

DA CONDIÇÃO E DO TERMO NAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS

Pelo Dr. RAÚL ROCHA E ABREU

SUMARIO:

- 1 — Anterioridade e imutabilidade das convenções ante-nupciais.
- 2 — Momento da sua eficácia.
- 3 — Razões que justificam o princípio:
 - a) salvaguarda dos interesses de terceiros;
 - b) salvaguarda dos interesses dos cônjuges;
 - c) natureza dos pactos sucessórios;
 - d) outras razões.
- 4 — Estipulação do regime sob condição ou a termo. Sua admissibilidade.
- 5 — Mutabilidade das convenções ante-nupciais numa futura reforma legislativa.

1 — A ANTERIORIDADE E IMUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS.

ANTES de entrarmos pròpriamente no assunto a que diz respeito o título deste trabalho, convém fazer algumas considerações gerais e preliminares sobre os princípios da anterioridade e imutabilidade das convenções antenupciais.

Assim, vamos ver em que consistem.

As convenções antenupciais têm de ser celebradas antes da realização do casamento, característica esta que dá lugar à designação por que, correctamente, são conhecidas.

Precisamente por elas só poderem ser feitas em época anterior ao matrimónio, devem pôr-se de parte designações que não mostrem claramente esta particularidade de grande alcance prático. Expressões como «convenção conjugal» ou «convenção nupcial» são demasiado genéricas, por não evidenciarem a anterioridade, um dos mais importantes princípios desta matéria.

Devem, por isso, ser banidas, quando reportadas à realidade que nos ocupa: *a convenção antenupcial*.

O princípio da anterioridade, a que nos estamos referindo, vem consagrado no Código Civil no art. 1.096.º: «É lícito aos cônjuges estipular, antes da *celebração do casamento* e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens (1).

Por outro lado, diz-nos o art. 1.105.º do Código Civil que as convenções antenupciais não podem ser revogadas, nem alteradas por nova convenção, depois da *celebração do casamento*.

Aparece-nos, assim, como lógica consequência do princípio da anterioridade, a imutabilidade da convenção antenupcial. Na verdade, se os regimes de bens estipulados só o podem ser antes da *celebração do casamento*, não fazia sentido a faculdade de, posteriormente, serem modificados. Desaparecia então, praticamente, a exigência do art. 1.096.º

Andam intimamente ligados ou relacionados os dois princípios; e, se a lei entender dever impor a anterioridade, tem, implicitamente, de obstar a que se fruste essa anterioridade, com a faculdade de, em nova convenção, se revogar ou alterar a primeira. Por outras palavras, a proibição da mudança posterior do regime matrimonial convencionado, pressupõe a doutrina de que os esposados não podem, na convenção antenupcial, reservar-se, por cláusula expressa, a faculdade de alterar, se lhes convier, as estipulações acordadas nesta. Não o diz expressamente o art. 1.105.º, podendo assim duvidar-se se as modificações po-

(1) O actual Código Civil italiano não consagra o princípio da anterioridade, por forma que as convenções tanto podem fazer-se antes da *celebração do casamento* como depois, com a reserva de, uma vez estipuladas, não poderem ser modificadas.

diam ser feitas em cumprimento do estipulado nas convenções antenupciais. Ilícita e ilegal seria, porém, essa estipulação, porque importaria uma prática proibida pelo art. 1.105.º, contida no seu espírito.

A posterior modificação equivaleria a fazer-se uma nova convenção: assim se iludia o preceito do art. 1.105.º

Além disso, o art. 1.096.º apenas permite que as estipulações se façam *dentro dos limites da lei* e antes da celebração do casamento; se o art. 1.105.º não nos forneceu elementos para destruir a faculdade de alterar as estipulações feitas nas convenções, bastar-nos-ia o art. 1.096.º que, como vimos de dizer, exige que as estipulações, relativamente aos bens, sejam anteriores ao casamento.

2 — MOMENTO DA SUA EFICÁCIA.

A celebração do casamento marca o momento da produção dos efeitos da convenção antenupcial, e, por consequência, do princípio da imutabilidade e de tal forma, dizem em PLANIOL e RIPPERT (1), que a convenção será nula, se, embora redigida no dia do casamento, o fôr depois daquele celebrado.

A convenção antenupcial vigora apenas na constância do matrimónio. Desde que foi outorgada até à realização do casamento, é um acto perfeitamente válido. Mas que não produz efeitos, não é senão um *simples projecto* em vista do estado matrimonial futuro; por isso se diz ser o casamento a «*conditio juris*» da sua eficácia.

Neste lapso de tempo, podem os esposados fazer livremente convenções, revogando ou alterando a primeira, contanto que o façam sempre por escritura pública, conforme exige o art. 1.096.º; a isso se não opõe o art. 1.105.º (argumento a contrário senso) (2).

(1) *Traité élémentaire*, III, n.º 777.

(2) Hoje, à face da concordata com a Santa Sé, pode pôr-se o problema de saber em que momento começa a vigorar o princípio da imutabilidade e se é possível alguma alteração entre a celebração do casamento católico e a sua transcrição no livro do registo civil. Não se pode dar solução diferente da do texto

A convenção tem, assim, um *carácter eventual* até à celebração do contrato de casamento, por forma que os direitos e obrigações que decorrem durante esse período têm o mesmo aspecto e sofrem as mesmas vicissitudes.

A condição de que depende a eficácia da convenção é a condição *si nuptiae sequantur*, que não tem a natureza de uma condição em sentido técnico, mas representa apenas uma *condição legal de eficácia da convenção*; tanto é assim que ela não depende da vontade das partes e nem é por elas imposta, mas uma condição derivada da lei. Isto tem importância distinguir, não só para efeitos de caducidade da convenção, mas também para apurar se, uma vez realizado o casamento, este acontecimento deve ser considerado como a realização duma condição — a condição *si nuptias sequantur* — e, como tal, acarretar a retroactividade dos efeitos do contrato antenupcial ao dia da sua assinatura.

Alguns textos do Código Civil francês parecem admitir a ideia de retroactividade (1). No entanto, a doutrina pronuncia-se geralmente em sentido contrário, argumentando com o carácter eventual da convenção e do facto da condição no sentido jurídico da palavra; não podendo retroagir-se os efeitos, sob pena de supormos os cônjuges casados desde a data do contrato antenupcial.

Quanto aos textos que parecem admitir a ideia de retroactividade, afirma-se, não têm o alcance que à primeira vista parecem ter e contêm, além disso, erros de redacção assim considerados pelos autores franceses.

porque a transcrição retroage os seus efeitos ao momento da celebração do casamento e por isso têm aplicação os arts. 1.096.º e 1.105.º Mesmo nos casos de não retroactividade dos efeitos da transcrição, é ainda ao casamento católico que vão reportar-se os seus efeitos civis. O casamento canónico, diz o Dr. Mário de Figueiredo, é que é a causa dos efeitos civis, não sendo a transcrição mais que uma simples «*conditio juris*», para que se produzam. Quem dissesse *post hoc* (transcrição), *ergo propter hoc* (transcrição) emitiria uma proposição errada, porque os efeitos civis produzem-se sob a condição da transcrição, mas não por causa desta; produzem-se por causa do casamento. Portanto, para se manter o carácter de anterioridade que lhe é essencial, a convenção antenupcial carece, pois, de ser celebrada antes do casamento. Quando tratarmos do fundamento do princípio da imutabilidade, obteremos a confirmação desta solução.

(1) Arts. 1.404.º, 1.558.º, al. 4; 2.194.º

Há ainda a ponderar, a favor da tese da não retroactividade, e este argumento é decisivo, o facto de quaisquer alterações ou revogações da convenção primitiva, que no direito francês tem o nome de *contre-lettres*, ficarem a fazer parte integrante do contrato antenupcial. A nossa lei não se refere a elas directamente, mas ficam sujeitas às mesmas condições de fundo e de forma (1).

Essas alterações são permitidas, como parece depreender-se do art. 1.105.º do nosso Código Civil (argumento a contrário).

3 — RAZÕES QUE JUSTIFICAM O PRINCÍPIO.

- a) Salvaguarda dos interesses de terceiros;
- b) Salvaguarda dos interesses dos cônjuges;
- c) Natureza dos pactos sucessórios.

Representa o princípio da imutabilidade, que agora nos ocupa, uma das mais importantes características da convenção antenupcial. A sua admissão pela maioria das legislações apoia-se, fundamentalmente, em duas ordens de razões e algumas outras secundárias, que alguns Códigos recentes não acolheram todavia (v. g. Códigos alemão e suíço).

a) A argumentação para a sua admissibilidade está em que, por esta forma, ficam salvaguardados os interesses de terceiros e, em especial, os interesses dos credores dos cônjuges.

Quaisquer terceiros que com os cônjuges contratarem, na suposição de que os seus créditos fariam garantidos pelo regime de bens em vigor, poderiam ver essa garantia desaparecer, por se dar a convolução para outro regime.

Por outro lado, as pessoas que contratam com os cônjuges têm um grande interesse em serem exactamente esclarecidas sobre o regime matrimonial deles, pelo que diz respeito à capaci-

(1) Qualquer que seja o regime convencionado, se antes da celebração do casamento os noivos fizerem por escritura pública doações, estas devem, para todos os efeitos legais, considerar-se como parte integrante de escritura antenupcial.

dade da mulher, direitos do marido sobre os bens da mulher, o carácter próprio ou comum, dotal ou parafernial, de cada um dos bens dos cônjuges, etc. Sendo assim, se o regime varia na constância do matrimónio e desde que a lei, como por exemplo a nossa, não regula satisfatoriamente a publicidade, os terceiros poderiam facilmente ignorar as modificações introduzidas, se apanhados de surpresa, dando lugar a erros e fraudes que lançariam na incerteza os seus negócios, e a falta de confiança aniquilaria a possibilidade de se contratar com pessoas casadas.

É que a responsabilidade por dívidas dos cônjuges varia consoante o regime matrimonial a que os próprios cônjuges estão subordinados. Assim, se o marido, possuidor de alguns bens e casado sob o regime de separação absoluta de bens, contraísse uma dívida, por hipótese, equivalente ao valor dos bens, sem outorga da mulher que por acaso nada tenha de seu, e resolvesse não pagar, bastava que, de acordo com a mulher, convolasse o regime para a comunhão.

Nessa altura os bens tornavam-se comuns e os credores, na falta de bens próprios do marido, só poderiam executar a meação dos bens dele e apenas depois da dissolução do matrimónio — art. 1.114.º e § 1.º

Em suma: a imutabilidade das convenções retira aos cônjuges a possibilidade de enganar terceiros.

b) Outra razão, talvez a mais importante, como justificativa do princípio da imutabilidade, é a *defesa dos interesses dos próprios cônjuges*. Estes ficam garantidos, na hipótese de se dar uma natural ascendência de um deles sobre o outro (!). Anteriormente ao casamento, já porque são assistidos pelos pais e outros parentes ou porque se reconheça que os esposados estão em

(1) Esta razão não impressionou sobremaneira o legislador italiano, pois que o novo Código dá a entender, como já assinalamos, que se possa constituir a convenção posteriormente à celebração do matrimónio e, portanto, numa altura em que os cônjuges não gozam de uma plena independência. O que não permite é a sua mutabilidade. Outro fora, certamente, o motivo que o inspirou, talvez o descrito em primeiro lugar.

melhores condições de independência e liberdade, não é verosímil que se verifique o ascendente de um dos esposados sobre o outro, que possa determinar a escolha de um regime de bens prejudicial para qualquer deles. O mesmo não acontece depois do casamento. A intimidade da vida conjugal faz quase sempre com que um dos cônjuges tenha um ascendente grande sobre o outro, resultando daí perigosos inconvenientes, se com essa influência se determinasse uma mudança de regime (1).

Imagine-se, por exemplo, que se tinha convencionado no contrato antenupcial o regime de separação absoluta ou a simples comunhão de adquiridos, havendo uma grande desigualdade de fortuna entre os esposos, e que na constância do matrimónio se estipulava a comunhão geral de bens. Era evidente que, a ser válida tal modificação, o cônjuge mais pobre iria praticamente receber do outro uma doação a que se não applicariam as regras próprias das doações entre casados, entre as quais a sua revogabilidade, facultando assim a lei, por um modo indirecto, aquilo mesmo que não permite directamente.

O mais fraco, pela irrevogabilidade (art. 1.105.º) do que se convencionou em completa independência, fica defendido contra as vantagens que o outro queira tirar do seu predomínio.

c) Argumenta-se ainda com a natureza de *pactos de família*, que por vezes assumem as convenções antenupciais. Na verdade, acontece que estas são discutidas e negociadas pelos esposados, mas também pelas respectivas famílias. A intervenção destas não tem nenhum valor jurídico, visto que o consentimento para a confecção das convenções é apenas dado pelos nubentes ou seus procuradores, com poderes bastantes. No entanto, nessa intervenção, os pais fazem muitas vezes largos sacrifícios para casar os filhos e, por isso, para assegurar melhor essas liberalidades, aconselham-nos na escolha de determinado regime, na presumível expectativa de que se mantenha imutável.

(1) Por esta mesma ordem de considerações é que a nossa lei proíbe os testamentos de mão comum, admitidos no antigo direito — art. 1.753.º — e as doações de mão morta — art. 1.180.º

Seria de uma flagrante injustiça, sobretudo em face da moral, que os cônjuges, por simples capricho e sem que sejam coagidos pelas necessidades imperiosas que surjam durante o matrimónio, não respeitem a vontade dos pais, que, com a sua longa experiência da vida, estão em melhores condições de apreciar e aconselhar aquilo que mais convém aos seus filhos.

Este é mais um argumento que nos ajuda a compreender o princípio da imutabilidade, mas não é de forma alguma decisivo nem tão pouco é razão suficiente para poder continuar a defender-se o mesmo princípio, pois que nem sempre se pode asseverar que as estipulações antenupciais são negociadas e acordadas entre as famílias dos futuros cônjuges e não entre eles apenas. Por vezes sucede que os esposados nem sequer têm parentes próximos, que de perto ou de longe possam ter qualquer interferência nessas estipulações. Quando tais parentes existem, não é forçoso que tenham qualquer intervenção no pacto; e até mesmo quando a tenham, não deixará de ser verdade que, *de jure*, os outorgantes do contrato antenupcial são só os esposados e não os seus parentes ou quaisquer outras pessoas.

Por outro lado, nem sempre as famílias dos esposados fazem sacrifícios de ordem patrimonial a favor do projectado matrimónio, e, quando os tenham feito, não é forçoso entender-se que neles consentiram só em vista do regime de bens escolhido.

Ora, tudo isto leva-nos a crer que mal justificaria o estabelecer-se como princípio rígido a inalterabilidade das convenções antenupciais.

d) Anteriormente à publicação do Código Civil, o princípio da imutabilidade existia, embora de forma atenuada e justificava-se porque eram proibidas as doações entre casados (1); e dizemos de forma atenuada porque, segundo a opinião de alguns autores, a mudança era possível desde que com ela não acarretasse alguma doação entre os cônjuges. Ora, sendo hoje admitidas, pelo Código Civil, art. 1.178.º, as doações entre casados, po-

(1) *Ordenações Filipinas*: Livro IV, Tit. 65 e §§.

derá prevalecer a razão determinante que, no direito antigo, consistia na proibição destas doações, para conduzir implicitamente à mutabilidade do regime matrimonial, sempre que da mudança de regime resultasse uma doação, embora indirecta, de um ou outro cônjuge ?

Há quem tire daqui um argumento a favor da imutabilidade, atento o carácter da revogabilidade que apresentam estas doações (1).

Realmente, dispõe o art. 1.181.º que «as doações entre cônjuges podem ser revogadas livremente e a todo o tempo, pelos doadores» (2). A expressão a todo o tempo «parece querer entender que a revogação é de admitir, ainda mesmo depois da morte do donatário e de os bens já terem sido adjudicados ao património dos herdeiros dele».

Por outro lado, os efeitos das doações estão dependentes de uma condição resolutiva: a revogação pelo doador. Uma doação tem efeito retroactivo; revogada a doação, tudo se passa como se nada tivesse sido doado e, por esta razão, os bens revertem para a posse do doador *livres de quaisquer onus* que o donatário tenha constituído sobre eles (3). Por aqui se vê a situação precária em que fica o donatário com uma doação desta natureza.

De facto, isto leva-nos à conclusão de que, estando estas doações sujeitas a um regime tão apertado e restricto, na prática chega-se a um resultado muito mais próximo da proibição do que da sua permissão, razão porque os autores as invocam como fundamento da imutabilidade.

(1) PLANIOL RIPPERT, ob. cit. pág. 65.

(2) Além deste caso, da revogabilidade das liberalidades ao arbitrio do doador, há outros que a lei sanciona e impõe. Com efeito, o art. 27.º da Lei do Divórcio prescreve que «o cônjuge que deu causa ao divórcio perderá todos os benefícios que haja recebido, ou que haja de receber do outro cônjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contrato antenupcial, quer assegurados posteriormente». Prescrição semelhante aparece no art. 33.º, do decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910.

(3) Parece ser a solução que resulta dos princípios gerais e que tem de admitir-se por não haver, relativamente à revogação por vontade do doador, uma disposição especial que a afaste, como há para os casos do arts. 1.484.º, § 1.º; 1.489.º e 1.501.º

Por último, há autores que apresentam como fundamento da imutabilidade o preceito que estabelece a anterioridade da convenção em relação ao casamento (art. 1.096.º).

A imutabilidade seria, assim, um corolário do preceito apontado.

Não reparam os defensores da imutabilidade em que os terceiros podem ser iludidos por outras formas, designadamente pela insuficiência de publicidade da convenção e pela possibilidade de os bens passarem da titularidade de um cônjuge para o outro por meio de doações entre eles. Além disso, a indicada superioridade de um dos cônjuges pode não existir, indo-se proibir uma coisa por ambos querida e que, certamente, teria em vista modificar uma situação motivada por inexperiência ou imprevisão e até, as mais das vezes, imposta pelos pais dos então esposados.

4 — ESTIPULAÇÃO DO REGIME SOB CONDIÇÃO OU A TERMO. SUA ADMISSIBILIDADE.

Uma questão geralmente muito debatida, como proveniente da interpretação do art. 1.105.º, é a da possibilidade ou impossibilidade de estipulação de um regime de bens sob condição ou a termo.

Apenas nos limitaremos a enunciar as mais generalizadas opiniões sobre a matéria, tanto na doutrina como na jurisprudência, e nos pronunciaremos por aquela das soluções que nos parece mais aceitável.

Há autores que admitem a legalidade do termo e da condição, outros a legalidade da condição (1) e ilegalidade do termo (2), e, finalmente, os que negam a admissibilidade do termo e da condição.

A letra do art. 1.105.º não dá lugar a que se entenda que nele estão incluídas quaisquer daquelas cláusulas; o que se proíbe é a alteração da convenção por uma posterior ao casamento; costumam, por isso, os autores, para defenderem a licitude ou ilici-

(1) *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Março de 1927.*

(2) Dr. CUNHA GONÇALVES, VI, 193.

tude de uma ou de outra das cláusulas em referência, apelar para o espírito da lei, entendendo-o como querendo garantir a unidade e a estabilidade do regime de bens e evitar a verificação sucessiva de dois ou mais regimes na constância do matrimónio. Sendo este o seu espírito, ficaria ele afastado com a cláusula termo, diz a opinião que parece, até ao momento presente, ter mais adeptos.

Quanto à condição, dizem, tendo esta efeito retroactivo, tudo se passa como se houvesse só um regime e, portanto, o casamento regular-se-ia «ab initio» apenas por um único regime: o que resulta da verificação da condição ou da verificação do seu não preenchimento.

Outra solução que foi apresentada entre nós pelo Sr. Dr. Almeida da Rocha (1), e que é também a opinião seguida por alguns autores estrangeiros, é de que o espírito do art. 1.105.º não comporta a possibilidade de estipular as cláusulas termo ou condição.

O Código, muito adstrito ao princípio da imutabilidade, não admitindo mudanças senão em casos excepcionais, quis nele estabelecer a unidade e simplicidade das relações patrimoniais dos cônjuges e, sendo assim, de maneira alguma pode autorizar as convenções antenupciais a termo, porque:

1) Permitir aos cônjuges a adopção dum regime matrimonial a termo, era o mesmo que permitir que os cônjuges regulassem (a seu bel-prazer) a vida conjugal, por meio de termos sucessivos e, por consequência, por todos os regimes admitidos pela lei; bastava, para tanto, assim convencionar-se na convenção antenupcial.

Daí resultariam inconvenientes e perigos para aqueles que efectuassem transacções com pessoas sujeitas a tal regime.

2) Em reforço da sua opinião, refere ainda que o Código Civil Francês, no seu art. 1.399.º, estabelece: «A comunhão, quer seja geral, quer convencional, começa no dia do casamento efectuado perante o official do Registo Civil; não se pode estipular que começará em qualquer outra época».

(1) *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano I, n.ºs 3 e 4.

A face deste artigo, não é possível a estipulação de um regime a termo, quando se tratar do regime da comunhão geral. O preceito só se refere a este regime, mas os autores pretendem generalizá-lo, aplicando-o a todos os demais.

3) O legislador português, referindo-se ao momento em que termina cada um dos regimes de bens — arts. 1.121.º, 1.126.º, 1.132.º e 1.156.º do Código Civil — e as causas que lhe dão origem, não indica a cláusula acessória termo (1).

4) Os interesses de terceiros — um dos fundamentos da imutabilidade — podem ficar lesados, por estes não saberem a cada momento qual o regime que vigora.

5) O art. 1.105.º seria desnecessário se não quisesse significar que uma alteração de regime não implicava uma alteração da convenção. Bastaria apenas a regulamentação dos preceitos mais gerais dos arts. 1.096.º e 1.097.º, por forma que a violação do art. 1.105.º implicaria a violação daqueles.

Estes argumentos, à primeira vista impressionantes, não convencem :

a) É pouco verosímil que os esposados, baseados na suposta autorização legal, que lhes permitiria uma convenção a termo, estabelecendo, por exemplo, que durante quinze anos a sociedade conjugal será regida pela separação absoluta de bens e depois dessa data pela comunhão geral, vão agora pretender e estipular por um simples capricho a regulamentação da sua vida conjugal por diversos termos. Mas ainda que o fizessem, os inconvenientes invocados não eram de molde a afastar o convencionalizado, porque em primeiro lugar estão os interesses dos próprios cônjuges que os guiavam naturalmente a assim proceder por um motivo sério;

b) a disposição do Código Francês, que orientou a maior parte dos autores franceses a interpretar o art. 1.395.º, correspondente ao nosso art. 1.105.º, no sentido da não admissão da cláusula termo, não é aplicável ao nosso direito.

(1) Vide ainda PLANIOL & RIPPERT, pág. 69.

Neste, não há uma disposição expressa que mande começar a comunhão no dia do casamento, sem poder estipular-se que ela comece em outra época:

c) o terceiro argumento invocado também não procede: o legislador parece pretender indicar as causas mais frequentes que põem fim aos regimes de bens, que normalmente terminam com o desfecho do matrimónio. Sendo assim, ele não teve em vista nem permitir nem excluir a possibilidade do termo como causa justificativa da cessação de qualquer regime. É uma lacuna no nosso Direito que urge preencher.

d) só os mais incautos é que poderão invocar as consequências lesivas dos interesses de terceiros, porque estes têm sempre necessidade de verificar quais os termos em que foi redigido o contracto, para assegurar as suas relações jurídicas com os cônjuges e precaverem-se contra uma sucessão de regimes.

Uma vez feita essa verificação cautelosa, ficam absolutamente inteirados.

Já se referiu que o interesse de terceiros não é a única nem mesmo a mais importante razão de ser do princípio da imutabilidade.

e) a verdade é que ao espírito do art. 1.105.º se não pode atribuir alcance diferente do que garantir a imutabilidade da convenção. Pretendeu a lei evitar que pudessem ser prejudicados os interesses de um dos cônjuges, pela estipulação de um novo regime depois do casamento. Ora, sendo o termo fixado antes da celebração do casamento, numa altura em que «os nubentes gozam ou se presume que gozam de plena liberdade», não se verificando, portanto, ainda qualquer ascendente prejudicial de um cônjuge para com o outro, não se vê inconveniente na estipulação de uma convenção a termo.

Por outro lado, a lei pretende apenas que se não possa alterar ou revogar aquilo que se convencionou, e não, de modo específico, que o regime de bens não seja substituído, ou não lhe possa suceder um outro, passado certo tempo, por virtude precisamente do que em tempo oportuno se convencionou.

Garante-se a unidade e imutabilidade da convenção, que se não pode alterar depois da celebração do casamento; outra coisa

é o regime de bens, que pode ser estipulado a termo antes da celebração do casamento (1).

O autor, de quem estamos a expor a crítica quanto à ilegalidade do termo, apresenta também razões pouco convincentes a favor da tese da ilegalidade da condição (2).

Começa por pôr em dúvida a existência do efeito retroactivo da condição nas convenções antenupciais, baseado na consideração de que não é da essência de todas as condições — a retroactividade — e que, por isso, havendo condições cuja verificação não faz retroagir os efeitos que delas estão dependentes à data da celebração do contrato, é erro querer generalizar a todos um regime apenas inerente a alguns. Sirva de exemplo a condição «*si nuptiae sequantur*» que, sendo uma condição necessária da eficácia da condição, não lhe é reconhecida a retroactividade.

Quanto a este caso, isso é evidente e já nos referimos a ele.

Ora, o que o autor não diz é a razão justificativa da sua dúvida e também não a vejo. Desde que se trate de condições em sentido técnico, as que se estipulam nas convenções — o que parece ninguém contestar —, porque não havemos de aplicar os princípios gerais dos negócios jurídicos? Uma vez verificado o facto futuro e incerto de que depende a condição, graças à retroactividade da condição e ao mecanismo do seu funcionamento, tudo se passa, afinal, como se houvesse um só regime.

Na verdade, considerando que o regime, que começa a vigorar no momento em que se realiza o matrimónio, fica dependente de uma condição resolutiva, e que fica dependente de uma condição suspensiva o regime que o substituirá, parece que este tem de se considerar em vigor, logo que a condição se verifique, não desde o momento em que se dá esta verificação, mas desde o momento em que se realizou o matrimónio, não havendo neste dois regimes de bens, mas um só.

(1) Ou, como diz JOSSERAND: «Uma coisa é a imutabilidade de convenção; outra, a imutabilidade, a unidade do regime». Só a primeira é proibida pelo Código (art. 1.105.º).

(2) Quanto às condições causais potestativas ou mixtas, é tão evidente a sua ilegalidade, que nos dispensamos de qualquer comentário.

Mas pode perguntar-se por que regime se devem regular as relações jurídicas dos cônjuges entre si e destes para com terceiros, e objectar-se com a incerteza do regime até à verificação da condição e, por último, a dificuldade para terceiros de saber se o facto futuro e incerto, previsto na condição, se realiza ou não.

A primeira questão poderemos responder que o efeito retroactivo da condição nos contratos antenupciais não pode ter, como consequência, a anulação dos actos que hajam sido celebrados pelos cônjuges anteriormente ao momento em que se realize o facto que determina a substituição do regime, nem pode obstar a que se exerçam contra eles quaisquer direitos por parte de terceiros, direitos que serão regulados pelo regime que a esse momento estiver em vigor e que a mudança de regime não invalidará.

Por outras palavras: as situações subjectivas, que se hajam constituído anteriormente à mudança de regime e se tenham efectivado, não serão atingidas por essa mudança. A verificação da condição representará, quanto a essas situações, não própria-mente a substituição de um regime por outro, mas a sucessão de um regime a outro, pois que o regime anterior produzirá os seus efeitos quanto aos factos realizados até ao momento em que se verificou a condição.

Parece levar-nos a esta conclusão a natureza dos contratos antenupciais.

Regula-se por estes contratos a actividade jurídico-patrimonial dos cônjuges. Nesses contratos estabelecem-se normas por que têm de determinar-se os poderes ou faculdades dos cônjuges nas relações entre si e com terceiros, e é pelo exercício desses poderes ou faculdades que se criam situações subjectivas. A mudança de regime tem como consequência imediata a substituição dos poderes, mas não pode alterar as situações subjectivas já constituídas, porque a legitimidade destas depende dos poderes ou faculdades que então tinham os cônjuges.

A retroactividade da condição não pode abranger, portanto, essas situações, como também as não abrange qualquer modificação relativa à capacidade dos cônjuges, que se introduza na lei, a qual é todavia de aplicação imediata.

Quando se attribuisse efeito retroactivo à mudança de regime, quanto aos actos já realizados pelos cônjuges, não só se parali-

zaria em parte a vida patrimonial na sociedade conjugal, pois que, tornando-se incertas as consequências dos actos realizados pelos cônjuges em virtude da possível substituição do regime, tal incerteza seria um grave obstáculo à constituição das relações jurídicas e criar-se-ia uma situação em que haveria sobre os bens do casal direitos contraditórios.

Quanto ao facto de se saber se, ou quando se realizará a condição que determina a mudança de regime, a questão deve resumir-se numa maior ou menor dificuldade, é apenas uma diferença de grau, sem que haja qualquer diferença qualificativa que permita dizer-se que é ilícita a estipulação da condição. Falta base legal.

Por outro lado, o art. 1.105.º apenas proíbe a revogação ou alteração da convenção antenupcial por meio de nova convenção, mas não veda que a estipulação, feita antes do casamento, envolva uma condição, nem mesmo que a convenção varie por força de uma disposição legal.

Acresce, ainda, o facto de o art. 1.096.º não mandar estipular antes da celebração do casamento um determinado regime, *mas tudo aquilo que aos esposados aprouver, dentro dos limites da lei.*

Finalmente, apresenta-se outro argumento mais sério, em defesa da ilegalidade da condição.

«Se a redacção deficiente do art. 1.105.º, diz-se, autoriza estas 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». Esses preceitos, parece-nos, são os arts. 1.141.º e 1.156.º

De facto, se o art. 1.141.º proíbe a constituição do dote posteriormente à celebração do casamento e se o art. 1.156.º dispõe que os bens dotais só por morte de qualquer dos cônjuges são libertos do respectivo onus, como se compreende que se possa estipular em convenção que o regime inicial será o da comunhão, por hipótese, convolvendo-se para o regime dotal, preenchida determinada condição, e vice-versa?

As disposições citadas, sendo de carácter imperativo, parecem ser determinantes. Mas não devemos deixar-nos impressionar com isso.

Já sabemos que o dote pode ser constituído por bens futuros,

art. 1.136.º, que são aqueles sobre os quais a mulher não tem ainda um direito no momento da celebração do casamento ou, como diz a lei — *os que a mulher venha a adquirir por testamento ou ab intestato*. Mas para que eles fiquem sujeitos ao regime dotal, seria necessário declará-lo expressamente e só mais tarde cumprir as prescrições dos arts. 1.137.º e seguintes. Esta consideração é suficiente para afastar o rigorismo do art. 1.141.º.

Mas vamos à hipótese : suponhamos que o regime dotal estava dependente de uma condição. Os bens futuros que faziam parte do dote foram recebidos; mas a condição de que dependia a convalidação da comunhão para o regime dotal, ainda não se verificou.

Neste lapso de tempo, estes bens estarão livres ?

Poderão ser alienados ? Parece que sim. Nada o impede. Simplesmente, uma vez verificada a condição, o dote só poderá ser constituído pelos bens que ao tempo existirem.

Assim também o art. 1.156.º permite a dissolução do regime por diversas formas : dissolução do casamento, que tanto pode ser por morte como por divórcio, tendo este os mesmos efeitos jurídicos (1) que a dissolução por morte (art. 2.º da Lei do Divórcio); separação, anulação do casamento e ausência prolongada de um dos cônjuges por mais de vinte anos, ou tendo completado o cônjuge ausente noventa e cinco anos (presunção legal de morte). No entanto, o onus dotal dos bens da mulher mantém-se intangível, ficando ainda inalienáveis os bens dotais da mulher (art. 1.156.º in fine).

Depois da análise feita a estes textos, que resolver ?

Abriremos uma excepção ao princípio que formulamos de admitir em tese geral a legalidade da condição, ou atribuir à verificação da condição efeito idêntico ao da morte, fazendo intervir o mecanismo daquela através do efeito retroactivo, tudo se passando como se não houvesse regime dotal, quando este tenha sido convencionado em primeiro lugar ?

Só podemos seguir este último caminho.

Em conclusão : a disposição legal parece-nos tão clara que escusado será envolvermo-nos mais na análise dos argumentos

(1) Este tem aqui efeitos mais restrictos.

a favor da legalidade da condição e do termo e dos argumentos da opinião oposta.

O que a lei proibiu foi a estipulação de nova convenção posteriormente ao matrimónio e, portanto, serão lícitas tanto a cláusula condição como o termo, inscritos nas convenções antenupciais.

Chegamos a esta solução «de jure constituto» e não antevemos solução diferente, «de jure constituendo».

Uma interpretação restritiva do art. 1.105.º seria impedir uma legítima expectativa dos interesses dos cônjuges.

Por isso será válido, por exemplo, estipular-se que o regime adoptado é a separação absoluta, mas havendo filhos passe o regime de bens para a comunhão geral — hipótese mais corrente; ou que o regime será de separação nos primeiros quinze anos e de comunhão posteriormente, etc.

5 — MUTABILIDADE DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS NUMA FUTURA REFORMA LEGISLATIVA.

Tem-se recentemente proposto a ideia de suprimir o princípio da imutabilidade, à semelhança de algumas legislações recentes (1).

Argumenta-se que os interesses de terceiros seriam suficientemente salvaguardados por uma organização racional da publicidade das convenções e das modificações operadas na constância do matrimónio. Por outro lado, o carácter de pacto de família que assume a convenção não poderia levar a sacrificar à família os legítimos interesses dos esposos.

(1) O Código Civil alemão autoriza, duma maneira absoluta, a confecção duma convenção depois da celebração do casamento, assim como a modificação das convenções, contanto que se cumpram as formalidade de *publicidade* prescritas no mesmo Código. De mesma forma o Código suíço admite também a possibilidade de se fazer modificar as convenções primitivas; para tanto será necessária a aprovação da autoridade tutelar e cumprir as formalidades da publicidade. Um sistema análogo a este existe na Dinamarca e na Noruega.

Ora, poder-se-á produzir, no decurso da união conjugal, uma mudança na situação de fortuna dos esposados que justifique uma modificação do seu regime matrimonial primitivo, por exemplo, a adunção duma comunhão de adquiridos ao regime dotal ou a substituição de uma comunhão de adquiridos à comunhão legal (1).

Apesar destas razões, o princípio parecerá dever ser mantido? Os cônjuges têm a faculdade de fazerem um ao outro doações e mandatos, e por isso podem dar satisfação aos interesses que tiverem, provenientes duma mudança operada pelo estado da sua fortuna, e adaptá-los ao seu regime matrimonial.

O princípio do art. 1.105.º não é tão rigoroso e acanhado que proíba de uma maneira absoluta a liberdade de acção ou ponha sérios entraves às iniciativas dos cônjuges.

Na verdade, o que é que as convenções antenupciais regulam essencialmente entre os esposos? Por um lado, a atribuição dos bens; por outro a administração dos bens do casal. Ora, apesar da imutabilidade, os esposos podem modificar a atribuição dos seus bens por meio de doações, que têm a liberdade de fazer um ao outro.

Apesar da imutabilidade, podem modificar a administração dos seus bens por meio de mandatos.

Para mostrar como estes dois contratos podem, de certo modo, modificar as convenções antenupciais, tomemos dois regimes extremos: separação absoluta de bens e comunhão geral de bens e indiquemos os meios de passar aproximadamente de um para o outro.

Por hipótese, os esposos estão casados sob o regime de separação de bens. Num dado momento, a mulher encarrega o marido de administrar os seus bens, que a lei lhe confere pelo art. 1.128.º. Depois, por actos separados, os dois esposos fazem respectivamente doação de metade dos bens que deixarem no momento da dissolução do matrimónio. Isto não será pouco mais ou menos uma aproximação da comunhão de bens?

Inversamente, dois esposos casados sob o regime da comu-

(1) PLANIOL & RIPPERT, vol. VIII, pág. 557.

nhão. No decurso do casamento, o marido comete o mandado à mulher de administrar os bens levados por ela para o casal e de efectuar a colocação dos rendimentos que excedem as necessidades do casal, de uma maneira determinada e de comum acordo. Depois, por um acto de doação, declara ceder-lhe todo o direito sobre os bens levados por ela para o casal e todos os direitos que se encontram na comunhão no momento da dissolução do casamento. Por outro lado, a mulher, por um acto de doação a seu marido, declara ceder todos os seus direitos sobre a comunhão, com exclusão dos que ela possui sobre os bens levados por ela.

Como se vê pelo jogo de convenções deste género, acontece que a mulher terá a administração, em seu proveito pessoal, de todos os seus bens, a cargo sòmente de socorrer pela sua parte às necessidades do casal. E assim nos aproximamos da separação de bens.

Em suma: por este jôgo permite-se corrigir a imutabilidade a que estão subordinadas as convenções antenupciais.

Mas pode objectar-se: esta situação (mudança de comunhão para separação) pode prejudicar terceiros, porventura credores de uma dívida do marido que morre sem a satisfazer.

Creemos que os credores vêm a poder fazer a apreensão de todos os bens restituíveis à mulher no momento da dissolução, porque, para esse efeito, os bens continuam a depender da comunhão geral (1).

Mas a verdade, e isto é essencial, é que os cônjuges só podem fazer liberalidades e mandatos de uma maneira revogável. Mandatos e doações são contratos cuja revogabilidade é a essência.

Pode dizer-se que o princípio da imutabilidade não fora redigido com o intuito de impedir as doações e os mandatos, mas para salvaguardar a sua revogabilidade. Esta revogabilidade apresenta uma utilidade incontestável, dizem os autores francezes, porque conserva a natureza de pacto de família que por vezes assumem as convenções antenupciais e, sobretudo, evita actos

(1) Neste sentido, vide SAVATIER, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo XX, págs. 93 e segs.

simulados ou fraudulentos, pelos quais os esposos possam prejudicar os direitos dos seus herdeiros e sobretudo os dos credores.

Além de tudo isto, diz-se, sendo no direito moderno o interesse de terceiros o principal fundamento da imutabilidade, deverão ser convenientemente salvaguardados esses interesses (num regime em que os cônjuges gozam de ampla liberdade de alterar a convenção antenupcial, celebrando nova convenção depois do casamento) por meio de uma publicidade obrigatória?

Será esta suficiente? Por mais perfeita que seja a organização da publicidade, os credores dos cônjuges estarão em desassossego permanente e sempre na dúvida de uma possível troca de regime os poder afectar financeiramente.

Como se sabe, influndo o regime matrimonial vigente na responsabilidade por dívidas dos cônjuges, estão-se mesmo a ver as dificuldades levantadas no momento de liquidação judiciária das dívidas do casal, quando concorram credores com os seus créditos originários em épocas diferentes e, possivelmente, assegurados por certos grupos de bens que lhe conferem a natureza de tal ou tal regime.

Esta dificuldade pode, no entanto, remover-se, adentro de um sistema de publicidade bem organizado, pela impossibilidade de qualquer mudança de regime em relação aos credores cujos créditos sejam anteriores a ela. E, para afastar as situações intrincadas que possam surgir na graduação dos vários credores com respeito aos diferentes grupos de bens do casal, podia-se facultar-lhes uma execução imediata (1), sem que fosse necessário esperar pela dissolução do casamento.

Os sistemas legislativos em que se estatui a mutabilidade do contrato antenupcial apresentam nas suas linhas gerais alguns inconvenientes e vantagens. Mas a verdade é que, parece, esses inconvenientes não são de molde a obscurecer as vantagens, que podem haver para os esposos, em mudarem o regime de bens pre-estabelecido, já porque logo de início foram mal orientados

(1) Neste sentido, art. 10.º do Código Comercial.

na escolha, já porque sobrevieram novas circunstâncias muito diversas das que inicialmente foram previstas.

Por isso não repugna admitir, *de jure constituendo*, um sistema como o alemão ou o suíço, que permitem a alteração e a mutação das convenções antenupciais (1).

Raúl Rocha e Abreu

(1) Neste momento já não é correcto falar em convenções antenupciais, mas sim em convenções nupciais.