

SCIENTIA IURIDICA

Atípicas

I. INTRODUÇÃO

tendo em vista a existência de vários casamentos. Não há crase nas convenções matrimoniais no sentido do que sucede no direito italiano - artigo 162^o - embora com algumas limitações - no direito espanhol - artigo 1364^o do Código Civil espanhol - e no direito belga - artigo 1394^o - ainda da revisão de 14 de Julho de 1974, embora a alteração do regime dos bens matrimoniais por um pact. artigo 1795^o al. 2. Neste sentido, a doutrina portuguesa entende que a separata que regula o regime dos bens matrimoniais é uma convenção matrimonial que regula o regime dos bens matrimoniais. A convenção matrimonial é um contrato subseqüente ao casamento, com a finalidade de pôr fim ao regime matrimonial.

SEPARATA

Esta prática é regida pela lei que estabelece as convenções matrimoniais, típicas ou atípicas, desde que celebradas por escritura pública e registadas no Código Civil, artigos 1791^o e 1791^o.

A convenção antenuptial é um contrato celebrado no contexto de casamento, sendo este um pressuposto essencial da celebração antenuptial - artigo 1716^o do Código Civil.

1. Ver artigo 1791^o do Código Civil português, artigo 1394^o do Código Civil belga, artigo 1364^o do Código Civil espanhol.

2. Ver artigo 1394^o do Código Civil belga, artigo 1364^o do Código Civil espanhol, artigo 1791^o do Código Civil português.

3. Ver artigo 1791^o do Código Civil português.

Convenções Antenupciais Atípicas

I. INTRODUÇÃO

A convenção antenupcial é um contrato, celebrado pelos noivos, tendo em vista a celebração do futuro casamento. Não há entre nós convenções post-nupciais, ao contrário do que sucede no direito italiano – artigo 162.º, embora com algumas limitações – no direito espanhol – artigo 1326.º do Código Civil espanhol – e no direito belga – artigo 1394.º, saído da revisão de 14 de Julho de 1976, embora a alteração do regime deva ser confirmado por um juiz, artigo 1795.º al. 2. Neste contrato regulam-se as relações de carácter patrimonial que vigorarão entre os cônjuges na constância do matrimónio. A convenção antenupcial tem que, necessariamente, ter um “nexo substancial ou psicológico” com a comunhão de vida visada pelo casamento (1).

Para garantir a segurança de terceiros, as convenções antenupciais, típicas ou atípicas, devem ser celebradas por escritura pública e ser registadas (Código Civil, artigos 1710.º e 1711.º).

A convenção antenupcial é um contrato acessório ao contrato de casamento, sendo este um pressuposto essencial de eficácia da convenção antenupcial – artigo 1716.º do Código Civil (2).

(1) Neste sentido, Antunes Varela, *Direito da Família*, I, 3ª ed., Lisboa 1993, pág. 426, nota 1.

(2) Neste sentido, Varela, *ob.cit.*, págs. 425 e 426; Francisco Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, Coimbra 1987, pág. 458.

A possibilidade de celebração de convenções antenupciais atípicas remonta ao tempo das Ordenações Manuelinas. Aí se estipulava que "Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por carta de metade, *saluo quando entre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado*" (3) . Encontramo-nos, sem margem para dúvida, perante o princípio da liberdade das convenções antenupciais, que permite a celebração de convenções antenupciais atípicas. Também nas Ordenações Filipinas, livro IV, título 46.º se prevê o princípio da liberdade das convenções antenupciais, em termos quase idênticos aos das Ordenações Manuelinas.

Pode-se concluir que o princípio da liberdade de celebração de convenções antenupciais, em que se baseiam as convenções antenupciais atípicas, está já perfeitamente estabelecido na Ordem Jurídica portuguesa, revestindo um "carácter tradicional entre nós"(4). O presente regime jurídico das convenções antenupciais é o reflexo da evolução deste instituto ao longo dos séculos.

A atipicidade das convenções antenupciais não tem suscitado interesse especial na Doutrina portuguesa.

No domínio do Código Civil de 1867, pronunciou-se a este respeito PIRES DE LIMA, no sentido da aceitação do princípio da liberdade tal como estava prescrito no artigo 1096.º, sujeito aos limites contidos nos artigos 1103.º e 1104.º. O distinto Professor escreve que "na convenção antenupcial, que tem que ser celebrada em escritura pública, sob pena de nulidade (artigo 1097.º, Código Civil), podem portanto os nubentes acordar em quanto lhes aprouver relativamente a seus bens". Como se vê, o Autor limita-se a uma análise superficial do princípio da liberdade. Embora relativa à vigência do Código Civil de 1867, esta obra mantém em grande parte a sua actualidade. PIRES DE LIMA defendia algumas soluções contrárias à doutrina da época, como é exemplo a sua opinião relativa às convenções antenupciais sujeitas a condição ou termo. Nesta questão, como resulta da anotação de ANTUNES VARELA, PIRES DE LIMA defendia a solução adoptada pelo presente Código Civil, ao invés da Doutrina dominante que considerava nulas as convenções antenupciais sujeitas a termo "porque implicam necessariamente a existência sucessiva de dois regimes de bens", o que se considerava

(3) Ordenações do Senhor Rey D. Manoel, Livro IV, Título VII.

(4) Braga da Cruz, *Regimes de bens do casamento Disposições gerais*, in "Boletim do Ministério da Justiça" n.º 63, 1957, pág. 31.

ser uma violação do princípio da imutabilidade (5).

Nos trabalhos preparatórios do novo Código Civil, BRAGA DA CRUZ defende que, de acordo com a autonomia da vontade em matéria contratual, “deve reconhecer-se aos contraentes plena liberdade de pactuar, apenas com as restrições impostas pelos legítimos interesses de terceiros e pelos princípios de interesse e ordem pública”, para além de que “é do interesse familiar que os nubentes gozem de ampla liberdade de contratação ao celebrarem a sua escritura antenupcial” (6). Justifica a sua opinião, com o referido “carácter tradicional” que a liberdade de convenção tem entre nós. Considera, portanto, que o princípio da liberdade das convenções antenupciais permite a “fixação de um regime *ad hoc*, formado por um misto dos vários regimes-tipo, ou por disposições decalcadas em direitos estrangeiros, ou até por cláusulas de pura invenção dos interessados”.

No domínio da vigência da Código de 1966, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA pronunciam-se no sentido da aceitação da celebração de convenções antenupciais atípicas, tal como previstas no Código Civil: “os nubentes têm mesmo a possibilidade, não só de alterar as prescrições de qualquer dos regimes-tipo (v.g., alargando o rol dos bens próprios nos regimes de comunhão ou combinando algumas das regras da comunhão com o regime da separação), mas de criar o regime original que melhor se adapte às circunstâncias concretas da sua situação (...) e é precisamente através desta possibilidade de completo afastamento de qualquer dos regimes-modelo traçados no código que o princípio da *liberdade*, tal como o concebem a lei portuguesa e as legislações latinas, de um modo geral, se distingue do sistema oposto da *tipicidade*” (7).

PEREIRA COELHO limita-se a expor o princípio da liberdade de celebração de convenções antenupciais, embora aprofunde mais o seu estudo no que se refere aos limites legais (8).

Podemos concluir que é doutrina unânime que os noivos podem, se assim o desejarem, celebrar uma convenção antenupcial atípica, dentro dos limites da lei.

(5) Pires de Lima, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, II, Coimbra 1945, pág. 204, nota 1.

(6) *Ob. cit.*, loc. cit.

(7) Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, 2.^a – ed., Coimbra 1992, pág. 358.

(8) *Ob. cit.*, págs. 458-460.

II. CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS ATÍPICAS

O art. 1698.º do Código Civil permite expressamente que os esposos, "dentro dos limites da lei", fixem livremente, por meio de uma convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, estipulando o que a esse respeito lhes aprouver. Isto quer dizer que o Código Civil admite a livre celebração de convenções antenupciais completamente diferentes dos tipos legais, embora com a restrição do artigo 1699.º do Código Civil, convenções antenupciais construídas com base num regime legal de bens modificado pela inserção de cláusulas adicionais e convenções antenupciais em que sejam conjugados vários tipos legais de regimes de bens.

Este artigo proclama a liberdade de convenção (9) e a admissibilidade de celebração de convenções antenupciais atípicas. Neste mesmo sentido GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUC, escrevem: "Sous cette même réserve" referindo-se aos limites legais – "les époux pourraient imaginer un régime entièrement nouveaux ou combiner les règles de deux régimes différents, par exemple la séparation de biens et la société d'acquêtes" (10).

São convenções antenupciais atípicas todas aquelas que não sejam directamente reguladas pela lei, ou seja, todas as que não correspondam a um tipo legal (neste sentido FRANCESCO DONATO BUSNELLI: "Le convenzione matrimoniali (...) possono distinguersi, a secola che siano o no *espressamente regolate dalla legge*, in convenzione tipiche e atipiche" (11); no mesmo sentido, dentro da moderna escola tipológica, CHIARA MARTI (12).

Dentro das convenções antenupciais atípicas devem distinguir-se, desde logo, aquelas que são completamente diferentes dos tipos legais de regimes de bens, daquelas que o não são. As convenções antenupciais completamente diferentes dos tipos legais de regimes de bens são as convenções antenupciais atípicas puras. É extremamente difícil, em teoria, imaginar uma convenção antenupcial que seja em tudo diferente dos tipos legais de regimes de bens previstos no Código Civil. Na prática, em obediência aos limites legais impostos à liberdade de convenção, os noivos não podem convencionar sobre

(9) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, pág. 358.

(10) Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Les Régimes Matrimoniaux*, 2.^{ème} éd., Paris 1986.

(11) Francesco Donato Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, 1962, pág. 514.

(12) Chiara Marti, *Il problema delle convenzioni atipiche nel diritto di famiglia*, in *Tipicità e Atipicità nei Contratti*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 53, Milano 1983, págs. 89 e segs.

a comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º do Código Civil. A imperatividade deste limite justifica-se, conforme os bens em causa, por razões de obediência à legítima imposição da vontade de terceiro, por razões de interesse e ordem pública, ou ainda, por razões de imperiosa justiça (13). Deste limite resulta que, no ordenamento jurídico português, todas as convenções antenupciais atípicas têm, por imposição legal, um traço em comum com o regime da comunhão geral, não podendo, em consequência, serem classificadas como convenções antenupciais atípicas puras. Não se pode, no entanto, concluir que, dentro dos limites da lei, não possam existir convenções antenupciais atípicas. Conclui-se apenas que as que podem existir não podem ser atípicas puras, isto é, não podem ser completamente diferentes dos regimes legais de bens tipificados pelo Código Civil.

O Código Civil permite apenas que os noivos, para além do recurso aos regimes legais típicos, fixem o seu regime de bens através da modificação e da conjugação de tipos legais. As convenções antenupciais em que um tipo legal de regime de bens é modificado ou em que se conjugam vários tipos de regimes de bens são classificadas como convenções antenupciais atípicas mistas.

Vem a propósito distinguir classes de tipos no que respeita a convenções antenupciais e regimes de bens. A classe é um conjunto de objectos agrupados em torno de uma ou mais qualidades comuns (14), que permite uma arrumação exhaustiva da realidade" (15).

As classes de convenções antenupciais resultam da repartição de convenções antenupciais "feitas com base em critérios que têm a ver com a ocorrência ou a verificação de certas características ou qualidades" (16). Por outro lado, os tipos são modelos regulativos tendencialmente completos em termos tais que se torna possível a contratação por mera referência. Assim, os regimes de bens previstos na lei são tipos de regimes de bens, enquanto que, quando se fala de convenções antenupciais típicas ou atípicas, ou, dentro destas, de tipo múltiplo ou de tipo modificada, é de classes de convenções antenupciais que se está a tratar.

As convenções antenupciais podem ser típicas ou atípicas. As atípicas podem distinguir-se em atípicas puras e mistas. Para que

(13) Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, pág. 364.

(14) Carl Hempel und Paul Oppenheim, *Der Typusbegriff im Licht der Neuen Logik*, Leiden 1936, pág.

136.

(15) Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1962S pág. 40.

(16) Pedro Pais de Vanconcelos, *Contratos Atípicos*, Lisboa 1994, pág. 163.

uma convenção antenupcial seja mista é necessário que se verifique que existe um tipo de referência que é modificado, ou conjugado com outro tipo legal. Numa perspectiva genética ou construtiva podemos distinguir entre as convenções antenupciais de tipo modificado e as convenções antenupciais de tipo múltiplo, consoante a sua construção é feita através da modificação de um tipo de base, ou através da conjunção de mais de um tipo.

No caso da convenção antenupcial *de tipo modificado*, os noivos estabelecem um tipo legal de regime de bens como tipo de referência, modificando a sua disciplina jurídica através de um pacto de adaptação, em tudo o que julgarem conveniente para a satisfação dos seus interesses. Os noivos podem estabelecer o tipo de referência por remissão para o regime legal escolhido, ou por transcrição deste. Neste último caso, deverão transcrevê-lo integralmente, sob pena de não aplicação das cláusulas não transcritas.

O pacto de adaptação consiste num conjunto de cláusulas, cuja finalidade é a de modificar o regime jurídico do tipo de referência, de forma a adaptá-lo aos interesses dos noivos. As cláusulas que constituem o pacto de adaptação tanto podem pertencer a um tipo legal diferente do tipo de referência, como podem ser completamente diferentes de qualquer tipo legal de regime de bens, isto é, perfeitamente atípicas (os noivos podem ainda estipular, por meio do pacto de adaptação, cláusulas que embora não pertençam a nenhum regime legal de bens, também não sejam atípicas, como é o caso do artigo 1700.º do Código Civil). O facto de serem atípicas não afasta a natureza mista da convenção antenupcial, pois o que releva para a classificação desta como mista é a verificação da modificação do tipo de referência. A natureza das cláusulas do pacto de adaptação é indiferente para a classificação da convenção antenupcial, embora já não o seja para a concretização do seu regime jurídico.

Os noivos podem, por exemplo, estabelecer em convenção antenupcial o regime da comunhão de adquiridos como tipo de referência, fixando que os bens imóveis que cada um tiver ao tempo do casamento sejam considerados bens comuns – pacto de adaptação. Esta seria uma convenção antenupcial mista de tipo modificado, em que o tipo de referência seria a comunhão de adquiridos, sendo o pacto de adaptação constituído por um elemento da comunhão geral.

As convenções antenupciais mistas de tipo modificado podem ser mais ou menos atípicas, conforme a profundidade das alterações sofridas pelo tipo de referência. Assim é o pacto de adaptação que condiciona o grau de atipicidade da totalidade da convenção antenupcial. No grau mínimo de atipicidade teremos uma convenção antenupcial,

cujo pacto de adaptação provoca apenas uma alteração extremamente diminuta do regime jurídico do tipo de referência, mantendo-se esse regime jurídico quase intacto. No grau máximo, devido às razões supra citadas, teremos uma convenção antenupcial cujo tipo de referência, depois de sujeito às modificações resultantes do pacto de adaptação, é formado pelo artigo 1733.º do Código Civil. Teoricamente a atipicidade poderia ser mais acentuada, mas devido às limitações legais, este é o caso de convenção antenupcial mista de tipo modificado mais atípica possível.

A convenção antenupcial *de tipo múltiplo* não é construída a partir da modificação do tipo de referência, mas antes da conjugação de vários tipos legais. Neste caso, não existe um tipo único que forneça à convenção antenupcial a base da sua regulamentação jurídica, mas uma pluralidade de tipos de referência. A par dos tipos de referência não temos, como no caso das convenções antenupciais de tipo modificado, um "pacto de adaptação", mas antes um "pacto de aplicação". Este pacto consiste num conjunto de meta-cláusulas, de cláusulas sobre cláusulas, cuja finalidade é a de estabelecer a que conjunto de bens se aplica cada tipo de referência. Diverge do pacto de adaptação, pois enquanto este estabelece uma alteração do regime jurídico do tipo de referência, aquele estabelece o campo de aplicação de cada tipo de referência.

A convenção antenupcial pode ser, em teoria, de tipo duplo, triplo, ou múltiplo consoante o número de tipos de referência que a constituam. No ordenamento jurídico português existem três tipos legais de regimes de bens, pelo que há quatro combinações possíveis. Pode conjugar-se o regime da comunhão de adquiridos com o regime da comunhão geral, o regime da comunhão de adquiridos com o regime da separação, o regime da comunhão geral com o regime da separação, ou ainda, podem conjugar-se os três tipos legais de regimes de bens. Na prática, de acordo com o ordenamento jurídico português, só se podem celebrar convenções antenupciais de tipo duplo ou de tipo triplo, embora ambas correspondam à classe das convenções antenupciais mistas de tipo múltiplo.

Em princípio, as convenções antenupciais de tipo múltiplo têm todas o mesmo grau de atipicidade, porque são todas criadas da mesma forma, sempre através da conjugação de vários tipos legais inalterados. No entanto, devido à imposição da incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º do Código Civil, feita pelo artigo 1699.º n.º 1 al. d) do mesmo diploma legal, apenas as convenções antenupciais em que o regime da comunhão geral esteja presente como tipo de referência poderão ser consideradas como convenções

antenupciais de tipo múltiplo “proprio sensu”. Isto porque, sendo o artigo 1733.º do Código Civil um elemento fundamental do regime da comunhão geral, só as convenções antenupciais em que este regime legal seja um tipo de referência serão constituídas através da conjugação de tipos legais de regimes de bens inalterados. Aquelas em que este regime legal de bens não seja um tipo de referência terão de ser modificadas de modo a abranger a imposição do artigo 1699.º n.º 1 al. d). Portanto, se os noivos entenderem celebrar uma convenção antenupcial mista em que conjuguem o regime legal da comunhão de adquiridos com o regime legal da separação, terão que forçosamente estabelecer um pacto de adaptação, que consistirá na estipulação da incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º do Código Civil. Celebrarão então uma convenção antenupcial mista de tipo múltiplo modificado. No caso de outras hipóteses de combinação de regimes legais não haverá problemas desta ordem, pois o regime da comunhão geral estará sempre presente e com ele o artigo 1733.º do Código Civil.

Como se pode concluir, nem sempre é fácil distinguir uma convenção antenupcial de tipo modificado de uma convenção antenupcial de tipo múltiplo. Quando através de um pacto de adaptação se modifica o regime jurídico do tipo de referência encontramos-nos perante uma convenção antenupcial de tipo modificado. Quando um pacto de aplicação manda aplicar a determinado conjunto de bens um determinado regime legal de bens e a outro conjunto de bens um regime legal diferente encontramos-nos perante uma convenção antenupcial de tipo múltiplo.

Quando nos encontramos perante um caso intermédio, em que a convenção antenupcial não é um caso puro nem de tipo modificado nem de tipo múltiplo, devemos considerá-la como caso intermédio que na realidade é, como caso de convenção antenupcial mista de tipo múltiplo modificado. Não devemos tentar reconduzi-la nem ao tipo múltiplo nem ao tipo modificado, pois isso poderia levar a uma concretização defeituosa do seu regime jurídico.

O artigo 1713.º do Código Civil permite que os noivos celebrem uma convenção antenupcial sujeita a condição ou termo. Deste modo, os noivos podem estabelecer a vigência sucessiva de dois regimes de bens distintos (17). As convenções antenupciais sujeitas a condição ou termo devem ser classificadas como convenções antenupciais mistas de tipo múltiplo, pois são construídas a partir da conjunção

(17) Neste sentido, Antunes Varela, *Direito da Família*, I, 3ª ed., Lisboa 1993.

de mais de um tipo de regime de bens. No entanto, não são convenções antenupciais de tipo múltiplo puras, mas antes uma variação desta sub-classe. A diferença em relação às convenções antenupciais de tipo múltiplo puro reside no facto de nestas os tipos de referência vigorarem simultaneamente, enquanto naquelas os tipos de referência vigoram sucessivamente.

O Código Civil permite que uma convenção antenupcial esteja sujeita a mais de uma condição ou de um termo, permitindo também que numa mesma convenção antenupcial se conjuguem condições e termos.

Os tipos de regimes de bens que vigoram antes e depois da verificação da condição ou do preenchimento do termo deverão ser diferentes. No entanto, isto não impede que, antes da verificação da condição ou preenchimento do termo, vigore um determinado regime de bens, enquanto que após a verificação da condição ou preenchimento do termo vigore o mesmo regime de bens, mas sujeito a um pacto de adaptação. Neste caso embora os dois regimes sejam semelhantes, são diferentes. O grau de diferença pode ser pequeno, mas o que interessa, em última análise, é que sejam efectivamente diferentes.

O regime jurídico da condição e do termo é o que consta nos artigos 270.º e seguintes do Código Civil. Deve-se ter em especial atenção o artigo 271.º que versa sobre condições ilícitas ou impossíveis e seus efeitos jurídicos.

A possibilidade de celebração de convenções antenupciais sujeitas a condição ou termo não viola o princípio da imutabilidade, previsto no artigo 1714.º do Código Civil, pois a convenção antenupcial, em si mesma e como tal, não é alterada (18).

III. CONCRETIZAÇÃO DA DISCIPLINA DAS CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS ATÍPICAS.

O método de concretização da disciplina jurídica das convenções antenupciais mistas depende de qual a sub-classe de convenção antenupcial mista em análise. Existe, no entanto, uma característica que é comum a todas as sub-classes das convenções antenupciais mistas.

(18) Neste sentido Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, Coimbra 1992, pág. 159.

Toda e qualquer aplicação de tipos legais de regimes de bens a convenções antenupciais mistas que lhes sejam próximas, deverá ser feita através de um processo analógico. Não porque estas sejam lacunosas, mas porque, como contratos atípicos que são, repelem a aplicação directa da lei. Se se lhes pudesse aplicar directamente a lei, não seriam contratos atípicos, mas antes contratos típicos. "A definição legal do tipo tem uma função de delimitação do âmbito de aplicação directa da sua disciplina legal" (19), portanto, todas as que excedam os limites dos tipos legais, tal como resultam das delimitações da lei, são atípicas e, como tais, não se lhes pode aplicar *directamente* a disciplina jurídica legal. As convenções antenupciais mistas são semelhantes às convenções antenupciais típicas, pois são construídas com base nelas. A semelhança entre ambas pode ser maior ou menor e é graduável numa série que tem como polos a igualdade perfeita e a desigualdade total. A analogia depende da igualdade ou desigualdade, isto é, do grau de semelhança, entre a convenção antenupcial mista e o regime legal de bens que lhes serve de base. Se o grau de semelhança for muito alto, o processo analógico será menos complexo, se, pelo contrário, a semelhança for pequena será necessário o recurso a um processo analógico mais complexo. Tal como a semelhança é graduável, também a analogia o é.

Nesta perspectiva apenas as regras gerais da lei lhes são aplicáveis directamente. A disciplina especial dos vários tipos de regimes de bens só lhes é aplicável por semelhança (20).

No caso de convenção *antenupcial* mista de tipo modificado, ao tipo de referência deverá ser aplicado, por analogia, o regime de bens que lhes serve de base, em tudo aquilo que não for contrário ao pacto de adaptação. Se os noivos não estabelecerem qual o tipo de referência, este será, por aplicação analógica do artigo 1717.º do Código Civil, o regime da comunhão de adquiridos. Deste modo, se os noivos limitarem a convenção antenupcial à estipulação do pacto de adaptação, o tipo de referência será o regime da comunhão de adquiridos. O mesmo acontecerá se, ao estabelecerem o tipo de referência por transcrição, existir alguma lacuna.

A concretização do regime jurídico de convenções antenupciais em que haja um tipo dominante não implica a prevalência do semelhante

(19) Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, pág. 242.

(20) Neste sentido Otto Schreiber, *Gemschte Verträge im Schuldrecht*, in "Jherings Jahrbücher", 60 (1912); e também Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*

sobre as diferenças, nem que se considerem estas irrelevantes. Implica que, o tipo de referência, como tipo dominante, vá contribuir significativamente, “mutatis mutandis” para a disciplina jurídica da convenção antenupcial, mas não que o regime a que se recorre na analogia seja integralmente aplicado sem modificação: a diferença implícita na semelhança obriga a que o *caso-tema* não tenha uma solução idêntica, mas sim semelhante (análoga) à do *caso-foro* (21).

No caso de uma convenção antenupcial mista de tipo modificado em que o peso relativo, quer do tipo de referência, quer do pacto de adaptação seja aproximadamente o mesmo, ter-se-ão de combinar os regimes legais, tendo em conta o peso específico de cada tipo na convenção antenupcial.

No caso de convenção antenupcial de tipo múltiplo, a cada tipo de referência deverá ser aplicado, através de um processo analógico o tipo legal de regime de bens que lhe serve de base. Neste caso a analogia aproxima-se muito de uma subsunção múltipla, com a qual chega mesmo a ser confundida, dado o elevado grau de semelhança com os tipos legais de regimes de bens. Esta semelhança não deve impressionar, pois, na prática, a diferença de regime é muito pequena, atendendo à semelhança do caso aos tipos de referência e à fortíssima analogia do regime (22). No entanto, não se pode esquecer que uma convenção antenupcial de tipo múltiplo é sempre um contrato atípico, por mais semelhança que cada uma das “parcelas de regime” da convenção antenupcial em questão tenha com os tipos legais de regimes de bens.

Se a convenção antenupcial estiver sujeita a condição ou termo, não nos podemos esquecer que é atípica. Como tal, mesmo que os tipos de referência, antes e depois da verificação da condição ou o preenchimento do termo, sejam ambos legalmente típicos, não se lhes pode aplicar a lei directamente.

Como já se viu, não é possível, de acordo com o ordenamento jurídico português, celebrar convenções antenupciais atípicas puras, isto é, completamente diferentes dos tipos legais. Isto, no entanto, não impede que numa convenção antenupcial mista existam cláusulas completamente diferentes das existentes nos regimes legais de bens. Nestes casos a analogia não é possível, pois não há um tipo de referência. Será, então, necessário recorrer à criação de uma solução

(21) Neste sentido Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, pág. 241.

(22) Neste sentido Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, pág. 242.

concreta, recorrendo à interpretação complementadora, com base nos princípios, cláusulas gerais e “standards” (os “standards” são padrões ou tipos médios de condutas aceitáveis, que se baseiam na realidade social em que vigoram tendo uma função de guia na concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados (23), tais como a boa fé, a equidade, ou a diligência de um “bom pai de família”. Esta é a doutrina da criação, tal como proposta por SCHLUEP (24).

A criação é feita a partir da convenção antenupcial, através da concretização de princípios, cláusulas gerais e “standards” (25), pelo recurso às disposições “que o juiz criar de acordo com a boa fé e as demais regras que o autorizem a complementar o direito” (26) ou “aos princípios que regem a integração das lacunas da lei (art. 10.º do Código Civil)” (27).

IV. LIMITES LEGAIS À ESTIPULAÇÃO DE CONVENÇÕES ANTENUPCIAIS ATÍPICAS.

O princípio da livre celebração de convenções antenupciais está sujeito a determinados limites legais.

Um dos limites que se impõem à livre celebração de convenções antenupciais é a obrigatoriedade de adopção de determinado regime legal de bens. Nos casos previstos no artigo 1720.º (casamento celebrado sem procedência do processo de publicações e casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade) os casamentos consideram-se celebrados sob o regime da separação de bens. Este é o limite mais forte à liberdade de celebração, pois os noivos nem sequer podem escolher qual o regime legal de bens que preferem.

No artigo 1699.º está concentrada a maior parte dos limites legais à liberdade de convenção.

(23) Karl-Heinz Strache, *Das Denken in Standards - Zugleich ein Beitrag zur Typologie*, Berlin 1968; Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, págs 395 e 396.

(24) Cfr. Schpuep, *Innominatverträge*, 1979, e *Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht*, Solothurn 1961.

(25) Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, pág. 239.

(26) Vaz Serra, *Objecto da obrigação. A prestação - suas espécies, conteúdo e requisitos*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 74, pág. 80.

(27) Antunes Varela, *Contratos mistos*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1968, pág. 149.

Em primeiro lugar, a lei não permite que a convenção antenupcial sirva como instrumento de disposição "mortis causa" dos bens dos noivos ou de terceiro, ressalvando as exceções dos artigos 1700.º a 1707.º do Código Civil. Trata-se de uma reafirmação da proibição insita no n.º 2 do artigo 2028.º do Código Civil.

Em segundo lugar proíbe-se que na convenção antenupcial se alterem os direitos e deveres quer paternais, quer conjugais. Não se pode portanto alterar as regras dos artigos 1874.º e seguintes, nem as regras dos artigos 1672.º e seguintes.

Proíbe-se, de seguida, a alteração das regras sobre a administração dos bens do casal, contidas nos artigos 1678.º e seguintes.

Como já se referiu, proíbe-se a estipulação da comunicabilidade de bens enumerados no artigo 1733.º. Pretende-se impedir que, através da estipulação das partes se alcance um regime de comunicabilidade dos bens que no regime da comunhão geral sejam incomunicáveis, isto é, um regime de comunhão geral mais lato do que o legal. Daqui se pode concluir que o regime legal da comunhão geral constitui o limite máximo de comunicabilidade.

Em último lugar, apenas para os casos em que o casamento seja celebrado por quem já tenha filhos, não se permite que se convençione o regime da comunhão geral, nem se permite a estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1722.º do Código Civil. Neste último caso, aplica-se o que se disse a propósito da incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º do Código Civil, com as devidas alterações.

Como se pode ver, a enumeração do artigo 1699.º do Código Civil não é taxativa. Existem outros limites ao princípio da liberdade de convenção, como é o caso do artigo 1718.º, que proíbe a simples remissão para lei estrangeira, para preceito revogado ou para usos e costumes locais.

Fora do âmbito do Código Civil, encontramos no Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que procedeu à adaptação do Código Civil à nova ordem constitucional, a abolição do regime dotal (artigo 88.º) e a proibição de celebração de casamentos sob o mesmo regime (artigo 180.º), com o fundamento de "ser incompatível com o princípio da *igualdade dos cônjuges*". Em França, o regime dotal foi abolido pela Lei de 13 de Julho, de 1965, que considerou este regime de bens *archaïque et économiquement malfaisant*(28). Desta solução legal,

(28) Gérard Cornu, *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, 1974.

é possível retirar mais um limite, este implícito, à autonomia dos noivos na celebração de convenções antenupciais atípicas.

Para além dos limites especiais ao princípio da liberdade de convenção, existem ainda os limites gerais dos artigos 280.º e seguintes do Código Civil.

PEDRO LEITÃO PAES DE VASCONCELOS
Licenciado em Direito
Monitor da Faculdade de Direito de Lisboa