

A OPÇÃO PELA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU — A MUDANÇA NECESSÁRIA E O ISOLAMENTO NO PASSADO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

澳門民法典中對婚姻財產制度可變性的採納 —
一項必要的變革與葡萄牙民法典中的
制度性滯後

*The option to mutability of the property regime in the
Macau Civil Code - The necessary change and the
isolation in the past of the Portuguese Civil Code*

Cristina Dias

*Professora Catedrática, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação*

Resumo: No domínio das relações patrimoniais entre os cônjuges, o legislador do Código Civil de Macau de 1999 soube aproveitar a reforma para seguir a tendência dos ordenamentos jurídicos contemporâneos da independência dos cônjuges. Além de optar como regime supletivo pelo regime de participação nos adquiridos, seguiu a regra da mutabilidade das convenções antenupciais e dos

regimes de bens adotados (art. 1578.º do Código Civil de Macau).

Se verificarmos a tendência de algumas legislações europeias, e que já admitiram o princípio da imutabilidade, verifica-se que evoluíram no sentido da sua flexibilização ou mesmo abolição. Tal princípio não existe na Alemanha, na Espanha e na Itália e está atenuado em França, por exemplo. Mas continua a manter-se no ordenamento jurídico português (v., art. 1714.º do Código Civil) onde não conseguimos encontrar já razões justificativas para isso. Procuraremos refletir sobre esta opção quase isolada do direito português perante as modificações operadas na relação conjugal e as vantagens de uma mudança para a regra da mutabilidade como fez o Código Civil de Macau há 25 anos.

Palavras-chave: Família; mutabilidade do regime de bens; relações patrimoniais entre os cônjuges; Código Civil de Macau.

摘要：在夫妻財產關係的領域中，1999年《澳門民法典》的立法者成功地藉由法典改革，順應當代法制對於配偶經濟獨立的發展趨勢。除選擇以「取得財產分享制」作為補充適用的婚姻財產制度外，更明確採納了婚前協議及已採用婚姻財產制度可變原則（參見《澳門民法典》第1578條）。

若觀察若干歐洲國家的立法趨勢，即便曾經採納過不可變原則者，如今多已朝向放寬適用或甚至完全廢除該原則發展。舉例而言，德國、西班牙與意大利從未採納該原則，法國亦已對其加以弱化；然而，葡萄牙法律體系至今仍維持此原則（參見《葡萄牙民法典》第1714條），在今日的社會與婚姻現實下，已難以找到繼續維持其存在的正當理由。

本文擬反思葡萄牙民法在此方面近乎孤立的立法選擇，並結合現代婚姻關係演變與制度比較，探討如同澳門民法典在25年前所作的那樣，轉向婚姻財產制度可變原則所可能帶來的制度優勢與社會意義。

關鍵詞：家庭；婚姻財產制度可變性；配偶間財產關係；澳門民法典

Abstract: In the field of property relations between spouses, the legislator of the Macau Civil Code of 1999 took advantage of the reform to follow the trend of contemporary legal systems towards the independence of spouses. In addition to opting for the system of participation in acquired property as a complementary system, it also followed the rule of mutability of prenuptial agreements and the property systems adopted (Article 1578 of the Macau Civil Code).

If we look at the trend in some European legislations that have already accepted the principle of immutability, we can see that they are moving towards

making it more flexible or even abolishing it. This principle does not exist in Germany, Spain and Italy, and has been watered down in France, for example. But it still exists in the Portuguese legal system (see Article 1714 of the Civil Code), where we can no longer find any justification for it. We will try to reflect on this almost isolated option of Portuguese law in the face of changes in the marital relationship and the advantages of switching to the rule of mutability, as the Macau Civil Code did 25 years ago.

Keywords: family; mutability of property regime; property relations between spouses; Macau Civil Code.

1. Notas introdutórias – o princípio da imutabilidade do regime de bens (âmbito e fundamento)¹

Várias razões eram apontadas para a consagração do princípio da imutabilidade nos ordenamentos jurídicos. Entendia-se que o contrato antenupcial tinha caráter de um pacto de família e, por isso, não podiam os cônjuges alterá-lo na vigência do casamento. Por outro lado, como a mulher ficava sujeita ao marido após o casamento, a possibilidade de alterar a convenção antenupcial permitiria ao cônjuge mais forte juridicamente (o marido), aproveitar o ascendente adquirido perante o outro para obter alterações, a si favoráveis, do regime (que poderiam constituir verdadeiras doações e não sujeitas à regra da livre revogabilidade). Por fim, os terceiros, sobretudo os credores dos cônjuges, poderiam ser por eles defraudados quanto às garantias com que tinham inicialmente contado.

Esta argumentação era já para Cunha Gonçalves “ingénua e teórica”². De facto, referia o autor que a convenção antenupcial podia ser sempre alterada por meio de doações entre casados; que a mutabilidade podia ser sujeita a um regime de publicidade para acautelar os direitos de terceiros (tal como acontecia com a modificação e transformação de sociedades comerciais); que a possibilidade de ocorrerem violências para a imposição de um regime de bens diverso do anteriormente convencionado ou imposto por lei não era razão para dificultar às partes uma nova convenção, por ambas desejada, nomeadamente para evitar conflitos domésticos derivados da convenção antenupcial ou do regime legal

1 Algumas das reflexões que aqui faremos foram já apresentadas na nossa obra *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, 2012.

2 CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 294.

a que ficaram sujeitas “devido à sua imprevisão e inexperiência de vida”; que a possível mutabilidade do regime de bens não significaria que este tivesse de mudar todos os anos, pois quem abandona um regime sob pressão de ponderosas razões económicas ou morais não pode ter, logo a seguir, motivos em contrário para regressar a esse regime.

A questão do fundamento da imutabilidade é obviamente relevante para se determinar a necessidade da sua atual manutenção ou se, pelo contrário, excluídas as suas razões, haverá outros mecanismos de prevenção ou correção dos desequilíbrios patrimoniais.

Pires de Lima considerava que uma das razões do princípio da imutabilidade era a proteção dos interesses de terceiros, ou seja, se os cônjuges pudessem alterar livremente a convenção matrimonial, os direitos de terceiros podiam ser defraudados. Pense-se, p. ex., numa alteração mediante a qual todo o património comum passasse para o cônjuge não devedor. Considerava, porém, que a principal razão era a de evitar o perigo do ascendente que normalmente um dos cônjuges possuía sobre o outro e que levasse este a consentir numa alteração do regime de bens que lhe fosse desfavorável e beneficiasse o outro³.

Por seu lado, Pereira Coelho, ainda que entendesse que a ideia mais válida para considerar a imutabilidade era a de proteção de terceiros, encontrava o fundamento legal da imutabilidade na ideia de evitar o abuso da influência de um cônjuge sobre o outro⁴.

Estas razões continuaram a ser apresentadas mesmo atualmente para a defesa do referido princípio. RITA LOBO XAVIER refere que “a inalterabilidade do estatuto estabelecido por via convencional justifica-se ainda agora em nome da realização da equidade entre os cônjuges, incompatível com a ocorrência de

3 PIRES DE LIMA/BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953, pp. 79-81, ainda que noutras lições, Pires de Lima defendesse que a principal razão era mesmo a proteção de interesses de terceiros (JOSÉ AUGUSTO DO NASCIMENTO, *Lições de Direito Civil. Relações de Família e Sucessões*, de acordo com as lições de PIRES DE LIMA, Coimbra, Casa do Castelo, 1931, p. 238). V. também, MANUEL DE ANDRADE, “Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respetiva escritura antenupcial”, *RLJ*, ano 69.º, 1936/37, pp. 322 e 323 e pp. 337 e 338, BRAGA DA CRUZ, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redatora do novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, p. 343, e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 398.

4 PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, pp. 272 e 273. Essa ideia estaria presente também em outras disposições legais, como a proibição dos testamentos de mão comum, das vendas entre cônjuges e a livre revogabilidade das doações entre cônjuges.

enriquecimentos injustificadamente obtidos por um deles à custa do outro”⁵. Entende a autora que o princípio da imutabilidade visa a realização de um princípio de equidade entre os cônjuges, ou seja, o de evitar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges à custa do outro. De facto, estando os bens dos cônjuges divididos por massas patrimoniais, essa divisão deve permanecer inalterável, dado que a transferência de um bem de uma massa patrimonial para a outra implicaria uma alteração na composição protegida pela lei. Essa alteração consistirá num enriquecimento de uma das massas de bens à custa de outra e sem razão justificativa. Apenas as transferências patrimoniais não justificadas pela comunhão de vida terão de ser restituídas ou compensadas⁶.

Ora, parece-nos que, sendo esse o fundamento (e aqui concordamos com esta posição), é alcançável por força de uma mutabilidade sujeita a certas regras e por outros mecanismos menos agressivos para a livre regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges. Além disso, assentando aí a razão de ser da imutabilidade, os contratos entre cônjuges não serão de proibir com base na

5 RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 128. Refere a autora que a imutabilidade constitui uma manifestação do princípio mais geral de evitar o enriquecimento de um cônjuge à custa do outro, tal como são também manifestações do mesmo princípio as normas relativas à sub-rogação real e às compensações patrimoniais, a imposição do regime de separação de bens e da nulidade das doações entre cônjuges em certas circunstâncias (arts. 1720.º, n.º 1, e 1762.º do Código Civil português), as sanções patrimoniais previstas para o caso do divórcio (art. 1790.º do Código Civil português), etc. O princípio da imutabilidade atua preventivamente pela manutenção da existência ou da consistência dos patrimónios, tentando evitar modificações na composição das diferentes massas patrimoniais dos cônjuges (p. 133). Mas a “função genérica” de todos estes institutos é a mesma: evitar ou corrigir enriquecimentos patrimoniais de um cônjuge à custa do outro. A ideia de que a imutabilidade se liga à manutenção dos equilíbrios patrimoniais ao longo do casamento é também referida por PIERRE JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 78 e 79. Por isso, todos os contratos que modifiquem esse equilíbrio afetam a imutabilidade. Para JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 490 e 491, “a imutabilidade só pode radicar na ideia de que, após o casamento, se torna difícil um exercício autêntico da autonomia privada na relação entre os cônjuges”. Parece-nos, contudo, que é essa dificuldade que leva à possibilidade de existirem desequilíbrios patrimoniais que, por isso, importa acautelar e corrigir.

6 RITA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 131 e nota 37, e pp. 377-382. Como refere ainda a autora este princípio da equidade é o mesmo em que se funda o instituto do enriquecimento sem causa (p. 132, nota 39). Mas, mesmo algumas dessas transferências, e consequentes enriquecimento e empobrecimento, que se justificam pela comunhão de vida podem vir a originar um reembolso quando essa comunhão deixar de existir (dado que deixa de haver fundamento), sobretudo nos regimes de separação onde a colaboração prestada por um dos cônjuges no âmbito da comunhão de vida não se encontra compensada pela participação no património adquirido durante o casamento.

mesma imutabilidade (se efetivamente não implicarem uma fraude à lei), ou seja, p. ex., a venda entre cônjuges implica a saída de um bem de um património para um outro, mas essa saída é compensada pela entrada do valor do bem naquele património, mantendo o equilíbrio patrimonial.

Visando a imutabilidade evitar transferências de bens entre os diferentes patrimónios existentes no decurso do casamento, prevenindo desequilíbrios patrimoniais e evitando a alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges, e partindo da vigência do princípio na nossa ordem jurídica atual, deve este assumir a interpretação mais restrita possível para, assim, acautelar a autorregulamentação dos cônjuges das suas relações patrimoniais.

O problema que aqui se coloca é o de saber se o princípio da imutabilidade apenas proíbe os cônjuges de alterar o seu regime de bens depois do casamento ou se também os impede de modificar, depois dessa data, a situação concreta dos seus bens.

Pereira Coelho, defendendo a atribuição de um sentido restrito, sustenta que o princípio da imutabilidade não impede a mudança da situação concreta dos bens do casal depois da constituição do vínculo, significando apenas que as convenções antenupciais não podem ser alteradas depois da celebração do casamento⁷, proibindo “as modificações dos critérios pelos quais resulta a qualificação de um bem concreto como próprio de um cônjuge, do outro cônjuge, ou comum”⁸. Considera aquele autor que, se o princípio da imutabilidade vedasse as transferências de bens entre as várias massas patrimoniais do casal, não seria necessário que a lei tivesse proibido expressamente as vendas entre cônjuges. Por isso, a possibilidade de os cônjuges realizarem entre si doações ou de constituírem alguns tipos de sociedades não é exceção ao princípio da imutabilidade.

Outros autores, defendendo a interpretação ampla, entendem que o princípio da imutabilidade não tem apenas o conteúdo imediato de proibir os cônjuges de modificar a convenção matrimonial ou o regime legalmente aplicável após a celebração do casamento⁹. O seu alcance será mais amplo, regulando todos os

7 PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 270 e 271, e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, pp. 579 e segs.

8 GUILHERME DE OLIVEIRA, “Sobre o contrato-promessa de partilha dos bens comuns – anotação ao ac. da RC, de 28 de novembro de 1995”, *RLJ*, ano 129.º, 1996/1997, p. 281.

9 Cfr. PIRES DE LIMA, “Anotação ao ac. da RP, de 29 de abril de 1966”, *RLJ*, ano 99.º, 1966/67, pp. 172 e 173, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 399, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 5.^a ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 433 e 434, e RITA LOBO XAVIER, “*Sociedades entre cônjuges. Sociedades de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa.*”, Separata da RDES, ano XXXV, n.os 1-2-3-4, Janeiro-Dezembro, 1993, p. 259, “Contrato-promessa de partilha dos bens do casal

atos jurídicos celebrados pelos cônjuges durante o casamento, ou seja, abrangerá não só as cláusulas constantes da convenção ou do regime legalmente fixado, mas também a situação concreta dos bens dos cônjuges. A imutabilidade impede não só a modificação das regras que integram o regime de bens como também as alterações na composição concreta das várias massas patrimoniais. São, assim, proibidos todos os negócios ou contratos celebrados entre os cônjuges que impliquem uma modificação na composição das massas patrimoniais. Os cônjuges não podem alterar o seu estatuto patrimonial depois do casamento, “não podem bens próprios entrar na comunhão; não podem bens comuns ser atribuídos em propriedade exclusiva a qualquer um deles; não podem ser transmitidos, onerosa ou irrevogavelmente, os bens de um para o outro”¹⁰.

Para este entendimento, a proibição dos contratos de compra e venda entre cônjuges e dos contratos de sociedade em que ambos assumam responsabilidade ilimitada (n.ºs 2 e 3 do art. 1714.º do Código Civil português) já resultaria do princípio geral previsto no n.º 1 do art. 1714.º do Código Civil português. A admissibilidade de certas sociedades entre cônjuges e da dação em cumprimento¹¹ seriam exceções ao princípio da imutabilidade. A lei teria apenas referido alguns contratos proibidos, mas qualquer outro negócio que implicasse alteração na composição das massas patrimoniais estaria igualmente proibido.

Assim, os cônjuges não podem realizar entre si contratos de compra e venda, por isso implicar uma violação por via indireta do princípio da imutabilidade, já que, através de semelhante contrato, os cônjuges podem modificar a situação concreta de um bem.

Por outro lado, proíbem-se também as sociedades entre cônjuges, salvo se

celebrado na pendência da ação de divórcio (comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de maio de 1993)”, *RDES*, ano XXXVI, n.ºs 1-2-3, janeiro-setembro, 1994, p. 155 e nota 4, e *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 135-138. Era esta também a posição da doutrina francesa. V., SAVATIER, «De la portée et de la valeur du principe de l’immutabilité des conventions matrimoniales», *RTDC*, ano 20.º, 1921, pp. 96-118, e A. COLOMER, *L’instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*, Paris, Rousseau & C.ª, 1954, p. 37, e *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000, pp. 173-177.

10 PIRES DE LIMA, “Anotação ao ac. da RP, de 29 de abril de 1966”, *loc. cit.*, p. 172.

11 A dação em cumprimento é expressamente permitida pela lei, ainda que possa tratar-se de um contrato suscetível de ser utilizado pelos cônjuges para, por via indireta, modificarem o estatuto de certos bens, defraudando o princípio da imutabilidade. Atendendo, porém, não só às dificuldades da prova de fraude, como às vantagens da validade do contrato de dação em cumprimento entre cônjuges, a lei considerou-o lícito. Tais vantagens traduzem-se, nomeadamente, no facto de que se um dos cônjuges deve fazer um pagamento ao outro, mais vale que lhe possa pagar com um dos seus bens do que seja obrigado a vendê-lo a um terceiro para conseguir a soma necessária, permitindo manter o bem na família. RITA LOBO XAVIER, “*Sociedades entre cônjuges...*”, *loc. cit.*, p. 257, nota 9, e *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 235, nota 228.

estes se encontram separados de pessoas e bens. Porém, o n.º 3 do art. 1714.º do Código Civil português permite a participação dos cônjuges na mesma sociedade de capitais e a dação em cumprimento¹².

No entendimento restrito do princípio da imutabilidade, apenas se proíbe a alteração do regime de bens convencionado ou fixado por lei. Por isso, o princípio apenas abrange o n.º 1 do art. 1714.º e não estarão proibidos os negócios que incidam sobre bens concretos. Estes negócios sobre bens concretos estarão regulados noutros lugares, como no art. 1714.º, n.º 2, que proíbe as sociedades e as vendas entre cônjuges, no n.º 3, que admite a participação em sociedades de capitais e a dação em cumprimento, e nos arts. 1761.º e segs., que estabelecem restrições às liberalidades entre vivos. O n.º 2 do art. 1714.º significa um alargamento da proibição do n.º 1 a dois negócios concretos que o legislador quis vedar: a venda e a sociedade. Quaisquer outros negócios sobre bens concretos, para os quais não haja norma especial, podem ser livremente celebrados de acordo com o princípio da autonomia privada e as regras gerais, ainda que impliquem uma alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges, dos seus poderes de administração e de gozo¹³.

A existência do princípio da imutabilidade, no seu sentido amplo, não se coaduna com as necessidades pessoais dos cônjuges, limitando excessivamente a sua autonomia e propiciando a realização de negócios simulados, com intervenção de terceiros, com vista a alcançar os objetivos proibidos pela imutabilidade dos regimes de bens. Se a sua razão assenta fundamentalmente na tentativa de evitar o enriquecimento injustificado e definitivo de um dos cônjuges à custa do outro, então tal objetivo será alcançado não com o princípio da imutabilidade, mas assegurando as devidas compensações entre os patrimónios no fim do regime matrimonial¹⁴.

Além disso, admitir o princípio da imutabilidade em sentido amplo não permitiria quaisquer transferências patrimoniais entre os cônjuges, quando a comunhão de vida entre os cônjuges implica necessariamente uma interpenetração dos patrimónios existentes. Fundamental será a previsão de meios que permitam a realização de um equilíbrio patrimonial entre os cônjuges¹⁵.

12 A admissibilidade desses contratos surge, para os defensores do sentido amplo, como exceções ao n.º 1 do art. 1714.º, que consagra a regra geral (v., RITA LOBO XAVIER, “*Sociedades entre cônjuges...*”, *loc. cit.*, pp. 257 e 258, e *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 235). Para os defensores do sentido restrito tais negócios surgem como exceções ao n.º 2 (v., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 581).

13 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 581 e 582.

14 Solução que RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 178, parece também considerar.

15 É isto, aliás, que RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 338 e 376, reconhece.

Entendemos que uma concepção restrita do princípio da imutabilidade, a manter-se o princípio, é a que melhor se coaduna com a realidade social e atual sem se afastar da regulamentação jurídica. Com efeito, admitir que a imutabilidade não se limita a impedir os cônjuges de modificar diretamente o seu regime, mas que envolve também a irregularidade de todos os atos jurídicos celebrados entre os cônjuges durante o casamento, não se articula com a necessidade de modificação imposta pela vida moderna que impele a uma alteração e flexibilização do estatuto patrimonial inicial dos cônjuges. A tendência para o reconhecimento de uma plena e igualitária capacidade negocial dos cônjuges aponta para a eliminação das restrições que lhes impeçam a direção conjunta da vida familiar e o livre desenvolvimento das suas esferas pessoais e, assim, para uma diminuição do alcance do princípio da imutabilidade¹⁶.

Além disso, podem os cônjuges realizar certos negócios jurídicos, conseguindo por via indireta alterar o estatuto patrimonial inicial, obtendo, assim, o mesmo resultado que com uma alteração pós-nupcial da convenção. Mesmo existindo o princípio da imutabilidade, tais negócios não deixam de realizar-se e, sobretudo se o entendermos em sentido restrito, não são abrangidos pelo mesmo princípio¹⁷.

O que se deve visar é evitar ou corrigir tais desequilíbrios, impedindo os negócios fraudulentos que visam indiretamente tal fim, e não tanto manter o princípio da imutabilidade. O problema é que a realização de tais contratos entre os cônjuges, mesmo que não visem diretamente a alteração do seu estatuto patrimonial, e, por isso, que não sejam em fraude à lei, pode não chegar ao conhecimento de terceiros. Estes, nomeadamente credores, podem ficar prejudicados se, confiando na existência de certo património, o mesmo deixar de existir por ter sido transferido para outra massa patrimonial. Portanto, entre os cônjuges a questão é a da resolução dos desequilíbrios patrimoniais, que pode resolver-se por outros mecanismos, mas face a terceiros como assegurar a sua proteção face à alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges ao longo do casamento e à realização de contratos que afetam indiretamente o estatuto patrimonial dos cônjuges?

Convém referir que a eliminação do princípio da imutabilidade apenas permitirá aos cônjuges alterarem o seu estatuto patrimonial mediante a celebração de uma nova convenção matrimonial. Com efeito, não ficarão os cônjuges autorizados a modificar o seu estatuto patrimonial inicial por via indireta, com intuito fraudulento, no sentido já referido, como, aliás, acontece nos países que

16 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 586.

17 O que pode afetar é o equilíbrio entre as diferentes massas patrimoniais e é isso que importa acautelar ou corrigir, independentemente de o ser ou não pela imutabilidade.

consagraram um sistema de “mutabilidade controlada” (como em França, até à alteração legislativa em 2007)¹⁸, onde os cônjuges não podem afetar o seu estatuto indiretamente através de atos jurídicos celebrados entre eles ou com terceiros.

De facto, os cônjuges podem, através da realização de um contrato de Direito comum, sem observância das formalidades das convenções matrimoniais, alcançar um objetivo que corresponda aos resultados subjacentes aos diferentes regimes de bens¹⁹. Não é o princípio da imutabilidade que dissuade os cônjuges de alterarem o seu estatuto patrimonial por via indireta. Com efeito, tal princípio pode continuar a existir e os cônjuges conseguem indiretamente alterar a sua situação patrimonial, pelo que não será pelo facto de ele se atenuar que os cônjuges conseguirão fazê-lo. A eliminação ou atenuação do princípio em causa permitirá que os cônjuges adaptem o seu regime às circunstâncias económicas do casamento, possibilitando que o façam através da alteração da convenção matrimonial e não mediante a celebração de negócios que alcancem tal fim indiretamente. Só que, neste caso, será necessário, para evitar enriquecimentos injustificados de um dos cônjuges à custa do outro, objetivo que a imutabilidade procura alcançar a título preventivo, a manutenção de alguns mecanismos corretores de tais enriquecimentos, e consequentes empobrecimentos²⁰.

Não podemos deixar de notar que a evolução do direito português vai no sentido de diminuir o alcance do princípio da imutabilidade. Por isso, entendemos que o princípio da imutabilidade, a existir, deve ser interpretado em sentido restrito, pelas razões já apresentadas, sem prejuízo de, no caso de contratos celebrados entre os cônjuges que visam o mesmo fim da alteração da convenção matrimonial, se acautelarem meios de defesa dos interesses dos terceiros.

II. A regra da mutabilidade do Código Civil de Macau e a manutenção isolada da imutabilidade no Código Civil português - algumas reflexões

Se verificarmos a tendência de algumas legislações europeias, e que já admitiram o princípio da imutabilidade, verifica-se que evoluíram no sentido da sua flexibilização ou mesmo abolição. Tal princípio não existe na Alemanha, na

18 V., p. ex., G. CORNU, “La réforme des régimes matrimoniaux. Généralités. Le regime primaire impératif”, *JCP* 1966.I.1968, n.ºs 41-54.

19 RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., pp. 147 e 157.

20 Um desses mecanismos será, evidentemente, o das compensações entre as diferentes massas patrimoniais. Aliás, como refere RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 370, não é possível realizar a equidade nas relações patrimoniais entre os cônjuges apenas pela aplicação do princípio da imutabilidade.

Espanha e na Itália e está atenuado em França.

O abandono da imutabilidade encontra alguns argumentos. Um deles prende-se com o facto de se encontrar o seu fundamento na tentativa de evitar que um dos cônjuges se aproveite do ascendente que tenha sobre o outro, levando-o a realizar, em seu benefício, liberalidades irrevogáveis. Numa altura em que os poderes patrimoniais pertenciam exclusivamente ao marido, justificava-se o princípio da imutabilidade de forma a evitar a utilização em proveito próprio desses poderes e do ascendente adquirido sobre a mulher (a alteração do regime poderia traduzir uma verdadeira liberalidade não sujeita à livre revogação das doações entre os cônjuges). Preveniam-se, assim, os abusos do marido, protegendo-se a situação das mulheres, na dependência daqueles. Este entendimento deixa de ter sentido face à igualdade entre os cônjuges²¹.

Quanto à proteção de terceiros, alega-se que estes poderiam ser protegidos por um sistema de publicidade das convenções antenupciais e das respetivas alterações, sendo que estas alterações não seriam oponíveis a terceiros que adquiriram direitos anteriores. Os interesses dos terceiros, sobretudo credores, prendem-se com a possibilidade de conhecer a nova convenção matrimonial para poderem contratar com os cônjuges e a de afastar no caso de ela prejudicar o pagamento de uma obrigação anteriormente contraída. Importará, assim, prever um regime de publicidade da modificação (tal como acontece com a própria convenção matrimonial) e a regra da irretroatividade para que a modificação da convenção matrimonial não afete os direitos já adquiridos por terceiros credores. Além disso, os credores dos cônjuges não estão impedidos de utilizar os meios tradicionais da impugnação pauliana, da fraude à lei ou do negócio indireto²².

Repare-se que a proteção de terceiros se impõe também no caso de alteração da convenção antes da celebração do casamento, e isso não impede a sua alteração. Por isso se exige a observação de requisitos formais e de publicidade (art. 1712.º, n.º 2, do Código Civil português).

Além disso, podem os cônjuges alterar o seu regime por força de uma simples separação judicial de bens (art. 1715.º, n.º 1, al. b), do Código Civil português) que tem como consequência o passar a vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens (art. 1770.º do Código Civil português). Para proteção de um dos cônjuges a lei permite a alteração no decurso do casamento do regime de bens, sem atender a uma eventual proteção de terceiros. Ainda que a separação implique a observação dos requisitos do art. 1767.º do Código Civil português, podem os cônjuges acordar fraudulentamente nesse sentido com o

21 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 583.

22 RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, p. 140.

único objetivo de alterar o regime de bens²³. A proteção de terceiros não impede isso e estes apenas podem socorrer-se dos meios gerais de Direito comum. Por que não admitir essa possibilidade na alteração normal de uma convenção matrimonial? Ou seja, e além da proteção por força do sistema de publicidade e da não retroatividade, permitir que os terceiros possam manifestar-se quanto à legitimidade da alteração, nomeadamente se foi fraudulenta ou simulada (como, aliás, ocorre noutros ordenamentos jurídicos).

Relativamente ao argumento de que as convenções seriam pactos de família, tal justificação já desde há algum tempo vem sendo afastada, por não corresponder às soluções do direito português, em que os sujeitos da convenção antenupcial são, em princípio (ressalvados os casos em que, havendo doações feitas por terceiros, e no caso de a convenção se limitar a titular tais doações, aqueles surjam como sujeitos dessas convenções), os nubentes²⁴.

Sustenta-se também que o princípio da imutabilidade obsta à flexibilização do estatuto patrimonial dos cônjuges, não permitindo que estes o possam adaptar aos seus interesses concretos e variáveis ao longo da vida em comum²⁵. Defendemos, por isso, e já há vários anos, o alargamento do âmbito da autorregulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges, sem prejuízo da manutenção de mecanismos de correção dos desequilíbrios patrimoniais.

Na generalidade dos sistemas europeus, o princípio da imutabilidade deu lugar a um regime de mutabilidade.

Em França é permitido aos cônjuges, dois anos após a celebração do casamento, modificar o seu regime de bens, no interesse da família, por ato notarial

23 Além de que podem os cônjuges divorciar-se apenas com vista à proteção do património de um dos cônjuges e eventualmente do património comum, e depois voltar a casar com um novo regime matrimonial mais vantajoso. De facto, a existência de divórcios simulados com o intuito de afastar um dado regime matrimonial, sobretudo o regime da responsabilidade por dívidas desse regime de bens, acontece com alguma frequência.

24 PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 582.

25 Pense-se os casos de casais em que um dos cônjuges pretende iniciar uma profissão economicamente arriscada (comércio) e não quer que as dívidas assumidas nessa atividade comprometam os bens comuns e os do outro cônjuge, pretendendo transitar para um regime de separação de bens; ou casais que preveem uma separação de facto e pretendem fazer as alterações que essa situação aconselha (v., JÚLIO GOMES, “*Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado*”, *Revista do Notariado*, n.º 3 (julho/setembro), 1987, pp. 321-393, e n.º 4 (outubro/dezembro), 1987, pp. 550 e 551).

“Em suma, em abono da faculdade de mudar o regime de bens, milita o puro e simples respeito pela autonomia privada, nesta matéria que não contende com os valores pessoais e com os interesses públicos da organização do matrimónio e da família, e onde as restrições da liberdade negocial devem ser excecionais e solidamente fundamentadas” – PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 586.

(cfr. os arts. 1396.º, 3.º, e 1397.º do Cód. Civil francês). O mesmo ocorre em Itália, onde há a possibilidade de alterar o regime de bens nos termos do art. 163.º do Cód. Civil italiano. Em Espanha há a possibilidade de alterar o regime de bens, sem controlo judicial, com um sistema de publicidade e de proteção dos direitos adquiridos pelos credores (cfr., sobretudo, o art. 1331.º do Cód. Civil espanhol). Por outro lado, o ordenamento jurídico alemão consagra a mutabilidade como regra tradicional²⁶. Fixa ainda, e em consequência, o direito alemão o princípio da livre contratação entre os cônjuges sem quaisquer limites (a não ser os relativos às regras de validade de qualquer negócio jurídico independentemente de as partes serem ou não casadas).

A regra da mutabilidade foi também adotada no Brasil, com vista a agilizar a vida negocial entre os cônjuges²⁷.

Por seu lado, e com particular destaque no âmbito deste estudo, os arts. 1566.º e 1578.º do Cód. Civil de Macau estabeleceram também a regra da mutabilidade dos regimes de bens. Aí se estipula que as convenções matrimoniais se dividem em convenções antenupciais e convenções pós-nupciais, consoante sejam celebradas antes da celebração do casamento ou durante a vigência da relação matrimonial (art. 1566.º). Quanto à convenção antenupcial nada de particular há a destacar, regulando os arts. 1567.º a 1577.º do Código Civil de Macau os requisitos de fundo e de forma para a sua celebração, bem como as

26 O mesmo acontece com o ordenamento jurídico suíço.

Importa referir que a regra da mutabilidade não é fácil de aplicar e os ordenamentos jurídicos que a admitem apresentam algumas preocupações pelas dificuldades de aplicação. Tal como referem PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 587, nos sistemas que chegaram a adotar a faculdade de mudar o regime de bens com controlo judicial, como a França e anteriormente a Itália, sentiu-se que esta intervenção não era satisfatória. Daí o abandono, nesses ordenamentos jurídicos, da necessidade, por regra, da homologação judicial. De facto, “ou assenta numa produção de prova abundante e, neste caso, constitui uma intromissão indesejável na família, desvia os juízes das funções que lhes são próprias e burocratiza penosamente o exercício da faculdade legal; ou, pelo contrário, baseia-se numa prova insuficiente e acaba por não satisfazer os propósitos de cautela para que foi prevista”. Por outro lado, a publicidade que se exige para a tutela dos credores, nesses ordenamentos e em Espanha, onde constitui a base do regime, “nunca é tão eficaz como seria desejável e as melhorias neste particular obtêm-se sempre à custa de um aumento de Serviços de Registo e de atos administrativos que oneram os particulares e a Administração Pública”. V. também, RITALOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 179-191. Não nos parece, porém, que essas dificuldades possam impedir a fixação da mutabilidade como regra.

27 Com o Cód. Civil brasileiro que entrou em vigor em 2003 os cônjuges podem alterar o seu regime de bens, mediante autorização judicial (art. 1639.º, § 2.º). Proíbe, porém, o mesmo código a constituição de sociedades entre cônjuges, sós ou com terceiros, sempre que o regime de bens seja o da comunhão geral ou da separação obrigatória de bens (tentando, assim, evitar a fraude ao regime de bens adotado). Têm, em todo o caso, os cônjuges a possibilidade de alterar o seu regime de bens, por convenção matrimonial, para poderem constituir uma sociedade.

situações de caducidade, em tudo semelhante ao ordenamento jurídico português.

A novidade introduzida pela reforma do Código Civil em 1999 consistiu na admissibilidade de alteração do estipulado em convenção antenupcial ou mudança do regime de bens, pela celebração de convenção pós-nupcial. Assim, determina o art. 1578.º do Código Civil de Macau que, através de convenção pós-nupcial os cônjuges podem, durante o casamento, por acordo: a) Alterar a convenção antenupcial; b) Celebrar pela primeira vez uma convenção matrimonial, nomeadamente com o fim de substituírem o regime de bens supletivo; c) Modificar uma anterior convenção pós-nupcial (n.º 1).

A convenção pós-nupcial produz efeitos entre os cônjuges a partir do dia da sua celebração, sendo nula qualquer estipulação em contrário (n.º 2).

À convenção pós-nupcial é aplicável, com as devidas adaptações, o disposto na subsecção reguladora da convenção antenupcial (n.º 3).

Se, por força da convenção pós-nupcial, o regime de bens aplicável ao casamento deixar de ser o da participação nos adquiridos, regime de bens supletivo, procede-se à determinação do titular e do montante do crédito na participação, salvo se passar a ser o da comunhão geral, e se deixar de ser um regime de comunhão, procede-se à partilha do património comum; a substituição do regime da comunhão de adquiridos pelo regime da comunhão geral, ou vice-versa, não dá lugar à partilha (n.º 4). A determinação do titular e do montante do crédito na participação, bem como a partilha do património comum, pode efetuar-se extrajudicialmente ou por via de inventário judicial (n.º 5).

Optou, assim, o ordenamento jurídico de Macau, na sua reforma do Código Civil, pelo alargamento do âmbito de autorregulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges.

Na verdade, o princípio da imutabilidade limita o campo da autorregulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges, atendendo sobretudo à superveniência de acontecimentos imprevisíveis no momento da celebração da convenção antenupcial. Alterando-se a situação económica dos cônjuges, cuja modificação é frequente, o regime por eles fixado pode já não corresponder às suas necessidades, podendo sofrer com isso prejuízos patrimoniais. Várias têm sido as razões apresentadas pela doutrina estrangeira para admitir a mutabilidade²⁸.

28 Em França os cônjuges alteram o seu regime patrimonial por razões que se prendem com necessidades da sua vida profissional, com a obtenção de vantagens fiscais, para facilitar a transmissão dos bens por via sucessória ou por afrouxamento do relacionamento conjugal (permitindo que os cônjuges, abandonando um regime de comunhão, passem a gerir livremente os seus bens e com essa autonomia evitar que se divorciem). V., *Jean-Pierre Ferrandes*, “*Le point de vue du notaire: pourquoi changer de régime matrimonial?*”, in AAVV, *Le régime matrimonial à l'épreuve du temps et des séparations conjugales*, sob a direção de Jacques

Nem sempre os cônjuges pretendem alterar o seu regime matrimonial por razões fraudulentas (p. ex., se um dos cônjuges, assumindo riscos económicos na sua atividade, não quer responsabilizar o outro por tal). Além disso, a garantia dos interesses dos credores no caso de alteração direta do regime de bens é assegurada por um sistema de publicidade e inoponibilidade. Podem, além disso, recorrer aos meios gerais, como o princípio da *fraus omnia corrumpit* ou da impugnação pauliana.

Mas, e como já referimos, mesmo a eliminação do princípio da imutabilidade apenas permitirá aos cônjuges alterarem o seu estatuto patrimonial mediante a celebração de uma nova convenção matrimonial. Com efeito, não ficarão os cônjuges autorizados a modificar o seu estatuto patrimonial inicial por via indireta como, aliás, acontece nos países que consagraram um sistema de “mutabilidade controlada” ou que aboliram o princípio da imutabilidade, onde os cônjuges não podem afetar o seu estatuto indiretamente através de atos jurídicos celebrados entre eles ou com terceiros.

Como refere M.^a RITA LOBO XAVIER, desenvolveu-se o conceito de “negócios entre cônjuges cujo resultado corresponda, do ponto de vista económico, ao resultado do regime de bens”²⁹. Os cônjuges podem, através da realização de um contrato de direito comum (p. ex., de sociedade), alcançar os mesmos resultados subjacentes aos regimes de bens. A celebração entre cônjuges de quaisquer contratos permitir-lhes-ia constituir os direitos e deveres correspondentes a uma convenção matrimonial, sem observar a respetiva forma. Por isso, alguns autores alemães têm defendido que as normas relativas à convenção matrimonial devem igualmente aplicar-se a negócios celebrados entre cônjuges cujo resultado

Foyer/Catherine Labrusse-Riou, Paris, Economica, 1986, pp. 21-28. Quanto às razões de ordem profissional, pode acontecer que um dos cônjuges passe a exercer uma atividade que envolva riscos para o património do casal, pelo que entendem convencionar o regime da separação de bens. A passagem para este regime permite aos cônjuges salvaguardar os bens do património familiar que eram geridos por aquele que assume os riscos profissionais. As razões de ordem fiscal e sucessória prendem-se essencialmente com a alteração para um regime de comunhão geral, com atribuição total da propriedade ao cônjuge sobrevivente (evitando o pagamento, por este, das taxas relativas aos direitos sucessórios). Os autores franceses consideram que tal alteração não deve ser considerada como uma fraude à lei fiscal (HENRI FENAUX, “*Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers*”, *RTDC*, ano 65.º, 1967, pp. 572 e 573, e A. COLOMER, *Droit Civil...*, cit., p. 165, nota 43).

Na Alemanha a possibilidade de alteração da convenção matrimonial é também considerada para permitir a adequação do estatuto patrimonial dos cônjuges aos seus interesses patrimoniais. Também aqui os objetivos dos cônjuges passam pela mesma ideia de proteção do património do casal e fins sucessórios.

29 RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 150.

económico seja idêntico ao que resultaria de tal convenção³⁰. De facto, a função da convenção matrimonial³¹ pode ser levada a cabo por meio de outros negócios jurídicos. Por isso, tais negócios devem obedecer à mesma forma da convenção matrimonial. E isto vale mesmo para os negócios simulados que impliquem transferências de bens contrárias à função própria de outros tipos negociais e que possam enquadrar-se no âmbito da função da convenção matrimonial.

Com a autonomia e independência recíprocas dos cônjuges e com um sistema de publicidade que acautele interesses de terceiros a imutabilidade não parece ter razão de ser³². Por outro lado, mesmo que exista, os cônjuges conseguirão sempre indiretamente efetuar transferências entre os diferentes patrimónios, gerando desequilíbrios patrimoniais que a imutabilidade visa prevenir (pela constituição de sociedades e abertura e manutenção de contas bancárias, não proibidas mesmo na interpretação ampla do princípio da imutabilidade). Ora, se o objetivo é evitar desequilíbrios patrimoniais parece que outros mecanismos o conseguem prevenir (sub-rogação) e corrigir (compensações). O principal problema reside na proteção de terceiros, acautelada, por um lado, pelo sistema de publicidade e pela eficácia não retroativa da alteração da convenção e, por outro lado, pela possibilidade de recurso aos meios gerais de Direito, como a alegação de fraude, negócio indireto ou impugnação pauliana. É fundamentalmente quando os cônjuges modificam, sobretudo em situações de crise económica, um regime de comunhão em que estavam casados pelo regime de separação, atribuindo os bens comuns, na liquidação da comunhão, ao cônjuge não devedor, fugindo ao

30 Importará distinguir a convenção matrimonial de outros atos patrimoniais celebrados entre os cônjuges, ou seja, importará saber se o negócio jurídico em causa pressupõe a existência do vínculo conjugal, se se refere às relações decorrentes do regime de bens enquanto tais, ou se o negócio poderia ser celebrado entre pessoas não casadas (p. ex., uma doação, um empréstimo ou até um contrato de sociedade que não envolvam uma alteração fundamental no regime de bens). V., BEITZKE, *Familienrecht*, München/Berlin, Biederstein Verlag, 1947, p. 63, e RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 151, nota 73.

31 *Ordnungsfunktion* ou função de regulação como referem Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2006, § 32, I, 2, pp. 345 e 346, expressão também usada por RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 151.

32 Como defende PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995, p. 87, nota 130, e p. 114, nota 225, a regra da imutabilidade é obsoleta face à afirmação da individualidade e paridade na relação conjugal. M.^a LEONOR BELEZA, “Efeitos do casamento”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 120, fala da “regra caduca da imutabilidade dos regimes de bens”.

Repare-se que as exceções à imutabilidade, previstas no art. 1715.º, não constituem verdadeiras exceções – v., ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 443, e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 577, para quem apenas a revogação dos pactos sucessórios importa alteração direta à convenção antenupcial.

cumprimento das dívidas contraídas pelo outro cônjuge antes da modificação da convenção matrimonial (e pelas quais respondiam anteriormente os referidos bens, então comuns), que a proteção dos terceiros credores mais se justifica. Daí a importância do princípio da irretroatividade das convenções de modificação, bastando aos credores demonstrar, p. ex., que a dívida contraída antes da modificação era comum (quando, obviamente, essa modificação os prejudica). E o mesmo se diga quando estão em causa contratos entre cônjuges que implicam uma alteração indireta do regime de bens. Assim, permitir-se-á aplicar o regime da responsabilidade por dívidas que vigorava anteriormente à modificação da convenção, evitando que esta modificação sirva para prejudicar os terceiros credores. Com isto, não será quase necessário o recurso aos meios gerais.

Repare-se que foi isso que o ordenamento jurídico de Macau fez, impondo a aplicação das regras de forma (v., art. 1574.º do Código Civil de Macau) e publicidade das convenções antenupciais às convenções pós-nupciais e proibindo a sua retroatividade. As convenções antenupciais só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registadas, e, mesmo então, não são oponíveis a terceiros que hajam adquirido direitos antes do registo, na medida em que os prejudiquem (v., art. 1575.º, aplicável por força do art. 1578.º, n.º 3, ambos do Código Civil de Macau).

Portanto, somos defensores de um alargamento da autonomia e independência dos cônjuges no sentido de, por contratos de Direito comum, autorregulamentarem as suas relações jurídicas. Os sistemas jurídicos em geral encaminham-se para o alargamento da liberdade de contratação entre os cônjuges³³. Contudo, não podemos esquecer que certos contratos afetam não apenas as suas relações recíprocas, mas também interesses de terceiros. São estes que importa acautelar na celebração de cada contrato. Admitindo a mutabilidade³⁴, com ato notarial ou declaração prestada perante o funcionário do registo civil e um sistema

33 GUILHERME DE OLIVEIRA, “*A reforma do direito da família de Macau*”, *RLJ*, ano 132.º, 1999, p. 105, e *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 308. Refere o mesmo autor (“Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)”, *RLJ*, ano 133.º, 2000, p. 109, e *Temas...*, *cit.*, p. 326) que, no que diz respeito aos negócios entre cônjuges, o direito português está “envelhecido”.

De referir ainda que o afastamento da possibilidade de contratos entre cônjuges justificava-se à luz do direito anterior em que a mulher ficava subordinada ao marido com o casamento. De facto, assumindo que pelo casamento os cônjuges passariam a ser “dois numa só carne” não poderiam celebrar contratos entre si por poderem configurar negócios consigo mesmo (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 528). Além disso, a mulher casada “adquiria” uma incapacidade de celebrar negócios jurídicos, não podendo, assim, celebrar quaisquer contratos (incluindo com o marido).

34 A mutabilidade pode ser sob determinadas condições (como sob controlo judicial) ou uma mutabilidade sem restrições, como já vimos ao referir outros ordenamentos jurídicos.

de publicidade adequado, e fixando a não retroatividade das alterações introduzidas na convenção matrimonial (não permitindo que as alterações possam ser opostas a terceiros que tenham adquirido os seus direitos anteriormente à alteração)³⁵, acautela-se essa proteção relativamente à alteração direta do regime patrimonial, mas importa fixar meios de proteção, mesmo existindo a imutabilidade, para os terceiros (essencialmente, os credores), no caso de transferências patrimoniais indiretas e encobertas que visam o mesmo resultado que a alteração do regime de bens. Os interesses de terceiros poderiam ser preventivamente acautelados pela estipulação de restrições à celebração de certos contratos entre cônjuges que afetem ou possam afetar os seus interesses.

Paralelamente, admitimos, como no ordenamento jurídico alemão, o princípio da livre contratação entre cônjuges, sem qualquer proibição legal (mesmo em relação ao contrato de compra e venda estando em causa bens próprios)³⁶.

35 De facto, parece suficiente um ato notarial ou declaração prestada perante o funcionário do registo civil, acompanhado de uma publicidade bem organizada e do princípio da não retroatividade dos respetivos efeitos. É também o que RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, cit., p. 188, defende ao dizer que “para a proteção dos seus interesses (dos cônjuges) e dos de terceiros bastam as regras gerais (...), bem como uma adequada publicidade das modificações das convenções matrimoniais. Também poderá ter oportunidade a aplicação das regras relativas à impugnação pauliana, no caso de se verificar que as alterações de facto prejudicam os credores”. Como refere a mesma autora (pp. 186 e 187), e reportando-se ao sistema jurídico francês antes da alteração legislativa em 2007, o controlo judicial tem sido criticado em França, devido à dúvida quanto aos seus objetivos, ainda que haja autores que continuem a defender o controlo judicial, sobretudo para ajuizar o interesse da família. De facto, uma das intenções do legislador foi a de proteger os cônjuges e terceiros na hipótese de a referida alteração constituir uma tentativa de fraude. Só que o pedido pode ser apresentado de forma a dissimular a fraude. Além de que as eventuais vítimas da fraude (os credores, os filhos ou um dos cônjuges) já dispõem da proteção das regras gerais. Acresce ainda que existem outros meios pelos quais os cônjuges podem atingir o seu objetivo fraudulento e até de forma mais perigosa para eles, para os seus herdeiros e para os terceiros. De facto, é possível os cônjuges conseguirem o resultado da alteração do regime através da manipulação das técnicas da sub-rogação real e da celebração de contratos de mandato, de trabalho e de doação, ou ainda por meio de seguros de vida ou de contas bancárias solidárias. Os que defendem a necessidade de manutenção do controlo judicial, assentam na preocupação, da doutrina estrangeira em geral, de uma justa regulação de conjunto dos interesses patrimoniais dos cônjuges e da família. Contudo, e como entende a autora citada (p. 188), não se vê motivo para que a liquidação do regime de bens que precede a alteração da convenção matrimonial na constância do casamento não observe estritamente as regras desse regime. JÚLIO GOMES, *loc. cit.*, p. 547, defende que, se se vier a abolir o princípio da imutabilidade, deverá prescindir-se do controlo judicial, pois a intervenção do tribunal seria “ilegítima, abusiva e tendencialmente inútil”.

36 É evidente que os cônjuges não podem, no decurso do casamento, dispor dos bens comuns entre si, atendendo à natureza jurídica do património comum. Mas parece constituir uma obstrução exagerada à liberdade dos cônjuges impedi-los de dispor entre si, com as cautelas a apresentar no texto, de bens próprios. Pense-se, p. ex., o caso de os cônjuges, casados no regime supletivo

A única restrição, para salvaguarda da eventual posição influenciável de um cônjuge e proteção de terceiros (credores), será a sujeição dos referidos contratos à forma legal das convenções matrimoniais quando impliquem alteração das regras reguladoras das relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros e a determinação da não retroatividade dos efeitos dos mesmos contratos a terceiros que contrataram com os cônjuges (evitando, p. ex., a transmissão de bens do património de um dos cônjuges para o outro com vista a esvaziar o património do devedor).

A acrescentar ainda que os terceiros têm sempre os meios gerais de defesa (nomeadamente, a impugnação pauliana), além de poderem prevenir-se, como acontece na maioria dos negócios celebrados entre uma pessoa casada e um terceiro que implique a contração de dívidas, exigindo que o outro cônjuge também se obrigue.

Cabe ao legislador português ponderar uma reflexão sobre esta matéria que conduza a uma alteração legislativa, como fez o legislador de Macau há 25 anos atrás.

Bibliografia citada:

ANDRADE, Manuel de, "Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respetiva escritura antenupcial", *RLJ*, ano 69.º, 1936/37, pp. 305-338.

BEITZKE, *Familienrecht*, München/Berlin, Biederstein Verlag, 1947.

BELEZA, M.ª Leonor Pizarro, "Efeitos do casamento", in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 91-135.

COELHO, Pereira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.

legal, ponderando um pedido de divórcio, mas não querendo continuar a pagar como até aí a casa que adquiriram em compropriedade antes do casamento por empréstimo bancário, pretendem atribuir a um deles a mesma casa. Ora, não sendo permitida a compra e venda entre cônjuges terão de esperar pelo divórcio, ficando presos até lá a uma situação que não querem (e forçando o pedido de divórcio) ou simular uma venda a um terceiro que depois alienará ao cônjuge que pretende adquirir sozinho a casa. Podem também pedir a divisão de coisa comum (art. 1412.º do Código Civil português e arts. 925.º e segs. do Cód. de Processo Civil), mas também esta exige um processo judicial com todos os encargos e custos inerentes (e entre este e o divórcio provavelmente pedirão o divórcio). Repare-se que é lícita a divisão de coisa comum sem que seja afetada pelo princípio da imutabilidade. Na divisão, os cônjuges limitam-se a transformar cada quota numa parte especificada da coisa comum (v., o ac. do STJ, de 09.11.2000 (*Col. Jurisp.*, tomo III, 2000, p. 113)).

COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, le mal et ses remèdes*, Paris, Rousseau & C.^a, 1954.

---, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.^a ed., Paris, Litec, 2000.

CORNU, G., «La reforme des régimes matrimoniaux. Généralités. Le regime primaire impératif», *JCP* 1966.I.1968, n.os 41-54.

CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Lex, 1995.

CRUZ, Braga da, “Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redatora do novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 52.º, 1956, p. 341-354.

DIAS, Cristina, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, 2012.

FENAUX, Henri, «Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers», *RTDC*, tomo 65.º, 1967, pp. 545-580.

FERRANDES, Jean-Pierre, “Le point de vue du notaire: pourquoi changer de régime matrimonial?”, in AAVV, *Le régime matrimonial à l'épreuve du temps et des séparations conjugales*, sob a direção de Jacques Foyer/Catherine Labrusse-Riou, Paris, Economica, 1986, pp. 19-31.

GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2006.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado”, *Revista do Notariado*, n.º 3 (julho/setembro), 1987, pp. 321-393, e n.º 4 (outubro/dezembro), 1987, pp. 475-555.

GONÇALVES, Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

JULIEN, Pierre, *Les contrats entre époux*, Paris, LGDJ, 1962.

LIMA, Pires de, “Anotação ao ac. da RP, de 29 de abril de 1966”, *RLJ*, ano 99.º, 1966/67, pp. 165-175.

LIMA, Pires de/CRUZ, Braga da, *Direitos de Família*, vol. II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1953.

LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

NASCIMENTO, José Augusto do, *Lições de Direito Civil. Relações de Família e Sucessões*, de acordo com as lições de Pires de Lima, Coimbra, Casa do Castelo, 1931.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Sobre o contrato-promessa de partilha dos bens comuns - anotação ao ac. da RC, de 28 de novembro de 1995”, *RLJ*, ano 129.º, 1996/1997, pp. 274-288.

---, “A Reforma do Direito da Família de Macau”, *RLJ*, ano 132.º, 1999, pp. 103-109.

---, “Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)”, *RLJ*, ano 133.º, 2000, pp. 105-111.

---, *Temas de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020.

SAVATIER, «De la portée et de la valeur du principe de l’immutabilité des conventions matrimoniales», *RTDC*, ano 20.º, 1921, pp. 93-121.

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

XAVIER, Rita Lobo “Sociedades entre cônjuges. Sociedades de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa.”, Separata da *RDES*, ano XXXV, n.ºs 1-2-3-4, Janeiro-Dezembro, 1993.

---, “Contrato-promessa de partilha dos bens do casal celebrado na pendência da ação de divórcio (comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de maio de 1993)”, Separata da *RDES*, ano XXXVI, n.ºs 1-2-3, Janeiro-Setembro, 1994.

---, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000.