

DA IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS

(Continuação)

PELO DR. ARTUR AUGUSTO ALMEIDA DA ROCHA

14. — «O princípio da imutabilidade não é absoluto; tem restrições criadas pela própria lei. De facto, há certas hipóteses em que a lei reconhece determinados eventos e efeitos, que se traduzem numa derrogação do princípio da imutabilidade» (1). São três as excepções permitidas pela lei, nas quais, não se dissolvendo o matrimónio, o regime de bens é profundamente alterado e tão profundamente que, em duas delas, é entregue à mulher a administração dos seus bens próprios, contra o que expressamente dispõe o art. 1.104.º do Código Civil. São elas, a separação judicial de pessoas e bens, a separação judicial de bens e o art. 89.º do Código Civil.

Pela separação judicial de pessoas e bens, cada um dos cônjuges adquire «a propriedade plena e livre administração dos bens que lhe ficarem pertencendo, podendo sobre êles transaccionar livremente e por tôdas as formas», diz o art. 26.º da lei do Divórcio. Como vemos, depois da separação de pessoas e bens, o regime matrimonial dos cônjuges é totalmente diferente daquele que até então vigorava. Mas, o art. 1.218.º do Código Civil estabelece que os cônjuges separados poderão sempre reconciliar-se e restabelecer a sociedade conjugal nos termos em que tenha sido

(1) Lições do Prof. Sr. Dr. Paulo Cunha, ano 1940, pág. 636.

constituída. O princípio da imutabilidade é por assim dizer cindido enquanto durar a separação. Porém, em atenção ao mesmo princípio, se os cônjuges se reconciliarem, não poderão estipular novo regime de bens. Terão que se regular pelo regime que primitivamente vigorava.

A segunda exceção, é, a nosso ver, aquela que maiores perturbações causa na vida patrimonial dos cônjuges, porque não se limita a alterar o regime adoptado no casal a partir da sentença que decreta a separação, mas, nos casos em que o regime seja o da comunhão geral de bens, introduz-lhe modificações que o alteram por completo «ab initio».

Têm surgido divergências na forma de interpretar alguns dos preceitos que regulam a simples separação judicial de bens. Parece-nos, no entanto, não haver motivos para essas dúvidas e divergências, bastando para isso procurar extrair dos preceitos, a doutrina que nêles se encerra.

O art. 1.222.º do Código Civil, estabelece: «Se o casamento tiver sido contraído segundo o costume do Reino, entender-se-á que os cônjuges renunciam à comunhão de bens, desde a apresentação em juízo do requerimento para a separação, se esta vier a realizar-se». Por sua vez, o art. 1.220.º, diz: «Se a mulher fôr casada segundo o costume do Reino, a separação só poderá recair sôbre os bens que tiver trazido para o casal, ou que, depois lhe houvessem advindo, e na meação dos que tiver adquirido conjuntamente com o marido».

Que doutrina devemos nós extrair dêstes preceitos? Parece-nos que é relativamente fácil entendê-los. Neste caso de separação judicial de bens, quando o regime é o de comunhão geral, pelo facto da separação, ficam pertencendo à mulher, integralmente, os bens que trouxe para o casal e os que lhe advieram posteriormente, e ainda a meação, nos bens que adquiriu conjuntamente com o marido (1).

Há autores que em face da expressão «renunciam à comunhão» do art. 1.222.º, procuram harmonizar êste artigo com o art. 1.220.º e formulam a seguinte pergunta: «Esta renúncia à

(1) Prof. Sr. Dr. Paulo Cunha, Lições citadas, pág. 690.

comunhão quererá dizer que daí em diante os bens que de futuro forem adquiridos não entram na comunhão, mantendo-se, porém, o regime de comunhão em relação aos bens já adquiridos? Ou quererá antes a lei dizer, que quando num regime com comunhão há separação judicial de bens, tudo se passa como se desde o princípio não houvesse comunhão e portanto como se os bens tivessem sido adquiridos como próprios pelo cônjuge por cuja cabeça vieram ao casal?» (1).

A segunda pergunta responde-se afirmativamente, não por força do art. 1.222.º, mas pelo disposto no art. 1.220.º. Este artigo mostra que se houver separação de bens entre pessoas subordinadas ao regime de comunhão geral, verificada a separação, não são atribuídos a cada cônjuge os bens que lhe deviam corresponder. Mas, quando é que se apura que a parte de cada cônjuge não corresponde à sua meação nos bens do casal? Só depois de preferida a sentença que homologar a separação. Só depois disto, é que se vê que foram tratados como próprios, bens que deviam ser comuns. Mas, então, já podemos apurar a que momento se reporta a «renúncia à comunhão» do art. 1.222.º; é sem dúvida ao momento em que, como diz o artigo, a mulher requere a separação; porque, como nesse momento ainda se não havia apurado que pela separação o regime da comunhão era alterado, os cônjuges ainda viviam dentro de tal regime, e portanto, está muito certo, que a lei os fizesse renunciar desde esse momento à comunhão geral, que só se apurou não existir, pela forma por que os bens foram separados mais tarde. Não nos parece necessário conjugar os dois preceitos para se compreenderem, basta que os reportemos a dois momentos diferentes, como fizemos. Assim, a renúncia à comunhão do art. 1.222.º, dá-se a partir do momento em que a mulher requere a separação, se a separação efectivamente se der, momento em que, como vimos, o regime que vigora é o da comunhão. Do mesmo modo se se der a separação, pela forma como o art. 1.220.º discrimina os bens que ficam pertencendo à mulher e ao marido, nós vemos que o regime foi alterado desde o início.

Em relação aos outros regimes, a alteração dá-se depois da

(1) Prof. Sr. Dr. Paulo Cunha, lições referidas, pág. 690.

separação, mas quando o regime porque os cônjuges se regulam é o da comunhão geral, a alteração vai ferir profundamente o próprio regime.

Foi êste o motivo porque focamos em especial esta hipótese.

A terceira excepção ao princípio da imutabilidade é a que resulta do art. 89.º do Código Civil. É o caso da ausência por mais de 20 anos, ou em que o ausente perfaça 95 anos de idade.

Tal como na excepção anterior, o regime aqui focado em especial é ainda o da comunhão geral de bens. Dizia o Dr. Dias Ferreira «que o legislador não quis, que houvesse comunidade de riqueza, onde não houve comunidade de pessoas». Por sua vez, o Dr. Guilherme Moreira, vendo o problema sob outro prisma, afirmava que, a razão de ser dêste art. 89.º residia no facto de a comunhão se haver desfeito, porque o cônjuge presente e os herdeiros, tinham podido dispôr livremente dos bens do ausente, graças ao art. 82.º, que permite que se faça o inventário e partilha ou a separação de bens, conforme a natureza do contrato de casamento. Mas, diz o art. 89.º que regressando o cônjuge ausente passado o prazo estabelecido no art. 83.º (ausência por mais de 20 anos ou haver completado 95 anos de idade), recuperará os seus bens, na forma declarada no art. 80.º; mas, se o cônjuge presente fôr ainda vivo, não se entenderá por isso que fica restabelecida a comunhão de bens, se porventura tiver existido, salvo se os cônjuges assim o convencionarem de novo, por escritura pública. Isto é, o princípio da imutabilidade mantem-se ainda, permitindo nestes casos que, na constância do matrimónio, os cônjuges casados por regime de comunhão e verificadas as condições do citado art. 89.º, ratifiquem o regime primitivo. Atendendo porém, à separação efectiva das pessoas durante um espaço de tempo grande, na qual necessariamente as vidas dos cônjuges têm estado separadas também patrimonialmente, a lei consente que escolham qualquer outro regime.

15. — Embora seja o casamento o acto que condiciona a aplicação do princípio da imutabilidade à convenção antenupcial previamente celebrada, não há dúvida de que, casamento e convenção, são completamente independentes, perfeitamente distintos entre si.

Pode, portanto, qualquer dêles ser separadamente ferido de nulidade.

Se é verdade que a nulidade do casamento faz com que a convenção antenupcial deixe de se aplicar, a recíproca não é verdadeira, e se se der a nulidade de uma convenção, nunca o casamento será de qualquer forma atingido. Ora é neste último caso que o problema se põe.

Depois de celebrado o casamento, chega-se à conclusão de que a convenção antenupcial está ferida de nulidade, tudo se passando como se ela nunca tivesse existido.

Não nos interessa averiguar agora, se a nulidade resulta de algum vício do consentimento ou da incapacidade de algum dos noivos. Apura-se unicamente que a convenção é absolutamente nula.

Como resolver esta dificuldade?

Poderão nestes casos os cônjuges, verificada a nulidade, celebrar uma nova convenção depois do casamento, em substituição daquela?

Nenhuma interpretação dos arts. 1.096.º e 1.105.º é de molde a autorizá-lo; da mesma forma a doutrina entende que, nestes casos, os cônjuges devem ser considerados como tendo casado sem convenção, havendo por conseguinte recurso ao regime supletivo da comunhão geral de bens (1). De resto, é a solução que cabe dentro da lei; se a convenção antenupcial é considerada como não existindo, os cônjuges ficam em posição idêntica à daqueles que nada resolveram sobre os seus bens. Há única e simplesmente que aplicar o regime supletivo geral, notando nós, que não vemos muito bem como se possa actualmente pôr o problema acabado de esboçar.

Evidentemente que, o recurso ao regime supletivo geral, que acabamos de indicar, não é de atender naqueles casos em que o casamento se realizou com quebra de qualquer daquelas disposições legais, que a verificar-se, impõem um regime de bens

(1) Baudry — Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*. Vol. I, n.º 204; A. Colin et Capitant, Vol. III, pág. 43; Aubry et Rau, vol. VII, § 502; Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 110.

necessário. Nestes casos, bem entendido, será esse regime necessário que a lei impõe, que deverá regular as relações patrimoniais entre os cônjuges.

16. — Vamos agora considerar um problema que se põe a propósito da imutabilidade das convenções antenupciais, que tem, como veremos, um interêsse primordial, e é de todos os que sôbre esta matéria se estudam, sem exagêro, o mais controvertido.

Podará estipular-se nas convenções antenupciais regimes de bens a têrmo ou sob condição? O problema surge em face do art. 1.105, ao indagar-se se, uma convenção antenupcial na qual se insere alguma destas cláusulas acessórias, infringe ou não a doutrina do preceito indicado.

Neste campo, as opiniões sucedem-se, entrechocam-se, fundamentadas em argumentos desconcertantemente antagônicos, colocando em manifesta dificuldade o estudioso que quere ingressar neste ou naquele partido.

Podemos agrupar em quatro grandes ramos as opiniões existentes sôbre o assunto.

Alguns repudiam o têrmo e aceitam a condição; outros, inversamente, defendem a aceitação do têrmo, não admitindo a condição; há quem admita o têrmo e a condição; e, por fim, ainda os que negam a admissibilidade do têrmo e da condição, porque contrários não só ao princípio estabelecido no art. 1.105.^o, mas ainda à doutrina emanada de vários outros preceitos do Código Civil.

Entre nós, é defendida como teoria dominante, a que admite regimes matrimoniais sob condição e repudia os que se estipulem a têrmo.

Em poucos ou nenhuns ramos do direito a nossa jurisprudência é sequer sofrível.

Para não fugir à regra, encontramos aqui a mesma pobreza confrangedora; e apenas num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Maio de 1893, publicado na Gazeta (6-98-781), se encontra uma referência expressa à admissibilidade de regimes matrimoniais sob condição. Diz o acórdão: «Tanto pelo antigo direito como pelo vigente se reconhece a ampla liberdade aos esposos de estipularem antes do casamento «as condições» e con-

venções que entenderam relativamente a seus bens, dentro dos limites da lei; assim é válida a «condição» de que se existirem filhos vivos ao tempo da dissolução do matrimónio pela morte de algum dos cônjuges, se comunicarem os bens para serem divididos».

Jurisprudência que se refira quer expressa quer implicitamente ao termo e que o condene, é que não encontramos.

Mas, mesmo com prova deficiente, a verdade é que, tanto a doutrina como a jurisprudência aceitam sem discutir as convenções antenupciais sob condição e reputam ilegais as que se estipulem a termo.

A Revista de Legislação e Jurisprudência (Ano 46-6), trata do assunto com certo desenvolvimento de modo a reforçar a opinião agora emitida. É talvez interessante transcrever parte do artigo indicado: «Contra a validade de cláusulas antenupciais em que se declara que um regime de bens será substituído por outro, quando se verifique determinada condição, não pode invocar-se o disposto no art. 1.105.º do Código Civil, pois êste proíbe que as convenções antenupciais sejam revogadas ou alteradas por nova convenção, e qualquer convenção estipulada no contrato antenupcial, faz parte dêste contrato e rege-se pelas mesmas normas».

E, neste caso, em face da retroactividade da condição, verificada a mesma, o regime seria único, durante todo o tempo do matrimónio. O mesmo já não sucederia se em vez da condição se empregasse o termo, porque neste último caso, suceder-se-iam dois regimes distintos, coisa que a lei de forma alguma consente.

É com base nos efeitos resultantes da retroactividade da condição, característica esta de que o termo não disfruta, que usualmente se aceita a doutrina exposta.

Há meia dúzia de anos, porém, a quebrar a monotonia da doutrina uniformemente aceita em Portugal, surge uma opinião diametralmente oposta (1). «O art. 1.105.º não consagrou o princípio da imutabilidade, como se diz, para evitar a existência de dois regimes sucessivos na mesma sociedade conjugal. O que se pretendeu, foi evitar que ficassem prejudicados os interesses de

(1) Prof. Dr. Pires de Lima, Lições 1936, pág. 367.

terceiros, e possivelmente até os de um dos cônjuges, pela estipulação de um novo regime depois do casamento.

E assim, não há inconveniente nenhum em que se realize uma convenção a t ermo, pois que, nesse caso, tanto os cônjuges como terceiros ficam desde o início a saber que, até dado momento, vigora um regime, a partir d esse momento, um regime diferente.

Todos ficam sabendo claramente e sem possibilidade de engano qual o estatuto por que se regulam as suas relações patrimoniais.

Para isso o que   necessário, evidentemente,   que se d e   convenção a devida publicidade por meio de registro, de modo a que o seu conhecimento integral esteja ao alcance de tôda e qualquer pessoa.

Mas, na mesma ordem de ideias, deverá ser considerada nula uma convenção antenupcial sob condição, porque os direitos de terceiros podem ficar então gravemente lesados.

Por exemplo, no caso dos cônjuges escolherem o regime da comunhão ou o da separação, conforme houver ou não filhos   data da dissolução do matrim nio, mantem-se a incerteza do regime até essa dissolução. Os terceiros que contratem com os cônjuges ficam sem saber por que estatuto serão regulados os seus direitos. Se, por exemplo, um dos cônjuges se constitui devedor de alguém, o credor fica sem saber quais os bens que garantem o cumprimento dessa dúvida).

Recentemente (1), ao tratar-se do problema nas lições proferidas ao 4.  ano jurídico de 1940, aparece uma opinião distinta de qualquer das já apontadas. O ilustre Professor da Cadeira não v  razões legais para se pronunciar pelo têrmo ou pela condição. Antes, modifica a disjuntiva até a  empregada, para defender a existência e aceitação simultâneas do têrmo e da condição como cláusulas v lidamente aplicáveis às convenções antenupciais.

«O art. 1.105.  (2), proíbe a alteração da convenção, mas não estabelece de modo específico a imutabilidade do regime. Imutabilidade do regime — haverá são a que f r resultante da imutabilidade da convenção.

(1) Prof. Sr. Dr. Paulo Cunha, Lições citadas.

(2) Prof. Dr. Paulo Cunha, Lições indicadas, pág. 640.

E acresce que a circunstância de a condição operar retroactivamente, faz com que, mais neste caso que no do t ermo, tenhamos que no fim de contas, o casamento se regular  «ab initio» apenas por um regime: o que resulta da actua o da condi o ou da verifica o do seu não preenchimento».

Quanto   incerteza da condi o, argumento de que alguns (1) se servem para a excluir, não procede (2). Qualquer interessado, pela simples leitura da convenço antenupcial, sabe até que ponto tem de se precaver contra qualquer anormalidade que s obre êste aspecto a convenço encerre.

O facto de não saber se ou quando se realizar  a condi o que determina a mudança de regime, não   considerado argumento decisivo.

A questão resume-se, numa maior ou menor dificuldade,   apenas uma diferença de grau e não de qualidade, que não justifica a ilicitude da estipula o da condi o.

Aponta-se ainda, como argumento para se continuarem a aceitar regime matrimoniais sob condi o, o facto de serem inúmeros os exemplos da existência desta cláusula acessória, e a sua supressão «vir a causar uma profunda perturba o na vida jurídica portuguesa».

Em conclusão, alguns (3) adoptam quanto   condi o a regra tradicional e corrente, admissibilidade da condi o e quanto ao t ermo, uma inova o criada recentemente (4) em que se admite com foros de legalidade a inser o nas conven es antenupciais de regimes a t ermo.

Acabada a exposi o quer da tradicional quer das recentes correntes doutrinárias sôbre o problema, cumpre-nos focar qual a nossa posi o.

Não   por uma questão de independência de espírito, de excentricidade ou ainda de preocupa o criadora, que não seguimos nenhuma das doutrinas apontadas, mas porque, a-pesar dos nomes que as subscrevem, os argumentos empregados não

(1) Prof. Dr. Pires de Lima, Li es indicadas.

(2) Prof. Dr. Paulo Cunha, Li es indicadas.

(3) Prof. Dr. Paulo Cunha.

(4) Prof. Dr. Pires de Lima.

são de molde a convencer-nos em absoluto. Pesquisando nos variados argumentos que nos são patenteados, de alguns nos vamos servir em prol da doutrina que defendemos. A estes, acrescentaremos outros, que nos parecem de certo modo decisivos, e têm principalmente a vantagem de demonstrar em quantos êrros e dificuldades irresolúveis cairíamos, ao seguir qualquer daquelas doutrinas que acabamos de expôr.

Quási todos os juristas se têm limitado a indagar, se a redação do art. 1.105.^o comporta ou não que se estipulem convenções antenupciais com regimes a têrmo ou sob condição. A redação dêste artigo susceptível de interpretações amplas em demasia, favorece realmente tais doutrinas; mas, se nêle se encontra o assento base da matéria, outros há que deverão ser estudados quando se pretender extrair da lei um conceito bem determinado do «princípio da imutabilidade».

Julgamos ter encontrado razões e argumentos bastante fortes para não admitirmos, nas convenções antenupciais, estipulações de regime a têrmo ou sob condição.

Trataremos em separado de cada uma destas cláusulas acessórias, primeiro do têrmo, a seguir da condição, procurando demonstrar que, quer uma quer outra não são de admitir no nosso direito. Só dêste modo se impedirá que se infrinja nitidamente o princípio da imutabilidade.

A-pesar-de em alguns casos a lei expressamente autorizar a mudança de regime depois do casamento, a verdade é que êsses casos são restritos.

O Código é muito aferrado ao princípio da imutabilidade, não admitindo mudanças de regime senão por razões muito graves. Quis nêle estabelecer além da unidade, a simplicidade das relações patrimoniais dos cônjuges, e sendo assim, de forma nenhuma pode autorizar as convenções antenupciais a têrmo.

É evidente que, se se permitir aos cônjuges a adopção de um regime a têrmo (o que na realidade já representa a existência de dois termos, um resolutivo para o primeiro regime e outro suspensivo para o segundo) nada impede que êles por meio de termos sucessivos, regulem as suas relações patrimoniais por todos os regimes admitidos pela lei. Bastava para isso que a convenção antenupcial o determinasse.

Não é difícil avaliar quais os resultados a que se chegaria em face de sistema semelhante. Quem seria tão pouco cauteloso que se sujeitasse aos perigos e inconvenientes de efectuar transacções com pessoas sujeitas a um tal regime?

É verdade que, não podemos deixar de reconhecer que em relação ao termo, os autores, em França, têm um argumento de vulto para o condenarem.

Diz o Código Civil Francês no art. 1.399.º: «A comunhão quer seja legal, quer convencional, começa no dia do casamento efectuado perante o oficial do registo civil; não se pode estipular que começará em qualquer outra época».

Há, portanto, que pôr de parte em face de texto expresso, a possibilidade de estipulação de regime a termo, quando se tratar da comunhão geral, e isto, tanto em relação ao termo resolutivo como ao suspensivo, pela simples razão de que a lei em relação a êste regime, não só lhe fixa o comêço como o fim, art. 1.441.º

Muitos autores, e bem (1), generalizam aquele preceito applicando-o aos restantes regimes de bens, porque, dizem êles, se o legislador tratou em especial dêste regime, foi para impedir a estipulação de um termo muito em voga, no qual os cônjuges contratavam que a comunhão começaria um ano e um dia depois do casamento (2). Em relação aos outros regimes não havia esta necessidade instante, motivo porque dêles não tratou em especial o legislador. Mas, ao focar objectivamente êste caso, reprimindo expressamente a prática de tal costume, demonstrou bem à evidência que a unidade do regime nos surge como uma consequência necessária do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, afirmado pelo art. 1.395.º do Código Civil Francês (3).

Mas, parece automaticamente resolvido o problema em face do nosso Código Civil. Não possuímos o argumento de que os

(1) Baudry — Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, vol. I, pág. 73. — Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 69.

(2) Baudry — Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, vol. I, pág. 74. — A. Colin et Capitant, vol. III, pág. 34.

(3) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, vol. I, pág. 73.

juristas franceses se servem, e há que aceitar bem ou mal a estipulação de regimes matrimoniais a têrmo.

Puro engano! O argumento peca por falta de base; a apreciação do problema pode ser feita com a ajuda do argumento referido, mas observado sob outro prisma: o legislador francês proibiu que o regime de comunhão geral de bens começasse em momento diferente daquele em que se realizasse o casamento, porque havia que pôr cõbro a um costume que êle entendia não se quãadunar com o princípio do art. 1.395."

A attitude do legislador português, não incluindo no nosso Código Civil um preceito semelhante ao do art. 1.399.º do Código Francês, não prova que quisesse admitir tácitamente doutrina contrária. Pois se em Portugal não existia o costume que em França deu origem ao preceito referido, para que criar um preceito de lei absolutamente desnecessário e sem qualquer finalidade prática? E senão vejamos.

Desde os tempos primitivos da fundação de Portugal que o regime usado com mais freqüência era o da comunhão geral de bens, que umas vezes tinha de ser convencionado, daí a frase «por carta de ametade», e outras vezes considerado como tendo nascido do facto de os cônjuges terem vivido sob economia comum por *mais de um ano e um dia*, o que era sintentizado na expressão, «segundo o costume do Reino».

Qualquer destas duas expressões se encontra nas Ordenações Afonsinas, livro IV, tit. 12.

As Ordenações Manuelinas converteram o costume em lei, sendo esta mantida nas Ordenações Filipinas, livro IV, tit. 46, que diz: «Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e Senhorios se entendem serem feitos por carta de ametade, salvo quando entre as partes outra coisa foi acordado (1). Portanto, já desde o reinado de D. Manuel que todos aqueles que o contrário não estipulassem, ficavam quanto a seu bens, submetidos ao regime da comunhão geral».

Imediatamente se vê o ponto de contacto do costume português e francês, e o convencimento comum de que só convi-

(1) Dr. Cunha Gonçalves, ob. cit., vol. VI, pág. 286.

vendo os cônjuges um ano e um dia começaria a vigorar a comunhão. A diferença, porém, é flagrante, porque enquanto em França se mantinha o hábito de convencionar que o regime de comunhão só começaria um ano e um dia depois do casamento, em Portugal não há sequer indícios de hábito idêntico, para o que certamente influíu o preceito das Ordenações Manuelinas atrás referido.

Já vêem os adversários da nossa doutrina que o argumento de forma alguma procede.

De resto, o legislador ao referir-se expressamente ao momento em que termina cada regime de bens, arts. 1.121.º, 1.126.º, 1.132.º e 1.156.º do Código Civil, e a quais as causas que lhe dão origem, de forma alguma indica a cláusula acessória têrmo como gosando dessa regalia e qualidade.

Ora se a lei regula e indica quais as causas que põem fim aos regimes de bens e não menciona entre elas o têrmo, é porque não quis que êste pudesse ser usado em tais hipóteses (1).

Admitem por exemplo o têrmo, Jossierand e o Dr. Cunha Gonçalves (2), que fundamentando-se o primeiro no art. 1.395.º do Código Civil Francês e o segundo no art. 1.105.º do nosso Código, se limitam a afirmar que, aquilo que a lei proíbe, é apenas uma nova convenção, mas que as partes podem estipular, na convenção primitiva, tôdas as cláusulas que desejarem.

Ora, a verdade é que, se o art. 1.096.º do nosso Código, à semelhança do que estipula o Código Francês, autoriza os cônjuges (nessa altura ainda noivos) a contratar «o que lhes aprouver relativamente a seus bens» põe no entanto duas restrições: uma, é a anterioridade da convenção em relação ao casamento, a outra, que a liberdade de contratar existe sim, mas «dentro dos limites da lei». É esta pequena frase que parecem esquecer aqueles que admitem a estipulação de regimes a têrmo.

Os inconvenientes de tal doutrina são tantos e tamanhos, que não só levam algumas vezes a situações sem solução, a que melhor chamaríamos becos sem saída, como ainda, criam verdadeiros atentados contra preceitos que tácitamente a condenam.

(1) Fotino, ob. cit., pág. 68.

(2) Ob. cit., vol. VI, pág. 297.

Alguns (1), por exemplo, referindo-se ao t ermo cuja admissibilidade patrocinam, dizem que os credores sabem em cada momento qual o regime que vigora, e que, portanto, não há inconveniente na estipula o de cláusulas semelhantes.

Ora não   bem assim.

O inter esse de terceiros   m eramente uma das razões de ser, um dos fundamentos do princípio da imutabilidade. O facto de a estipula o de um regime a t ermo não mostrar s rios riscos para o credor, não   razão para que se aceite sem comentários tal doutrina.   uma razão de ser que baixa imediatamente para segundo plano se o t ermo, embora não prejudicando o credor, infringir qualquer dos preceitos que a esta matéria se referem.

Qual a razão que levou o legislador a proibir que se fizesse nova convenço depois do casamento ou que se revogasse a estipulada anteriormente   celebra o daquele?

Certamente que não foi por inter esse especial pela convenço considerada em abstracto, mas por aquilo que ela em si encerra. Se proibiu modifica es na convenço, foi porque certamente não queria que o regime nela estipulado pudesse ser alterado na consistência do matrim nio.

Pode parecer que esta afirma o feita um pouco prematuramente não passa de uma peti o de princípio. A seu tempo, porém, se ver  que assim não  .

Mas, apreciemos a redac o do art. 1.105.^o Diz êste artigo (in initio): «As conven es antenupciais não podem, etc.»; refere-se na sua letra apenas aos casos de conven es, isto  , àqueles casos em que os noivos determinaram por contrato o regime de bens que escolhiam.   Englobar , porém, os restantes casos em que nada se determine quanto aos bens, e em que, por essa razão, se caia sob a alçada do regime supletivo do art. 1.098? A primeira vista, pelo menos, assim parece.

Quem se limitasse a interpretar apenas o art. 1.105.^o sem atender aos demais artigos que a esta matéria se referem, poderia até afirmar que os cônjuges no caso do regime fixado supletivamente, o podiam alterar depois do casamento, pela razão sim-

(1) Prof. Dr. Pires de Lima.

ples de que, o referido art. 1.105.º, não abrange na sua letra senão os regimes estipulados convencionalmente.

Erraria necessariamente quem assim fizesse.

Mas, então, porque é que a lei apenas se refere no art. 1.105.º às hipóteses de convenções?

Evidentemente, porque, em relação aos regimes supletivos, lá está o art. 1.096.º, que interpretado «a contrário», impede que os esposos estipulem novo regime de bens depois da celebração do casamento.

Os cônjuges nem sequer poderão recorrer à fraude de um novo regime, estipulado por escritura particular antedatada, porque tal lhes é vedado pelo art. 1.097.º

Mas, afinal, se virmos bem, o art. 1.105 é desnecessário, porque os arts. 1.096.º e 1.097.º impõem regras conceitualmente mais amplas do que as do art. 1.105.º, de tal forma que, da violação dêste último, resulta indubitavelmente a violação dos dois restantes. Revogar a convenção antiga ou estipular nova convenção, não é infringir nitidamente o art. 1.096.º

Mas, e agora chegámos ao ponto culminante do problema; qual o objectivo dos cônjuges ao quererem alterar a convenção antenupcial, e qual o objectivo do legislador ao impôr o preceito do art. 1.105.º?

A estas duas perguntas apenas duas respostas se nos afiguram certas e lógicas, em face do nosso Código Civil.

A alteração da convenção não teria qualquer significado ou objectivo se não lhe correspondesse a alteração do regime.

Modificar a convenção e manter o regime primitivo?

Inconcebível!!!

E agora, a «ratio legis» parece estar perfeitamente determinada. Se com a alteração da convenção se procurava necessariamente a alteração do regime, proibindo-se aquela, implicitamente esta se proibiu. É êste e não outro, o conteúdo ideológico da expressão «princípio da imutabilidade das convenções antenupciais».

Concluindo, não devemos admitir que se estipulem regimes matrimoniais a têrmo (1).

(1) Fotino, ob. cit., pág. 68. — Baudry — Lacantinerie, Le Courtois et Surville, vol. I, pág. 73 — Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 69.

A unidade do regime aparece-nos como uma consequência necessária do princípio da imutabilidade proclamado pelo art. 1.105.º Há que considerar como nula a cláusula que estabeleça um regime matrimonial a termo, de forma a evitar que os cônjuges, em virtude da própria convenção antenupcial e independentemente de sentença judicial que decrete a separação de bens, possam ser governados por dois regimes diferentes (1).

Vejamos em primeiro lugar o que é a cláusula acessória condição e como funciona o seu mecanismo.

Condição, é a cláusula acessória do negócio jurídico, por virtude da qual, a verificação dos efeitos do mesmo, fica dependente de um facto futuro e incerto.

Quanto à forma como actua a condição, assim se chama suspensiva ou resolutiva. É suspensiva, quando a eficácia do contrato fica dependente da sua verificação, isto é, o contrato fica em suspenso durante um certo lapso de tempo, até que a condição se verifique; é resolutiva, quando o contrato é logo válido de início, mas é destruído posteriormente em virtude da verificação da condição.

Se atendermos ao facto que faz desencadear os motivos, dos quais a verificação da condição está dependente, podemos denominá-la casual, potestativa ou mixta, conforme esse facto é unicamente o acaso, a vontade das partes, ou uma combinação destes dois elementos.

Ao mais elementar bom senso se impõe, imediatamente, a exclusão do campo do nosso estudo das condições potestativas e mixtas. Ficar a verificação da condição dependente da vontade dos cônjuges, seria o mesmo que permitir que estes estipulassem, na convenção antenupcial, que alterariam o regime de bens, se, e quando quisessem. É evidente que haveria a mais flagrante in-

(1) Baudry — Lacantinerie, — Le Courtois et Surville, vol. I, pág. 73.

NOTA: Tratando nós em separado dos problemas respeitantes ao termo e à condição, e dado os numerosos pontos de contacto que estas duas cláusulas apresentam, para evitarmos a duplicação que resultaria do emprêgo sucessivo dos mesmos argumentos, primeiro em face do termo e depois da condição, orientámos o nosso trabalho no sentido de serem de aplicar ao termo «mutatis mutandis» aqueles que à condição se reportem.

fracção da imutabilidade, se numa convenção se estipulasse que os cônjuges, depois do casamento, poderiam mudar dêste para aquele regime, se quisessem. Não foi certamente para permitir tais liberdades, que o legislador rodeou a elaboração das convenções antenupciais de tantos cuidados e restricções. Seria a ruína completa do princípio da imutabilidade, se tal se permitisse.

Nem os defensores da admissibilidade da condição chegam a tal extremo (1). Limitam a sua doutrina apenas às condições casuais, com completo repúdio daquelas cuja verificação depender da vontade dos cônjuges, como inadmissíveis, em face da lei.

Se os mais prudentes autores que admitem a condição se referem apenas à condição casual, todos aqueles que a não admitem, ao tratarem do problema, começam logo por eliminar do seu plano de estudo (2), tôda a condição cuja verificação depender da vontade de qualquer dos cônjuges. Toullier, vai mesmo mais longe, ao afirmar que «a condição potestativa concede sòmente um benefício revogável, feito por um cônjuge ao outro».

Eliminada tôda a condição cuja verificação depender da vontade de qualquer ou de ambos os cônjuges, vamos procurar demonstrar que, mesmo restringindo o nosso plano de estudo à condição casual, ela não é de admitir no nosso actual direito.

Gosa a condição, afirmam alguns, de uma característica específica não comum às outras cláusulas acessórias. Essa característica é a retroactividade, que consiste em fazer retroagir os efeitos que da condição estavam dependentes, à data da celebração do contrato. Bem entendido que nos referimos à condição suspensiva de que fica dependente o segundo regime. Pelo mesmo mecanismo, o regime inicial deixará de existir, «ab initio», por actuar a condição resolutiva a que êle estava submetido.

É graças à retroactividade da condição e ao mecanismo do seu funcionamento, que os defensores da admissibilidade dos regimes sob condição defendem a sua doutrina. Dizem êles: «o regime, verificada a condição, não se segue ao regime primitivo; ocupa

(1) Aubry et Rau, vol. VII, pág. 530; — Rodière et Pont, vol. I, pág. 77 — A. Colin et Capitant, vol. III, pág. 35.

(2) Baudry — Lacantinerie, Le Courtois et Surville, ob. cit., vol. I, pág. 74; — Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 69.

por completo o seu lugar, visto que se aplica desde o momento do casamento». Não haverá nunca senão um único regime matrimonial (1), ao passo que se o regime fôsse a t ermo, haveria uma sucessão de regimes, condenada pela lei.

Bellot des Mini eres, foi de todos o primeiro a ensinar que, contr ariamente ao que diziam Aubry et Rau (2) e Guillaouard (3), se deve negar aos cônjuges a faculdade de estipularem regimes matrimoniais sob condi o (4).

Esta opinião foi depois seguida por diversos autores (5) que atacaram com mais ou menos êxito a doutrina anterior.

Dizem êles, referindo-se   hipotética unidade de regime resultante da retroactividade da condi o: Êste raciocínio fundado na tradi o, de certo modo admissível sob o ponto de vista restrito de lógica jurídica (6), encontra, porém, graves dificuldades. A tradi o, diz Planiol,   fraca, pois o princípio da imutabilidade não tinha no antigo direito a rigidez que o Código lhe atribuiu. Além disto, a retroactividade da condi o (7) não   no fundo mais do que um processo técnico de explicar certos efeitos atingidos.   exagerar o seu alcance, querer fazer dêle um princípio obrigatório. «Se a condi o inserta numa convenço antenupcial se verificar, não se pode negar que de facto houve uma sucessão de dois regimes» (8).

Além disto, a retroactividade da condi o   uma fic o jurídica, que na realidade não evita que se sucedam dois regimes patrimoniais diferentes (9), coisa que a lei não quis permitir.

De facto, há na condi o, tal como no têrmo, uma sucessão

(1) A. Colin et Capitant, vol. III, pág. 35.

(2) Vol. VII,   504, pág. 530.

(3) Traité du Contrat de Mariage, Vol. I, n.às 96 a 98.

(4) Fotino, ob. cit., pág. 69.

(5) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, vol. I, n.  47 bis; — Planiol vol. III, n.  828.

(6) Fotino, ob. cit., pág. 70.

(7) Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 70.

(8) Fotino, ob. cit., pág. 71 — Planiol et Ripert, vol. VIII, pág. 70.

(9) Nicola Stoll , ob. cit., vol. V, n.  442, pág. 291, referindo opiniões de Burri e Marcad .

de regimes, com a agravante da incerteza que aquele não possui (1).

A condição, como cláusula de convenções antenupciais, parece ter realmente os seus dias contados, não só em face dos argumentos com que a condenavam, mas porque, correntes doutrinárias modernas a atacam precisamente naquela característica que lhe atribuíam, e era o maior baluarte de defesa dos que pugnavam pela sua aplicabilidade aos regimes matrimoniais.

Graças à retroactividade da condição, dizem os seus partidários, o segundo regime retroage à data do casamento e substitui o inicial, havendo portanto apenas um só regime, coisa que a lei não condena. Mas, e se a retroactividade fôr um mito, se não fôr de facto uma característica comum a tôdas as condições?

Cialoja e Windscheid, por exemplo, afirmam que a retroactividade não pertence à essência da condição e que pode haver condições que não possuam esta característica. Para aqueles que entendem ser a «*conditio juris*» uma espécie de condição, a retroactividade, como característica, tem que ser eliminada da sua essência.

A consequência directa da eliminação desta característica, é a supressão de um dos melhores argumentos, embora puramente teóricos, de que os «*condicionistas*», passe a expressão, se so-
correm.

«*Si nuptiae secutae fuerint*» será pois a condição necessária da eficácia da convenção; esta jamais entraria em vigor sem a celebração do casamento. Mas, afinal, o casamento mais não é de que uma condição suspensiva, de cuja verificação fica dependente a aplicação aos cônjuges do regime de bens nela estipulado, e sendo assim, funciona como verdadeira condição, à qual, porém, não é reconhecida retroactividade.

Há que concluir, por conseguinte, que não sendo da essência da condição a retroactividade, que existindo condições cuja verificação não faz retroagir a eficácia do contrato à data da sua celebração, é êrro querer generalizar a tôdas, um regime apenas inerente a algumas.

(1) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, vol. I, pág. 75.

Mas, dado mais êste passo para a demonstração de que doutrinária e legislativamente a estipulação de regimes sob condição não é de aceitar, vejamos a que incongruências e verdadeiras violações de preceitos legais ela nos conduziria, se a admitíssemos.

Tal como já fizemos para o têrmo, há que indicar em primeiro lugar a hipótese da estipula o de vários regimes, resultantes da verifica o sucessiva de várias condi oes.

Quem admite uma, ou melhor duas condi oes (1), tem evidentemente de admitir tôdas aquelas que os cônjuges queiram estipular na convenço.

  uma questão de quantidade, não de qualidade.

Daí, os cônjuges estarem submetidos a vários regimes sucessivos. Muito ampliado neste caso o inconveniente já apontado em rela o ao têrmo que vemos nós?

A maior incerteza que imaginar se pode, no que respeita   regulamenta o legal das rela oes patrimoniais dos cônjuges. Depois, submetidos todos estes regimes   retroactividade, veríamos o caso espantoso de uma mesma rela o jurídica ser, senão teóricamente, pelo menos de facto, regulada por todos os regimes de bens que o Código admite, possivelmente até periódicamente repetidos, porque nada impediria que uma nova condi o viesse restabelecer um regime a que outra já havia posto fim.

Mas, há mais e melhor. Suponhamos por hipótese, hipótese nada absurda, que duas das condi oes eram verificadas precisamente no mesmo momento. A qual delas atender, e qual o regime que passaria a vigorar?

Não há dúvida, e nisto não há controvérsias, que o legislador concedeu especial carinho e aten o   regulamenta o das rela oes patrimoniais dos cônjuges, procurando, não só para benefício do casal e dos seus descendentes, mas nomeadamente em aten o a terceiros, (modernamente a mais forte razão de ser da imutabilidade) fazer com que, as rela oes patrimoniais entre marido e mulher gosem de certa estabilidade e continuidade.

(1) Já fizemos notar em rela o ao têrmo, que admitido um segundo regime a têrmo suspensivo, há que admitir necess riamente um têrmo resolutivo para o primeiro. Em rela o   condi o, o fen meno   idêntico.

O legislador viu bem a importância capital que revestia êste problema, de tal sorte que, não é exagêro, se o reputarmos fundamental para a economia da Nação.

Com raras excepções, homens e mulheres, ao atingirem certa idade, constituem família. A grande massa de indivíduos de que se compõe a Nação é constituída por pessoas casadas. Avaliemos o que sucederia se de uma forma epidémica se arreigasse o uso de convenções antenupciais no estilo da que atraz apontámos!!!

Paralizar-se-iam as transacções comerciais, e a desconfiança e a fraude reinariam infrenes.

A verdade, sem rodeios, é só esta: o legislador quis atribuir às relações patrimoniais dos cônjuges uma estabilidade e continuidade muito próximas do que decretou para as próprias relações pessoais dos mesmos.

Não só por força da doutrina dos arts. 1.096.º e 1.105.º esta afirmação é patente, mas ainda pelo que impõem muitos outros preceitos que ao assunto se reportam.

Vejamos, a separação de bens consequência da separação de pessoas; os casos especialíssimos de simples separação de bens, apenas judicialmente consentidos, quando a mulher estiver em riscos de perder o que fôr seu, pela má administração do marido. Em contrapartida, as facilidades concedidas aos cônjuges para reporem a sociedade conjugal no seu estado primitivo, art. 1.229.º do Código Civil. O caso do art. 1.156.º do mesmo Código, mantendo a inalienabilidade dos bens dotais até à morte de qualquer dos cônjuges, mesmo estando êles separados judicialmente ou divorciados.

Se a redacção deficiente do art. 1.105.º, autoriza certas interpretações liberais em demasia, há que as restringir em face de outros preceitos, aos quais se deve também atender, e que não podem ser violados.

Que finalidade procurou atingir o legislador ao estabelecer o regime supletivo geral do art. 1.098? Certamente a de que não pudesse dar-se o caso de existir algum casal cujos bens não fôsem regulados por um regime matrimonial qualquer.

Assim, cada casal terá um estatuto privativo porque se regulem as suas relações patrimoniais; a lei não pode ser entendida de outro modo.

Vejamos o que sucederia, se se estipulasse numa convenção antenupcial que o regime inicial de separação de bens convolaria para o de comunhão geral, dada a condição de haver filhos à data da morte de qualquer dos cônjuges.

Em cada momento em que houvesse necessidade de recorrer ao regime de bens para regular relações patrimoniais, deparar-se-ia com êste dilema : separação ou comunhão?

De duas uma. Ou têm razão os «condicionistas», e o regime sob condição suspensiva retroage, havendo um único regime na constância do matrimónio; ou então, a retroactividade da condição é um puro sofisma, e têm razão os que afirmam que de facto se dá sempre nestes casos a sucessão real de dois regimes, que governam, um primeiro outro depois, as relações patrimoniais dos cônjuges.

Sem dúvida, que até se verificar a condição (morte de qualquer dos cônjuges existindo filhos), haverá que regular relações patrimoniais. Como aquela não se verificou ainda, e não se sabe mesmo se se verificará, estas relações que hão-de ser reguladas por qualquer regime, sê-lo-ão necessariamente pelo inicial que está em vigor. Mas, se forem reguladas pelo regime inicial, e mais tarde se verificar a condição da qual está dependente o novo regime, ninguém pode negar, esta é que é a realidade, que se sucederam dois regimes distintos na regulamentação das relações patrimoniais dos cônjuges.

Perante esta verdade evidente, a retroactividade esvai-se e não passa de pura miragem.

Como resolver?

Êste outro caso é também interessante : convencionase o regime de separação de bens subordinado à condição de que se algum dos cônjuges vier a receber uma herança, passará a aplicar-se a comunhão geral.

Não representa êste caso uma perfeita violação do preceito que estipula a revocabilidade das doações entre os cônjuges?

Parece bem que sim.

E no caso de os cônjuges estipularem que o regime de separação inicial será substituído pelo de comunhão se tiverem algum filho? «Qui juris», se passado algum tempo o mesmo filho morre?

Por um lado está preenchida a condição, não há dúvida, mas,

por outro lado, a mutação de regime, nesta hipótese, vai manifestamente contra a vontade dos cônjuges que se não tivessem filhos vivos, bem entendido, quereriam ser regulados pelo regime de separação!

Mas, vejamos também êste outro caso deveras curioso: o regime inicial é o regime dotal, convolvando para o de separação relativa, preenchida determinada condição.

Sucede o facto futuro e incerto. Imediatamente surge a dúvida. Se o segundo regime retroage, os bens da espôsa deixam de ser dotais e ficarão libertos do respectivo onus. Mas, a lei é expressa, e até para reprimir certos abusos, hoje muito mais rigorosa do que era antes do decreto 19.126. O art. 1.156.º do Código Civil dispõe que, os bens dotais, só por morte de qualquer cônjuge são libertos do respectivo onus.

Êste preceito exige taxativamente a morte de qualquer dos cônjuges para que o dote fique liberto do respectivo onus. Por muito boa vontade que houvesse da parte do intérprete, de forma alguma se podia atribuir à verificação de uma condição, efeito idêntico ao da morte, que o referido preceito impõe.

E os problemas irresolúveis acumulam-se a partir dêste momento.

Se se mantiver o onus dotal como não pode deixar de ser, (o contrário seria a violação de texto expresso) apura-se que, a condição não faz retroagir o segundo regime «ab initio», substituindo-se ao primeiro. Dêste, restará sempre como uma mancha indelével, a inalienabilidade dos bens da mulher, que continuarão a ser dotais.

Mas, se o segundo regime não retroagir, cai por terra aquele argumento dos «condicionistas», que admitem a condição e condenam o têrmo, porque dizem êles, neste há uma sucessão de regimes proibidos pela lei, e naquela, graças à retroactividade, o regime mantem-se uno.

Quem se atreverá a dizer que neste caso há que desprezar o preceito do art. 1.156.º do Código Civil?

Mas, vejamos a inversa: de um regime de separação absoluta convolar-se para o regime dotal, verificada determinada condição.

Como na data do casamento não havia bens, e, como o dote pode ser constituído por bens futuros, art. 1.136.º do Código Civil,

não havia que os especificar no «contrato de casamento», como impõe o art. 1.137.º

Suponhamos, que se estipulou que fariam unicamente parte dos bens dotais, aqueles que a mulher herdasse, e que o regime dotal ficaria dependente de se verificar a condição «nascimento de algum filho».

Passaram-se anos, a mulher herdou determinados bens, mas como ainda não havia filhos, o regime que vigorava era o primitivo, a separação absoluta.

A-pesar disso, e na expectativa do nascimento de algum filho, como o § único do art. 1.137.º manda especificar estes bens no prazo de seis meses, aliás seriam havidos como bens comuns, os cônjuges, à cautela, cumpriram o preceituado no citado §.

A verdade, porém, é que esta especificação não teve a força suficiente para transformar estes bens em dotais, visto êsse regime ainda não estar a vigorar.

Os referidos bens, passado tempos, foram vendidos em parte; nada o proíbia.

Só anos depois nasceu o primeiro filho, passando então a vigorar o regime dotal. Este regime, único no dizer dos que admitem a condição, retroage, e aplica-se desde o casamento.

Aqueles bens, parte dos quais foi vendida, passarão a dotais. Mas, se em face da retroactividade da condição sempre foram dotais, houve uma alienação proibida. Mas, na data em que se venderam não eram dotais. Se não eram dotais e passaram a sê-lo, depois de verificada a condição, então o dote foi constituído depois do casamento, contra o preceito do art. 1.141.º, reduzindo a nada a hipotética retroactividade da condição!!!

Quid juris?

E os exemplos das incompatibilidades entre os regimes sob condição e variadíssimos preceitos legais, surgiriam inúmeros, se não tivéssemos receio de nos tornarmos impertinentes e ainda mais monótonos na nossa exposição.

Por isso, dissemos atrás: «o princípio da imutabilidade, embora tenha o seu assento base no art. 1.105.º do Código Civil, não pode ser conceitualmente apreciado exclusivamente em face dêsse artigo».

Há que ver e avaliar todos aqueles casos em que, a estipulação.

de regimes sob condição ou a t ermo, ofende e infringe preceitos que de alguma sorte, podem, na lógica do Código, contribuir para a delimitação do conceito. Realizado, de forma conscienciosa, êsse trabalho, chegar-se-  necess riamente   conclusão a que chegámos.

O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais não comporta regimes quer a t ermo quer sob condição, porque nítida-mente contrários ao espírito da lei.

«A importância e o rigor que o Código deu ao princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, não   de forma alguma compatível com estas espécies de trocas   vista, combinadas antecipadamente» (1).

CONCLUSÃO

17. — *Referência ao sistema alemão sôbre o modo de elaboração das convenções antenupciais.*
18. — *Apreciação crítica das vantagens e desvantagens da imutabilidade. Defesa da imutabilidade.*
 - a) *Supressão das doações entre os cônjuges.*
 - b) *Registo obrigatório das convenções antenupciais mesmo para os não comerciantes.*
19. — O «*princípio da imutabilidade*» *deverá manter-se no nosso direito, liberto das atenuações com que a doutrina o tem procurado atingir.*

17. — Depois de termos determinado o alcance da expressão «princípios da imutabilidade» e qual o seu conteúdo ideológico, depois de termos concluido em face do sistema legislativo português, que a expressão não comporta distorções levadas a efeito quer por estipulação de regimes a t ermo quer sob condição, e,

(1) Planiol, vol. III, pág. 31.

ainda depois de termos visto que, por fôrça da doutrina extraída da nova redacção dada ao art. 1.156.º o princípio, longe de ser atenuado ou enfraquecido, mais enérgico e rígido se tornou, cumpre-nos, apreciando as vantagens e inconvenientes da doutrina defendida, indicar qual o caminho que em nossa opinião conduzirá a um resultado socialmente eficiente.

É indubitável que, no direito moderno, o principal fundamento da imutabilidade, é o respeito que se deve pelo interêsse de terceiros. Esse interêsse, preguntamos nós, ficará bem defendido num regime em que os cônjuges gosem ampla liberdade de alterar a convenção inicial, celebrando nova convenção depois do casamento? Certamente que não.

Mesmo que se adopte o sistema alemão, art. 1.432.º do respectivo código civil, que autoriza de uma forma absoluta não só a celebração de um «contrato de casamento» (1) na constância do matrimónio, mas ainda tôda e qualquer alteração que aos cônjuges apetezer efectuar na convenção já existente, os interesses de terceiros ficarão bem defendidos pelo facto de se exigir uma publicidade obrigatória para estas modificações do regime matrimonial? Entendemos que não.

Por muito perfeita que seja a organização da publicidade, os credores dos cônjuges estarão em desassocego permanente e sempre na dúvida de uma possível troca de regime os poder afectar financeiramente.

Depois, analisemos qual a vantagem que para os cônjuges advém destas mutações de regimes. É ela de molde a contrabalançar os inconvenientes e desvantagens que dela resultam para terceiros, nomeadamente para os credores dos cônjuges? Supomos que não, ou melhor, afirmamos que não!!!

Mas, ainda mais, a aceitação do sistema alemão (2), não traz benefícios nem para os cônjuges, nem para terceiros, nem de resto, para qualquer pessoa.

(1) Desaparece a razão que nos levou a chamar-lhe convenção antenupcial.

(2) Os cód. civis suíço, norueguês e dinamarquês, encerram doutrina idêntica, mas impondo além do registo para publicidade, no primeiro, aprovação da autoridade tutelar, e nos dois últimos, aprovação que deve ser dada pelo rei.

18. — Que alegam os adversários da imutabilidade? Que ela impõe uma restrição à livre actividade dos cônjuges; que os obriga a uma regulamentação patrimonial uniforme e imutável, cheia por vezes de inconvenientes não previstos quando fôra estipulada; que muitas vezes não corresponde às necessidades presentes e futuras. Em defesa destas afirmações, limitam-se a indicar alguns casos isolados, onde a imutabilidade impede que se faça uma mutação ou combinação patrimonial, da qual adviria para os cônjuges uma vantagem, quanto a nós, de hipotético valor.

Quantas desvantagens de hoje, são amanhã, em face de novas condições de vida, enormes vantagens?

Quantas e quantas vezes se verifica precisamente a inversa?

Quantas intrigas, violências e pressões, não exerceria o cônjuge que pela alteração de regime viria a ser beneficiado?

Quantas desilusões teria mais tarde o cônjuge que acedendo aos rogos do outro, consentisse em alterar, em benefício dêste, o regime de bens?

Os detalhes sôbre esta matéria e as respostas a estas perguntas, parecem-nos desnecessárias, por evidentes.

Em contrapartida, quantas vantagens, exuberantemente patenteadas, demonstramos haver na imutabilidade?

Os fundamentos da imutabilidade, os argumentos de que nos servimos para condenar a estipulação de regimes a têrmo ou sob condição, são outras tantas razões que aduzimos em defesa da imutabilidade, tal como a entendemos.

É por ventura de estranhar que se queira impor uma certa unidade e continuidade no aspecto patrimonial da vida dos cônjuges, quando êle não é mais de que um reflexo do seu aspecto pessoal?

Embora actualmente em Portugal a maior parte dos casamentos existentes sejam dissolúveis pelo divórcio, não se vê claramente que, por fôrça da Concordata e do decreto n.º 30.615 e atendendo ao carácter religioso da população, dentro de alguns anos se verificará precisamente o contrário?

Já dissemos atrás, que a vida patrimonial é de alguma sorte a projecção da vida pessoal dos cônjuges. Não se compreenderia uma imutabilidade absoluta nas relações pessoais, e em flagrante contraste, uma mutabilidade completa nas relações patrimoniais.

Se, pelo facto do casamento, surgem restrições para os cônjuges, no campo pessoal, é por ventura de admirar que o mesmo suceda no campo patrimonial?

Certamente que não; um dos fenómenos, é até quasi uma consequência do outro.

Explicar a doutrina que defende a liberdade plena de alterar a convenção depois do casamento, pela necessidade de evitar a restrição que a imutabilidade impõe aos cônjuges, é absurdo. Estes, já sabem muito bem que o facto do casamento conduz automaticamente a restrições na sua capacidade. Abstrair da conexão íntima que deve existir entre a questão pessoal e a questão patrimonial dos cônjuges, é esquecer a finalidade que socialmente se pretende atingir, ao impor a continuidade e a perpetuidade do matrimónio.

Depois, porque pretendem os cônjuges as mais das vezes a troca de regime?

Ou para fazerem partilhar o outro cônjuge de uma herança recebida ou para evitar que a comparticipação se verifique.

Ora, não é quanto a nós razão de pêso que leve a condenar a imutabilidade, o facto de um dos cônjuges querer prejudicar ou beneficiar o outro.

O Código Civil, admitindo as doações entre os cônjuges, concede em parte remédio para estas hipóteses, e, dizemos em parte, porque a posição do donatário nas doações entre os cônjuges, é realmente precária. É até de aconselhar, por uma questão de coerência, que se altere a lei no sentido de as proibir. Mas, mesmo depois de se adoptar esta medida, a verdade é que os cônjuges ficam ainda com liberdade bastante para nivelarem o que julguem ser possíveis injustiças, graças a disposições mortis causa.

O principal defeito do nosso sistema legislativo, e é daí que resultam as maiores dificuldades na prática, consiste, em ter como regime supletivo a comunhão geral de bens. Se êste fôsse substituído pela separação relativa, por exemplo, muito haveria a lucrar e grandes seriam os benefícios quer para os cônjuges quer ainda para terceiros.

Não encontramos, nem na lei nem na doutrina, razão justificativa para a abolição do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais. Pelo contrário, as razões apresentadas, levam-nos

antes a desejar que algumas modificações se façam na lei, no sentido de se conseguir uma imutabilidade mais perfeita e que melhor preencha os fins para que foi criada.

Assim, e semelhantemente ao Código Civil Italiano, devia acabar-se com o sofisma que é a permissão das doacções entre os cônjuges.

A proibição dessas doacções, além de pôr côbro a certas situações desagradáveis entre os cônjuges, serviria para purificar o conceito de princípio da imutabilidade e evitar disparidades resultantes de preceitos antagónicos.

A lei é feita para regular relações sociais. Impondo a lei restrições com o objectivo de proteger certos interesses, terá necessariamente que atingir outros interesses de menor valia, que de certo modo poderão parecer lesados.

A lei será tanto mais perfeita no preenchimento dos seus fins sociais, quanto mais interesses proteger e menos prejudicar, mas, é da sua própria essência, sacrificar a minoria em proveito da maioria.

Não é possível contentar «gregos e troianos», querer conseguilo, é mera utopia.

Outra matéria que urge reformar, é a do registo.

Preconizamos um registo obrigatório, graças ao qual em cada momento se possa saber qual o regime porque se regulam as relações patrimoniais dos cônjuges. A doutrina do art. 49.º do Código Commercial, exigindo obrigatoriamente para os comerciantes, que sejam registadas as respectivas convenções antenupciais, deverá tornar-se extensivo aos não comerciantes, transformando de facultativa em obrigatória a doutrina do § único do mesmo artigo.

Para isso tanto bastará que, ex-offício, o funcionário do registo civil comunique para a conservatória respectiva qual o regime que em cada matrimónio ficará a vigorar.

Dizer que num sistema de imutabilidade mais aperfeiçoado a obrigatoriedade de registo não tem razão de ser, parece-nos um erro. Se não exerce a função importantíssima que exerceria num sistema tal como o do Código Civil Alemão, basta referirmo-nos às hipóteses de atenuação do princípio da imutabilidade, permitidas por lei, para sermos levados a afirmar as grandes vantagens que daí resultariam.

Por tôdas estas razões e ao terminarmos o nosso trabalho, somos levados a reconhecer que, os motivos apresentados para a defesa e justificação do «princípio da imutabilidade das convenções antenupciais», conservam todo o seu valor.

19. — As vantagens do princípio, quer sob o ponto de vista dos interesses de terceiros, dos cônjuges ou ainda da família, sobrepõe-se em muito às vantagens que resultariam da sua revogação.

Em conclusão, não vemos qualquer motivo que leve ao enfraquecimento ou revogação do «princípio da imutabilidade» que, em nosso entender, só preencherá os fins para que foi criado, se o expurgarmos de algumas excepções com que doutrinas liberais em demasia, procuram, ampliando-lhe o conceito, enfraquecer-lhe o significado.

Artur Augusto Almeida da Rocha