# DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS

# PELO DR. ARTUR AUGUSTO ALMEIDA DA ROCHA

### INTRODUÇÃO

- 1. O problema da regulamentação dos bens dos cônjuges.
- 2. Regimes de bens. Sua determinação:
  - a) expressamente: convenção antenupcial.
  - b) tàcitamente: regime supletivo.
- 3. Princípios característicos das convenções antenupciais.
- Delimitação dêste estudo ao «Princípio da Imutabilidade».

M teoria pura, o estatuto que regula os interesses pecuniários dos cônjuges, não é uma consequência necessária do casamento (1).

Poder-se-ia conceber um sistema jurídico, em que não se atendesse em especial ao estado das pessoas casadas, no que respeita aos direitos e deveres patrimoniais. A lei, limitar-se-ia a regular

<sup>(</sup>I) Planiol et Ripert Traité pratique de Droit Civil français, vol. VIII, pág. 2.

as relações de carácter pessoal dos cônjuges, deixando a regulamentação do aspecto patrimonial entregue ao direito comum.

Não seguiu o nosso legislador, como de resto, a maior parte dos legisladores modernos, essa orientação; as relações patrimoniais quer entre os cônjuges quer entre estes e terceiros, foram, pelo contrário, regulamentadas ex-professo minuciosamente nos arts. 1.096.º a 1.183.º do Código Civil e ainda acidentalmente em muitos outros preceitos.

Podia o legislador português ter criado um tipo único de regulamentação patrimonial, semelhantemente ao que se fez em Roma. Não o quis porém, e, entre um regime único que se aplicaria automàticamente pelo só facto do casamento, e um sistema de ampla liberdade, foi escolhido um meio têrmo. Para êste efeito, foram criados vários regimes de bens, de entre os quais os cônjuges pudessem escolher o que mais lhes agradasse e conviesse.

Mas, havia que prever os casos em que, por ignorância, ou mesmo por falta de opinião e desconhecimento das vantagens dêste ou daquele regime, os cônjuges não soubessem por qual dêles optar.

Ainda para estas hipóteses a lei encontrou solução, criando um regime supletivo sempre de aplicar, naqueles casos em que, por qualquer razão, os cônjuges não tivessem escolhido, antes do casamento, qual o regime por que se regulariam as suas relações patrimoniais.

2. — Admite a nossa lei dois sistemas para a determinação do regime de bens.

Um expresso, a convenção antenupcial; outro tácito, a aceitação pura e simples do regime supletivo geral, a comunhão geral de bens.

O matrimónio gosa de uma perpetuïdade tendencial; quando se celebra, presume-se que só por morte de algum dos cônjuges venha a ser dissolvido. Atribui-se-lhe em princípio, uma duração, unidade e continuïdade, que só a morte pode destruir.

Sendo as relações patrimoniais de interêsse primordial não só para os cônjuges e família, como ainda para terceiros que com

êles contractem, compreende-se que, de certo modo, a lei tenha procurado garantir à forma de tornar estável, a regulamentação dessas mesmas relações.

Refletem-se de alguma sorte nas relações patrimoniais, certas características das relações pessoais. Só em íntima colaboração, estes dois aspectos das relações dos cônjuges, podem preencher os fins para que foram criados.

3. — Dos preceitos que regulam as relações pecuniárias do casal, podemos extrair vários princípios orientadores da elaboração das convenções antenupciais.

Assim, ao dizermos que as convenções devem ser celebradas por escritura pública e em acto anterior ao casamento, estamos a referir-nos às duas características: solenidade e anterioridade. Se afirmamos que, após o casamento não se pode estipular nova convenção nem revogar a anterior, é da imutabilidade que vemos a existência.

A liberdade, embora restrita, que se confere aos cônjuges, representa uma homenagem à liberdade de contratar.

A publicidade e a pessoalidade, mostram-nos a vantagem de tornar conhecida a convenção antenupcial e a necessidade de serem os próprios cônjuges que nela deverão outorgar.

4. — De entre estes princípios dominantes, que os autores indicam em número desigual, avulta quer pela extensão do conceito que pela importância do papel que representa, o «Princípio da Imutabilidade».

Do «Princípio da Imutabilidade» das convenções antenupciais nos ocuparemos, procurando determinar-lhe a origem, os fundamentos e o conteúdo.

Este será o nosso trabalho.

#### CAPITULO I

- O problema da origem do Princípio da Imutabilidade. Esbôço histórico
  - 5. Inexistência do princípio, por desnecessário, em Direito Romano.
  - **6.** Diversidade de origens atribuídas ao princípio da imutabilidade:
    - a) As leis gaulesas;
    - b) As leis ripuárias;
    - c) Origem dupla nos costumes e leis galo-germanos e nos princípios cristãos;
    - d) O codex visigothorum.
  - 7. Inadmissibilidade da doutrina exposta. O princípio da imutabilidade teve a sua origem no costume, em França, nos princípios do século XV:
    - a) Período de evolução;
    - b) Raros casos de jurisprudência;
    - c) Sua consagração definitiva no art. 1.395.º do Código Civil Francês.
  - 8. O princípio da imutabilidade começou a ser conhecido em Portugal nos fins do século XVIII:
    - a) Influência do Código Civil Francês;
    - b) Influência do preceito das Ordenações Filipinas, que proïbia as doações entre os cônjuges.
- 5. O princípio da imutabilidade da convenção antenupcial tem a sua origem no costume. Não nos parece necessário entrar em demonstrações difíceis e exaustivas, para provar que êste princípio não existia nem era conhecido no Direito Romano. Basta recordar o célebre texto das Institutas «Augeri dotes et nos post

nuptias fuerat permisum... dotes constante matrimónio non solum augentur sed etiam fiunt» (1).

Nada impedia o esposo de tornar o dote dependente de uma condição ou de um têrmo. Os jurisconsultos consagram múltiplos exemplos dêste género (2).

Encontra-se, no entanto, em Direito Romano, uma restricção feita à liberdade de estipulação das convenções antenupciais, que de certo modo se poderia aproximar do princípio estabelecido no art. 1.105.º do Código Civil.

Se, com efeito a lei autoriza a modificação do dote depois de celebrado o casamento, por meio de uma «permutatio dotis», consentindo que fôsse retirado o carácter dotal a certos bens para o atribuir a outros, a verdade é que impunha como reserva, da qual tornava dependente a validade de tais pactos dotais posteriores ao casamento, não se poder retirar à mulher, nem mesmo sequer diminuir, sem o seu consentimento, o direito que esta possuía sôbre o seu dote. Esta regra era sempre de aplicar, quer o dote lhe fôsse conferido pelo pai ou mãi ou mesmo por um terceiro (3).

Evidentemente que a liberdade atribuída às partes pelo Direito Romano, era muito maior do que a que hoje a lei lhes confere, pois estabelece diversos princípios destinados a coartá-la. De resto, estes preceitos romanos limitando e condicionando a possibilidade de alterações ao dote, não tinham como objectivo a imutabilidade da convenção antenupcial, mas apenas procuravam impedir que o valor daquele fôsse alterado, em prejuízo da mulher.

Seja de resto como fôr que se aprecie o problema com base em

<sup>(1)</sup> Inst. Justi. liv. II, tit. VII § 3.º — Sentenças de Paulo, liv. II, tit. XXI, B, sentenças de Paulo, liv. II, tit. XXI, B, sentenças I «Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dare potest» — D. liv. XXIII, tit. III, § 26-27 «Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit».

<sup>(2)</sup> Paul Dig. XXIII, III 41, § 3.º Um devedor da mulher prometeu-lhe o dote sob condição. — Juliano, D.g. XXIII, III, 48. Estipulação de dote a termo.

<sup>(3)</sup> Gaston May, Eléments de droit romain I, págs. 123, 124, 125, 126 § 44.
§ 45, 127, 128.

tais elementos, impossível é afirmar que o princípio, tal como hoje existe, era conhecido dos romanos. Seria quando muito uma vaga tendência, sem carácter bem definido, que mal se aproxima do princípio moderno.

Posteriormente, além da restrição imposta à «permutatio dotis», uma outra regra romana aparece no tempo de Augusto, atentando contra a liberdade de que gosavam os cônjuges em matéria de dote. Consistia na proïbição de que o mesmo fôsse entregue à mulher, durante a constância do matrimónio.

Os fundamentos desta norma eram os seguintes: o marido não podia restituir o dote à mulher, porque êste era constituído, «ad onera matrimonii sustinenda», e a restituição antecipada, entregando nas mãos da mulher os bens que constituiam o dote e consentindo-lhe que dêles disposesse, poderia levar à sua perda. Interessava que os bens das mulheres se conservassem intactos, de forma a facilitar em caso de viuvez ou de divórcio, a realização de novo casamento (1). Por êste motivo, se proïbia a restituïção do dote «constante matrimonii». Mas, esta proïbição, em parte inspirada pela desconfiança que havia quanto à capacidade da mulher como administradora, em parte pelo cuidado de assegurar a conservação do dote, nada tinha de comum com o princípio da imutabilidade. Esta norma restritiva sofreu depois excepções que prepararam a reforma de Justiniano, a qual permitia a restituïção do dote nos casos frequentíssimos em que houvesse «donatio propter nupcias». A «donatio», primitivamente chamada «ante-núpcias», consistia numa liberalidade feita à mulher pelo marido ou por terceiro, e, subordinada à condição «si nuptiae secutae fuerint».

<sup>(1)</sup> Não é porém únicamente um objectivo humanitário e de protecionismo à mulher. A lei «Julia de fundo dotali» liga-se nitidamente com a lei «Julia de adulteris». Formam ambas um conjunto de medidas por meio das quais Augusto, como reformador de costumes, procurava conduzir ao casamento e fomentar o aumento da população. — Gaston May, ob. cit., pág. 128, § 45.

Paulo, 2, Dig., De Jure dot., XXIII, 3.º — Pomponius, I Dig. Solut. matrim., XXIV, 3. «Nam et publice interest dotes mulieribus conservari cuum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium».

Esta doação constituía uma verdadeira convenção matrimonial, dentro de certa concepção, e, apresentava um verdadeiro carácter de imutabilidade, pois que, não podia ser constituída nem aumentada ou diminuída, durante o casamento (1).

O certo, porém, é que estes carácteres iniciais foram pouco a pouco-desaparecendo, e num espaço de tempo muito curto a «donatio ante nuptias» foi por completo submetida às regras do dote. O primitivo carácter de imutabilidade foi um dos mais gravemente atingidos; salvo em alguns casos, aliás raros, a «donatio ante nuptias» pôde ser depois de Justiniano, constituída, aumentada ou diminuída, na constância do matrimónio. (I; 14, Cód. «De donat. ant nupti», V. 3).

A assimilação e identificação completas entre o «dote» e a «donatio propter nuptias», foi estabelecida por Justiniano (§ 3, Inst., de donat., II, 7).

Salvo a restrição indicada a propósito da «permutatio dotis», pode concluir-se que os Romanos não conheceram o princípio da imutabilidade, tal como hoje é enunciado, importando porém explicar qual a razão que determinou êste atrazo, naqueles que foram profundamente conhecedores das ciências jurídicas.

Uma regra fundamental do Direito Romano, parece que deveria, no entretanto, conduzir ao nascimento da imutabilidade. As doações entre os cônjuges estavam proïbidas, pelo menos depois de uma certa época posterior à lei Cineia (550 da era de Roma).

Ora, um dos motivos principais postos em destaque pelos antigos autores costumários, para proïbir a modificação ou alteração das convenções antenupciais, consistia em salientar o respeito que se devia ter pela regra que proïbia as doações entre os cônjuges. A-pesar-de já existir em Roma razão semelhante, os jurisconsultos clássicos não extraíram dela o princípio da imutabilidade, e isto por duas razões.

É que o dote não se lhes apresentava como adquirido gratuitamente pelo marido; aos olhos do marido, pelo menos, a constituição do dote era uma operação a título oneroso, porque estava adstrito a um fim particular «ad onera matrimoni sustinenda».

Por esta razão, o dote escapava às regras restritivas das doacões

<sup>(1)</sup> Girard M. — E. (5) págs. 966, 967.

entre os cônjuges, e a constituição de um dote, durante a constância do matrimónio, mais não era do que o seu aumento de valor, considerado como uma liberalidade.

De resto, se os romanos não criaram o princípio da imutabilidade, nem o compreenderam tal como hoje, não foi por incapacidade, mas porque não se viram constrangidos, por necessidade, a criá-lo. Qual a utilidade de proïbir as modificações no regime matrimonial, se em Roma apenas existia um único regime, o regime dotal? (1). Não podia assim surgir a idea de adquirir as vantagens inerentes às combinações resultantes de diversos regimes matrimoniais, nem o desejo de, consumado o matrimónio, passar de um para outro regime.

A solução romana foi adoptada depois nos países de direito escrito. Era lícito aos cônjuges constituirem ou aumentarem o dote na constância do matrimónio. «Pode, diz Boutaric, constituir-se ou aumentar-se um dote depois do casamento» (Institules, pág. 216).

O dote podia ser constituído ou aumentado tanto pela mulher como pelos seus parentes, quer antes, quer depois da realização do casamento, e ainda mesmo que fôsse constituído dias depois daquela realização. Deve, no entanto, registar-se uma importante restrição a êste princípio: parece que a faculdade de aumentar o dote, durante o matrimónio, não era reconhecida à mulher casada, mas sòmente a terceiros. Lê-se, por exemplo, em Denisart (V. Dot., § 3.°; n.° 2, t. VII, pág. 100) «parece certo (esta forma de dizer permite supôr que esta interpretação não era pacífica) que a mulher, na constância do matrimónio, não podia, à custa dos bens parafrenais, aumentar os bens que lhe foram atribuídos na altura do casamento. Esta determinação, negando à mulher uma faculdade atribuída a terceiros, estava em contradição com a lei romana».

Além disto, é preciso notarmos que, os paíeses de direito escrito admitiam uma solução diferente da do Direito Romano, pelo menos, da do direito de Justiniano. Com efeito, mantiveram a proïbição estabelecida no direito clássico, da restituição antecipada do dote, com mêdo que a mulher o dissipasse.

<sup>(1)</sup> Nos primitivos tempos de Roma o regime que vigorava, era a comunhão geral de bens. Passou depois a adoptar-se o regime dotal, que substituíu aquêle.

Esta orientação, explica-se pela influência exercida na Gália pelo direito ante-justinianeu, nomeadamente pelo código de Teodósio (1).

Influenciados pela solução romana, todos os autores ensinavam, que o dote não podia ser diminuído na constância do matrimónio.

Perde-se, porém, a partir da queda do império romano do ocidente e na revolução administrativa e legislativa que se seguiu, por motivo das invasões dos bárbaros, a continuïdade necessária para seguir pari passu o nascimento e a evolução do princípio.

- 6. As opiniões são divergentes sôbre qual a origem e fundamentos do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais.
- M. Laferrière, por exemplo, afirma com base num trecho de «De Bello Gallico», de Cæsar, (t. VI pág. 19), que já na época gaulesa existia uma certa imutabilidade nas convenções pecuniárias entre os esposos e fundamenta neste costume gaulês a origem do princípio, que de costumeiro, transitou para o Código Civil francês.

Kuntz (2), defendendo ponto de vista diverso, afirma que a imutabilidade devia ter tido a sua origem na lei ripuária, que no capítulo XXXIX, n.º 1, estabelecia: «si quis mulierem desponsaverit quidquid ei per tabularum seu chausarum, instrumenta conscripserit, perpetualiter inconculsum permaneat».

É na tradução do têrmo «inconvulsum» que Kuntz afirma significar inviolável ou imutável, que reside o fundamento da sua teoria. De resto, não só entre os francos, mas também entre os germanos, diz Kuntz, não era a mulher quem levava o dote quando casava, mas sim o marido quem lho dava. Era costume reduzir a escrito êsse acto de liberalidade, «libellus dotis», que funcionava, de alguma sorte, como contrato antenupcial. Desta forma, o princípio da imutabilidade do moderno Direito francês, teria tido uma origem dupla: os costumes e leis galo-germanos de

<sup>(1)</sup> Savigny. Histoire du Droit Romain au Moyen Âge, t. II, pág. 92.

<sup>(2)</sup> Kuntz: Origine de L'Article 1395 du Code Civil. Revue Générale de Droit et de Legislation, 1884, pág. 22.

um lado, e a influência dos princípios cristãos, do outro. Estes últimos, considerando o casamento um sacramento e como sacramento permanente e imutável, emprestavam estas características à convenção antenupcial, que de certo modo ao casamento dizia respeito.

Kuntz, indica ainda em defesa da sua opinião, uma passagem da Lex Visigothorum (liv. III cap. XI), mencionada por Bignon, nas suas notas sôbre Mareulfe (liv. III, tit. XI).

7. — Nicolas Fotino, critica estas opiniões de Kuntz (I): «Esta opinião não pode ser admitida, diz êle. A passagem da lei ripuária na qual Kuntz se apoia, tem um sentido completamente diferente. Consagra, não o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, mas sim o da irrevocabilidade das doações entre os cônjuges. O dote prometido pelo marido, diz a lei, e para a fixação do qual êste gosa liberdade absoluta, não poderá ser revogado depois do casamento e deverá permanecer sempre nas mãos da mulher, doutrina que o citado texto exprime pela frase perpetualit inconvulsa permanere, visando, não a convenção matrimonial, mas o «dote ex marito».

Planiol (2), referindo-se ao argumento de Kuntz, é da mesma opinião de Fotino. Diz Planiol: «não significa mais do que a expressão duma garantia concedida à mulher, contra um possível arrependimento do marido, e, consequente tentativa de readquirir o dote solenemente prometido por ocasião do casamento. Semelhante fórmula, encontra-se sempre na bôca do doador, em todos os actos de doação, de modo que, o texto sem dúvida se refere mais à questão da irrevocabilidade das doações, do que à imutabilidade das convenções matrimoniais».

Continua agora Fotino, apreciando os argumentos de Kuntz (3): «O texto de Bignon prova apenas, o que ninguém contesta, o carácter sacramental atribuído nesta época ao casamento, representando a união de Cristo com a sua Igreja.

Pode ainda, deduzir-se de tais argumentos a prova de que,

<sup>(1)</sup> L'Immutabilité des Conventions Matrimoniales, pág. 20.

<sup>(2)</sup> D. 1905, 2, I nota.

<sup>(3)</sup> Fotino, ob. cit., pág. 21.

o marido tinha por hábito fazer por escrito as doações nuptiarum causa, mas esta conclusão em nada interessa e é completamente estranha ao princípio de que nos ocupamos.

A mesma conclusão se deve tirar dos restantes fundamentos de Kuntz extraídos das passagens do Codex Visigothorum e das leis ripuárias».

À argumentação de Fotino parece não resistir o edifício arquitetado por Kuntz, sendo realmente inexplicável que, tendo o princípio da imutabilidade origem na lei ripuária, nada se encontre sôbre êle antes do século XIII. Assim, se a opinião de Kuntz não fôsse absurda, deveria haver notícia do princípio, no espaço de tempo que medeia entre o século VIII e o século XIII. Além de nada se encontrar sôbre o assunto, na época apontada, conhecem-se documentos do Cartulaire de Cluny que pelo contrário provam que o princípio da imutabilidade não existia nessa data em França.

Pode parecer estranho, tanto interêsse pela evolução do princípio, em face do direito francês, mas explica-se esta atitude pela convicção que possuímos de que, foi a influência dêsse mesmo direito francês, que originou o aparecimento do princípio entre nós.

Em França, aparece depois do século XV, reconhecido como direito costumeiro, mas existindo de facto, antes de se ter transformado em princípio de direito (1). «Assim se constituiu o princípio da imutabilidade (2). Os esposos acostumaram-se a inserir nas convenções antenupciais, uma cláusula proïbindo a sua modificação ou alteração, depois da celebração do casamento. A repetição desta cláusula transformou a prática, no uso sancionado judicialmente pela nulidade das convenções contrárias, e que o Parlamento concretizou numa fórmula jurídica.

Esta jurisdicisação foi imposta por diferentes razões: a proïbição de doações entre os cônjuges; a influência de certas regras do regime dotal romano, admitidas pelo costume; a idea da indissolubilidade do casamento; o respeito pelo interêsse de terceiros e o desejo de manter intacto, o pacto de família, concretizado na

<sup>(1)</sup> Baudrie - Lacantinerie, Le Courtois et Surville, vol. 1, pág. 124.

<sup>(2)</sup> Fotino, ob. cit. pág. 23.

convenção. O Parlamento, foi assim levado a criar a fórmula da imutabilidade, da qual êle não encontrava precedentes nos textos anteriores». Sem sombra de dúvida, o princípio da imutabilidade foi, em França, a síntese final de um longo período de elaboração, que esboçando a princípio como a medo e sancionado depois pelo costume, teve a sua consagração definitiva no art. 1.395.º do Código de Napoleão.

Maurice Testard (1), é também da opinião de que, o costume teve parte integrante na elaboração do princípio da imutabilidade, e salienta que êste foi conseqüência directa de um preceito de lei, importado do Direito Romano, que proïbia as doações entre os cônjuges. Mas, vejamos o que diz o referido autor: «Parece não ter sido estabelecido por uma regra geral, de uma forma brusca e repentina, no antigo direito francês, o princípio da imutabilidade; êste, resultou antes da consagração pela jurisprudência, de decisões cada vez mais freqüentes. Pouco a pouco se chegou a uma imutabilidade absoluta...

Qual foi a razão que determinou esta regra?

O nosso antigo direito, que não permitia que os esposos, durante o matrimónio, fizessem um ao outro doações, tomou as medidas necessárias para que esta proïbição não fôsse letra morta; a primeira medida indispensável que se apresentaria ao espírito, era sem dúvida a declaração da imutabilidade das convenções matrimoniais, expressas ou não expressas. Dêste modo, a proïbição atingia não só qualquer modificação posterior ao casamento, de convenções expressamente feitas antes do mesmo, como ainda os casos em que, os cônjuges não tendo tratado da determinação do seu regime de bens, por convenção antenupcial, o quizessem fazer depois de realizado o casamento, com manifesto prejuízo do regime estabelecido, por qualquer norma supletiva.

Dumoulin, nas suas notas sôbre o «costume de Paris», diz claramente que, a imutabilidade foi estabelecida pelo receio de que os esposos fizessem indirectamente concessões, um ao outro.

Dumoulin, apresentou como exemplo de concessão indirecta,

<sup>(1)</sup> Tese de doutoramento, ano de 1920 «De L'Application de L'Immutabilité des Conventions Matrimonales aux Donations Faites par Contrat de Mariage», pág. 40.

tornada possível pela mudança de regime de bens, o caso de uma mulher que tendo recebido uma importante herança, posteriormente ao casamento, escolhesse depois, o regime de comunhão a-fim-de que o marido participasse da sua nova fortuna».

Tem interêsse saliente para o nosso trabalho, esta passagem de Testard, porque em nossa opinião, aparte a influência manifesta do art. 1.395.º do Código Civil francês, havido entre nós como direito consuetudinário por mais de meio século (1), foi a proïbição das doações entre os esposos, tal como salienta Testard, que obrigou a restringir as possibilidades da mudança de regimes e preparou a adopção do princípio em Portugal.

8. — Mas, vejamos como e quando tomou vulto em Portugal, o princípio da imutabilidade.

É manifesto que, ainda ao iniciar-se o século XIX, em face dos nossos tratadistas de então, o princípio pouco mais estava do que incipiente. Numa das obras mais completas da época, feita por Lobão, em estilo de comentário ao livro do Dr. Pascoal José de Melo Freire, «Instituïções de Direito Civil Lusitano», comentário acrescido de muitas notas complementares, se vê que em 1816, data da obra de Lobão, tão depressa se entendia ser inadmissível mudar de regime matrimonial depois do casamento, como conceder validade a essa mudança de regime, desde que não houvesse infracção do princípio estabelecido nas Ordenações Filipinas liv. 4.º — tít. 65 §§ 1.º e 3.º De forma que, a possibilidade ou impossibilidade de alteração de regime matrimonial, estavam indirectamente subordinadas ao que se dispunha para as doações entre os cônjuges.

As Ordenações Liv. 4.º tít. 65 §§, proïbiam grosso modo as doações entre os cônjuges, mas por outro lado autorizavam e condicionavam certas transferências de valores, às quais chamavam igualmente doações.

O § 1.º permitia que os cônjuges doassem um ao outro parte dos seus bens, doações que reputamos puramente teóricas, pois além de revogáveis a todo o tempo, necessitavam para serem

<sup>(1)</sup> Dr. Cunha Gonçalves, Vol. VI, pág. 294.

válidas, de confirmação por morte, o que pràticamente as transformava em verdadeiras disposições mortis causa.

O § 3.º, admitia que algumas doações fôssem logo definitivamente válidas e não revogáveis, desde que, nem o doador ficasse mais pobre nem o donatário mais rico, pois «a mulher que renuncia os futuros adquiridos, que são contingentes, não se faz mais pobre do que era, e o marido que aceita o que é um contingente não se faz mais rico» (1).

A doutrina em vigor era, apreciada em síntese, a seguinte: proïbição de doações entre os cônjuges, de uma forma geral; permissão de doações, apenas nos dois casos apontados e dos quais, como vimos, pràticamente nada resultava. No primeiro caso, doações que não eram doações e que nenhuns efeitos produziam em vida dos cônjuges; no segundo caso, doações que eram válidas, porque na realidade nesse momento coisa alguma era doada, embora pudessem representar um valor no futuro.

Eram estas as regras que indirectamente regulavam as alterações das convenções antenupciais, post matrimónio. Assim, se a mudança de regime não infringia o disposto nos referidos §§, a lei autorizava-a e sancionava-a; no caso contrário, desde que representasse, embora indirectamente, uma doação, com infracção dos preceitos citados, era impossível, por contrária à lei.

Mas, vejamos de perto o que nos diz Lobão (2): «Neste § propõe Melo a regra geral do Direito Romano, que não valem doações entre marido e mulher; não porque seja ímprobo que um dos cônjuges se faça rico, mas pela razão seguinte: nos primeiros séculos de Roma, em que os bens eram comuns entre os cônjuges e se não permitiam os divórcios, a razão porque tais doações eram proibidas, era porque reincidiam na mesma comunhão».

Continua depois Lobão, na pág. 535 «foi Melo, o primeiro que eu saiba, a dizer que êste título não pode ter uso algum entre os cônjuges que casam por carta de ametade; porque êles, sendo pro-indiviso senhores e sócios universais de todos os bens, tudo o que êles se doassem, ipso jure outra vez se comunicaria entre êles, e outra vez ficaria comum».

<sup>(1)</sup> Lobão, ob. cit., pág. 543.

<sup>(2)</sup> Ob. cit., vol. II. pág. 534, tit. X.

Compreende-se muito bem que em Portugal, onde a partir das Ordenações Manuelinas, o regime supletivo era o da comunhão geral dos bens, se aceitasse o princípio de Direito Romano que proïbia as doações entre os cônjuges sujeitos a tal regime. «Pois se o que cada um adquirisse ficava pertencendo automàticamente aos dois, qualquer doação que um ao outro fizessem, a ambos ficava por igual pertencendo».

Referindo-se posteriormente a êste problema, Lobão, fornece-nos um argumento precioso, para demonstrarmos que, as alterações dos regimes de bens post matrimónio eram, em certos casos, prefeitamente aceitas. Diz Lobão, a pág. 536: «Só pois variando estes cônjuges do casamento por carta de ametade para conforme o direito comum, e renunciando de pretérito e futuro a universal comunhão de bens, poderão fazer um ao outro compativelmente alguma doação, e não enquanto estão casados por carta de ametade». Lobão, exemplificava a aplicação da doutrina à prática, da seguinte forma: A e B eram casados segundo o costume do reino, tendo levado cada um para o casal, a importância de 600 mil réis. Se A e B quisessem mudar o regime, para conforme com o direito comum, como esta mudança de regime não representava doação, por as respectivas cotas serem iguais, era perfeitamente possível e aceitável pelas leis que regulavam as doações entre os cônjuges.

Mas, Lobão vai mais longe, contra as opiniões dos juristas Valasco e Guerreiro.

Estes, sustentavam que, os que casavam por contrato conforme o direito comum, sem comunicação de bens, não podiam, constante o matrimónio e por um novo pacto, mudar do regime de comunhão universal para o regime conforme o direito comum; da mesma forma a inversa não era permitida, porque diziam êles, a mudança de regime transformava-se em doação entre marido e mulher, beneficiando um à custa do outro, com manifesta infracção do preceito já citado.

Ora, não há dúvida que a lógica de Lobão é perfeitamente aceitável, ao querer ampliar e parece-nos que bem, a doutrina dos citados §§ do tit. 65.

Está assente que, não beneficiando um dos cônjuges à custa do outro, tôdas as mudanças de regime eram lícitas, e logo válidas,

porque estavam contidas na doutrina do § 3.º Mas, seria de aceitar a opinião contrária aos juristas Guerreiro e Valasco, naqueles casos em que um dos cônjuges era beneficiado com deterimento do outro? Ouçamos Lobão e não poderemos deixar de nos mostrar convencidos: «As doações entre marido e mulher (1), (salvo as abrangidas pelo § 3.º que são logo válidas), não são omnímoda e absolutamente nulas, mas estão em estado de validade, dependente da confirmação por morte, como se nota no citado § 1.º das Ordenações e admiràvelmente demonstrou com outros, Puttman.

Portanto, nada há que obste a que constante o matrimónio, possam os cônjuges, ainda melhorando e beneficiando um ao outro, variar o regulamento dos seus bens, contratando de novo que fique contraído conforme ao direito comum, o matrimónio, ainda que antes o estava conforme o costume do Reino, ou vice-versa, contando que esta doação indirecta se regule pelo dito § 1.°, isto é, que o cônjuge que beneficiou o outro, persista sempre na sua vontade e que não a revogue».

Assim, parece demonstrado exuberantemente que, ainda no início do século XIX, entre nós não era conhecido o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, as quais, se alguma estabilidade apresentavam, era, não por regulamentação própria, mas pela que reflexamente as atingia naqueles aspectos em que a modificação das mesmas convenções, ia de encontro ao preceituado para as doações entre os cônjuges.

Não é realmente crível que em face dos textos apontados se possa supôr que o princípio da imutabilidade era conhecido em Portugal, tal como acontecera em França, antes do Código de Napoleão.

Em França, a imutabilidade das convenções antenupciais, era de há muito compreendida e acatada, quer por decisões judiciais quer pelos próprios nubentes, que entendiam não poder ficar perfeita a convenção antenupcial, na qual uma cláusula não garantisse a sua imutabilidade por tôda a duração do matrimónio.

É lógico acreditar que a influência da legislação francesa, não se manifestou apenas e exclusivamente no nosso Código, mas sim igualmente sôbre os nossos jurisconsultos e tratadistas. Desde 1804

<sup>(1)</sup> Lobão, Notas a Melo, pág. 541.

que as doutrinas expandidas pelo Código Francês, inspiravam grandemente aqueles que se interessavam, quer como profissionais quer como amadores pelas coisas do Direito, e, tanto assim é que, o mesmo Lobão, se admitia dentro de certos aspectos como demonstramos, que posteriormente ao matrimónio as convenções antenupciais podiam ser alteradas, a verdade é que, em duas ou três passagens da sua obra e caindo em contradição flagrante, admitia que os contratos sôbre o regime de bens, pelo facto do casamento, não mais se podiam modificar (1).

Não admira que, sendo a obra de Lobão de 1816, êste, na apreciação de certos aspectos de Direito Civil, houvesse sido já grandemente sugestionado pelas doutrinas do Código francês, cujo conhecimento foi muito facilitado entre nós pelas invasões francesas.

Em 1844, já vai tomando vulto a idea escassamente esboçada por Lobão, e embora Coelho da Rocha (2) apenas tenha tocado de relance no assunto, parece dar a entender, pela forma como critica a atitude indecisa de Lobão, e como afirma que as convenções antenupciais devem (3) «ser lavradas por escritura pública, e antes da celebração do matrimónio, tanto que depois não podem ser alteradas», que o conceito é já muito mais firme do que trinta e dois anos antes.

Em 1868 o novo Código Civil, entre as muitas dezenas de artigos copiados na íntegra do Código Civil francês, transcreveu dêste a doutrina do art. 1.395.º onde se estabelecia o princípio da imutabilidade. Não supomos, em face dos elementos estudados, que o aparecimento do art. 1.105.º que corresponde ao citado artigo do Código francês, encerrava doutrina completamente desconhecida para nós. Seria até um grave êrro afirmá-lo. Os sessenta e poucos anos de vigência do Código francês, tinham sido suficientes para que as teorias e princípios nêle encerrados fôssem por nós bem conhecidos.

O que queremos vincar bem, é a diferença fundamental que existe entre o longo período de elaboração, quási quatro séculos.

<sup>(1)</sup> Lobão, ob. cit., tit. 8, § 8, n.º 3.

<sup>(2)</sup> Instituïções de Direito Civil Português, pág. 177.

<sup>(3)</sup> Coelho da Rocha, ob. cit., pág. 176.

que o princípio da imutabilidade sofreu em França, e o diminuto espaço de tempo (apenas umas dezenas de anos) em que êle foi objectivamente conhecido em Portugal, antes de sancionado legislativamente. Em França, a inclusão do art. 1.395.º no Código francês, era uma necessidade que o costume e a jurisprudência impunham; em Portugal, o seu aparecimento não correspondeu a uma necessidade semelhante, antes veio estabelecer ex-abrupto uma doutrina, cujo principal antecedente foi a vontade do legislador.

#### CAPITULO II

- O «princípio da imutabilidade» na doutrina e na legislação
- 9. Enunciação do «princípio da imutabilidade das convenções antenupciais».
- 10. Razões que justificam o «princípio da imutabilidade»:
  - a) Salvaguarda dos interêsses de terceiros;
  - b) Salvaguarda dos interêsses dos cônjuges;
  - c) Corolário do princípio da anterioridade;
  - d) Carácter de pacto de família que as convenções antenupciais ainda hoje possuem;
  - e) Restrições impostas por lei à permissão das doações entre os cônjuges.
- 11. Expediente que tem por fim frustar a imutabilidade das convenções antenupciais.
- 12. O divórcio simulado sua repressão limitada aos casos de regime dotal, por fôrça da nova redacção dada ao art. 1.156.º do Código Civil.
- 13. Será possível depois de celebrado o casamento, convolar de qualquer regime estipulado para o regime fundamental? — Solução negativa. Razões.

- 14. Atenuações ao princípio da imutabilidade, autorizadas expressamente por lei:
  - a) Separação judicial de pessoas e bens;
  - b) Separação judicial de bens;
  - c) Hipótese do art. 89 do Código Civil.
- 15. O problema da nulidade da convenção, quando verificada depois do casamento:

a) Impossibilidade de se efectuar a convenção depois do

casamento, mesmo nestes casos;

- b) Consequente aplicação do regime supletivo geral, salvo naqueles casos excepcionais em que a lei estabelece regimes necessários.
- 16. Da questão de saber se é possível estipular regimes mamoniais a têrmo ou sob condição:

a) Doutrina dominante (legalidade da condição e ilegali-

dade do têrmo);

b) Opinião defendida pelo Prof. Dr. Paulo Cunha (legalidade da condição e legalidade do têrmo);

 c) Opinião defendida pelo Prof. Dr. Pires de Lima (legalidade do têrmo e ilegalidade da condição);

d) Opinião defendida neste trabalho, por ser a mais conforme com os princípios do Código Civil;

## 1.º — Ilegalidade do têrmo:

a) Confronto entre as doutrinas francesa e portuguesa;

b) O art. 1.399.º do Código Francês; razões da inexistência de preceito semelhante no Código Português;

c) Refutação dos argumentos apresentados pelo Prof. Dr. Pires de Lima. Inadmissibilidade da doutrina defendida por êste Professor, em face da interpretação correcta dos preceitos que a esta matéria se referem;

# 2.º — Ilegalidade da condição:

a) Breve resenha sôbre a cláusula acessória condição; suas espécies;

- b) Exclusão inicial da admissibilidade de regimes matrimoniais sob condição potestativa ou mixta, e quais as razões de tal orientação;
- c) Consequente limitação do problema ao estudo da admissibilidade das condições casuais. Ainda nesta última hipótese sua inaplicabilidade aos regimes de bens. Razões.
- 9. O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais (1), acha-se consagrado no art. 1.105.º (2): «As convenções antenupciais não podem ser revogadas nem alteradas, por nova convenção, depois da celebração do casamento».

Em íntima conexão com êste princípio, está a doutrina encerrada no art. 1.096 (3), que diz: «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».

É claro que, se a lei autoriza por um lado que os desposados resolvam antes do casamento tudo quanto entenderem, relativamente a seus bens, e por outro lado, proïbe que as convenções antenupciais sejam revogadas ou alteradas depois do casamento, é o momento do casamento que determina o nascimento da imutabilidade, de tal forma que, a convenção é considerada nula, se embora redigida no dia do casamento, o fôr, depois daquele celebrado (4).

As normas contidas nos arts. 1.105.º e 1.096.º, podem reduzir-se aos dois princípios seguintes: as convenções antenupciais não podem estipular-se durante o matrimónio; as convenções antenupciais não podem ser revogados depois do casamento (5).

Assim, a «contrario sensu», é perfeitamente lícito aos desposados revogar ou alterar à sua vontade a convenção antenupcial, antes do casamento, contanto que o façam sempre por escritura

<sup>(1)</sup> Lições do Professor Dr. Pires de Lima, Curso 1936, pág 359.

<sup>(2)</sup> Art. 1395. Cód. Civil Francês e 1385. Cód. Civil Italiano.

<sup>(3)</sup> Art. 1382. Cód. Civil Italiano e 1394 Cód. Civil Francês.

<sup>(4)</sup> Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 63.

<sup>(5)</sup> Tedeschi — «I Rapporti Patrimoniali dei Coniugi» — Tratatto di Diritto Civile Italiano, vol. III, tomo I, pág. 384.

pública, de acôrdo com o disposto no art. 1.097.º do Código Civil. Este artigo tem ainda por fim evitar que os esposos, por meio de uma escritura particular, antedatada, possam ludibriar a lei no que respeita à anterioridade e à imutabilidade (1).

10. — Interessa ainda dentro dêste aspecto, preguntar: qual será a explicação e justificação do princípio? Porque razão a lei impôs esta imutabilidade?

Hoje, podem indicar-se duas razões fundamentais, e algumas outras secundárias, para a explicação e aceitação pela lei, da imutabilidade das convenções antenupciais.

A primeira, aos olhos do legislador moderno, e à qual se atribue grande importância, é a defesa dos interesses de terceiros e em particular dos interesses dos credores dos cônjuges (2). Que seria dêstes, se os cônjuges a seu belo prazer e sem peias de nenhuma espécie, pudessem alterar as convenções, onde se havia estipulado o respectivo regime? As causas de êrro seriam grandes, e as fraudes numerosas; os terceiros podiam ignorar as alterações feitas ao regime primitivo, (isto em parte, porque a nossa lei não regula satisfatòriamente a publicidade a que se deviam sujeitar as convenções antenupciais) e a incerteza, o caos, e digamos até a falta de confiança, aniquilariam a possibilidade de se contratar, com pessoas casadas (3).

O regime da responsabilidade dos bens dos cônjuges por dívidas, varia conforme o regime matrimonial a que os mesmos cônjuges estiverem subordinados. E senão, vejamos para exemplo o caso seguinte: um marido, senhor de grande fortuna e casado segundo o regime de separação absoluta, contraía dívidas ou empréstimos, de forma ao seu passivo quási atingir o activo. Os credores conhecendo-lhe o montante da fortuna estavam perfeitamente descansados. Ora, se neste matrimónio se pudesse mudar para o regime de comunhão geral de bens, e supondo que a es-

(3) Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 65 — Testard, ob. cit., pág. 46.

<sup>(1)</sup> Nicola Stolfi — Diritto Civile — vol. V, pág. 291.

<sup>(2)</sup> Nicola Stolfi — ob. cit., vol. V, pág. 385 — Planiol et Ripert — vol. VIII., pág. 64 — A. Colin et Capitant, vol. III, págs. 28 e 29 — C. Fotino ob. cit., pág. 30.

pôsa nada possuía, imediatamente com essa simples mudança de regime, a totalidade ou quási totalidade dos bens do marido, passariam a bens comuns. Vêem-se claramente os graves inconvenientes que daqui resultariam para os credores, não só pela diminuïção do património do marido, mas ainda, porque o mesmo só poderia ser executado, depois de separados os bens da meação pertencentes à mulher.

Ao lado da razão atraz apontada, e como justificação da imutabilidade, há os interêsses dos próprios cônjuges. Antes do casamento, não é natural que o ascendente de um dos noivos sôbre o outro possa determinar a escôlha de um regime de bens, ruïnoso

para qualquer deles.

Depois de casados a situação é diferente. A intimidade da vida conjugal faz quási sempre com que um dos cônjuges tenha um ascendente grande sôbre o outro, resultando daí perigosos inconvenientes, se esta influência pudesse determinar uma mudanca de regime.

Outros ainda, apresentam como fundamento da imutabilidade, o preceito que estabelece a anterioridade da convenção em relação ao casamento. A imutabilidade seria assim um corolário do preceito apontado (1).

Mas, será ainda hoje de atender o fundamento antigo, de que as convenções antenupciais eram verdadeiros pactos de família?

É tanto de aceitar que alguns, como Tedeschi, colocam esta razão justificativa do princípio, em primeiro lugar (2). «Antes de tudo o caracter de pacto de família, que tem, e tinha ainda mais no passado, a convenção antenupcial. As famílias dos cônjuges, que costumam estabelecer-lhes rendimentos por ocasião do matrimónio, e auxiliá-los e aconselhá-los na escôlha de determinado regime de bens, não devem querer que êste regulamento aprovado por todos, antes do matrimónio, (principalmente se os cônjuges são menores), quási como a carta constitucional da nova família que o concurso dos parentes permitiu fundar, possa ser alterado

<sup>(1)</sup> Tedeschi, ob. cit., vol. III, tomo I, pág. 383.

<sup>(2)</sup> Tedeschi, ob. cit., vol. III, tomo I, pág. 385 — A. Colin et Capitant. vol. III, pág. 10.

mais tarde, por mera vontade dos cônjuges. Além disto, haveria ainda o perigo das justas espectativas de um dos cônjuges e sua samília (que foi levada a estabelecer-lhe um rendimento, em face do rendimento estabelecido ao outro cônjuge), serem aniquiladas por uma alteração no regime de bens, que por virtude de possível ascendente de um dos cônjuges sôbre o outro, um desejasse e o outro tivesse autorizado».

As convenções antenupciais (1) devem servir de lei e de regra na família, para regular as sucessões e os direitos dos filhos que nascerem do casamento; são pràticamente direito público pois interessam aos cônjuges, à família e ao próprio Estado. Por estes motivos as convenções antenupciais, para salvaguardarem tantos e tantos interesses que lhes estão confiados, não podem estar sujeitas às regras comuns, que permitem o distrato pela singela vontade das partes. Antes, para atingirem os fins que têem em vista, deverão ser reguladas por preceitos especiais que as tornem imutáveis. Além disto, se tantas vezes os pais da noiva se sujeitam a enormes sacrifícios financeiros para a doar, é pela certeza de que, impondo aos futuros cônjuges o regime dotal, terão defendido os interesses de sua filha; uma modificação posterior, seria uma verdadeira violação do contrato (2).

Mas, pregunta-se agora: e aquela razão determinante, anterior ao Código Civil, que proïbindo as doações entre os cônjuges, levava implicitamente à imutabilidade do regime matrimonial, sempre que da mudança de regime resultasse uma doação, embora indirecta, de um a outro cônjuge? Manter-se-á? Evidentemente que, quem se limitar a olhar para o art. 1.178.°, onde o Código expressamente autoriza as doações entre os cônjuges, dirá que com o advento do Código Civil, essa razão desapareceu. Não pensamos porém assim.

A autorização expressa, pela lei, de doações entre os cônjuges, foi rodeada de tais restrições, que o art. 1.178.º é quási uma ironia. Não nos referimos agora às doações «mortis causa», identificadas na forma (art. 174.º do Código do Notariado) e no signi-

<sup>(1)</sup> Testard, ob. cit., pág. 42.

<sup>(2)</sup> Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 65.

ficado, com os testamentos (1); referimo-nos unicamente às doações «inter vivos». Bem sabemos, art. 1.183.°, que os bens doados, serão imediatamente entregues ao donatário, e tomarão a natureza de bens próprios do mesmo. Mas, o art. 1.181.º dispondo, que as doações entre os cônjuges, podem ser revogadas livremente e a todo o tempo, pelos doadores, e o art. 1.182.º, mandando reduzir essas doações, por inoficiosidade, no caso de superveniência dos filhos, fazem com que, na prática, se chegue a um resultado muito mais próximo da proïbição, do que da permissão destas doações.

A revocabilidade das doações entre os cônjuges feitas na constância do matrimónio, é até uma razão de ser da imutabilidade das convenções antenupciais (2). Toullier (3), «considerou mesmo a imutabilidade das convenções, como um simples corolário da revocabilidade das doações entre os cônjuges». Estas doações não constituïrão nunca um acto firme e completo cuja execução seja para o donatário uma certeza (4).

Pelo contrário, êste estará sempre sob o risco duma revogação possível por parte do doador, e de tal forma a expressão «a todo o tempo» do art. 1.181.º é ampla, que deve entender-se que, a revogação é de admitir, ainda mesmo depois da morte do donatário e de os bens já mesmo terem sido adjudicados ao património dos herdeiros dêste.

«As doações entre casados (5) têm os seus efeitos dependentes duma condição resolutiva: a revogação pelo doador. Uma vez revogada a doação pelo doador, tudo se passa como se nada tivesse sido doado.

E, por isso mesmo, os bens revertem para a posse do doador, livres de qualquer ónus que o donatário tenha constituído sôbre êles. Por aqui se vê como é precária a situação do donatário numa doação entre casados».

Mas ainda mais, nalguns casos, é até a própria lei que impõe

<sup>(1)</sup> Lições Dr. Pires de Lima, ano de 1936, pág. 537.

<sup>(2)</sup> Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 65.

<sup>(3)</sup> Le Droit Civil Français, vol. XII, n.º 24 e seg.

<sup>(4)</sup> Testard, ob. cit., pág. 46.

<sup>(5)</sup> Lições do Professor Dr. Pires de Lima, 1936, pág. 579.

essa revogação. Assim, por fôrça do art. 27.º da Lei do Divórcio, «O cônjuge que der causa ao divórcio perderá todos os benefícios, que haja recebido, ou haja de receber do outro cônjuge, quer lhe tenham sido estipuladas em contrato antenupcial, quer assegurados posteriormente».

Da mesma forma o art. 33.º do Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910, ao tratar da anulação do casamento, dispõe: «Quando o casamento fôr declarado nulo por culpa de um dos cônjuges, êste perderá tôdas as vantagens havidas do outro». Ora, as doações entre os cônjuges, estão perfeitamente abrangidas nestes dois preceitos. A lei não se limita a afirmar a irrevocabilidade destas doações. Para uma restrição ainda mais acentuada do conceito, impõe-a nalguns casos.

Há ainda as revogações a que estes actos estão sujeitos, pelo facto de resultarem em prejuízo de terceiros.

Afinal, depois dêste exame em que se apurou que a irrevocabilidade apenas cessa após a morte do doador, chegamos à conclusão de que, o preceito do liv. 4 tít. 65, § 1.º das Ordenações se mantém, impondo a confirmação por morte, tal como acontecia antes do Código Civil. E, se assim é, pode ainda hoje ser invocada, como fundamento da imutabilidade das convenções antenupciais, a permissão restrictíssima das doações entre os cônjuges.

11. — Impondo, porém, o legislador, a imutabilidade das convenções, e restringindo como foi dito, as doações entre os cônjuges, estes procuram algumas vezes iludir a lei, para servir interesses próprios o que não é muito grave, mas pior então e as mais das vezes, para prejudicar outrem.

Para conseguirem o seu intento, e como por fôrça da imutabilidade não podem estipular novo regime de bens, e sabem que a imutabilidade da convenção antenupcial dura, enquanto durar o matrimónio que a mesma convenção regula, art. 1.121.º e 1.132.º, procuram conseguir por meios indirectos a forma de alterar a convenção, finalidade que por meios directos lhes seria impossível atingir.

É assim que têm surgido, com alguma frequência, os divórcios simulados.

Procurava com êste processo atingir-se principalmente, a inalienabilidade dos bens dotais. Os bens imobiliários dotais, por fôrça do art. 1.149.º são inalienáveis, salvo nas raras excepções que o mesmo artigo comporta.

Os cônjuges, pretendendo vender a totalidade ou parte dêstes bens, combinavam divorciar-se, e celebrar novo casamento passado algum tempo.

Antes do novo casamento estabeleciam por convenção outro regime de bens. Desaparecido o regime dotal, estavam os respectivos bens, livres do ónus dotal, podendo ser vendidos em qualquer altura.

É bem verdade que, o mesmo conseguiam os cônjuges, pela separação de pessoas e bens ou pela simples separação judicial de bens, sem as demoras e inconvenientes do divórcio (I), vendendo se quisessem os seus bens, no período que decorria entre a clata da sentença que decretasse a separação e a data da reconciliação.

12. — Tornando-se o expediente do divórcio, porém, muito frequente, em 1930, quando por fôrça do Decreto n.º 19.126, o legislador alterou e interpretou vários artigos do Código Civil, entendeu, e muito bem, estabelecer que, no regime dotal, os bens só ficariam livres do respectivo ónus, por morte de qualquer dos cônjuges (2). «Actualmente ,portanto, mesmo que haja divórcio ou separação judicial, a inalienabilidade dos bens subsiste e só quando venha a dar-se a morte de qualquer dos cônjuges, isto é, quando se dê um facto que torne certa a verdadeira dissolução do casamento, é que desaparece o ónus dotal.

Esta medida que pôs côbro a certos abusos em relação ao regime dotal, não abrange como é evidente todos os demais casos em que, por consecução de divórcio simulado, se cria a possibilidade de estipular novo regime de bens. Para reprimir tôdas essas fraudes possíveis, há apenas os meios gerais de repressão da simulação processual».

<sup>(1)</sup> Arts. 1121.0 - 1132.0 - 1156.0 - 1215.0 - 1216.0 do Cód. Civ.

<sup>(2)</sup> Lições do Professor Snr. Dr. Paulo Cunha, Ano de 1940, pág. 635.

13. — E, embora não seja permitido, como vimos, mudar de um regime para outro, por nova convenção depois de celebrado o casamento, será realizável a convolação quando o novo regime pretendido seja o fundamental?

A doutrina afirmativa já foi efectivamente defendida por alguns autores (1), mas, além de não ter base legal, é hoje condenada, se não pela totalidade, pelo menos por uma maioria esmagadora. Diz por exemplo Fotino (2), que os cônjuges não só não podem depois do casamento, mudar de qualquer regime para outro, que não o fundamental, como ainda convolar de qualquer regime excepcional, para o regime fundamental.

Em matéria de regimes matrimoniais, para êste efeito, não há que falar em regimes fundamentais e regimes excepcionais.

O regime fundamental tem sôbre os outros apenas a vantagem de não haver necessidade de ser estipulado (3).

O art. 1.105.º do Código Civil estabelece a imutabilidade da convenção, de forma a abranger a mudança de um regime para eutro, seja êle qual fôr.

(Continua)

Artur Augusto Almeida da Rocha

<sup>(1)</sup> Dias Ferreira Cód. Civil Anotado, vol. III, pág. 52.

<sup>(2)</sup> Ob. cit., pág 60, sôbre êste assunto Fotino cita opiniões idênticas de Troplong, Aubry et Rau, Laurent e Guillouard.

<sup>(3)</sup> Dr. Cunha Gonçalves, vol. VI, pág. 298.