, não podemos considerar todas as exceções que a lei elenca como

³⁶⁹ Oliveira Ascensão, *Direito Comercial, Vol. IV – Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993. p. 362.

³⁷⁰ Pires de Lima, Antunes Varela, *Código...*, *ob. cit.*, p. 401.

³⁷¹ Cristina Dias, *Alteração do...*, *ob. cit.*, p. 101.

³⁷² Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família...*, *ob. cit.*, p. 474.

³⁷³ Tal como nos refere Rita Lobo Xavier, para os defensores do princípio da imutabilidade em sentido amplo, o art. 1715.º, não tem carácter taxativo pois para os mesmos a admissibilidade de os cônjuges realizarem doações entre si (arts. 1761.º a 1766.º), salvo nos casos em que entre eles vigorar imperativamente o regime da separação de bens (arts. 1762.º e 1720.º), deve ser vista como uma exceção ao princípio da imutabilidade. Cfr. Rita Lobo Xavier, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 123, n. 20.

verdadeiras exceções da imutabilidade. O autor considera que a previsão das mesmas são fruto da intenção do legislador em solucionar eventuais dúvidas relativamente ao princípio da imutabilidade³⁷⁴.

Segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, apenas se pode considerar a al. a) do art. 1715.º uma verdadeira exceção ao princípio, salientando os autores que só esta alínea origina uma modificação direta à convenção antenupcial³⁷⁵.

Decorre da al. a) do art. 1715.º que são admitidas alterações ao regime de bens pela revogação (unilateral e bilateral) de disposições por morte, inseridas em convenção antenupcial, consideradas lícitas ao abrigo do art. 1700.º, nos casos e sob a forma em que é permitida pelos arts. 1701.º a 1707.º.

Contudo, e tal como menciona Antunes Varela, nem todos os casos de revogação previstos na al. a) constituem “necessariamente alterações ao regime de bens estabelecido, no amplo sentido em que a lei usa a expressão”, aludindo aos casos de revogação abrangidos nos arts. 1704.º e 1705.º, n.º 2³⁷⁶.

O art. 1700.º admite que os nubentes em convenção antenupcial incluam determinadas disposições por morte. Esta norma de carácter excecional especifica quais as disposições por morte que, quando inseridas em convenção antenupcial, são consideradas lícitas. Ora, as exceções aí elencadas ficam excluídas da proibição geral contida no n.º 2 do art. 2028.º e na al. a) do n.º 1 do art. 1699.º, cujo conteúdo normativo estabelece que a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro não pode ser objeto de convenção antenupcial.

Pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, foi alterado o art. 1700.º e 2168.º C.C., bem como aditado o art.º 1707.º-A. Assim, o n.º 1 do art. 1700.º aditou uma nova alínea, a c), a qual veio admitir a possibilidade de estabelecer na convenção antenupcial, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge, passando, pois, a ser admitido o pacto sucessório renunciativo.

Tal como Guilherme de Oliveira refere em notas sobre o Projeto Lei n.º 7817XIII “Ora, o projeto vem fazer renascer o regime dos pactos renunciativos (...) a verdade é que os pactos renunciativos

³⁷⁴ Cfr. Antunes Varela, *Direito...*, ob. cit., p. 423.

³⁷⁵ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de...*, ob. cit., p. 577.

³⁷⁶ Cfr. Antunes Varela, *Direito...*, ob. cit., p. 362, n. 137.

desapareceram do direito português desde as Ordenações Afonsinas (meados do séc. XV) até hoje”³⁷⁷, acrescentando ainda que “o pacto de renúncia recíproca da quota legitimária celebrado pelos dois nubentes não tem acolhimento no direito português e é, portanto, nulo”³⁷⁸.

Simultaneamente, foi introduzido o n.º 3 do art. 1700.º que determina que a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação.

O n.º 2 do art. 2168.º do C.C. veio estabelecer que: “Não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse”.

Pela Lei n.º 48/2018 foi, ainda, aditado o artigo 1707.º- A. O n.º 1 estabelece que a renúncia pode ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1713.º, não sendo necessário que a condição seja recíproca.

Destes preceitos podemos deduzir três requisitos: o carácter recíproco da cláusula de renúncia por parte dos nubentes; a sua convenção apenas é admitida caso o regime de bens, imposto por lei ou estipulado pelos nubentes, seja o da separação de bens³⁷⁹ e apenas se permite esta renúncia por convenção antenupcial.

Assim, a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário só pode ocorrer em momento anterior ao da celebração do matrimónio, quer seja na convenção antenupcial, quer seja na modificação da convenção, nos termos em que o art. 1712.º, n.º 1, o permite.

Estabelece a lei que o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes

³⁷⁷ Guilherme de Oliveira em Notas sobre o projeto de Lei n.º 781/XII, 2018, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf>, consultada em: 20-04-2019, p. 7.

³⁷⁸ Posição de Guilherme de Oliveira sobre a questão da nulidade dos pactos renunciativos da quota legitimária, anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, em “*Renúncias Recíprocas às quotas legitimárias através de legados «em substituição da legítima» feitos em convenção antenupcial*”, Guilherme de Oliveira, disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf>, consultada em: 20-04-2019, p. 11.

³⁷⁹ Maria Pereira e Sofia Henriques, defendem que a renúncia não devia ser restringida aos regimes de separação de bens “Não se descortinando, portanto, a razão da restrição da renúncia ao estatuto sucessório aos casamentos celebrados sob regime da separação de bens, a solução legislativa poderá acarretar inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º CRP), e limitará a liberdade de escolha do regime de bens – desvirtuando uma vantagem da lei em vigor, a de acentuar a liberdade de escolha do regime de bens. De facto, a iniciativa vem impor o regime da separação de bens a todos aqueles que pretendam que o seu casamento não produza efeitos sucessórios, o que pretendendo, por um lado, assegurar autonomia aos nubentes na projecção da sua posição *post mortem*, por outro, incoerentemente, coarcta essa mesma autonomia na escolha do regime de bens.”, vide Maria Pereira e Sofia Henriques, Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII, 2018, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucess%C3%B3rios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf>, consultada em: 20-04-2019, p. 7 a 9.

de bens admite exceções, as quais como já referimos se encontram previstas no art. 1715.º, relevando para a situação concreta a prevista na alínea a) do seu n.º 1, por prever expressamente a revogação das disposições mencionadas no art. 1700.º, sendo, certo como já o mencionámos, que essa revogação só pode ocorrer nos casos e sob a forma em que é permitida pelos art. 1701.º a 1707.º.

Pelo que ulteriormente à celebração do matrimónio, e por força do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens resultantes da lei, só é permitido revogar, e não estipular de novo, qualquer uma das disposições previstas no art. 1700.º; e a revogação das disposições mencionadas no art. 1700.º só pode ocorrer nos casos e nos termos que estão previstos nos arts. 1701.º a 1707.º.

Deste modo, se o legislador alargasse o âmbito da aplicação da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, aos matrimónios celebrados anteriormente à entrada em vigor desta lei, enfraquecia de tal forma o princípio da imutabilidade que teria de o abolir, pois estando aqui em causa uma disposição por morte que é considerada lícita, ao abrigo do art.º 1700.º, as exceções ao princípio da imutabilidade são admitidas apenas nos apertados termos que se encontram previstos na alínea a) do n.º 1 do art. 1715.º.

Neste encadeamento, não nos podemos esquecer do disposto no n.º 2 do art. 2168.º por estabelecer que não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança ao abrigo da al. c) do n.º 1 do art. 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse.

Não sendo objeto do nosso estudo descortinar a norma e se a mesma está ou não em conformidade com outras normas, temos, contudo, de frisar a inovação do legislador ao permitir com certos limites que os cônjuges ajustem o estipulado em convenção antenupcial à realidade social dos cônjuges, transmitindo um desabrochar ao princípio da mutabilidade, sendo efetivamente esse um dos motivos que a doutrina mais enaltece para abolir o princípio da imutabilidade.

Acresce, ainda, salientar uma outra peculiaridade do regime estabelecido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, em que o legislador de forma minuciosa aditou o art. 1707.º-A, pois, em virtude do princípio da imutabilidade não permitir retirar a cláusula renunciante da convenção antenupcial, o legislador veio admitir com tal aditamento a possibilidade, por parte de um ou de ambos os nubentes, de condicionar a renúncia à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem

como de outras pessoas. Contudo, o legislador ao não estipular a reciprocidade de condicionar a renúncia, ignora não só que tal lei poderá ter impacto sobre o cônjuge mais vulnerável, como também estamos perante uma das razões invocadas pela doutrina a favor do princípio da imutabilidade, o de evitar que um dos cônjuges exerça um eventual ascendente psicológico sobre o outro³⁸⁰.

Como vemos, o legislador com esta lei ao deparar-se com todos os trâmites do princípio da imutabilidade, cedeu pequenas brechas inclinando-se para a mutabilidade e afastando-se do princípio da imutabilidade.

Já a al. b) do art. 1715.º prevê a possibilidade de alterar o regime de bens pela simples separação judicial de bens. Na opinião de João Espírito Santo apenas esta alínea se pode considerar um verdadeiro “trânsito entre regimes de bens”³⁸¹.

É dos arts. 1767.º a 1772.º do C.C. que decorrem os trâmites da simples separação judicial de bens.

A ideia primordial da simples separação judicial de bens é que uma vez decretada a mesma, os efeitos produzidos repercutem-se no âmbito do regime de bens estipulado para o casamento, passando a vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens.

Daqui resulta que o vínculo conjugal não é dissolvido e, por conseguinte, os efeitos pessoais do casamento, nomeadamente, os deveres de respeito, fidelidade, coabitação e cooperação mantêm-se inalterados.

A simples separação judicial de bens é irrevogável, tal como prevê o art. 1771.º do CC, e, além de ter cariz litigioso, tem como condição para que a mesma seja decretada, o perigo de um dos cônjuges perder o seu património pela má administração do outro.

Assim, são requisitos da separação judicial de bens, nos termos do art. 1767.º do C.C.: o requerente (que poderá ser o cônjuge lesado ou o seu acompanhante) se encontre em perigo de perder o que é seu e que esse perigo provenha da má administração do outro cônjuge³⁸².

Prescreve o art. 1770.º que, após o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial de bens, o regime patrimonial que passa a vigorar é o de separação de bens, procedendo-se à

³⁸⁰ Cfr. Guilherme de Oliveira em Notas sobre o projeto de Lei n.º 781/XII, 2018, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a-%CC%80-condic%CC%A7a-%CC%83o-de-herdeiro.pdf>, consultada em: 20-04-2019, p. 5.

³⁸¹ Cfr. João Espírito Santo, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 469 e n. 19.

³⁸² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.05.2012, disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 27-04-2019.

partilha, nos cartórios notariais havendo acordo ou não o havendo por inventário, do património comum como se o casamento tivesse sido dissolvido.

Às vezes o legislador parece tão renitente em alterar o princípio da imutabilidade no intuito de proteger os interesses de terceiros, que no momento em que mais se constata o perigo de terceiros verem defraudados os seus interesses, o legislador permite que os ex-cônjuges procedam à partilha do património comum por acordo nos cartórios. É fundamento do pedido da simples separação judicial de bens o perigo de um dos cônjuges perder o seu património pela má administração do outro cônjuge. Ora, nesta situação, é no momento da partilha que os interesses de terceiros se encontram mais abalados e desprotegidos.

Contudo, estabelece o artigo 605.º do C.C. que os credores podem arguir a nulidade dos atos praticados pelo devedor que possam causar-lhes prejuízo. Sendo declarada a nulidade do ato impugnado, o negócio jurídico retrocede ao seu estado primário, aproveitando não só ao credor que invocou a nulidade, como também a todos os outros credores. O pormenor deste instituto, e o facto de estar previsto em preceito próprio, reside na legitimidade reconhecida aos credores de invocarem a nulidade de negócios simulados que foram realizados em seu prejuízo.

Da análise de alguns acórdãos podemos concluir que os nossos tribunais se mostram sensíveis e atentos aos negócios simulados, que visam apenas a dissimulação e partilha do património, por forma a evitar o chamamento ao pagamento das dívidas de um dos cônjuges, não se coibindo de anular divórcios, separações judiciais de pessoas e/ou bens, sempre que considerem terem sido violadas as normas³⁸³.

A exceção prevista na al. c) do art. 1715.º admite a possibilidade de alteração do regime de bens pela separação judicial de pessoas e bens, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o regime do divórcio por mútuo consentimento.

Tal como decorre do art. 1795.º-A, a separação de pessoas e bens extingue os deveres de coabitação e assistência entre os cônjuges sem que, contudo, dissolvam o casamento (conservam o estado civil de casados) ou prejudique o direito a alimentos e, mantendo-se os demais deveres conjugais, como os de respeito, fidelidade e cooperação.

³⁸³Da nossa jurisprudência resultam algumas decisões no sentido da anulação de divórcios/separação judicial de pessoas e bens, em concreto, por se considerar ter existido uma simulação, que visou apenas a dissimulação e partilha do património, por forma a evitar o seu “chamamento” ao pagamento das dívidas de um dos cônjuges. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.01.2016; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01.02.2007; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.01.2005; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.03.2005; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.10.2005, todos disponíveis em www.dgsi.pt, consultado em: 27-04-2019.

Já no que diz respeito aos bens, estes têm os mesmos efeitos que os bens na dissolução do casamento, pelo que procedesse à partilha do património comum.

A separação judicial de pessoas e bens termina ou pela dissolução do casamento ou pela reconciliação dos cônjuges, podendo os mesmos, a qualquer momento, restabelecerem a vida em comum e a plenitude dos direitos e deveres conjugais.

Nos termos do art. 1795.º-C, “os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais”.

Como referem Pires de Lima e Antunes Varela “Das ruínas a que a separação reduziria a sociedade conjugal renasce, por força da vontade das partes a plena comunhão de vida em que consiste a essência do matrimónio”³⁸⁴.

Por outro lado Abílio Neto, em anotação ao art. 1795.º do C.C., menciona que “os cônjuges se consideram casados³⁸⁵, a partir da sentença homologatória da reconciliação, reestabelecendo-se a vida em comum e entrando ambos no pleno exercício dos direitos e deveres conjugais”³⁸⁶.

As divergências doutrinárias fundam-se em saber qual o regime de bens que fica a vigorar depois da reconciliação.

Para Abílio Neto, e sem apresentar qualquer justificação, o regime de bens a vigorar será o da separação de bens³⁸⁷.

Por outro lado, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira referem que “O art. 1776.º do Código de 1966, na sua primitiva redação, dispunha que «a partir da reconciliação os cônjuges se consideravam casados segundo o regime de separação de bens», mas o preceito foi revogado pela Reforma de 1977. Não contendo o art. 1795.º -C disposição semelhante, parece entender-se que a reconciliação dos cônjuges repõe em vigor o mesmo regime de bens que vigorava antes da separação³⁸⁸”.

Ora, numa primeira abordagem, estes autores concluem no sentido que o regime de bens a vigorar depois da reconciliação é o que estava a vigorar antes da separação.

³⁸⁴ Pires de Lima, Antunes Varela, *Curso de... ob. cit.*, p. 562 e ss. ³⁸⁴ No mesmo sentido, e utilizando as palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, o Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 10.03.2009, processo 0827492, relator Rodrigues Pires, refere que “com a reconciliação renascem o dever de cooperação, em toda a sua plenitude, o dever de coabitação e o dever de assistência e ainda o regime de bens que vigorava entre os cônjuges”. Disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 18-09-2019.

³⁸⁵ A expressão “casados” não nos parece a mais apropriada, pois os cônjuges não deixaram de ser casados.

³⁸⁶ Abílio Neto, *Código Civil anotado*, 18ª edição, Lisboa, Ediforum, 2013, p. 1476.

³⁸⁷ Idem, *Ibidem*.

³⁸⁸ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 668 e 669.

Todavia, logo a seguir, acrescentam, “Mas não deverá permitir-se aos cônjuges escolher livremente o regime de bens do casamento (o mesmo que valia antes da separação ou regime diverso) (...)”? A lógica da solução seria esta: a reconciliação valeria como um segundo casamento, pelo que a convenção que os cônjuges celebrassem sobre o regime de bens que valeria depois da reconciliação seria ainda, de alguma maneira, uma convenção “antenupcial”, não havendo, pois, verdadeiramente, derrogação ao princípio geral da imutabilidade das convenções antenupciais expresso no art. 1714.º C.C. Aliás, dispondo o art. 1795.º-A, in fine, que a separação, relativamente aos bens, “produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento”, os regimes da separação de pessoas e bens e do divórcio viriam assim a coincidir neste ponto, pois é sabido que, no divórcio, os divorciados que voltem a casar um com o outro podem escolher livremente o regime de bens do segundo casamento”³⁸⁹.

A verdade é que a convenção antenupcial não pode ser revogada ou modificada depois de celebrado o matrimónio e tendo o legislador revogado o preceito que estabelecia o regime de bens que passava a vigorar depois da reconciliação, é por que teve intuito de efetivamente manter em vigor o regime prévio à separação, reforçando ainda mais o princípio da imutabilidade. Acrescentamos ainda que na separação de pessoas e bens não existe um segundo casamento, até porque o mesmo não foi dissolvido, ficando apenas enfraquecido o vínculo matrimonial³⁹⁰.

Acontece que, a preocupação que a doutrina tem em que os cônjuges alterem várias vezes de regime de bens, com um princípio de mutualidade, acaba por já suceder com esta exceção. Ora, estando os cônjuges casados no regime de comunhão de adquiridos ao requerer a separação judicial de pessoas e bens alteram ao regime de bens do casamento, para o regime de separação de bens, o qual apenas subsiste, enquanto vigorar entre os cônjuges a separação judicial de pessoas e bens.

Na realidade, se os cônjuges se reconciliarem renasce o regime de bens que vigorava entre os cônjuges, ou seja, o regime de comunhão de adquiridos. Acresce que, nos termos do art. 13.º do DL n.º 272/2001, a reconciliação faz-se por acordo dos cônjuges homologado pelo conservador do registo civil. À luz do art. 1795.º – C, n.º 4, os efeitos da reconciliação só se produzem a partir da homologação ou, em relação a terceiros, a partir do registo.

Resulta do preceito que a reconciliação não opera automaticamente é necessário acordo, que depende da homologação do conservador e de registo. Se os cônjuges ou um deles não requerer a

³⁸⁹ Idem, ibidem.

³⁹⁰ Sobre as várias teses em confronto, vide parecer do Instituto dos Registos e Notariado, de 19-10-2009, processo n.º CCB/55/2008 SJC CT: <https://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2008/p-cc-55-2008-sjc-ct/downloadFile/file/ctcc055-2008.pdf?nocache=1318863249.02> consultado em: 18-05-2019.

conversão da separação em divórcio, decorrido um ano sobre a data da decisão que decretou a separação, em princípio, será certo que na falta de conversão da separação em divórcio, há reconciliação (admitindo, contudo, que nem sempre será essa a realidade). Ora, ao verificar-se a reconciliação e após a necessária homologação, tudo se passa como se não tivesse havido separação de pessoas e bens, nomeadamente no plano patrimonial (art. 1795.º – C, n.º 3 e 4)³⁹¹, o legislador permitiu que na falta de homologação do acordo de reconciliação, os cônjuges prolonguem *ad eternum* a aplicação aos mesmos do regime de separação de bens.

Por outro lado, nada proíbe que os cônjuges após homologação da reconciliação, possam, novamente, requerer a separação judicial de pessoas e bens, alterando várias vezes de regime de bens.

A al. *d*) do n.º 1 do art. 1715.º admite como alterações ao regime de bens “todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal”, como é o caso *da ausência* (arts. 108.º e 115.º), *insolvência* (art. 141.º, n.º 1, al. *b*), CIRE) e *execução movida contra um dos cônjuges em que se penhorem bens comuns do casal* (art. 740.º, C.P.C.)³⁹².

Por último, refere o n.º 2 do art. 1715.º que as alterações à convenção antenupcial ou ao regime de bens fixado só produzem efeitos em relação a terceiros depois de serem registadas. O fundamento desta precisão é o mesmo que justifica a necessidade de registo das próprias convenções antenupciais, ou seja, salvaguardar as legítimas expectativas e interesses de terceiros que contratem com qualquer um dos cônjuges³⁹³.

Um dos aspetos que vem sendo debatido na doutrina e na jurisprudência desde a entrada em vigor da norma do art.1790.º, na redação da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro é se a aplicação desta norma altera o regime de bens a que se encontra sujeito o casamento celebrado entre os cônjuges.

O art. 1790.º prevê que “Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.”

No regime anterior à vigência da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o art. 1790.º previa que o cônjuge declarado único ou principal culpado não podia receber na partilha mais do que receberia se

³⁹¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 10.03.2009, processo 0827492, relator Rodrigues Pires, disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 18-09-2019.

³⁹² Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 577.

³⁹³ Neste sentido *vide* Pires de Lima, Antunes Varela, *Código...*, *ob. cit.*, p. 405.

o casamento tivesse sido contraído segundo o regime da comunhão de adquiridos.

No regime anterior só um dos cônjuges era atingido pela restrição, enquanto no regime atual a alteração recaiu sobre ambos os cônjuges. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, permitiu “uma mudança de paradigma do divórcio” abolindo o “divórcio com base na culpa para o divórcio com base na rutura objetiva” do matrimónio³⁹⁴, no qual o intuito já não é o de sancionar o cônjuge culpado mas, sim, o de evitar que o divórcio “se torne um modo de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu pelo esforço comum na constância do matrimónio”³⁹⁵.

Cristina Dias encara tal regra como uma restrição injustificada à autonomia privada e à liberdade contratual dos cônjuges, na medida em que impõe-se uma partilha que será efetuada num regime diverso daquele que os cônjuges podem ter convencionado e “só no caso de o casamento se dissolver por morte é que a vontade previamente manifestada pelos nubentes, em convenção antenupcial, será respeitada”³⁹⁶.

Nas palavras de Rute Teixeira Pedro a norma tem uma aplicação “cega”, pois “consideram-se apenas os bens que seriam comuns segundo o regime de comunhão de adquiridos, e que, usando uma fórmula sintética e impressiva, serão os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento”, ficando excluídos os bens levados para o casamento ou adquiridos gratuitamente ³⁹⁷.

Rute Teixeira Pedro refere que a solução da norma é confusa, e apesar de entender que a letra da lei não configura uma alteração ao regime de bens, a verdade é que no momento da partilha e, em concreto, em termos de valor final da meação de cada cônjuge, é isso que dela decorre, “uma alteração dissimulada”³⁹⁸.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira referem “que o art. 1790.º não implica a substituição do regime da comunhão geral pelo da comunhão de adquiridos. Não pode, pois, cada cônjuge pedir a inscrição a seu favor dos bens que levou para o casamento ou depois lhe advieram por herança ou doação com base no regime típico da comunhão de adquiridos. Tendo sido estipulado o regime da comunhão geral, esses bens entraram na comunhão e nela permanecem até à partilha; só depois

³⁹⁴ Eliana Gersão, “Sociedade e divórcio: considerações à volta da evolução da legislação do divórcio”, *Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, volume IV, 2009, p. 344.

³⁹⁵ Rita Lobo Xavier “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Porto, Coimbra Editora, volume I, 2013, p. 528.

³⁹⁶ Cristina Dias, “A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil”, *Separata de Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 15, Coimbra Editora, 2011, p. 27.

³⁹⁷ Rute Teixeira Pedro, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio – reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, volume III, 2011, p.448.

³⁹⁸ Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral...”, *ob. cit.*, p. 534.

desta poderá saber-se a quem ficarão a pertencer. A lei não impõe que na partilha cada cônjuge seja encabeçado nos bens que lhe pertenceriam se tivesse vigorado o regime da comunhão de adquiridos; só quer que cada outro cônjuge não receba na partilha mais do que receberia se tivesse sido convencionado esse regime. Não lhe importam os bens em espécie, mas só o seu valor”³⁹⁹.

Neste sentido, vários foram os acórdãos a seguir o mesmo entendimento, tendo um dos mais recentes o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/03/2019 sumariado que “I - O art. 1790.º do C.C., na redação da Lei n.º 61/2008, de 31-10, é aplicável a todos os casamentos celebrados segundo o regime da comunhão geral de bens, mesmo aos celebrados em data anterior à sua entrada em vigor (01-12-2008), desde que, neste caso, subsistam nessa data. II - O mesmo artigo não altera o regime de bens a que se encontra sujeito o casamento celebrado, pelo que a partilha continua a fazer-se tratando como bens comuns aqueles que o são de acordo com esse regime. III - Tendo vigorado o regime da comunhão geral de bens no casamento, no inventário subsequente ao divórcio devem ser relacionados todos os bens comuns para, na fase da partilha, poder ser considerado o teor do citado art. 1790.º. IV - Este artigo não se preocupa com a determinação do acervo dos bens a partilhar, mas com o resultado a que se chega finda a partilha”⁴⁰⁰.

4. Direito Comparado

Como já referimos, alguns outros países como a França, a Alemanha, a Espanha e a Itália sustentam um abandono ao princípio da imutabilidade, de forma a reforçar a autonomia privada dos cônjuges no campo patrimonial.

Deste modo, para obtermos uma perspetiva crítica em relação ao nosso sistema e para auxílio da nossa pesquisa procederemos ao estudo, no plano do direito comparado, de como outros ordenamentos jurídicos ultrapassaram os fundamentos que levaram à consagração do princípio da imutabilidade e de que forma regulamentaram o princípio da mutabilidade e ultrapassaram as questões jurídicas que a doutrina vem colocando em torno do princípio da imutabilidade, para, assim, percebermos se nos dias de hoje ainda tem fundamento prevalecer no nosso ordenamento o princípio da imutabilidade.

4.1. Direito Francês

³⁹⁹ Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 749.

⁴⁰⁰ Disponível em www.dgsi.pt, consultado em: 20-05-2019.

No direito francês, mais concretamente até à reforma da Lei de 13 de julho de 1965, os fundamentos invocados em defesa da consagração do princípio da imutabilidade eram comuns a outros ordenamentos jurídicos, pois entendia-se que a convenção antenupcial era um verdadeiro pacto de família e como tal não podia ser alterada apenas pela vontade dos cônjuges; temia-se que a possibilidade de modificação da convenção permitisse que o cônjuge mais forte se aproveitasse do ascendente adquirido perante o outro cônjuge e o persuadisse a aceitar modificações prejudiciais em benefício do seu cônjuge; e pretendia-se evitar que sobretudo os credores dos cônjuges e que viam no património uma garantia creditícia ficassem defraudados⁴⁰¹.

Da mesma forma, as razões que sortiam no direito francês em defesa da abolição do princípio da imutabilidade eram, igualmente, comuns ao direito português. Assim, já não prevalecia a defesa de que a convenção antenupcial era um verdadeiro pacto de família, isto porque os mesmos já não eram admissíveis. Por outro lado, considerava-se que era contrário aos interesses dos cônjuges um regime inalterável e impermeável às mudanças concretas das vidas dos cônjuges bem como defendiam e entendiam que um sistema de publicidade e de controlo judicial era suficientemente adequado para salvaguarda dos interesses terceiros⁴⁰².

Assim, face aos fundamentos invocados pela doutrina francesa, em 1965, pela Lei 65-570 o princípio da imutabilidade sofreu uma importante atenuação. Esta reforma em 65, não aboliu o princípio da imutabilidade, apenas o atenuou⁴⁰³.

Nas palavras de Nicole Petroni-Maudière, "*L'interdiction de modifier le regime matrimonial traduit la persistance de l'immutabilité*"⁴⁰⁴. Para o autor esta atenuação não pode ser vista como um fim do princípio da imutabilidade, pois impedir que os cônjuges modifiquem livremente o regime do matrimónio, reflete uma persistência do princípio da imutabilidade.

Apesar de estipulado no art. 1395.º o princípio da imutabilidade que dispunha que as convenções antenupciais não podiam sofrer qualquer alteração depois da celebração do casamento, bem como com base em tal princípio estavam os cônjuges proibidos de celebrar entre si quaisquer negócios que não respeitassem o estatuto patrimonial, em 1965 veio o art. 1396.º consagrar a possibilidade de os cônjuges modificarem por via judicial e a pedido de ambos o regime de bens nos

⁴⁰¹ Helena Mota, *Os efeitos...*, *ob. cit.*, p. 150.

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ Gérard Cornu, *Les Régimes Matrimoniaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 1974, p. 214.

⁴⁰⁴ Nicole Petroni-Maudière, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 17.

casos previstos na lei, ou por um deles no âmbito de uma ação de separação de bens ou ao abrigo de qualquer medida de proteção do casamento.

Assim, estabelecia o art. 1397.^o que dois anos após a aplicação do regime de bens legal ou convencional, os cônjuges podiam acordar no interesse atual ou futuro da família, modificando total ou parcialmente de regime de bens, por ato notarial sujeito a homologação do Tribunal do seu domicílio. Estava assim instituído o designado princípio da imutabilidade atenuada, ou como designa a outra parte da doutrina de princípio da mutabilidade controlada⁴⁰⁵.

Nos dias de hoje, com as alterações consagradas pela Lei de 23 de junho de 2006, alterada pela Lei 5 de março de 2007, o regime previsto no art. 1397.^o do C.C. francês é bem distinto. Pois uma das grandes alterações ao artigo veio prescindir da intervenção judicial (à exceção de algumas situações, nomeadamente nas situações em que existem filhos menores e em caso de oposição pelos credores ou terceiros que tenham intervindo na convenção), sendo possível alterar a convenção matrimonial por acordo dos cônjuges sujeito a intervenção notarial. Na alteração à convenção participam apenas os cônjuges, não sendo necessário a intervenção de outras pessoas que intervieram na convenção. Contudo, devem as mesmas ser informadas da modificação (1397.^o, n.º 2)⁴⁰⁶.

Acresce que, o direito francês prevê ainda um conjunto de medidas de publicidade no que concerne à alteração do regime de bens bem como concebe um conjunto de normas para tutela e proteção dos interesses dos credores dos cônjuges, conforme decorre dos art. 1397.^o e 1167.^o C.C., sendo um dos exemplos a obrigação, sob pena de nulidade, de se incluir a liquidação na alteração do regime de bens, para assim os credores não fiquem desprotegidos no prazo de oposição à modificação⁴⁰⁷. Prevendo assim a lei francesa como meio de defesa a oposição de terceiros.

Até 1985, o código civil francês proibia, salvo escassas exceções, a compra e venda entre cônjuges. A introdução da Lei n.º 85-1372, de 23 de dezembro, veio revogar o art. 1595.^o do C.C., permitindo-se assim que os cônjuges celebrem contratos de compra e venda entre si. Contudo, se, por um lado, a doutrina aceita bem os contratos de compra e venda entre os cônjuges quando vigora o regime de separação de bens e de participação nos adquiridos, o mesmo já não sucede quando à

⁴⁰⁵ Philippe Simler, "Pour la suppression des présomptions de fraude pesant sur les époux communs en biens et du principe d'immutabilité dont eles résultent", in *Mélanges em l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 674.

⁴⁰⁶ Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. cit., p. 68 e 69; Bernard Beignier, Sarah Torricelli-Chrifi, *Droit des régimes matrimoniaux, du Pacs et du concubinage, Droit interne, Droit international privé, Exercices progressifs de liquidation*, 6^e édition, LGDJ, 2016, p. 234.

⁴⁰⁷ Idem.

validade destes contratos nos regimes da comunhão, podendo estes contratos configurar uma alteração encapotada ao regime de bens ou ao estatuto concreto dos mesmos⁴⁰⁸, à exceção como é óbvio da comunhão universal, pois uma compra e venda entre cônjuges não produzia qualquer efeito dado todo o património ser comum.

Inicialmente, a jurisprudência francesa proibia as sociedades entre cônjuges por se entenderem ser contrárias ao princípio da imutabilidade, mas em 1958 o legislador considerou válidas as sociedades entre cônjuges desde que estes participassem na sociedade com outros sócios, vindo, ulteriormente, em 66 a considerar válidas as sociedades apenas entre cônjuges. A Lei de 10 de julho de 1982 veio considerar válidas as sociedades apenas entre cônjuges mesmo que as respetivas entradas fossem constituídas apenas por bens comuns e desde que apenas um assumisse responsabilidade ilimitada. Esta limitação foi abolida com a lei de 23 de dezembro de 1985, estipulando o art. 1832.º do C.C. que os cônjuges podem ser sócios de uma mesma sociedade, sozinhos ou com terceiros, participando ambos ou não na respetiva gestão, e mesmo que empreguem apenas bens comuns com entradas numa sociedade já em funcionamento. As sociedades entre cônjuges, como qualquer outra sociedade, estão sujeitas às regras das sociedades e como tal são perfeitamente válidas sem restrições, acautelando os arts. 1832.º e 1861.º do C.C., as hipóteses de fraude, não sendo por isso válidos, de acordo com o princípio de que *fraus omnia corrumpit*⁴⁰⁹, estabelecendo condições que impeçam a derrogação das regras sobre as liberalidades entre cônjuges⁴¹⁰.

O art. 1387.º do C.C. estabelece o princípio da liberdade dos cônjuges no que concerne às suas relações patrimoniais. Prevendo nos arts. 1400.º ss o regime da comunhão legal como regime supletivo. Neste regime legal da comunhão os bens adquiridos a título oneroso depois do casamento são bens comuns, sendo bens próprios os que os cônjuges já tinham antes do casamento ou que adquiriram por doação, legado ou herança.

Porém, os nubentes podem optar por outros regimes tipificados na lei, ou seja, pelo regime *de la communauté de meubles et acquêts* (comunhão de móveis e adquiridos), prevista nos arts. 1498.º ss.; pelo regime *de la communauté universelle* (comunhão universal) prevista nos arts. 1526.º ss, em que todos os bens e dívidas entram na comunhão; pelo *regime séparation de biens* (separação de

⁴⁰⁸ Jean Maury, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Lamy, 1995, p. 9 a 147, in Helena Mota, *Os efeitos patrimoniais...*, ob. cit., p 152.

⁴⁰⁹ André Colomer, *Droit Civil, Régimes matrimoniaux*, 10 ed., Paris, Litec, 2000, p.196 e 197, in Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. cit., p. 108.

⁴¹⁰ Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. cit., p.108.

bens), prevista nos arts. 1536.º ss.; e pelo regime de *participation aux acquêts* (participação nos bens adquiridos), prevista nos art. 1569.º ss., em que não existe comunhão, mas em caso de divórcio ou morte, cada cônjuge tem direito a receber uma compensação monetária se tiver acumulado menos riqueza do que o outro cônjuge durante o casamento.

O direito francês prevê ainda um regime especial de bens para casais de múltipla nacionalidade. Assim, desde janeiro de 2019 que os casais mistos franco-alemães, bem como qualquer casal que reside na Alemanha ou em França ou sujeito ao regime matrimonial francês ou alemão pode optar por regime de bens franco-alemão, em que durante o casamento vigora um regime de separação de bens e, com a dissolução do matrimónio, cada cônjuge tem direito a metade dos bens adquiridos ao longo do casamento⁴¹¹.

Deste modo, no direito francês, os regimes da comunhão são compostos por um conjunto de bens comuns (e também por bens próprios, no caso da comunhão universal) que será partilhado na dissolução do casamento segundo a regra da metade ou segundo o estipulado em contrato nupcial. No regime de separação de bens só existem bens próprios e cada cônjuge administra os seus bens, o mesmo sucedendo na participação de adquiridos com a diferença que com a dissolução do casamento cada um receberá metade do património adquirido do outro desde a celebração do casamento.

4.2. Direito Espanhol

No direito espanhol a matéria de efeitos patrimoniais do casamento está prevista no Código Civil espanhol, mais concretamente no título III (*Del régimen económico matrimonial*) do livro IV (*De las obligaciones y contratos*) e contém um capítulo especial ((Cap. I) *De las disposiciones generales*).

Régimen matrimonial; Régimen Patrimonial ou *Régimen Económico Matrimonial* são as designações que se atribui ao conjunto de normas que regulam os efeitos patrimoniais do casamento.

É através de um documento chamado *capitulaciones matrimoniales* (o equivalente à convenção antenupcial, no nosso ordenamento jurídico) que os cônjuges estipulam o regime patrimonial do casamento, o qual, ao contrário do ordenamento jurídico português, pode ser alterado a todo o tempo, na constância do casamento, conforme prevê o art. 1326.º do C.C. espanhol, “*Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio*”.

⁴¹¹Cristophe Verniers, *Droit Patrimonial de la Famille*, sob a direção de Michel Grimaldi, 6ª edition, Dalloz Action, 2018-2019. p. 80.

No direito espanhol, a liberdade de convenção com livre alteração e modificação dos regimes de bens, bem como a igualdade jurídica dos cônjuges são os princípios que influenciam as regras que regulam os efeitos patrimoniais do casamento⁴¹².

Tal como no nosso ordenamento jurídico, também vigora no direito espanhol o princípio da livre estipulação do regime de bens. Nas palavras de Díez-Picazo e Antonio Gullón “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”⁴¹³.

Os nubentes podem assim escolher o regime de bens que lhes aprouver dentro dos limites previstos no art. 1315.º do C.C. espanhol, o qual refere que “*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*”.

O Código Civil Espanhol consagra apenas três tipos de regime, o *Régimen de Sociedad de Gananciales*, o *Régimen de Separación de Bienes* e o *Régimen de participación*.

O *Régimen de Sociedad de Gananciales*, previsto no art. 1344.º do C.C., origina um regime de bens de casamento composto pelos chamados *bienes gananciales* (bens comuns), os quais se encontram estipulados no art. 1347.º que, ao contrário, dos *bienes privativos* (bens próprios) previstos no art. 1346.º, serão divididos igualmente entre os cônjuges em caso de dissolução do casamento.

Este regime equivale ao nosso regime de comunhão de adquiridos, o qual também no direito espanhol corresponde ao regime supletivo⁴¹⁴, ou seja, é o regime aplicável na falta de celebração de convenção antenupcial, conforme decorre do art. 1316.º “*A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*”.

De acordo com o *Régimen de Separación de Bienes*, previsto nos arts. 1435.º a 1444.º, “*pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título*” bem como cada cônjuge tem total independência para dispor e administrar os seus bens, ficando, contudo, obrigado a participar na proporção dos seus recursos

⁴¹² Luis Díez-Picazo, António Gullón, *Sistemas de derecho civil – derecho de familia, derecho de sucesiones IV*, 10ª, Madrid, Tecnos, 2006, p. 140 ss.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ À exceção de alguns locais em Espanha, na Catalunha, na Comunidade Valenciana e em Baleares, que o regime supletivo é o de separação de bens. Acresce que se aplica também como regime supletivo, o regime da separação de bens (artigo 1435, n.º 2 do C.C. espanhol), quando os nubentes se limitam a excluir o regime de comunhão e não escolhem nenhum regime de bens em concreto.

económicos nas despesas do casal. Equival este regime ao regime de separação de bens previsto no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o *Régimen de participación*, regulado nos arts. 1411.º a 1434.º, corresponde a um sistema misto do *Régimen de Sociedad de Gananciales* e do *Régimen de Separación de Bienes*. Segundo este regime, os cônjuges vivem segundo o regime de separação e extinguindo-se o casamento aplicam-se as regras do regime de *Sociedade de Gananciales*. Assim, cada um dos cônjuges tem o direito de administrar e dispor livremente quer dos bens que levou para o casamento quer dos bens adquiridos a qualquer título depois do casamento. No momento da dissolução do casamento, contabiliza-se a participação dos cônjuges no crescimento apurado no património de cada um durante a vigência do casamento.

O princípio da livre modificação do regime de bens na constância do casamento está consagrado no art. 1317.º, segundo o qual “*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*”.

No direito espanhol até 1975 vigorava o princípio da imutabilidade do regime de bens, que se fundamentava em duas ideias: a de evitar influência de um cônjuge sobre o outro e a da certeza jurídica⁴¹⁵.

A Lei 14, de 2 de maio de 1975, cuja epígrafe refere “Reforma de Determinados Artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la Situación Jurídica de la Mujer Casada y los Derechos y Deberes de los Cónyuges” introduziu aspetos inovadores na regulação do matrimónio. Além da consagração do princípio da mutabilidade, supriu no mesmo diploma o dever de obediência da mulher ao cônjuge marido e da licença marital. Ao contrário do direito português que aquando da reforma de 77 não teve a ousadia de, ao mesmo tempo que adequou o código civil aos princípios constitucionais, mais concretamente, a igualdade dos cônjuges, manteve o princípio da imutabilidade.

Do Preâmbulo da Lei 14/75, de 2 de maio, lê-se que o fundamento tradicional para a anterior regra da imutabilidade dos regimes de bens, ou seja, a desigualdade entre os cônjuges que gerava uma situação de dependência da mulher, por um lado, e a necessidade de proteger terceiros, por outro, não era aceitável nem necessária quando confrontada com a existência de um regime geral de

⁴¹⁵ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial...*, ob. cit., p. 30.

vícios do consentimento e a imposição da irretroatividade das alterações introduzidas ao regime de bens estabelecido. Hoje, com a consagração constitucional do princípio da igualdade entre os cônjuges, a mutabilidade é inquestionável, restando apenas algumas dúvidas quanto à eficácia do mecanismo de proteção de terceiros⁴¹⁶.

A introdução no direito espanhol deste princípio e desta mudança da norma, constitui uma das maiores reformas, nas palavras de Gullón Ballesteros “Un giro a la tradición castellana, que el Código civil había recogido, de inmutabilidad del régimen. En efecto, unas capitulaciones después del matrimonio implican evidentemente una modificación del régimen legal, que es el de la sociedad de gananciales si no se han hecho antes de contraerlo, o del pactado, en caso contrario”⁴¹⁷. Este autor que foi uma das vozes que reclamava a abolição do princípio da imutabilidade, pela sua inflexibilidade ao não permitir que os cônjuges conformem os regimes patrimoniais do casamento com as reais circunstancias das suas convivências matrimoniais, afirmou que este “...nuevo régimen que ahora se instaura no merece más que alabanzas”⁴¹⁸.

A abolição do princípio da imutabilidade ficou bem patente na exposição dos motivos da Lei 14, de 2 de maio de 1975, a qual passamos a citar dado a forma como resolve alguns dos problemas e entraves equacionados pelo direito Português, “IV. El tercero de los puntos afectado por la reforma es el relativo a la modificación, constante matrimonio, del régimen económico-matrimonial por voluntad de ambos cónyuges. La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de las pactos posnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad.

Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción, es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad a una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

⁴¹⁶ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais...*, ob. cit., p. 121 e 122.

⁴¹⁷ Antonio Gullón Ballesteros, *Comentarios a las reformas del Código Civil: El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol. II, p. 1067.

⁴¹⁸ Idem.

Las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico-matrimonial, sino que, a veces, incorporan también disposiciones hechas en favor de los dos contrayentes o de uno de ellos por otras personas. De aquí que se distinguen dos tipos de modificaciones. Por una parte, los cónyuges pueden en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico anterior, sea éste convencional o legal. Para ello se ha exigido el requisito de la mayoría de edad, por ser el dato que proporciona la plena capacidad de obrar. Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllas. Para que la modificación afecte a tales derechos, será necesario que la consientan los otorgantes, si vivieran todavía.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que, se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida.

La segunda medida de salvaguardia o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros."⁴¹⁹

Ora da exposição dos motivos decorre, essencialmente, que a contemplação da alteração do regime de bens exige algumas proteções quer gerais, quer em relação a terceiros. Nesse intuito, decorre da exposição a previsão da aplicação de um regime de publicidade, concretizando de que forma essa publicidade deve ser contemplada em algumas situações concretas. Estabelecem ainda a

⁴¹⁹Exposição dos Motivos da Lei 14/75, de 2 Maio, Disponível em: <https://boe.vlex.es/vid/articulos-comercio-casada-deberes-conyuges-257784310>.

regra da irretroatividade⁴²⁰ da convenção do regime de modificação de bens e exige ainda o consentimento quando se contemple em convenção regras ou disposições em virtude das quais um direito seria constituído por outras pessoas em favor das partes contratantes ou direitos por elas constituídos em favor das primeiras.

Toda esta reforma no sistema do direito espanhol, abriu portas a toda uma ampla reestruturação que foi surgindo ao longo de anos, e a qual pela sua dimensão não nos debruçaremos sobre a mesma, apenas contemplaremos as disposições dos dias de hoje e as quais tenham interesse para o objeto do nosso estudo.

Ora, como já expusemos, o direito espanhol contempla o princípio da mutabilidade, prevendo uma mutabilidade que não carece de um controlo judicial, como resulta, respetivamente, do art. 1325.º e ss. do C.C. espanhol. Contudo, prevê um sistema de publicidade e proteção dos direitos adquiridos por terceiros⁴²¹.

O direito espanhol, além de consagrar o princípio da mutabilidade permite que os cônjuges contratem entre si, não estipulando quaisquer restrições de contratos. Prevendo o art. 1323.º que *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier bienes y derechos y celebrar entre si toda classe de contratos”*.

Essa norma é aplicável a qualquer regime de bens, permitindo que os cônjuges celebrem doações entre si (sujeitas apenas às regras gerais, não sendo de presumir qualquer fraude pelo facto de se tratar de cônjuges), permite a transmissão a um dos cônjuges de bens comuns e a constituição de sociedades mesmo que constituídas apenas pelos cônjuges e cujo ativo seja construído por bens da comunhão conjugal. Assim atribui aos cônjuges total liberdade de poderem constituir sociedades entre si. Porém se esse contrato implicar uma alteração do regime de bens, para sua validade, terá o mesmo de constar numa escritura pública⁴²².

Gullón Ballestros alerta, contudo, que a liberdade concedida pelo art. 1323.º, tem de ser interpretada numa perspetiva correta, pois se é verdade que esta norma reflete um alcance amplo para

⁴²⁰ Tal como refere Cristina Dias, este princípio da irretroatividade implica que se os cônjuges casados em regime de separação alterarem esse regime para um regime de comunhão, o credor pessoal de um dos cônjuges pode continuar a ver o pagamento do seu crédito ser efetuado pelos bens que até ao momento eram próprios do seu devedor; no mesmo sentido, se de um regime de comunhão os cônjuges passarem para o regime de separação, não podem invocar a nova qualificação do bem como próprio para afastar a responsabilidade do então bem comum perante credores da comunhão. Cristina Dias, *Alteração do Estatuto...*, ob. cit., p.74.

⁴²¹ Miriam Anderson, *El régimen económico matrimonial*, in *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 179 e ss.

⁴²² Cristina Dias, *Alteração do Estatuto...*, ob. cit., pp.73 e 110.

o princípio da liberdade, não é menos verdade que esta norma não pode ser usada como refúgio dos preceitos normativos imperativos da alteração do regime de bens⁴²³.

Entende Cuadrado Pérez que, após mais de três décadas desde a introdução do art. 1323.º na reforma de 81, não há dúvidas que o legislador escolheu a teoria correta, a qual afasta qualquer consideração alarmista. Nas palavras do mesmo as possíveis repercussões da mudança em direção à liberdade de contratação conjugal não estão órfãs de proteção em outras percepções do ordenamento espanhol, bem como os possíveis perigos podem resultar completamente neutralizados através de uma conscienciosa aplicação das normas estabelecidas com caráter geral, previstas no ordenamento. O legislador estabeleceu rígidos mecanismos de proteção dos hipotéticos direitos de terceiros, ao estabelecer inevitáveis requisitos formais para efetuar tais alterações, além de exigir um regime de publicidade das mesmas⁴²⁴.

Por outro lado, a norma do art. 1317.º estipulada para proteção de terceiros face a eventuais prejuízos, prevê que a modificação do regime de bens não pode de forma alguma prejudicar direitos adquiridos por terceiros. Como refere Díez Picazo, as convenções pós-matrimoniais estão sujeitas no limite à preservação dos direitos de terceiros. O preceito ao estipular que não podem em nenhum caso prejudicar os direitos de terceiros, estatui uma ineficácia relativa do negócio, tanto pelo respeito dos direitos de terceiros como dos negócios jurídicos que os produzem⁴²⁵.

A norma do art. 1319.º que estipula o regime matrimonial base não pode ser alterada por acordo dos conjugues, sob pena de defraudar credores que, confiando na aparência da lei, desconheciam os acordos privados, bem como, nos termos do 1328.º, os cônjuges não podem dispor sobre matérias previstas em normas imperativas⁴²⁶.

Estas normas servem de pilares para um ordenamento jurídico que valoriza preferencial a autonomia privada no âmbito matrimonial.

4.3. Direito Italiano

No direito italiano a matéria de efeitos patrimoniais do casamento está prevista no Código Civil italiano, mais concretamente no título VI (Del Matrimonio), capítulo VI (*Del regime patrimoniale della*

⁴²³ Antonio Gullón Ballestros, *Del Régimen Económico Matrimonial en Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ed. Trivium, 1995, p. 1304.

⁴²⁴ Carlos Cuadrado Pérez, *El Régimen Económico Matrimonial. Disposiciones Generales, en Tratado de Derecho de la Familia*, III, (Coord. Ysquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 240.

⁴²⁵ Luis Díez-Picazo Y Ponce de León, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 1498.

⁴²⁶ Idem.

famiglia) do livro I (*Delle persone e della famiglia*).

Com a reforma do direito da família de 1975 foi introduzida a obrigação de ambos os cônjuges contribuírem para as necessidades da família, com a consequente aplicação de um novo regime jurídico para tais relações, a comunhão de bens. O objetivo da reforma era implementar o princípio da solidariedade económica entre os cônjuges⁴²⁷.

O art. 159.º do CC italiano refere *que “Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell' art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo.”*, determinando, assim, que o regime matrimonial legal aplicado é a *comunione dei beni* (a comunhão de bens).

Este regime de bens prevê a existência de um património comum (que por força da lei são comuns independentemente de ser adquiridos por um dos cônjuges, art. 177.º, als. a) a d)); de um património pessoal (constituído pelos bens próprios, art. 179.º); e de um património comum diferido (constituída por bens que se tornam comuns apenas no momento da liquidação do regime, designada por *comunione de residuo*, arts. 177.º, als. b) e c), e 178.º)⁴²⁸.

A *comunione dei beni* funciona como um regime supletivo, ou seja, prevê-se a possibilidade de os cônjuges optarem por outro regime, mas na ausência de tal aplica-se a comunhão de bens.

Contudo, e na eventualidade de o regime da comunhão de bens não atender às necessidades dos cônjuges, estes podem escolher por convenção outros regimes de bens alternativos.

Podem optar pelo regime de separação dos bens, previsto nos arts. 217.º a 219.º, no qual cada cônjuge mantém o gozo e a administração dos bens (incluindo os adquiridos após o casamento e as economias subsequentes) dos quais cada um é o único proprietário. Este acordo pode ser estipulado a qualquer momento por escritura pública, como para todas as convenções matrimoniais,

⁴²⁷ Alfio Finochiaro/Mario Finochiaro, *Riforma del diritto di famiglia (commentario sistematico alla legge 19 maggio 1975, N° 151)*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 448.

⁴²⁸ A comunhão legal é muitas vezes apelidada de “comunhão de adquiridos” porque a massa dos bens comuns é constituída genericamente pelos bens e benfeitorias adquiridos durante o casamento. Por sua vez, a *comunione de residuo* engloba os frutos dos bens próprios ainda existentes no momento da liquidação do regime, os rendimentos da atividade dos cônjuges, não consumidos à data da liquidação, e ainda os destinados ao exercício da empresa de um dos cônjuges constituída depois da celebração do casamento e mesmo em momento anterior relativamente às benfeitorias nela incorporadas. O núcleo dos bens próprios inclui os bens levados para o casamento (*rectius* levados para a comunhão (art. 179.º, al.a)) – colocando-se aqui os tradicionais problemas dos contratos promessa e das vendas com reserva de propriedade -, os bens adquiridos por sucessão ou doação (art. 179.º, al. b)), os bens estritamente pessoais que se destinam ao uso exclusivo de cada cônjuge (art. 179.º, al. c)) e ao exercício da sua profissão (art. 179, al.d), os bens adquiridos como ressarcimento de danos pessoais ou pensões por perda de capacidade laboral (art. 179.º, al. e)) os bens sub-rogados no lugar dos bens próprios (art. 179.º, al.f)). Helena Mota, *Os efeitos... ob. cit.*, p. 129.

ou mesmo por uma simples declaração incluída na escritura de casamento. No entanto, a obrigação de contribuir para as necessidades da família permanece firme e inalterável.

Podem, ainda, optar pela comunhão convencional, prevista nos arts. 210.º a 211.º, que consiste em uma ou mais exceções à disciplina da comunhão legal (os cônjuges, por exemplo, podem concordar que alguns bens adquiridos antes do matrimónio entram na comunhão).

Bem como, podem, ainda, constituir um fundo imobiliário, nos termos do art. 167.º a 171.º e fundar uma empresa familiar. Com este fundo, que pode coexistir juntamente com um regime de comunhão ou separação de bens, um dos cônjuges, ambos ou uma terceira parte podem colocar de parte bens móveis ou imóveis específicos inscritos num registo público, ou instrumentos negociáveis, por forma a satisfazer as necessidades da família, criando uma restrição de destino. Estes bens estão sujeitos a um regulamento especial relativamente à sua administração e não podem ser objeto de execução de dívidas que o credor saiba terem sido contraídas para fins que não a satisfação das necessidades da família.

No primeiro ano de aplicação da nova lei, quase todos os casais escolheram a comunhão de bens, mas, nos anos seguintes, por um lado, uma percentagem significativa de casais modificou o regime da comunhão de bens para o de separação, e, por outro lado, aumentou o número de nubentes que no momento do casamento, optaram pela separação⁴²⁹.

Como vemos, o direito italiano admite a possibilidade de os cônjuges alterarem o regime de bens, podendo a convenção ser celebrada em qualquer altura, antes ou após a celebração do casamento, nos termos do art. 163.º, “Le modifiché delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi”, devendo a mesma ser celebrada por escritura pública e na presença de todas as pessoas que participaram na convenção anterior ao casamento. Contudo, as alterações estão sujeitas a registo, sob pena de não produzir efeitos face a terceiros, exigindo-se, assim, o averbamento no assento de casamento e no registo predial, conforme prevê o art. 2647.º, para os bens imóveis que constituem o fundo patrimonial ou sejam excluídos da comunhão entre os cônjuges.

⁴²⁹ Michele Sesta, *Diritto di famiglia*, Pádua, Cedam, 2º ed., 2005, p. 169 ss.

Inicialmente com a reforma de 1975, à semelhança do direito francês, era exigido um controlo judicial⁴³⁰. Posteriormente, por se entender que o sistema de publicidade é suficiente para acautelar os interesses de terceiros, a Lei n.º 142 de 10/05/1981 suprimiu a necessidade de aprovação por um tribunal para se efetuarem alterações à convenção, sendo apenas necessária aprovação para alterações a convenções celebradas mediante um ato autêntico anteriores a 07/05/1981, bem como se exige uma homologação judicial no caso de morte de um dos cônjuges, conforme prevê o art. 163.º *“Se uno dei coniugi muore dopo aver consentito con atto pubblico alla modifica delle convenzioni, questa produce i suoi effetti se le altre parti esprimono anche successivamente il loro consenso, salva l'omologazione del giudice. L'omologazione può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi”*. A convenção nupcial pode assim, ser alterada em qualquer altura na forma de um ato autêntico (art.º 163.º do C.C.).

O legislador italiano teve o cuidado de colocar dentro do próprio capítulo, mais concretamente no art. 164.º a possibilidade de os terceiros demonstrarem e provarem por quaisquer meios o acordo simulatório entre os cônjuges em defesa dos seus direitos⁴³¹.

O direito italiano além de estabelecer no art. 163.º a possibilidade de modificar a convenção, também estabelece no art. 210.º, a possibilidade de os cônjuges alterarem por convenção matrimonial, dentro de certos limites, o regime da comunhão legal⁴³².

Por outro lado, pese embora a lei não faça referência entende-se quanto às normas relativas à responsabilidade patrimonial (186.º a 190.º) que não podem ser objeto de alteração convencional nem podem os cônjuges alterar disposições inderrogáveis, conforme art. 160.º⁴³³. Isto porque, por um lado, a matéria de garantia patrimonial está subtraída à vontade das partes em defesa dos interesses de terceiros e, por outro lado, porque existe uma estreita correlação entre a responsabilidade por dívidas e a matéria de administração dos bens que permite afirmar que o art. 210.º n.º 3º, do C.C., apenas se refere às regras da administração e à natureza indisponível das normas dos art. 186.º a 190.º do C.C.⁴³⁴.

Gabrielli e Cubeddu entendem, por um lado, que a relação administração e responsabilidade

⁴³⁰ Vincenzo de Paola, Antonio Macri, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 1978, p. 58 ss.

⁴³¹ Idem.

⁴³² Idem, Grazia Ceccherini, Lorenzo Gremigni Francini, *Famiglie in crisi e autonomia privata, i contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Cedam, 2013, p. 113 ss.

⁴³³ Idem.

⁴³⁴ Cristina Dias, *Alteração do estatuto...*, ob. cit., p. 72.

por dívidas não é tão intensa, até porque o legislador regulou tais matérias em capítulos separados; por outro lado, entende que nada tendo o legislador estipulado em sentido contrário é possível os cônjuges alterarem o regime das responsabilidades por dívidas da comunhão legal, ainda que com proteção de terceiros⁴³⁵. Nestes termos, é possível uma cláusula em que se altere a regra da subsidiariedade do art. 190.º do C.C., permitindo que os credores comuns possam atuar diretamente sobre o património próprio dos cônjuges, mas já não é possível alterar o privilégio conferido no art. 189.º do C.C. aos credores comuns⁴³⁶.

O direito italiano permite aos cônjuges constituírem entre si ou com terceiros uma sociedade de capitais e também uma sociedade de pessoas assumindo a responsabilidade ilimitada, não tendo sido colocada a questão da relação conjugal afetar a autonomia dos cônjuges em constituir uma sociedade entre si ou com terceiros. Contudo, a constituição de uma sociedade entre cônjuges não pode implicar uma alteração indirecta das normas relativas à administração dos bens do casal e responsabilidade por dívidas (art. 210.º C.C.), as quais são, como já referimos, inderrogáveis. Acresce que, vigorando o regime de comunhão entre os cônjuges, só um pode assumir a responsabilidade na sociedade. Se assumirem os dois a responsabilidade a constituição da sociedade será nula por violação de normas imperativas⁴³⁷.

4.4. Direito Alemão

No direito Alemão a matéria do casamento e dos efeitos patrimoniais do casamento está prevista no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), nomeadamente no livro quarto designado por *Familienrecht* (direito da família), no título sexto *Eheliches Güterrecht* (Direitos de propriedade conjugal), que divide os temas em subtítulos como no subtítulo 1 *Gesetzliches Güterrecht*, (Lei de propriedade legal), bem como no subtítulo 2 *Vertragliches Güterrecht* (Direitos contratuais de propriedade). Além da lei civil, também a *Grundgesetz* (lei fundamental) estabelece princípios fundamentais que influenciam a jurisprudência e o legislador na normatização do direito da família.

Tal como nos outros ordenamentos jurídicos, também o direito alemão sofreu importantes reformas no que concerne aos efeitos patrimoniais do casamento e dos regimes de bens. Uma das situações a destacar, e comum aos outros ordenamentos jurídicos, é a lei de 18 de junho de 1957

⁴³⁵ Giovanni Gabrielli, Maria Giovanna Cubeddu, *Il regime patrimonial dei coniugi*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 298 e 299, in Cristina Dias, *Alteração do estatuto...*, *ob. cit.*, p. 72.

⁴³⁶ *Idem*.

⁴³⁷ *Idem*.

referente ao princípio da igualdade ente homens e mulheres e que alterou o regime matrimonial legal (comunhão de adquiridos) para o regime da participação nos adquiridos. Na ex-RDA só em 31 de agosto de 1990, pelo tratado da União das duas Alemanha, é que foi instituído o regime legal do direito federal, ou seja, a participação nos adquiridos⁴³⁸.

Assim desde 1957 que o regime supletivo no direito alemão é o regime da participação nos adquiridos ou também designado comunhão de ganhos acumulados, tal como decorre do art. 1363.º, n.º 1, “*Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren*”, ou seja, os conjugues vivem segundo o regime da comunhão nos ganhos, se não estipularem nada em contrário no contrato de casamento.

Tal como decorre do n.º 2 do mesmo artigo “*Das jeweilige Vermögen der Ehegatten wird nicht deren gemeinschaftliches Vermögen; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinnsgemeinschaft endet*”, este regime caracteriza-se por um regime de separação durante o casamento, ou seja, nem os bens do marido nem os da mulher se tornam património comum dos cônjuges, nem os bens que cada um dos cônjuges adquire durante o casamento se tornam património comum. Contudo, estabelece ainda o n.º 2 do artigo que qualquer aumento nos bens dos cônjuges será compensado, ou seja, será dividido igualmente se o regime matrimonial terminar, quer seja, por exemplo, por divórcio ou morte de um dos cônjuges.

Durante o casamento, os cônjuges podem livremente dispor do seu respectivo património, não estando sujeitos a restrições em matéria de alienação, à exceção das restrições previstas nos arts. 1365.º, 1369.º e 1366.º quanto à exigência do consentimento do outro cônjuge. Não sendo igualmente, e em princípio, responsáveis pelas dívidas do outro cônjuge, a não ser que o outro cônjuge tenha dado autorização para contrair compromissos com o intuito de garantir a satisfação das necessidades diárias da família, sendo nos termos do art. 1357.º vinculativos para o outro cônjuge.

Os nubentes podem igualmente ao celebrar convenção nupcial optar por um dos outros regimes tipificados na lei, conforme decorre do art. 1408.º “*Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern.*”, concedendo este artigo também a liberdade dos cônjuges

⁴³⁸ Helena Mota, *Os Efeitos Patrimoniais...*, ob. cit., p. 165 ss.; SOFIA Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges...*, ob. cit., p. 83 nota de rodapé n.º 242.

modificarem o regime matrimonial.

Desde 29 de janeiro de 2019 que os cônjuges, além de poderem optar pelos regimes tipificados, podem agora optar pela lei aplicável à convenção nupcial, mas limitada a determinados sistemas jurídicos. O Regulamento (EU) 2016/1103 veio prever no art. 22.º, a possibilidade de escolher a lei de um dos Estados no qual pelo menos um dos cônjuges tenha nacionalidade ou a lei do Estado da residência habitual de um dos cônjuges à data da escolha como lei aplicável ao regime matrimonial⁴³⁹.

Por outro lado, não satisfazendo o regime da comunhão de ganhos podem os cônjuges, conforme prevê o art. 1414.º *“Schließen die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand aus oder heben sie ihn auf, so tritt Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt. Das Gleiche gilt, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird.”* dissolver ou afastar o regime legal, passando a vigorar o regime da separação, ou seja, se os cônjuges dissolverem ou afastarem o regime de bens, sem nomear um outro regime na convenção vigora o regime de separação como um segundo regime supletivo. Neste regime de separação de bens não existe igualação/divisão dos ganhos acumulados em caso de divórcio.

Podem ainda os cônjuges optar pelo regime da comunhão total de bens, prevista nos arts. 1415.º ss *“Vereinbaren die Ehegatten durch Ehevertrag Gütergemeinschaft, so gelten die nachstehenden Vorschriften”*. Segundo este regime os bens dos cônjuges tornam-se bens comuns, conforme art. 1416.º. No entanto, o art. 1717.º, n.º 2, estabelece algumas limitações específicas a certos bens que são considerados bens próprios, que podem ser próprios pela sua natureza ou porque assim o determinaram na convenção.

Tal como acontece no direito francês, também no direito alemão os nubentes/cônjuges podem optar pelo regime matrimonial franco-alemão de uma comunhão opcional de ganhos acumulados.

Ora, como decorre do já mencionado art. 1408.º, as convenções nupciais às quais os cônjuges aderem ao regime supletivo ou a um dos regimes típicos, ou indicam um novo regime com base na nova lei podem ser celebradas antes ou durante o casamento.

Porém, estabelece o art. 1410.º *“Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider*

⁴³⁹ Este regulamento aplica-se igualmente no nosso ordenamento jurídico.

Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden.”; que a convenção antenupcial tem de ser registada por um notário na presença de ambas as partes, com vista a acautelar as funções gerais da exigência de forma de um negócio jurídico, ou seja, como refere Kanzleiter, § 1410 Rdn. 1 e 2, as funções de permitir que os cônjuges tomem consciência da regulamentação em causa que regulará as suas relações patrimoniais (função de proteção (*Schutz-funktion*)), de proteção contra precipitações dos cônjuges (*Funktion des Schutzes vor Übereilung*) e de conhecimento do negócio jurídico em causa (*Warnfunktion*), e de assegurar a prova do regime escolhido (*Beweisfunktion*)⁴⁴⁰.

Wilfried Schlüter faz também referência às referidas funções quando refere que os cônjuges podem alterar as convenções existentes em qualquer altura, desde que observem os requisitos formais aplicáveis, assegurando, assim, a intenção de proteger as partes contratantes de serem precipitadas, de assegurar seu aconselhamento especializado e de facilitar a prova do que foi acordado, tal como decorre das suas palavras *“Eheverträge können während, aber auch schon vor der Ehe geschlossen werden, Die Erklärungen müssen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars abgegeben werden (§ 1410 BGB). Dieser Form unterliegen auch auf Abschluss eines Ehevertrags gerichtete Vorverträge. Der Formzwang soll die Vertragspartner vor Übereilung schützen, ihre fachkundige Beratung sichern und den Nachweiss des Vereinbarten erleichtern. Die – an sich mögliche – Eintragung des Ehevertrags im Güterrechtsregister (vgl § § 1412, 1558 BGB) ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung”*⁴⁴¹.

Tal como Wilfried Schlüter faz referência na última parte do excerto ao registo, ora estabelece o art. 1412.º que a eficácia da modificação da convenção face a terceiros depende de registo, ou seja, só é oponível a terceiros a partir do respetivo registo (*Güterrechtsregister*), ou se os terceiros tiverem conhecimento da respetiva modificação no momento da celebração do contrato. Contudo, a função publicidade do registo do regime de bens não é alcançada no direito alemão, isto porque os cônjuges não estão obrigados à sua realização para alterarem o seu regime de bens e por isso não o realizam. Contudo, apesar dessa falta de publicidade⁴⁴², os direitos de terceiros que surjam após o registo da convenção serão afetados pela alteração da convenção. Já os direitos de terceiros adquiridos, antes da modificação do regime de bens, têm a sua posição salvaguardada, mesmo após o registo da

⁴⁴⁰Rainer Kanzleiter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrechts, sobre a direção de Kurt Rebman/Franz Jürgen Säcker, vol. 7, I, 3ª ed., München, C.H.Beck, 1993, p.569, in Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. cit., p. 79, nota 137.

⁴⁴¹ Wilfried Schlüter, *BGB – Familienrecht*, 14ª ed. Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 73.

⁴⁴²Rainer Kanzleiter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrechts, sobre a direção de Kurt Rebman/Franz Jürgen Säcker, vol. 7, I, 3ª ed., München, C.H.Beck, 1993, p. 623 a 626, in Adriano Paiva, *A Comunhão...*, ob. cit. p. 114 e 115, nota 238. O autor evidencia a negatividade desta falta de publicidade.

modificação do regime de bens, podendo recorrer às regras gerais contra atos fraudulentos⁴⁴³.

Acresce que no direito alemão os cônjuges são livres de contratar entre cônjuges sem quaisquer limites, respeitando, contudo, as regras da validade de qualquer negócio jurídico independentemente de serem cônjuges ou não⁴⁴⁴.

Assim, e sendo permitido aos cônjuges livremente contratar entre si podem, igualmente, nesse contexto, celebrar contratos de sociedade entre eles. Porém, a doutrina e a jurisprudência têm algumas salvaguardadas e decidido que quanto às sociedades em nome coletivo (*offene Handelsgesellschaft*), vigorando entre os cônjuges o regime de comunhão só podem constituir entre si uma sociedade em nome coletivo se a entrada for composta por bens reservados (*Vorbehaltgut*) de cada um dos cônjuges⁴⁴⁵.

Por outro lado, o direito alemão considera inválida, por violação das normas do estatuto patrimonial dos cônjuges a sociedade interna (*Innungesellschaften*) constituída entre cônjuges. Nas sociedades internas não existe um património separado, e, por conseguinte, uma sociedade interna entre cônjuges implicaria um património comum. Contudo, não é permitido para proteção dos credores que os cônjuges constituam sociedades com património comum e de forma a afetar o regime da responsabilidade por dívidas, pelo que a constituição pelos cônjuges de sociedade internas são consideradas inválidas⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. Cit., p. 79.

⁴⁴⁴ Cristina Dias, *Alteração do...*, ob. Cit., p. 80.

⁴⁴⁵ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia...*, ob. cit., p. 165, nota 105.

⁴⁴⁶ Idem.

CONCLUSÃO

“A mutabilidade permitiria aos cônjuges adaptarem a sua situação económica e financeira à sua situação atual”⁴⁴⁷.

O ordenamento jurídico português colocou em relevo o tema do regime de bens do casamento ao desinteressar-se que os nubentes celebrem um casamento sobre um regime de bens que não conhecem ou que apenas têm uma vaga referência. Ainda para mais dada a sua importância, pois o regime de bens assenta num conjunto de regras, cuja aplicação define a propriedade sobre os bens dos cônjuges e estabelece as massas patrimoniais de cada um dos cônjuges e o património comum dos mesmos.

A maior parte dos nubentes que contraem casamento não estão devidamente informados do contrato de casamento, do regime legal de bens e do regime convencional, pelo que a liberdade concedida na escolha do regime de bens é, na realidade, uma liberdade ignorada para a maioria dos nubentes que contraem casamento.

Por outro lado, e de facto, o nosso sistema jurídico atribui uma ampla liberdade na escolha do regime de bens concedendo liberdade não só na escolha de um dos regimes de bens tipificados (com as suas devidas imposições e exceções) como também concede aos nubentes a liberdade para criarem um novo regime ou articular aspetos dos vários regimes tipificados. Contudo, se esta liberdade concedida na escolha do regime de bens é ignorada para a maioria dos nubentes ela torna-se oca, vazia e de nenhum efeito. Parece-nos que se efetivamente os nubentes tivessem conhecimento da liberdade de criar um novo regime de bens com um carácter misto, ou seja, articular aspetos dos vários regimes tipificados, que os mesmos optariam por articular um regime de separação de bens durante a vigência do casamento e um regime de comunhão de adquiridos no caso de dissolução do casamento, criando assim, um regime tipificado nos outros ordenamentos jurídicos e designado por regime da participação nos adquiridos ou comunhão de ganhos acumulados.

Ora, parece-nos que este regime não só seria um regime supletivo ideal, dadas as circunstâncias socioeconómicas em que vivemos e pelo facto de, hoje em dia, pelo menos um dos cônjuges abandonar o estatuto de trabalhador dependente para um estatuto de trabalhador que opta

⁴⁴⁷Cristina Dias, *Alteração do ...*, ob. cit., pág. 169.

por uma profissão considerada economicamente arriscada, como também nos parece que, apesar de o nosso direito permitir a sua criação como um regime misto que articula mais do que um regime tipificado, o mesmo deveria ser tipificado. É verdade que os cônjuges ignoram os efeitos de cada um dos regimes e tipificar um novo regime não significava que iriam conhecer os efeitos patrimoniais deste novo regime. Todavia, entendemos ser preferível uma liberdade parcialmente ignorada, no sentido de que pelo menos conhecem os regimes tipificados apesar de não conhecerem os efeitos patrimoniais, do que uma liberdade totalmente ignorada.

É preciso potencializar a estabilidade patrimonial das famílias, a qual depende em grande parte dos direitos criados ao redor do regime de bens e das convenções antenupciais quando celebradas.

É precisamente durante a vigência do casamento que a busca do melhor interesse familiar, pode incentivar à alteração do regime de bens. Todo o direito coloca um marco normativo, um limite à liberdade que se concede, pois nem todas as normas são dispositivas, e as imperativas, como sabemos, impõem certas restrições, porém, é preciso propiciar um espaço à liberdade dos cônjuges para que possam projetar de acordo com as suas vontades as suas relações matrimoniais.

No fundo, a dicotomia em causa está na demarcação entre o limite e a liberdade que se concede. Conceder uma ampla vontade aos terceiros, não significa que os interesses dos terceiros devam prevalecer sobre os interesses familiares, há que encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses de terceiros e os interesses da família.

Neste momento no nosso ordenamento jurídico não encontramos esse ponto de equilíbrio, pois para proteger os direitos adquiridos de terceiros constrange como limite imperativo da liberdade a proibição da alteração do regime de bens.

Ora, se as limitações impostas à autonomia da vontade dos cônjuges se prendem com a necessidade de proteção dos interesses de terceiros, já se tendo ultrapassado os fundamentos invocados do ascendente psicológico e dos pactos de família do princípio da imutabilidade, há que perceber se ainda existe alguma razão jurídica que justifique a a inalterabilidade do princípio da imutabilidade, ou seja, se também é possível ultrapassar o invocado fundamento de proteção de terceiros.

Pese embora continue normativizado no nosso ordenamento jurídico o princípio da

imutabilidade, nem por isso se deixa de constatar a existência de negócios fraudulentos, que visam precisamente, ainda de que forma indireta, a alteração da convenção. Ora, perceber os fundamentos que levaram à consagração do princípio da imutabilidade bem como o estudo do direito comparado foi de todo relevante, para neste momento entendermos que é desnecessário a manutenção do princípio da imutabilidade, pois existem outros mecanismos de prevenção e correção que visam impedir os negócios fraudulentos, protegendo terceiros.

Por outro lado, entendemos igualmente que perante o declínio do princípio da imutabilidade a melhor opção é colocar um fim ao princípio da imutabilidade e estabelecer uma mutabilidade. A solução de flexibilizar as normas do princípio imutabilidade transmite uma persistência do princípio, que continua a impedir que os cônjuges alterem livremente o regime matrimonial. Logo enfraquecer as normas do princípio não é colocar um fim ao princípio da imutabilidade é continuar a restringir a liberdade dos cônjuges.

Como vimos, em França admite-se uma mutabilidade controlada, permitindo que os cônjuges após dois anos de celebração do matrimónio possam alterar o regime de bens, por ato notarial, modificando diretamente o seu regime matrimonial. A modificação do regime matrimonial, por um lado, não exige a presença das pessoas que intervieram na convenção inicial e, por outro lado, prescinde em princípio de homologação judicial. Para proteção de terceiros, o ordenamento jurídico francês admite a possibilidade, no prazo de três meses a contar da publicidade do anúncio a que se refere o art. 1397.º, n.º 3, de oposição de terceiros credores dos cônjuges à alteração da convenção matrimonial.

Também em Espanha vigora a mutabilidade que, apesar de não ser uma mutabilidade controlada, prevê um sistema de publicidade e um conjunto de medidas destinadas a estabelecer o alcance das alterações do regime económico matrimonial em relação a terceiros. A lei espanhola protege os direitos adquiridos por terceiros contraídos em momento anterior à modificação do regime económico pelo princípio da irretroatividade das convenções matrimoniais. Assim, neste ordenamento jurídico, os cônjuges podem alterar, por escritura pública, a convenção matrimonial, bem como podem os cônjuges celebrar contratos entre si, estando alguns desses contratos sujeitos a registo. Ficando, contudo, impedidos de alterar as normas do art. 1319.º do C.C. espanhol que integram o regime matrimonial base.

Em Itália, a alteração do regime económico matrimonial é admissível por escritura pública exigindo a presença de todas as pessoas que participaram na convenção antenupcial, bem como se exige o registo no averbamento do assento do casamento, para produzir efeitos em relação a terceiros. A lei italiana também prevê um meio de defesa para proteção de terceiros, podendo estes por qualquer meio provar a simulação da convenção. Estabelecem ainda que, vigorando o regime da comunhão legal, os cônjuges não podem ao alterar a convenção matrimonial alterar as normas das responsabilidades patrimoniais, bem como não podem alterar as normas inderrogáveis do art. 160.º do C.C. italiano.

Já o direito Alemão consagra como regra a mutabilidade, permitindo que os cônjuges revoguem ou modifiquem a convenção matrimonial, estando, contudo, sujeita a intervenção notarial. Deste modo, as alterações à convenção só produzem efeitos em relação a terceiros a partir do registo ou a partir do momento que tiverem conhecimento. No direito alemão, após o registo da convenção, os direitos de terceiros são afetados pela alteração do regime de bens. Contudo, a posição de terceiros está salvaguardada podendo os mesmos proteger os seus direitos adquiridos, recorrendo as regras gerais contra os atos fraudulentos, podendo, por exemplo, impugnar a convenção matrimonial que envolva uma transmissão de bens que prejudique terceiros. O direito alemão admite ainda a livre celebração de contratos entre cônjuges, sujeitos, contudo às regras da modificação da convenção matrimonial.

Deste modo, percebemos que ordenamento jurídico português, seguindo a influência do direito comparado, pode permitir que os cônjuges alterem o seu estatuto patrimonial, sem controlo judicial, por via direta, ou seja, mediante a celebração de uma nova convenção, ficando impedidos de alterar o estatuto patrimonial por via indireta.

Compreendemos, igualmente, ao longo do nosso estudo que o principal problema é a proteção de terceiros e não tanto a modificação do regime de bens, pelo que a modificação do regime de bens não necessita de um controlo judicial, é sim necessário acautelar os interesses de terceiros com mecanismos defesa e de proteção. A previsão de mecanismos eficientes para acautelar os direitos de terceiros torna desnecessária a exigência de controlo judicial, veja-se a situação do direito italiano que exigia um controlo judicial vindo posteriormente a prescindir do mesmo.

Assim, julgamos que a alteração à convenção após a celebração do matrimónio deve estar

sujeita à mesma regra de forma estabelecida para a convenção antenupcial, devendo ser celebrada como ato notarial ou mediante declaração prestada perante o funcionário do registo, fixando-se um sistema de publicidade adequado e obrigatório, ou seja, averbando não só no assento de casamento como no assento de nascimento, bem como deverão ser sujeitos a menção da modificação do regime matrimonial todos os bens imóveis e móveis sujeitos a registo, incluindo sociedades.

Além de um adequado sistema de publicidade, impõe-se à semelhança do direito espanhol, a previsão do princípio da irretroatividade, de forma a salvaguardar os direitos adquiridos por terceiros credores. Talvez fosse igualmente útil, e seguindo o entendimento de Cristina Dias, a previsão de um sistema específico de reação contra a modificação da convenção por terceiros face a atos fraudulentos, pese embora pudessem se socorrer das regras gerais do direito contra atos fraudulentos, entendemos que um sistema específico com regras específicas de reação a atos fraudulentos acautelaria eficazmente os direitos adquiridos de terceiros. Estariam assim terceiros munidos de meios de proteção especiais para qualquer que fosse os direitos de terceiros que fossem afetados com a modificação da convenção⁴⁴⁸.

Da mesma forma que o direito alemão admite a possibilidade de os cônjuges celebrarem contratos entre si, exigindo que esses contratos estejam sujeitos às regras da modificação da convenção matrimonial, entendemos que este meio é o adequado para proteger eventuais influências de um dos cônjuges sobre o outro, pelo que não nos obsta admitir a livre celebração de contratos entre cônjuges, desde que não implique uma alteração das normas de responsabilidade patrimonial e desde que sujeitos a forma legal e publicidade exigida para a alteração do regime económico patrimonial por convenção, bem como a aplicação do princípio da irretroatividade para proteção de direitos adquiridos por terceiros.

De facto, não é fácil abandonar o princípio da imutabilidade que não só está enraizado no nosso ordenamento jurídico como exige toda uma reforma normativa, contudo, não nos podemos esquecer que o direito tem o dever de se adequar às instituições, aos valores, às evoluções e às necessidades da sociedade, pois ficar incólume às mudanças da economia social e às suas repercussões no âmbito do direito da família, em concreto, aos efeitos patrimoniais que se repercutem na vida conjugal é sinal de retrocesso e não de progresso.

⁴⁴⁸ Cristina Dias, *Alteração do ...*, ob. cit., pág. 180.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV, *Código Civil Anotado – Livro V – Direito das Sucessões*, coordenação de Cristina Araújo Dias, Coimbra, Almedina, 2018.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986.
- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, V. II, 6. Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- ANDERSON, Miriam, *El régimen económico matrimonial, in Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Barcelona, Bosch, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, Vol. IV – Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993.
- BALLESTROS, Antonio Gullón, *Comentarios a las reformas del Código Civil: El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, vol. II, Madrid, Ed. Tecnos, 1977.
- BALLESTROS, Antonio Gullón, *Del Régimen Económico Matrimonial en Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ed. Trivium, 1995.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Direito da Família, Segundo o Código Civil de 1966*, volume I, Viseu, 1977.
- BEIGNIER, Bernard, TORRICELLI-CHRIFI, Sarah, *Droit des regimes matrimoniaux, du Pacs et du concubinage, Droit interne, Droit international prive, Exercices progressifs de liquidation*, 6^a édition, LGDJ, 2016.
- CAEIRO, António, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1986.
- CAMPOS, Diogo Leite de, CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 4.^a Ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2018.
- CECCHERINI, Grazia, FRANCINI, Lorenzo Gremigni, *Famiglie in crisi e autonomia privata, i contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Cedam, 2013.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito da Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito da Família II, Direito Matrimonial*, UNITAS, Coimbra, 1969.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Curso de Direito da Família*, edição policopiada, Coimbra, 1986.
- COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I, 5^a Edição*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

- CORNU, Gérard Cornu, *Les Régimes Matrimoniaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 1974.
- CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da família e das Sucessões*, Relatório de Concurso para Professor Associado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1994.
- CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 2.^a ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1995.
- CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de Família, Efeitos Jurídicos do Casamento Doações Matrimoniais*, vol. II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953.
- CRUZ, Guilherme Braga da, “Novo Código Civil, Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo código civil”, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 52, ano 1956, pp. 173-204.
- 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.
- CRUZ, Guilherme Braga da, *Obras Esparsas, Volume III, Estudos Jurídicos Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.
- CRUZ, Sebastião Cruz, *Direito Romano (IUS ROMANUM)*, I, Introdução. Fontes, 4.^a ed., Coimbra, 1984.
- DANTAS, San Tiago, *Direito de família e das sucessões*, Revisto e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros, Rio de Janeiro: Forense, 1991, disponível em: https://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/direitos_de_familia_e_das_sucessoes-OCR.pdf.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, “Algumas reflexões em torno da cessão de quotas entre cônjuges”, *in AAV*, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 639-672.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, “A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.º do Código Civil”, *Separata de Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º15, Coimbra Editora, 2011, pp. 19-31.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges - Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, Reimpressão, 2017.
- DIAS, Cristina Manuela Araújo, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- DIEZ-PICASSO, Luis, LEÓN, Ponce de, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, II*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

DIEZ-PICASSO, Luis Diez-Picasso, GULLÓN, António, *Sistemas de derecho civil – derecho de familia, derecho de sucesiones IV*, 10ª, Madrid, Tecnos, 2006.

FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito de Sucessões*, 4ª ed. Lisboa, Quis Juris, 2012.

FERREIRA, José Dias, *Código Civil Português Anotado*, 2ª ed. Vol. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1985.

FINOCHIARO, Alfio, FINOCHIARO, Mario, *Riforma del diritto di famiglia (commentario sistematico alla legge 19 maggio 1975, N° 151)*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1975.

GERSÃO, Eliana, “Sociedade e divórcio: considerações á volta da evolução da legislação do divórcio”, *Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, volume IV, 2009, pp.331-358.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

HENRIQUES, Sofia, Estatuto patrimonial dos cônjuges, reflexos da atipicidade do regime de bens, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

JUSTO, António dos Santos, *Relações patrimoniais entre cônjuges: Do Direito Romano ao Direito Português*, Lusíada, Direito, Lisboa, n°2/2004.

KANZLEITER Rainer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrechts*, sobre a direção de Kurt Rebman/Franz Jürgen Säcker, vol. 7, I, 3ª ed., München, C.H.Beck, 1993.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações, vol. III, Contratos em especial*, 10ª ed., Almedina, 2015.

LIMA, Fernando Andrade Pires de, CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de Família, Efeitos Jurídicos do Casamento Doações Matrimoniais*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953.

LIMA, Fernando Andrade Pires de, “Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 99.º, 1966/67, n.º 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, pp. 165-175.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, 2ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

MEALHA, Esperança Pereira, *Acordos conjugais para partilha de bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2004.

MENDES, João Castro, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1991.

MERÊA, Paulo, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vols. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913.

MERÊA, Paulo, *Evolução dos Regimes Matrimoniais*, vols. II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913.

MERÊA, Paulo, “Estudos sobre a História dos Regimes Matrimoniais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XVIII, 1942, pp. 71-98.

MERÊA, Paulo, “Estudos sobre a história dos regimes matrimoniais”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XIX, 1943, pp. 398-408.

MOTA, Helena, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado, em especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

NETO, Abílio, *Código Civil anotado*, 18ª edição, Lisboa, Ediforum, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme de, sobre a questão da nulidade dos pactos renunciativos da quota legitimária, anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, em “*Renúncias Recíprocas às quotas legitimárias através de legados «em substituição da legítima» feitos em convenção antenupcial*”, Guilherme de Oliveira, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a-%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atrave%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a-%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-convenc%CC%A7a-%CC%83o-antenupcial.pdf>.

OLIVEIRA, Guilherme de, em “Notas sobre o projeto de Lei n.º 781/XII, 2018”, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a-%CC%80-condic%CC%A7a-%CC%83o-de-herdeiro.pdf>.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão De, “Observações sobre os regimes de Bens”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.ºs 3875 e 3876. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Observacoes-sobre-os-regimes-de-bens.pdf>.

PAIVA, Adriano Miguel Ramos de, *A Comunhão de Adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, 2008.

PAOLA, Vincenzo de Paola, MACRI, Antonio, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffré Editore, 1978.

PEDRO, Rute Teixeira, “A Partilha do Património Comum do Casal em caso de Divórcio. Reflexões sobre a Nova Redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vitor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 429-474.

PEDRO, Rute Teixeira, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018.

PEREIRA, Maria Pereira, HENRIQUES, Sofia, Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII, 2018, disponível em: <http://iulgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Repensar-pactos-sucess%3%B3rios-Margarida-Silva-Pereira-e-Sofia-Henriques.pdf>.

PÉREZ, Carlos Cuadrado, *El Régimen Económico Matrimonial. Disposiciones Generales, en Tratdo de Derecho de la Familia*, III, (Coord. Ysquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde) Editorial

Aranzadi, Pamplona, 2011.

PETRONI-MAUDIÈRE, Nicole, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

PRATA, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Almedina, 1982.

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da família*, 4ª Edição, Lisboa, Universidade Lusitana, 2008.

ROCHA, Artur Augusto da, "Da Imutabilidade das Convenções Antenupciais", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 1941, Vol. II – Ano 1, nº 3, (disponível online em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B7377E713-FB12-4FF4-A21B-D1AB2B630685%7D.pdf>).

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da Família I, Direito Matrimonial*, Livraria Petrony, Coimbra, 1982.

VARELA, João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10 Ed., Coimbra, Almedina, 2000.

VERNIÉRS, Christophe, *Droit Patrimonial de la Famille*, sob a direção de Michel Grimaldi, 6ª edition, Dalloz Action, 2018-2019.

SANTO, João Espírito, "A imutabilidade dos regimes de bens", in AAVV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 / Congressos Comemorativos dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 459-476.

SCHLÜTER, Wiedfried, *BGB – Familienrecht*, 14ª ed. Heidelberg, C.F. Müller, 2012.

SIESTA, Michele Siesta, *Diritto di famiglia*, Pádua, Cedam, 2º ed., 2005.

SILVA, Nuno José Espinosa Gomes da, *História do Direito Português, Fontes de Direito*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SIMLER, Philippe, "Pour la suppression des présomptions de fraude pesant sur les époux communs en biens et du principe d'immutabilité dont eles résultent", in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, Dalloz, 2012, pp. 158 a 159, 161a 165, 426 e 427.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito de Sucessões*, vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

XAVIER, Rita Lobo, "Sociedades entre cônjuges. Sociedade de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 1990", *Revista de direito e de estudos sociais*, Ano 35.º, Lisboa, LEX, 1993, pp. 239-281.

XAVIER, Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os*

cônjuges, Coimbra, Almedina, 2000.

XAVIER, Rita Lobo, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Porto, Coimbra Editora, volume I, 2013, pp. 525-554.