



O limite da autonomia privada decorrente da imposição do regime matrimonial da separação de Bens na situação prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 1720 do Código Civil à luz do princípio da igualdade.

Michelly Cardoso Miranda

Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Dissertação elaborada sob orientação da
Professora Doutora Rute Teixeira Pedro
conducente à obtenção do grau de Mestre em
Direito – Área de Especialização em Ciências
Jurídico- Civilísticas

Porto, Setembro de 2020

Resumo

No percurso do presente trabalho propomo-nos a refletir criticamente sobre o regime previsto na alínea b), n.º 2, do artigo 1720 do código civil português. Considerámos em particular à sua conformidade aos princípios da igualdade e da autonomia privada, ambos merecedores de tutela constitucional.

A versão inicial do Código Civil é anterior à Constituição da República de 1976. A supressão da autonomia privada dos nubentes maiores de 60 anos no que respeita à escolha do regime de bens (o legislador retira-lhes liberdade de escolha, impondo-lhes o regime de separação) mantém-se intocada nos nossos dias.

A nossa reflexão terá em consideração não só os ditames constitucionais, mas também o direito matrimonial português.

Na nossa análise não perdemos de vista que a escolha do regime de bens é um aspeto, dos que compõem o regime patrimonial do casamento é regida pelo princípio da liberdade de convenção (art. 1698.º). Consequentemente sabemos que a restrição ao funcionamento da autonomia privada deve ser fundamentada e proporcional.

Em consequência, atendendo ao objeto do nosso trabalho, faz-se necessário analisar os conceitos relacionados aos efeitos patrimoniais do casamento, mais especificamente detidamente os regimes de bens.

Cumpre-nos também perspetivar de forma renovada a vulnerabilidade associada à idade para aferir como ela deve refletir-se na limitação a autonomia privada sem ferir o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Efeitos patrimoniais do casamento, regime de bens, princípio da igualdade, princípio da autonomia privada, vulnerabilidade e supressão da autonomia privada, regime de separação de bens.

Abstract

Along the way of this paper we propose to reflect critically about the regime provided for in paragraph b), paragraph 2, of article 1720 of the Portuguese Civil Code. We consider in particular compliance with the principles of equality and private autonomy, both of which deserve constitutional protection.

The initial version of Civil Code is prior to the 1976 Constitution of the Republic. The suppression of the private life of couples over 60 years age concerning to the choice of property regime remains untouched nowadays (the legislature takes away their freedom of choice, imposing the separation regime on them).

Our reflection will take into consideration only the constitutional dictates, but also Portuguese matrimonial law.

In our analysis, the intention is do not lose sight of the fact that the choice of property regime is an aspect, of which make up the patrimonial regime of marriage is governed by the principle of freedom of convention (art. 1698). Consequently, we know that the restriction on the functioning of private autonomy must be justified and proportional.

We also need to take a fresh look at the vulnerability associated with age to gauge how it should be reflected in limiting private autonomy without hurting the principle of equality.

Keywords: Patrimonial effects of marriage, property regime, equality principle, private autonomy principle, vulnerability and suppression of private autonomy, property separation regime.

Lista de Abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Art. - artigo(s)

B.M.J – Boletim do Ministério da Justiça

CC - Código Civil Português

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

Cfr – Conforme

Colab - colaboração

cord – coordenação

CPC – Código Processo Civil

CRC – Código de Registo Civil

CRep - Constituição da República Portuguesa

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dec.-Lei – Decreto Lei

DJE – Diário de Justiça eletrônico

Inc - inciso

n.º - número

orient - orientação

p. /pp. - página/páginas

PL – Projeto de Lei

P.U – Parágrafo Único

Reimp – reimpresso

rev act – revisão actualizada

s/ss - seguinte/seguíntes

STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

STF- Supremo Tribunal Federal do Brasil

Sumário

Introdução

1. Os Princípios da Autonomia privada e da igualdade como princípios estruturantes do direito civil

1.1. Previsão Constitucional dos princípios.

1.1.1. Princípio da Autonomia Privada.

1.1.2. Princípio da Igualdade.

1.1.3. À eficácia horizontal dos princípios constitucionais.

1.2. Algumas das tradicionais limitações à vigência do princípio da autonomia privada, em especial no domínio matrimonial.

2. A Autonomia privada na escolha do regime de bens - âmbito e limitações

2.1. A liberdade da convenção e a imutabilidade dos regimes de bens.

2.2. Os regimes de bens tipificados no Código Civil Português e o regime supletivo de bens (art. 1717º)

2.2.1. Regime de Comunhão Geral

2.2.2. Regime de Comunhão de Adquiridos

2.2.3. Regime da Separação de bens

2.3. Os limites à autonomia privada na escolha de regime de bens:

2.3.1. O regime do art. 1718.º

2.3.2. O regime do n.º 2 do art. 1699.º

2.3.3. O regime do artigo 1720, n.º 1 e a influência do direito brasileiro (observações introdutórias).

3. O regime do artigo 1720.º

3.1. A previsão da norma: as duas situações previstas no artigo 1720 do Código Civil.

3.1.1. Os casamentos celebrados sem precedência do processo preliminar.

3.1.2. Os casamentos celebrados por quem tenha completado 60 anos de idade

3.2. Dos efeitos jurídicos aplicáveis nos casos previstos nas alíneas do n. 1 do art. 1720.

3.2.1. A imposição do regime de separação

3.2.2. A possibilidade de celebração de doações para casamento

3.2.3. A proibição da celebração de doações entre casados

3.3. Correlação com o artigo 1641º do Código Civil Brasileiro.

4. A pertinência da manutenção do regime previsto no art. 1720.º, em especial no caso da alínea b) do seu n.º 1

4.1. A persistência das razões que sustentam a imposição do regime de bens no presente.

4.1.1. O envelhecimento populacional e a vulnerabilidade.

4.1.2. Vulnerabilidade e a capacidade civil.

4.2. A consideração da solução brasileira

4.2.1. Os debates em torno da sua alteração.

4.2.2. A alteração de 2010.

4.3. A bondade do regime de separação de bens e os mecanismos corretores das suas insuficiências

4.4. A apreciação do regime à luz dos princípios da igualdade e da autonomia privada.

Conclusão.

Lista de Referências Bibliográficas

Introdução.

A composição e a dinâmica das famílias vêm a mudar desde o Século passado até aos dias atuais, trazendo consigo mudanças nas regras jurídicas. Antes a família era perspectivada como uma instituição de caráter patriarcal em que havia diferenças do papel do homem e da mulher na dinâmica familiar: o homem era o “chefe da família” ficando a mulher e os filhos a seu cargo.¹

Contudo, a sociedade mudou. As mulheres ingressaram no mercado de trabalho, houve mudanças em relação à forma de constituição das famílias. Além disso, foi proclamada e progressivamente concretizada a igualdade entre homens e mulheres, o que se projetou também num maior espaço para a autodeterminação pelos cônjuges.

Promovendo uma mudança de paradigma no direito das relações familiares, deu-se a chamada “desinstitucionalização da família”. Afastou-se a tendência de vislumbrar a família como uma unidade institucional em favor de um objetivo de proteção dos indivíduos que a compõem.

Para tal mudança muito contribuiu a entrada em vigor da Constituição da República de 1976, nomeadamente com a previsão dos princípios da igualdade e da autonomia privada, também aplicáveis no âmbito familiar matrimonial. Algumas alterações produziram-se de imediato, outras foram-se concretizando paulatinamente nas últimas 4 décadas.

A reforma de 1977 consagrou novas soluções em substituição das previsões que contrariavam as normas e princípios constitucionais. Estas mudanças visaram, primordialmente, a concretização da ideia da igualdade no seio da família.

Todavia, em relação à autonomia privada, nomeadamente, no que diz respeito à conformação dos efeitos patrimoniais do casamento a evolução não foi tão evidente e tão intensa. Na verdade, desencadeou-se de forma lenta. Como resultado, ainda existem limites merecedores de reflexão. É o que acontece com o disposto no artigo 1720 do Código Civil.

O dispositivo prevê que qualquer pessoa que se case com uma idade igual ou superior a 60 anos se case imperativamente no regime da separação total de bens. Esta norma coloca os sujeitos acima de 60 anos numa situação de limitação da sua autodeterminação, exclusivamente fundamentada num critério etário.

A justificativa para a previsão normativa é a proteção dos mais vulneráveis em razão de idade. Uma vez que, a sua vulnerabilidade pode dar origem a casamentos como objetivo de acréscimo patrimonial de um cônjuge em relação ao outro, o chamado “golpe do baú”. Para isso não ocorrer a norma prevê à proteção, a qual foi inspirada numa norma do direito civil brasileiro, que tem o mesmo fundamento de existência.

Apesar da justificativa, a norma que elimina a autonomia privada dos nubentes acima de 60 anos está na contramão da tendência legislativa Portuguesa. Já que à maneira de proteger os maiores que se encontram em situações de vulnerabilidades, passou por alterações que buscam retirar os estigmas trazidos e, proporcionar maior autonomia aqueles que precisam de alguma proteção específica.

Nesse sentido, a lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, proporcionou maior autonomia de vontade ao maior acompanhado, acolhendo o modelo de intervenção que assenta numa análise casuística das situações que necessitam de limitação da capacidade daqueles que se encontram em estado vulnerável, ou seja, apenas nos casos de suma importância será retirada ou limitada a capacidade da pessoa.

Diversamente dessa tendência legislativa, o código civil continua a prever, na alínea b), n.º 1 do artigo 1720, uma limitação da autodeterminação com base numa vulnerabilidade abstrata, tendo como base uma referência etária.

A reflexão relevante para o nosso percurso é se a manutenção dessa previsão normativa não fere os princípios constitucionais, especialmente, o da igualdade e o da autonomia privada.

Na verdade, o parâmetro etário é um balizador adequado e proporcional? Pois, o sistema jurídico está norteado por uma ideia de vulnerabilidade especial e, não apenas uma ideia de grupos de vulneráveis.

A conjectura de uma vulnerabilidade abstrata, em conjunto com a eliminação da autonomia de vontade não proporciona apenas uma afronta aos princípios constitucionais?

A idade usada como referência de presunção de vulnerabilidade já não é condizente com a realidade da sociedade portuguesa atual, visto que, a esperança de vida alterou-se sobremaneira desde à década de 70 até o ano de 2018 (aumento em 6 anos).²

No nosso trabalho também precisamos de refletir se o regime da separação de bens é o mais adequado para ser utilizado pela norma a partir de uma supressão de todos os outros regimes tipos previstos no código.

² Pordata. Disponível in: <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela> (Última consulta em 31 de agosto de 2020).

Haverá que perguntar, mesmo num contexto em que a limitação da autonomia privada aparece como um meio de proteção, como ter certeza que a escolha do regime da separação de bens é o que melhor protege o património dos mais vulneráveis.

Principalmente, após a Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto ter elegido o referido regime de bens, como a única opção para os nubentes que afastarem a sucessão legitimária entre si.

1. Os Princípios da Autonomia privada e da igualdade como princípios estruturantes do direito civil

O percurso do presente capítulo inicia-se com algumas considerações sobre os princípios da autonomia privada e da igualdade como princípios estruturantes do direito civil. Posteriormente apresenta-se seu enquadramento na Constituição da República Portuguesa, averiguando-se os referidos princípios estão expressamente previstos no texto constitucional ou derivam de outros princípios constitucionalmente consagrados. Consideraremos também os termos que os mesmos são irradiados para o resto do ordenamento jurídico.

De forma mais pormenorizada, mas não com objetivo de esgotamento teórico, serão apresentados os princípios da autonomia privada e da igualdade. Em seguida será dado um enfoque aos limites sofridos especificamente pelo princípio da autonomia privada, principalmente no direito matrimonial, uma vez que as limitações são de extrema relevância para o estudo do artigo 1720.º do Código Civil Português, objeto da nossa reflexão.

Ao investigar os princípios da autonomia privada e da igualdade, verifica-se que estes estão na base do direito privado. O primeiro relaciona-se mais com o direito subjetivo, elemento nuclear e característica marcante nas relações privadas.

Na verdade, o direito Privado regula as relações entre particulares³. Os princípios estruturantes estão correlatos às relações subjetivas, que objetivam interesses particulares. A intervenção estatal é, neste âmbito, excecional, o que torna a autonomia privada inerente ao direito privado.

Assim afirma António Menezes Cordeiro: “A autonomia privada é um instituto geral de todo o direito privado. Ela pode ser apresentada como liberdade ou autonomia contratual ou como liberdade e autonomia negocial, quando tenha em vista a celebração de contratos ou de negócios.”⁴

A autonomia privada para Francisco Amaral é “uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua

³ O direito objetivo limita o direito subjetivo, em decorrência de um não ser concebível sem o outro. Ana Prata pontua que “o direito objetivo é, pois, elemento interno e estrutural do poder jurídico da vontade (direito subjetivo) e é, simultaneamente, seu limite externo, ou seja, obstáculo externo intransponível à manifestação da vontade fora dos quadros definidos pelo ordenamento(...) E prossegue “(..) O direito subjetivo tem a sua força vinculativa e o seu carácter jurídico dependente do direito objetivo. Se é certo que toda a acção humana é em si mesma afirmação de um poder vontade, isto é, que o poder da vontade é uma essencial característica humana, ao nível jurídico esse poder virtual só se efectiva na medida em que a ordem jurídica, o direito objetivo, confira à vontade um poder jurídico, isto é, na medida em que o ordenamento atribua ao poder virtual os meios de se transformar em poder jurídico real.” Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, p.19.

⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2019, p.393.

atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legislador sobre seus próprios interesses.”⁵ Corroborando a tese de que o princípio da autonomia privada é parte basilar do direito privado.

Revelando-se um princípio estruturante do direito privado, estará na base de formação do direito civil, que é um ramo jurídico deste e, que regula a liberdade de criação de regras entre os particulares, para vincularem-se através de ato volitivo.

Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto explicam sobre o caráter fundante da autonomia para o direito civil: “A autonomia quer no aspeto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspeto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral, os interesses próprios – é uma ideia fundamental do direito civil.”⁶

Portanto, não há como os particulares regularem suas relações se estas não forem pautadas na sua liberdade de escolha e de decisão. O elemento estruturante das relações privadas é, então, o ato volitivo. A liberdade é a estrutura do ato volitivo, não existindo esse sem aquela. Os negócios jurídicos e em particular os contratos aparecem como manifestação por excelência da liberdade.

Constata-se que a autonomia é a base do direito civil. Observa-se que este princípio não tem uma mesma amplitude de atuação em todos os seus sub-ramos.⁷ Uma vez que uns possuem maior amplitude de atuação e menor número de limitação. Enquanto outros são inversamente proporcionais, por decorrerem de relações que objetivam mais o interesse público que o interesse privado.

Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota prelecionam que “Não existirá com a mesma intensidade em todos os domínios do direito civil, sendo mais amplo no domínio das relações patrimoniais e do tráfico jurídico, do que no das relações pessoais e familiares. O seu reconhecimento e a sua garantia sempre se verificam, contudo, em todos os sectores do direito civil.”⁸

⁵ Francisco Amaral, *Direito Civil- Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.p.335.

⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.58.

⁷ Sobre a classificação João de Castro Mendes “O direito civil, que disciplina em regra toda a actividade dos particulares, é tão vasto e complexo quanto esta mesma actividade. Daí resulta a necessidade, sobretudo para efeitos de estudo, da sua divisão em sub-ramos. A classificação tradicional neste domínio é a chamada classificação germânica do direito civil, a qual o distingue em quatro partes: Direito das obrigações, Direitos das Coisas, Direito da Família e Direito das Sucessões.” João de Castro Mendes, *Teoria Geral do direito civil*, colab. Armindo Ribeiro Mendes, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1997, p.37.

⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.59.

O direito das obrigações é o que tem maior espaço para a autonomia, em contrapartida o direito da família, historicamente, tem um espaço reduzido. É assim devido à tradicional visão da família como uma instituição, e não como meras relações entre particulares.

A esse propósito escreve Rute Teixeira Pedro “Na verdade, se a autonomia privada aparece, secularmente, como um princípio estruturante do direito civil, em particular no direito obrigacional, a área de direito de família foi arredia à sua afirmação e intervenção, durante muito tempo”.⁹ Em razão da acentuada conotação publicista em que se fundava. O interesse comunitário da sociedade podia prevalecer sobre interesse meramente individual do particular.

Entretanto, mesmo nos casos em que existem um número acentuado de limitações ao princípio, não se rechaça a sua função estrutural. António Menezes Cordeiro ressalta: “As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição o Direito privado. Por isso e por extensas que se apresentem, elas nunca chegam a suprimi-la: as diversas situações civis relevantes repousam sempre na liberdade das pessoas.”¹⁰

Ademais os processos transformadores ocorridos na esfera do direito da família, como a desinstitucionalização¹¹ da família e a constitucionalização do direito civil¹² asseguraram um maior espaço de exercício da autonomia privada dentro das relações familiares.

Tal explica-se pela mudança de entendimento à cerca do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos no contexto familiar, designadamente nas relações matrimoniais. Importa, pois, clarificar a posição estrutural da autonomia privada nesse sub-ramo do direito civil, o que faremos *infra*.

Seguindo com a questão dos princípios estruturantes do direito privado, estudemos os prismas em que o princípio da igualdade torna-se essencial. António Menezes Cordeiro ensina:

⁹ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.27.

¹⁰ António Menezes Cordeiro, “*Tratado de direito Civil*”, Coimbra, Almedina, 2019, p.395.

¹¹ As relações familiares eram vistas como espaços mais institucionais, onde os indivíduos viviam para a promoção da comunidade familiar, não sendo visto de forma individual. Com as transformações operadas o indivíduo passa a buscar seu desenvolvimento pessoal inclusive dentro da comunidade familiar. Sobre o assunto Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp.105 e ss.; Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais, Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp 147 e ss.

¹² Expressão usada por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I: art. 1º a 107º, 4ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra, 2007, reimp, Em 2014, p. 349. Processo Relacionado à eficácia horizontal dos princípios Constitucionais. Rute Teixeira Pedro “o influxo das diretrizes constitucionais proporcionou o surgimento das condições necessárias à promoção da expressão da autonomia privada, anteriormente travada pela estrutura hierarquizada das relações conjugais consagrada na lei e sancionada pela Constituição.” - ¹² Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.130.

“O Direito privado é dominado pela igualdade e pela liberdade. Nesta, assume um papel de relevo a livre produção de efeitos jurídicos.”¹³

De modo diferente da autonomia privada a igualdade estrutura tanto o direito publicista quanto o direito privatístico. Em decorrência de ser ponto fulcral para realização da justiça, que é em última instância o objetivo do direito.

Manuel Carneiro da Frada, ressalta a justiça como estruturante do direito civil afirmando que: “A autonomia privada e a justiça representam, todos o sabem, dois vetores básicos do direito dos contratos: o que é dizer ainda, dois princípios do Direito Civil”¹⁴.

Manuel Lopes Madeira Pinto explica: “O Direito Civil tem de servir de afirmação prática entre a ideia da Justiça em sentido jurídico, ou seja, como virtude atinente à constante vontade de dar a cada um o seu direito (grifos do autor), na fórmula de Ulpiano (Digesto)”¹⁵. Desta forma, a ordem jurídica tem que ser pautada pelo princípio da igualdade, tanto em uma perspectiva de igualdade perante a lei, quanto uma perspectiva de igualdade real. Uma vez que a igualdade é inerente a justiça e será a base de todos ramos jurídicos.

José de Melo Alexandrino e Marcelo Rebelo de Sousa quando comentam o artigo 13 da Constituição da República Portuguesa ressaltam a função do princípio da igualdade. Nesse sentido afirmam que “é um princípio estruturante do sistema jurídico Português, sendo multifacetado, pois prever a possibilidade de discriminação, como impõem diferenciações em casos específicos em que inerentemente já existe diferenciação. Sendo um princípio complexo, visto que desempenha diversas funções”¹⁶.

Desta maneira o princípio da igualdade estrutura o direito civil. Pois as relações privadas, notadamente, os negócios jurídicos têm que serem realizados entre sujeitos que dispõem de iguais possibilidades dentro das relações jurídicas privadas.

O princípio da igualdade caminha conjuntamente com o princípio da autonomia. O segundo estrutura todo o direito privado o mesmo ocorrerá com o primeiro. Conforme as palavras de Francisco J. Andrés “*Si las partes son desiguales, el contrato ya no puede ser*

¹³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2019, p.393.

¹⁴ Manuel Carneiro da Frada, “Autonomia privada e justiça contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil”, *In: Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, 2017, p.239.

¹⁵ Manuel Lopes Madeira Pinto “A Jurisprudência modera a liberdade contratual?”, *in: Congresso internacional de direito civil (CIDC) Contributos para uma reflexão sobre a autonomia privada*, Instituto Superior de Ciências empresarias e do Turismo, 2018, p.30.

¹⁶ José de Melo Alexandrino, e Marcelo Rebelo de Sousa, *Constituição da república Portuguesa Comentada*, Lisboa, LEX, 2000, pp. 89 e 90.

*verdadera expresión de la voluntad libre de cada contratante, y por tanto los efectos virtuosos para la sociedad de la autonomía privada desaparecen.”*¹⁷

No que toca às relações familiares, o princípio da igualdade por muito tempo, não foi visto como uma igualdade de tratamento entre ambos os sexos. Guilherme de Oliveira ressalta: “O estatuto igualitário dos cônjuges foi introduzido nos sistemas jurídicos europeus durante a Segunda metade do Século XX. Em Portugal essa responsabilidade coube à Constituição da República de 1976, seguida pela reforma do Código Civil, em 1977”.¹⁸

Na verdade, tradicionalmente existia uma diferença nas funções do homem e da mulher no seio familiar. Assim ambos tinham direitos e deveres, diferenciados, inclusive em relação ao casamento e na conformação dos seus efeitos patrimoniais.

A visão da família a partir do Século XX passa por mudanças históricas, sociais e culturais. Fazendo com que os princípios da autonomia de privada e da igualdade passem a estruturar essas relações, assim como já o faziam nas demais relações de direito privado.

1.1. Previsão Constitucional dos princípios

Inicialmente para uma melhor compreensão da proteção constitucional dos princípios da autonomia privada e da igualdade na Constituição da República Portuguesa faremos um breve estudo, sobre o princípio da dignidade de pessoa humana.

O Século XX foi marcado pelas duas grandes guerras mundiais e, principalmente após a segunda, percebeu-se que a humanidade precisava de paz e maior proteção para os seres humanos, enquanto ser humano a nível global¹⁹. A ideia nazi-fascista, que marcou o segundo conflito, não colocavam todos os homens como merecedores de direitos e detentores de dignidade.

Na sequência do conflito deu-se a criação da Organização das Nações Unidas, que tem como propósito a paz mundial. Este propósito está definido no preâmbulo de sua Carta²⁰ e na

¹⁷ Francisco J. Andrés Santos, “La Autonomía Privada em la perspectiva histórica-comparatista”, in *Actas del congreso Internacional “límites a la autonomía de la voluntad” celebrado em la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza comares, Zaragoza, 2016*, Granada, Comares, 2017, p.13.

¹⁸ Guilherme de Oliveira “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol.1, Coimbra, 2004, p.767.

¹⁹ Sobre o assunto José Carlos Vieira de Andrade afirma: “foi durante e depois da II Guerra mundial que se sentiu de modo particularmente intenso a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais.”. José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed, Coimbra, Almedina, 2012, p.25.

²⁰ “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover

declaração Universal. Em decorrência desses factos históricos e dos documentos de direitos humanos internacionais que se seguem, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a estruturar as ordens jurídicas dos Estados democráticos²¹.

Este princípio não tem uma delimitação fechada, sendo um conceito indeterminado, em que se define como o mínimo para existência digna da pessoa. Desta definição, surgem outros princípios que se correlacionam ou derivam-se deste. Formando o sistema de direitos fundamentais, Jorge Miranda e Rui Medeiros definem a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao sistema de direitos fundamentais nos seguintes termos: “O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”.²²

A Constituição da República Portuguesa protege o princípio da dignidade humana em seu artigo 1º e o faz com a finalidade de integração do sistema jurídico. Assim afirma Jorge Miranda: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.^{23 24}

A dignidade da pessoa humana como estruturante do sistema jurídico português e o sistema de direitos fundamentais constituem o ponto central, para a percepção do princípio da autonomia privada de que vamos falar em seguida.

1.1.1. Princípio da Autonomia Privada

A autonomia privada não está expressamente prevista na Constituição, por isso não é formalmente constitucional. Ana Prata afirma “Não é possível encontrar nela qualquer norma que, expressa e inequivocamente, consagre o princípio autonomia privada.”²⁵

o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.” – Preâmbulo da Carta das Nações Unidas- disponível in: <https://nacoesunidas.org/conheca/>, (última visita em 12 de janeiro de 2020).

²¹ Sobre o assunto Francisco Hupsel, *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional, o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*, Salvador, JusPodium, 2016, pp.57 e ss.

²² Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º. a 79º., 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.82.

²³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional-Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012, p.219.

²⁴ Jorge Vieira de Andrade “Continuamos afirma que a Constituição Portuguesa, tal como as suas congéneres europeias, integra o estatuto dos indivíduos na sociedade política num sistema de valores, em que o valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana individual emblematicamente afirmado no seu primeiro artigo como o valor primário em que se baseia o Estado”. José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p.106.

²⁵ Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, p.71.

Por esse motivo surge o questionamento quanto a saber qual é a fonte de proteção constitucional do princípio da autonomia privada: se deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, ou se deriva de outros princípios constitucionalmente consagrados. Não existem, hoje, controvérsias doutrinárias a respeito do seu merecimento de proteção constitucional ²⁶.

Paulo Mota Pinto defende uma constitucionalidade derivada do princípio geral da liberdade, ou mesmo que assim não fosse, defende que pelo menos desde 1997²⁷ o princípio da autonomia privada, em particular da liberdade contratual, tem arcabouço constitucional a partir da proteção do desenvolvimento da personalidade. Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto afirmam que “Os seus fundamentos constitucionais mais explícitos se encontram-se nos artigos 26, n.º 1, e 61º. Da Constituição.”²⁸

Ana Prata apresenta um estudo em que averigua se a proteção constitucional do princípio da autonomia privada, deriva de um dos seguintes princípios: ou do da liberdade individual, ou do da igualdade ou ainda do da propriedade. A Autora chega à conclusão de que em todos os princípios analisados constata-se algum traço que permite visualizar a proteção do princípio da autonomia privada.²⁹

Todos os princípios averiguados pelos autores têm aspetos que irão ratificar o carácter constitucional do princípio da autonomia privada. É assim porque todos possuem um vértice comum em sua génese, que é o princípio basilar da dignidade da pessoa humana e, todos formam o sistema de direitos fundamentais da Constituição da República Portuguesa.

Assim o princípio da autonomia privada é constitucionalmente protegido sendo nessa medida matéria constitucional. Encontra-se previsto implicitamente na Constituição Portuguesa dentro do sistema jurídico constitucional de direitos fundamentais e³⁰ deriva do princípio da

²⁶ Paulo Mota Pinto “A autonomia privada, e, em particular a liberdade contratual, para além de ser um princípio fundamental do direito civil, é também objeto de proteção constitucional- pelo menos, de uma garantia fundamental, senão mesmo como um dos aspetos protegidos no quadro da liberdade geral de ação que é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade.” Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, p.149.

²⁷ Revisão Constitucional que veio adaptar a Constituição ao Tratado de Amsterdão , o qual foi firmado na cidade de Amesterdão, a 2 de Outubro de 1997, como fruto da Conferência Intergovernamental que iniciou os seus trabalhos em 1996, na sequência do programa de revisão fixado pelo Conselho Europeu, na sua reunião em Turim, a 29 de Março desse ano. União Europeia. Disponível in: https://europa.eu/european-union/index_pt, (última visita em 18 de Janeiro de 2020).

²⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.102.

²⁹ Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.71 e ss.

³⁰ Sobre o assunto Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos fundamentais: Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 147 e ss.; Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.71 e ss.; Francisco Hupsel, *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*, Salvador, JusPodium, 2016, pp.55 e ss. Jorge Miranda e Rui Medeiros,

dignidade da pessoa humana, na ótica da proteção da liberdade. Apresenta-se como poder jurídico indispensável a uma existência digna. Na verdade, as razões que subjazem a que a Constituição tenha protegido de forma mais específica o livre desenvolvimento da personalidade relacionam-se ao princípio da autonomia privada.

Elucidada a questão constitucional do princípio, passemos à sua delimitação conceitual. A esse propósito não existe unanimidade, havendo pois uma necessidade de delimitação do sentido para uma melhor ilustração do no nosso percurso.

Parte da doutrina divide a autonomia privada em sentido amplo e em sentido estrito, diferenciando a autonomia privada de outras realidades expressas através das seguintes nomenclaturas: autonomia de vontade, autonomia negocial e liberdade contratual. Sendo embora elementos da autonomia privada em sentido amplo, ao mesmo tempo que a autonomia privada em sentido estrito pode se converter em sinônimo das referidas nomenclaturas.

Entre os doutrinadores que defendem a diferenciação entre a autonomia de vontade e a autonomia privada, ou seja, que defendem uma autonomia privada em sentido amplo, têm-se Francisco Amaral³¹, Pedro Pais de Vasconcelos³², Antunes Varela.³³

Em contraposição temos Ana Prata que se dedica ao sentido mais restrito como referindo-se a liberdade negocial. Numa perspectiva próxima Rute Teixeira Pedro quando escreve “A aceitação da autonomia privada aparece, tradicionalmente associada ao reconhecimento aos particulares de um espaço para a autorregulação dos interesses de que são titulares e que se conexionam com a componente patrimonial da existência. Aparece, portanto, como um instrumento de exercício de liberdade das relações de índole patrimonial de que os sujeitos jurídicos são parte e, nesse espaço os particulares podem assumir uma função criadora

Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º. a 79º., 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp.76 e ss.

³¹ O qual afirma que “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confundem existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo concreto e real. Francisco Amaral, *Direito Civil- Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 335 e 336.

³² Pedro Pais de Vasconcelos “Num sentido restrito, a autonomia privada pressupõe um espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si, como entenderem, através da celebração de negócios jurídicos ou de contratos e do exercício de direito subjetivos, sem terem de se sujeitar a directiva de terceiros.” Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp.16 a 18.

³³ Escrevendo do que “E outra coisa, embora estreitamente relacionada com essa, é o poder reconhecido as pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (no plano do direito) dos seus interesses contrapostos (liberdade contratual) que mais convenham à sua vontade comum.” João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, Vol. 1, 10ª ed., rev act., Coimbra, Almedina, 2000, pp.226 e ss.

de normas jurídicas que pretendem que se lhe apliquem. Fazendo, em regra através da celebração de negócios jurídicos, nomeadamente contratos”³⁴.

Por consequência, do estudo ser centrado nos efeitos patrimoniais do casamento e, pelos argumentos expostos, optamos no nosso percurso por adotar o sentido da autonomia privada de forma estrita como sinónimo de autonomia negocial.

1.1.2. Princípio da Igualdade

Em contraposição ao princípio da autonomia privada o princípio da igualdade é expressamente previsto na Constituição da República Portuguesa de 1976. Mesmo que assim não fosse, teria proteção constitucional em decorrência do mesmo sistema de direitos fundamentais, ou por meio dos princípios de direito internacional, como o Artigo 7.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948.

Todavia, vem sendo uma tendência, da maioria das Constituições de base Democrática da atualidade, a previsão expressa do princípio da igualdade, dando-lhe, assim, proteção formalmente e materialmente constitucional. Nesse sentido, vejamos entre outras de origem romano-germânico as seguintes: a *Constitution Française* de 1958 em seu artigo 1.º, a *Constitución Española* de 1978 em seu artigo 14, a Constituição Brasileira de 1988 no seu artigo 5.º e, por fim, sendo ponto focal do presente estudo, temos a proteção expressa no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Pode-se assim, como já apresentado, concluir-se que tanto o princípio da autonomia privada como da igualdade são fundantes do ordenamento jurídico Português³⁵.

A Constituição Portuguesa protege o princípio da igualdade tanto na vertente positiva, quanto na vertente negativa.³⁶ Nesse sentido, Ana Prata declara: “Essencialmente, pode dizer-se que a igualdade na Constituição de 1976 tem dois sentidos: igualdade formal perante a lei, e igualdade substancial a promover pelo Estado, tomando como ponto de partida as desigualdades reais. O primeiro sentido está refletido no nº 1 do artigo 13.”³⁷ Dessa maneira

³⁴ Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 27 e 28.

³⁵ “Jorge Miranda: “Deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental* (feito pelo autor)”. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012, p.11. Como está previsto na Constituição tem sentido formal e material “ou seja: todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”. (...) “(...) segundo o art. 16º nº1, da atual Constituição portuguesa, “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional””. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012, pp. 11 a 13.

³⁶ Sobre o assunto Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º. a 79º., 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.222.

³⁷ Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, p.89.

prescreve o nº1 do artigo 13 da CRP “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.³⁸

Jorge Miranda em relação ao segundo sentido ensina: “O sentido primário é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações. «Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...»”³⁹. Estando previsto na Constituição, no nº 2 do artigo 13, em que trata da vertente da igualdade enquanto não discriminação.⁴⁰

Os vários sentidos do princípio da igualdade o tornam um princípio complexo e de fundamental importância para o sistema jurídico. Sua complexidade origina-se das diversas funções que desempenha no ordenamento jurídico.⁴¹

Entre outras coisas mais, protege temáticas específicas da vida jurídica dos sujeitos. Entre outras o artigo 36 n.º 3 e 4º CRP, os quais prescrevem sobre a igualdade nas relações familiares. Definindo que os cônjuges têm iguais direitos e deveres e proibindo as discriminações relativas aos filhos nascidos fora do casamento, respetivamente.

O carácter estruturante do princípio da igualdade nas relações familiares, nomeadamente, nas relações matrimoniais alargou-se com a obtenção de uma maior eficácia de aplicação do princípio, a partir da reforma de 77. Essa alteração impulsiona a importância do estudo do artigo 1720, n.º 1 do Código Civil, no atual contexto constitucional, dado que houve uma transformação de ponto de vista do princípio dentro das relações matrimoniais.

Sobre o princípio da igualdade dentro das relações familiares, nomeadamente o estatuto igualitário dos cônjuges Guilherme de Oliveira escreve “O estatuto igualitário dos cônjuges foi introduzido nos sistemas jurídicos europeus durante a segunda metade do séc. XX. Em Portugal, essa responsabilidade coube à Constituição da República de 1976, seguida da reforma do código Civil, em 1977.”⁴²

³⁸ Constituição da República Portuguesa, 5ª ed., Coimbra, Almedina, p.13.

³⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional-Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012, p.280.

⁴⁰ Em Maria Glória F. P. D. Garcia, *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 7 e ss.

⁴¹ Mais em José de Melo Alexandrino e Marcelo Rebelo de Sousa, *Constituição da república Portuguesa Comentada*, Lisboa, LEX, 2000.

⁴² Guilherme de Oliveira, “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. 1, Coimbra, 2004, p.767.

A efetivação do princípio da igualdade nas relações matrimoniais derivou de mudanças sociais relacionadas aos movimentos democráticos e de afirmação dos direitos fundamentais, bem como a inserção da mulher no mercado de trabalho.⁴³

Rute Teixeira Pedro acrescenta “Esta irrupção *tardia* do princípio da igualdade nas relações familiares, por pressão da sua consagração constitucional, não é um fenómeno exclusivo do ordenamento jurídico português. A concretização jurídica da igualdade no seio do casamento é assinalado na doutrina estrangeira como o marco miliário de referência no percurso do direito matrimonial. A mudança de paradigma inicia-se, em alguns ordenamentos, em momento temporal próximo.”⁴⁴

O princípio da igualdade foi a chave transformadora das relações familiares. Antes da sua consagração havia normas que diferenciavam os homens e mulheres no contexto familiar, notadamente na relação matrimonial. Apontemos alguns artigos do Código Civil de 1966, em que se prescreviam direitos e deveres diferenciados para homens e mulheres.

Entre eles têm-se 1672, n.º 1; 1674º; 1676, n.º 2; 1677, n.º 1; 1678, n.º 1; 1686, n.º 1, dos quais resultava, entre outras diferenças que, por exemplo, a mulher devia adotar a casa do marido, que o marido era definido como o chefe da família, que o governo doméstico pertencia à mulher e que a administração dos bens do casal era atribuída ao marido.⁴⁵

Havia também normas que diferenciavam homem e mulheres pela questão da idade. Quanto à capacidade nupcial, previam-se idades diferenciadas para o nubente homem e para a nubente mulher. Também a norma que previa a imperatividade do regime da separação de bens fazia-o com uma distinção em função do género, impondo esse regime para os homens maiores de 60 anos e para as mulheres maiores de 50 anos⁴⁶.

1.1.3. A eficácia horizontal dos princípios constitucionais

Como efeito da previsão constitucional dos princípios e do sistema de direitos fundamentais vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana importa de sobremaneira o estudo da eficácia horizontal do sistema de direitos fundamentais, para perceber o alcance dos princípios da autonomia privada e da igualdade em todo o sistema jurídico.

⁴³ Sobre o assunto Guilherme Oliveira, “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. 1, Coimbra, 2004, pp.767 a 769.

⁴⁴ Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.137.

⁴⁵ António Meneses de Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, n.º 1*, Lisboa, 2012, p.71.

⁴⁶ Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, Introdução: direito matrimonial, 2016, p.561.

A questão que se investiga no presente momento é a da eficácia dos princípios, nomeadamente indagando da sua irradiação a partir da Constituição de forma horizontal ou vertical. Sendo horizontal, a irradiação atinge a todo o sistema jurídico. Caso seja vertical, a irradiação limita-se à Constituição do Estado.

Sobre a importância do tema José Joaquim Gomes Canotilho explica que é “um dos temas centrais da juspublicística (e de alguma doutrina jusprivatista) dos últimos cinquenta anos. Conhecida na doutrina sob várias designações – «eficácia externa de direitos fundamentais», «efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada» «efeito horizontal dos direitos fundamentais», «*Drittwirkung*», «*state action*» –, continua a aceras controvérsias teóricas e dogmáticas”.⁴⁷

Além da questão da aplicação em todo o sistema jurídico, levanta-se a questão da saber sobre quem serão os destinatários dos princípios. María Venegas Grau escreve sobre a questão: “Se trata de determinar si los derechos fundamentales (los así definidos em la Constitución) vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas em sus relaciones com los demás individuos”⁴⁸

A controvérsia iniciou-se porque antes da ideia de eficácia horizontal dos direitos e garantias constitucional, o direito para ser exercido precisava de regulamentação. A eficácia horizontal afasta tal necessidade. Jorge Miranda explica “Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa.”⁴⁹

Em meio século de debate a questão da eficácia horizontal e dos destinatários dos princípios não alcançou unanimidade. Contudo já existe uma doutrina majoritária, a qual defende à eficácia horizontal dos princípios fundamentais, em que estes alcançam tanto os sujeitos de direito público quanto os de direito privado.

Entre a doutrina majoritária Portuguesa colecionamos as palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros em que pontuam que “os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólidos que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas

⁴⁷Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 86 e 87.

⁴⁸ María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A, p.17.

⁴⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012, pp. 319 e 320.

as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa- têm de ser pensadas e postas em prática. Não se trata de mero alcance externo. Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos fundamentais constitucionais.”⁵⁰

O sistema jurídico português traz uma confirmação ao entendimento da eficácia horizontal dos princípios fundamentais, desde logo, porque tem previsão expressa na Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 18 n.º 1. Neste preceito prevê-se que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”⁵¹ José Vieira de Andrade escreve sobre a aplicabilidade dos princípios “De facto a aplicabilidade direta dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias não visam apenas garantir a prevalência destes preceitos ao nível de validade, mas também ao nível da aplicação, incluído, portanto a sua eficácia imediata.”⁵²

Jorge Miranda e Rui Medeiros complementam o estudo do artigo 18 com a análise dos destinatários, afirmando que: “Prescreve-se, em simultâneo, um âmbito alargado de vinculatividade subjectiva dos mesmos direitos, que abrange positivamente e negativamente todos os sujeitos e poderes públicos, independente das suas formas concretas de atuação, assim como os próprios sujeitos privados nas relações que estabelecem entre si.”⁵³

Mesmo com o que prescreve o artigo 18, n.º 1 nem todos os doutrinadores portugueses acatam à eficácia horizontal dos princípios fundamentais. Paulo Mota Pinto informa: “Na doutrina Portuguesa sobre o chamado efeito horizontal dos direitos fundamentais, não é pacífico que o problema do efeito dos direitos fundamentais entre pessoas privadas esteja definitivamente solucionado pelo artigo 18º, n.º 1, da Constituição, deixando este, margem para algumas dúvidas. É que essa norma não diz em que termos se estabelece tal vinculação de entidades privadas.”⁵⁴

Portanto os princípios fundamentais são irradiados para todo o sistema jurídico, já que o sistema deve ser pensado de acordo com o seu valor básico e estruturante que é a dignidade da pessoa humana. Assim também todos os sujeitos devem ser alcançados.

⁵⁰ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º. a 79º., 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.296.

⁵¹ Constituição da República Portuguesa, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p.14.

⁵² José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p.195.

⁵³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral., Preâmbulo, Artigos 1º. a 79º., 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.316.

⁵⁴ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, pp. 302 e 303.

José Vieira de Andrade complementa “A ideia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolve-se, como vimos em registo distintos, mas sempre no sentido do alargamento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários.”⁵⁵

O direito privado está totalmente vinculado ao sistema de direitos fundamentais tratado na Constituição, conforme já exposto e, assim confirmado por autores como Claus-Wilhelm Canaris: “*Os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado*”,⁵⁶

Em relação ao direito da família, principalmente em relação ao casamento, um dos pontos de interesse do presente estudo tem-se a confirmação da horizontalidade dos princípios fundamentais em relação ao direito privado. Com o que está declarado no nº 3 do artigo 36 da constituição. Já que o preceito deixa claro que a proteção engloba as relações privadas.

Gomes Canotilho ressalta “o artigo 36/3, ao determinar que os “cônjuges têm iguais direitos e deveres quando a capacidade civil e política e dever de manutenção dos filhos”, além de se dirigir ao “legislador da família”, vincula diretamente os “cônjuges privados “ao princípio da igualdade, tornando inválida qualquer cláusula restauradora de figuras de “chefe de família””⁵⁷

Em virtude da notória horizontalidade dos princípios constitucionais, desde a Constituição da República Portuguesa de 1976, os princípios da autonomia privada e da igualdade importaram profundas mudanças no direito da família, mesmo antes de qualquer alteração legislativa ordinária, notadamente levada a cabo pela reforma de 77.⁵⁸ Temos agora que considerar mais atentamente estes princípios nas relações familiares, Nomeadamente para constatar as suas limitações dentro da conformação dos efeitos do casamento, nomeadamente, atendendo ao objeto deste trabalho, quanto aos regimes de bens.

1.2. Algumas das tradicionais limitações à vigência do princípio da autonomia privada, em especial no domínio matrimonial

⁵⁵ José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed, Coimbra, Almedina, 2012, p.144.

⁵⁶ Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2003,p.36.

⁵⁷Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 90.

⁵⁸ Sobre o assunto Rute Teixeira Pedro afirma “ no âmbito do direito de família e do direito matrimonial em particular, a irradiação deste princípio no direito civil ocorreu mesmo antes das profundas alterações introduzidas pelo código civil, a reforma de 77, na verdade a consagração desse princípio na Constituição, importou a caducidade das normas ordinárias em que se vertia o modelo familiar desnivelado”. Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.141.

No tópico antecessor apresentamos aspetos indispensáveis ao estudo dos princípios da autonomia privada e da igualdade em relação ao direito privado e ao sistema jurídico português. E como já abordado, houve fatores que promoveram uma transformação na seara do direito da família na segunda metade do século XX.

No presente momento discorreremos sobre as limitações correlatas ao princípio, antes das mudanças operadas e, as que perduraram após as alterações. Na verdade, sempre ocorreram limitações aos princípios jurídicos, devido ao facto de não existirem princípios absolutos⁵⁹.

Assim o era desde o direito Romano, onde o princípio da autonomia privada nunca foi visto como um princípio absoluto. Tendo em vista que, para garantir a determinação de vontade, faz-se necessário a liberdade. Francisco J. Andrés afirma “*Lo que en vano se buscará en Roma es una limitación de la autonomía privada ligada a la protección de los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad jurídica.*”⁶⁰.

Na busca do desenvolvimento da sociedade e das suas relações, cada individuo tem que abdicar um pouco da sua liberdade, para existir uma liberdade coletiva. Mesmo nas relações entre os particulares, entre as quais predomina os atos volitivos, haverá limitações. Rute Teixeira Pedro afirma que “mesmo na área privilegiada da intervenção negocial, o poder jurigénico dos particulares nunca foi ilimitado. A maior ou menor amplitude do espaço para o exercício daquele poder tem variado e é, também, função da espécie de Estado em que se vive”.⁶¹

As limitações gerais ao princípio da autonomia privada variam de acordo o momento em que se desenvolvem e o Estado que a viabiliza. Em momentos de exaltação da liberdade, com Estados não intervencionistas, existirá uma menor limitação em relação a autonomia negocial dos particulares. Em contraposição quando ocorre uma maior intervenção dos Estados na busca de um desenvolvimento social as limitações acentuam-se⁶².

⁵⁹ Os princípios têm que ser vistos através de um sistema de ponderação e proporcionalidade. Em que em dado momento serão relativizados em favor de outro. Nessa linha Manuel Lopes Madeira Pinto “Como princípio não tem valor absoluto: há que combiná-lo com outros e, quando estes entrem em oposição, tem que se ajustar ou até sacrificar, quando na ponderação dos interesses aqueles apresentem peso igual ou superior. Entre estes temos os princípios da confiança e da boa fé.” Manuel Lopes Madeira Pinto, “A Jurisprudência modera a liberdade contratual?”, in: *Congresso internacional de direito civil (CIDC) Contributos para uma reflexão sobre a autonomia privada*, Instituto Superior de Ciências empresarias e do Turismo, 2018, p. 32.

⁶⁰ Francisco J. Andrés Santos, “La Autonomía Privada em la perspectiva histórica-comparatista”, in: *Actas del Congreso Internacional “límites a la autonomía de la voluntad” celebrado em la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, comares, Zaragoza, 2016*, Granada, Comares, 2017, p.8.

⁶¹ Rute Teixeira Pedro; *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, Coimbra, Almedina, 2018, p.28.

⁶² Em relação ao assunto: Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.39 e ss. Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018,

No atual Estado Democrático de Direito Social Português, as limitações a autonomia privada ocorrem em situações que demandam uma melhor proteção do Estado. É o caso dos contratos de trabalho e os contratos de consumos, para efetivar a igualdade real entre os cidadãos.

Em outros contextos a tendência é a da diminuição das limitações, para um maior desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Como por exemplo, a Lei n.º 49/2018 de 14 de Agosto de 2018, a qual promove uma maior autonomia e desenvolvimento da pessoa, que se encontra em situação de vulnerabilidade. Esta tendência normativa tem impacto relevante, para a investigação da limitação ao regime de bens, em decorrência da idade de que ainda falaremos.

No atual sistema jurídico Português, as limitações gerais ao princípio, têm origem na ordem pública e nos bons costumes. Assim ensina Francisco Amaral sobre a limitação a autonomia privada: “Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem económica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como a lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.”⁶³

As limitações a autonomia privada são as circunstâncias, em que o Estado intervém no campo negocial e, retira dos sujeitos a possibilidade de seus atos de vontade suscitarem efeitos jurídicos⁶⁴. Pedro Pais de Vasconcelos leciona “Este espaço de liberdade não é absoluto e tem como limites os ditames da lei e da moral, e as limitações impostas pela natureza. Dentro deste espaço, as pessoas têm a liberdade de se auto-reger e de criar direito”.⁶⁵

No campo do direito da família, sobretudo nas relações matrimoniais, existem tradicionais limitações⁶⁶ ao princípio da autonomia privada⁶⁷, as quais estão mais relacionados

pp.27 e ss. Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis”, in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, pp.159 e ss.

⁶³ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.337.

⁶⁴ Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.39 e ss.

⁶⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p.17.

⁶⁶ Sobre o assunto Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 226 e ss.

⁶⁷ O estudo tratada da autonomia privada nas relações matrimoniais essencialmente em dois sentidos, conforme ensinado por Rute Teixeira Pedro “Por um lado, autonomia da família matrimonializada (do casal) em relação às autoridades públicas dotadas de *ius imperii*, em particular nas vestes de legislador, na medida em que o reconhecimento de um espaço para a formação de acordos sobre a relação matrimonial importará (ou será a

com a visão da família e da mulher⁶⁸ do que com as limitações gerais de ordem pública. Tais limitações deixaram o direito de família, por muito tempo, sem espaço para atuação do princípio da autonomia privada e com uma diminuta proteção do princípio da igualdade.

As limitações decorriam de uma atuação paternalista do Estado. Vejamos as palavras de Rute Teixeira Pedro “O legislador *paternalisticamente* blindava o regime jurídico matrimonial, na vigência da sociedade conjugal, à intervenção adaptadora dos cônjuges. A disciplina legal, que comunicava a imutabilidade à relação matrimonial, atestava a inaptidão para os cônjuges apreciarem e configurarem, de forma juridicamente relevante, os seus interesses, no âmbito conjugal.”⁶⁹

As limitações, em sua grande proporção, relacionavam-se com a questão patrimonial, notadamente sobre os efeitos patrimoniais do casamento⁷⁰. Os nubentes possuíam espaço limitado de conformação dos efeitos do casamento, como por exemplo a escolha do administrador dos bens do casal, facto que já estava previsto em norma, sem possibilidade de conformação pelos cônjuges.⁷¹

Após o casamento, a liberdade negocial para transações patrimoniais, entre os cônjuges, era reduzida. Já que a regra era a imutabilidade do regime adotado. Além de vários impedimentos para realização de negócios jurídicos entre os cônjuges. Por exemplo, a proibição de contratos de sociedade e, a proibição de doações entre casados. Acrescentava-se ainda a

consequência do) o recuo de uma intervenção exógena na sua regulamentação. Por outro lado, constituirá, também, uma expressão do exercício de autonomia de cada um dos cônjuges em relação ao outro, na medida em que o acordo se forma através do concurso de declaração de vontade dos dois cônjuges como dois sujeitos de direitos iguais, no âmbito matrimonial.” Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, Coimbra, Almedina, 2018, p.156. A primeiro sentido encontra-se tradicionais limitações nos limites a convenção antenupcial. O segundo sentido relaciona-se as tradicionais limitações de transferência patrimonial na relação entre os cônjuges.

⁶⁸ Visão da família como instituição e o estatuto desigual dos cônjuges. Mais em Guilherme de Oliveira, “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, 2004, pp.766 e ss.; António Menezes de Cordeiro, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, n° 1*, Lisboa, 2012, pp. 65 e ss; Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp.116 e ss.

⁶⁹ Rute Teixeira Pedro, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 230 e 231.

⁷⁰ Jorge Duarte Pinheiro “O casamento é alvo de atenção legislativa por causa dos seus efeitos. O casamento muda juridicamente a vida das pessoas e esta mudança não é algo que somente diga respeito aos cônjuges. Trata-se de um fenómeno dotado de relevância social. É a repercussão externa do casamento que justifica o intervencionismo jurídico do Estado numa esfera que parece à primeira vista, particularmente íntima e estritamente bipolar.” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.369.

⁷¹ Fazendo parte das regras imperativas, ou seja, que o Estado não deixa espaço para a conformação dos efeitos. Atualmente previsto no artigo 1699, n°1, al. C do Código Civil.

obrigatoriedade do regime da separação de bens, para os homens maiores de 60 anos e para as mulheres maiores de 50 anos⁷², sendo esta última a questão vital do nosso estudo.

Algumas das referidas limitações já passaram por mudanças, como a referente a doação entre os cônjuges e das sociedades⁷³. Entretanto outras permanecem, mesmo depois de passarem por ajustes correlacionados aos ditames constitucionais de 1976⁷⁴. Referimo-nos mais especificamente a limitação ao regime da separação de bens aos maiores (homens e mulheres) de 60 anos. Esta limitação perdura no artigo 1720, n 1 do Código civil depois da reforma de 77.

Rita Lobo Xavier afirma: “No direito português, os cônjuges não dispõem de total autonomia na regulamentação das suas relações patrimoniais. Em primeiro lugar, é lhes imposto como efeito do casamento um estatuto patrimonial particular. Depois, tal estatuto é dotado de algumas regras imperativas. Finalmente, durante o casamento existem fortes restrições à sua liberdade contratual, inclusivamente em relação à própria parcela convencional do respetivo estatuto patrimonial.”⁷⁵

O artigo 1717 do Código Civil prevê um regime supletivo de bens, caso não exista convenção antenupcial ou esta tenha sofrido caducidade ou invalidade. Tal previsão demonstra que o casamento não pode existir sem um regime de bens que o defina.

A norma traz certa liberdade quando no artigo 1698º enuncia a liberdade de convenção, entretanto na sua parte final, deixa notório que o princípio da autonomia privada não é ilimitado. No momento em que afirma que existem ditames legais que o limitam. Entre estes têm-se o artigo 1699º, que manifesta as restrições ao princípio da liberdade de convenção.

O artigo 1714, n.º 1 CCP prescreve a imutabilidade das convenções antenupciais e, dos regimes de bens, após a celebração do casamento, encurtando assim a autonomia privada dos cônjuges após a celebração do casamento.

No capítulo imediato averiguaremos de forma mais pormenorizada as limitações aqui apresentadas, para obtermos maior arcabouço para a investigação das limitações vertidas no artigo 1720 CCP.

⁷² Em Guilherme de Oliveira, “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977* – Coimbra, 2004, Vol.1. pp. 770 e ss.

⁷³ Sobre o assunto Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol.1, Introdução: direito matrimonial, p.530.

⁷⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira “A disciplina dos efeitos patrimoniais também foi profundamente alterada pela reforma de 1977, em conformidade com o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges (art.36., n3, CFep).” Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Vol. 1, 2016, Introdução: direito matrimonial, p.432.

⁷⁵ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.427.

2. A Autonomia privada na escolha do regime de bens - âmbito e limitações

No capítulo anterior foram identificadas mudanças nas limitações a autonomia privada, depois da reforma de 77. Tal resultou da promoção da igualdade dos cônjuges, uma vez que foi o seu reconhecimento, que proporcionou a progressiva expansão da autonomia negocial da mulher casada.⁷⁶ Reduzem-se, nesse sentido, as limitações a autonomia privada.

As limitações correlacionadas ao sentido de regular suas próprias regras estão precipuamente vinculadas à necessidade de escolha de um regime de bens, através da convenção antenupcial e, ao princípio da imutabilidade. Nesse âmbito, as modificações foram menos expressivas⁷⁷.

No presente capítulo, apresentaremos esse segundo sentido da autonomia privada. Seu ponto de partida é a convenção antenupcial⁷⁸, uma vez que o ordenamento jurídico português a trata como entidade negocial, expressão do exercício da autonomia privada no âmbito das relações conjugais⁷⁹. À convenção antenupcial é dedicada uma secção inteira do Código Civil (Capítulo IX, secção III)⁸⁰.

Inicialmente averiguaremos a amplitude da liberdade de escolha de um regime de bens, para a conformação patrimonial dos efeitos do casamento. Tal tem previsão expressa no artigo inicial da referida secção.

Em consequência faremos breve referência aos regimes de bens tipificados no código civil Português, bem como às limitações à referida liberdade, notadamente as previstas nos artigos 1699º, n.º 2; art. 1718º e o art. 1720º, n.º 1. Por fim, passaremos, de forma breve, pela legislação Brasileira, a qual influenciou a protecção portuguesa prevista do n.º 1 do art. 1720 do código civil Português.

⁷⁶ Sobre o assunto Guilherme de Oliveira “transformações do Direito da Família” – in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra, 2004, Vol.1, p.771.

⁷⁷ Rute Teixeira Pedro “Trata-se, aliás de uma disciplina que, como sabemos, se manteve praticamente intocada desde a versão inicial deste código, apesar da profunda reforma do livro do Direito da Família produzida pelo Dec.-Lei nº. 496/77, de 25 de novembro.” Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.507.

⁷⁸ Jorge Duarte Pinheiro: “O único modo pelo qual é permitido às partes fazerem estipulações sobre regimes de bens é a convenção antenupcial.” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.405.

⁷⁹ Em Rute Teixeira Pedro; *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 506 e 507. Rute Teixeira Pedro “A conexão entre as convenções antenupciais e a escolha de regime de bens explica-se, desde logo, pelo facto de qualquer acordo sobre essa matéria ter de ser incluído, necessariamente, na convenção antenupcial.” Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1698º, Código civil anotado, Coord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.593.

⁸⁰ Secção que compreende os artigos 1698 até o 1715 do Código Civil Português.

Para Rita Lobo Xavier “no que diz respeito ao reconhecimento da autonomia privada dos cônjuges na determinação do seu regime patrimonial, o direito Português repousa sobre a conciliação de duas tendências. Nem os cônjuges são totalmente livres de conformar como quiserem as suas relações patrimoniais, nem a lei regula totalmente e de forma imperativa tais relações. Existindo dois princípios fundamentais: o da liberdade contratual e, uma vez essa exercida, o da imutabilidade do regime de bens.”⁸¹

O princípio da liberdade de convenção está previsto, no Código Civil Português, em seu artigo 1698º, o qual enuncia: “Os esposos podem fixar livremente, em convecção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.”

Já o 1699, n.º 1 prevê que “Não podem ser objeto de convenção antenupcial” e, em seguida em suas alíneas, enumera, quais os aspetos que se englobam no estatuto imperativo, nomeadamente no regime primário de bens⁸². Como veremos, *infra*, os efeitos patrimoniais do casamento são regulados por um regime de bens em sentido estrito (que pode, em regra, como veremos, ser escolhido pelos nubentes, podendo, por isso, variar de casamento para casamento) e por um regime imperativo, denominado regime primário de bens que é idêntico em todos os casamentos (ainda que na sua aplicação possam existir diferenças, precisamente por força do regime de bens vigente). Sendo o princípio da liberdade de convenção a regra em relação a conformação aos efeitos patrimoniais do casamento, tal liberdade respeita, pois, ao regime de bens em sentido estrito. Analisemos.

2.1. A liberdade da convenção e a imutabilidade dos regimes de bens.

O direito jusmatrimonial português permite o exercício da autonomia privada na escolha dos regimes de bens do casamento, por meio do princípio da liberdade de convecção.⁸³ Por isto,

⁸¹ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.19.

⁸² Tratando dos seguintes assuntos: Administração dos bens do casal, sucessão hereditária dos cônjuges, alteração dos direitos e deveres paternos e conjugais e a comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733º. Mais em Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, pp. 433 e ss. Rita Lobo Xavier defende a necessidade desse estatuto mínimo imperativo, pois ele proporciona o equilíbrio entre a liberdade dos cônjuges e a obrigação de vida em comum, que a autora nomeia de uma comunhão de vida na igualdade, tendo em vista que é o objetivo da norma alcançar uma comunhão de vida em que ambos os cônjuges sejam iguais na cooperação da relação matrimonial e, para ser alcançada o direito prever normas que proporcionem um efectivo dever de cooperação entre os cônjuges. Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp.427 e ss.

⁸³ Sofia Henriques afirma, sobre o assunto “O princípio da liberdade de convenção não constitui mais do que uma manifestação do princípio da autonomia privada no plano matrimonial, princípio esse segundo o qual os cônjuges podem adaptar o regime matrimonial aos seus interesses e necessidades, quer escolhendo um dos três regimes-tipos previstos na lei, quer criando um regime diferente moldado de acordo com os seus próprios interesses.” Sofia

a norma não deixa os nubentes restritos a escolha de um dos regimes de bens de construção fechada. A escolha não se encontra circunscrita a um dos regimes de bens tipificados no código.

Existe, assim, um espaço convencional alargado. Porém “encontra limites nos artigos 1699º, n.º 1 alínea c) e n.º 2; e no artigo 1720º. Por força do primeiro preceito, encontram-se vedadas aos nubentes determinadas estipulações, por força do segundo é-lhes imposta a vigência de um regime de bens.”⁸⁴

Em relação ao estatuto imperativo não existe espaço para autonomia negocial dos cônjuges⁸⁵, logo que a norma define os seus termos, por causa da obrigação de comunhão de vida.⁸⁶

Já a escolha do regime de bens é pautada, como já pontuamos, pela liberdade negocial, com algumas limitações imposta pela lei. De acordo com isso, Segundo parte da doutrina, quando houver norma que a limite, deverá ser interpretada de forma restritiva⁸⁷.

O princípio da liberdade de convenção na escolha do regime de bens sofre limitações em duas grandes vertentes: nos termos, nomeadamente formais, do seu exercício e, no momento em que pode ser exercido. Quanto ao primeiro ponto, a limitação revela-se pelo facto de a liberdade de conformação apenas poder ser exercida através de convenção antenupcial, não se permitindo, assim, que seja feita por meio de um contrato comum de direito civil.

O segundo limite correlaciona-se ao do facto do seu exercício ser exclusivamente anterior a celebração do casamento, tornando-se a convenção antenupcial imodificável após

Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009.p.145.

⁸⁴ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art.1698º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.593.

⁸⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira “egime ou estatuto matrimonial primário” é regulado por normas imperativas, enquanto os regimes de bens são regidos, em princípio, por normas supletivas, ainda que mesmo aqui se encontrem normas imperativas, como, p.ex., o art.1720º.” Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.433. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.425.

⁸⁶Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.496

⁸⁷ A interpretação restritiva não é unanimidade na doutrina, contudo alguns preceitos já têm interpretação restritiva consolidada como por exemplo o previsto no artigo 1699, nº2 que impõe restrição ao casamento celebrado por pessoas que já tem filhos. Em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., zCoimbra, Almedina, 2017, p.407.

essa celebração. A partir desse momento passa a ser regida pelo princípio da imutabilidade (art.1714⁸⁸ CCP).⁸⁹

Nos termos do art. 1717.º do Código Civil, na falta de convenção antenupcial⁹⁰ (caducidade, ineficácia ou invalidade), o casamento rege-se pelo regime de bens supletivo, regime que será apresentado em momento oportuno.

Deixa-se notório, que a única forma de exercício da autonomia negocial, a respeito da conformação do regime de bens do casamento dar-se-á através de um instrumento específico: a convenção antenupcial,⁹¹ prevista na lei jusmatrimonial.

Importa também dar uma palavra sobre os requisitos de que depende a eficácia da convenção antenupcial face a terceiros.

Considere-se a esse propósito o artigo 1710º CCP e o art. 189º CRC. Deles resulta que as convenções antenupciais são válidas se forem celebradas por declaração prestada perante o funcionário do registo civil ou por escritura pública. Acrescenta-se que o registo é condição legal de eficácia, perante terceiros. Ou seja, uma convenção antenupcial só produzirá efeitos jurídicos em relação a terceiros depois de registada.⁹²

Consideremos agora a limitação temporal. A limitação relacionada ao momento do exercício da autonomia privada está vinculada ao princípio da imutabilidade, do qual resulta que, afastando os casos previstos em lei (art. 1715.º), não é permitido alterar depois da

⁸⁸ Rute Teixeira Pedro “No preceito em anotação encontra-se consagrado o princípio da imutabilidade que, a par do princípio da pré-nupcialidade (v.art.1712º), comunicam dois atributos de grande relevo às convenções antenupciais com importantes e incontornáveis reflexos na configuração dos efeitos patrimoniais do casamento, nomeadamente no que respeita do regime de bens aplicável.” Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1714º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.614.

⁸⁹ Rita Lobo Xavier defende que esse estatuto seja celebrado através de um contrato específico, concordando assim com a opção do legislador português de estabelecer a auto-regulamentação dos efeitos através da convenção matrimonial. Acrescenta que é de fundamental importância, a sua celebração em momento anterior a celebração do casamento. Já que o casamento não é uma união apenas afectiva, como também patrimonial e, quanto mais definido os seus efeitos, menos conflitos existirão, caso ocorra sua dissolução. Por essa necessidade de definição anterior ao casamento que existe um regime de bens supletivo. Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp.498 e 499.

⁹⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira Conceituam “Convenção antenupcial diz-se do acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens. A convenção antenupcial é um contrato acessório ao casamento, cuja existência e validade supõe, podendo dizer-se que o casamento- a ulterior celebração de um casamento válido entre os nubentes – é condição legal de eficácia da convenção antenupcial.” Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.433. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.570.

⁹¹ Jorge Duarte Pinheiro ressalta, que mesmo sendo o único instrumento admissível para a escolha do regime de bens do casamento, não pode ser confundido como um instrumento que define o regime de bens que vigorará no casamento. Pois a convenção antenupcial não contém necessariamente cláusulas sobre regime de bens. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.405.

⁹² Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 415 e 416.

celebração do casamento as convenções antenupciais, nem os regimes de bens legalmente fixados. (artigo 1714, n.º 1 do Código Civil).

A escolha do regime de bens pode, portanto, ser alterada e modificada livremente até a data da celebração do casamento, mas só até essa data

A imutabilidade da escolha dos regimes de bens, após o casamento, vem tendencialmente, em alguns sistemas jurídicos europeus, sendo eliminada, passando a imperar o princípio da mutabilidade. Como exemplo, vejam-se os sistemas germânico e suíço em que a regra é a da mutabilidade.

Deteta-se um movimento no sentido de diminuição da imutabilidade até chegar em uma mutabilidade. Note-se que a mutabilidade relaciona-se mais com o reconhecimento de uma capacidade negocial plena e igualitária aos cônjuges, do que a imutabilidade.⁹³

As justificativas para o princípio da imutabilidade, são nas palavras de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira “sua natureza de pacto de família, o receito de que o ascendente que um dos cônjuges exerça sobre o outro lhe permita locupletar-se à custa dele, através de uma modificação do regime de bens, e ainda a proteção de terceiros.”⁹⁴

Os autores ainda aprofundam a preleção, em relação ao terceiro argumento, quando afirmam que “a ideia mais válida que poderá justificar o princípio da imutabilidade é a de proteção de terceiros. Na verdade, se os cônjuges pudessem, depois do casamento, alterar o seu regime de bens livremente e quantas vezes quisessem, os terceiros que com eles tivessem contratado poderiam ficar gravemente lesados nos seus direitos”.⁹⁵

O segundo argumento, do ascende psicológico não condiz com a tendência do Estado de promover a maior autonomia, para alcançar de forma efetiva o desenvolvimento pessoal de cada um dos cônjuges. Ademais é uma limitação baseada em uma realidade social entretanto

⁹³ Sobre o assunto Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, pp. 586 e 587. Ricardo Monteiro Oliveira, “O princípio da imutabilidade dos regimes de bens convencionados e legalmente fixados” - *in Lex Familiae*, ano 11, nº 21 e 22, 2014, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 106 e 107.

⁹⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2016, Introdução: direito matrimonial, p.582. Mais em Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1714º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, pp.614 e 615.

⁹⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2016, Introdução: direito matrimonial, p.583.

modificada pelo estatuto igualitário dos cônjuges e que reflete o excesso de paternalismo de outrora⁹⁶, no qual o Estado intervinha de forma mais ampla nas relações entre os cônjuges.⁹⁷

Nesse sentido a maioria da Doutrina defende uma relativização do princípio da imutabilidade no Direito Português. Entre eles estão Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, os quais afirmam que “a evolução do direito português nas últimas dezenas de anos, por seu turno, vai no sentido de diminuir quanto possível o alcance do princípio da imutabilidade, e até de o eliminar. A tendência para o reconhecimento de uma capacidade negocial plena e igualitária dos cônjuges aponta para a eliminação das restrições que lhes impeçam a direção conjunta de vida e o livre desenvolvimento das suas esferas pessoais, apesar das dificuldades que esta conciliação implique (cfr. o art.1671º).”⁹⁸

A imutabilidade pode originar uma desigualdade nas relações, visto que, a realidade entre os casais pode ser alterada na constância do casamento sem que se possa traduzir em termos de regimes de bens a solução que melhor se adequa à alteração entretanto ocorrida. Acresce que a manutenção do regime pode ser uma causa de promoção da desigualdade patrimonial entre os cônjuges, ou até mesmo, uma propulsora de enriquecimento sem causa.⁹⁹ Adiante investigaremos os regimes de bens tipificados no Código Civil, incluindo o regime supletivo.

⁹⁶ Rute Teixeira Pedro “Como já tivemos oportunidade de afirmar, impõe-se, então, a revisão da visão paternalista no âmbito familiar e a substituição de uma intervenção protecionista universal definida por referência à pertença individual a categorias genéricas de pessoas por uma intervenção protecionista proporcional assente num juízo casuisticamente formulado à luz das particularidades que a situação concreta apresenta. Assim, apreciando *in casu* o grau de vulnerabilidade e os reflexos que ela tem na vida daquela pessoa, devem aproveitar-se ao máximo as suas capacidades que permanecem intactas ou que não se encontram significativamente afetadas e maximizar a autonomia que a mesma pessoa é capaz de exercer.” Rute Teixeira Pedro “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – *in: Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, p. 161.

⁹⁷ Campos Leite apresenta a necessidade de uma flexibilização, já que o ordenamento jurídico Português é demasiadamente rígido na questão da imutabilidade e que assenta em questões ultrapassadas, como a questão da promoção da igualdade, como a proteção relacionada a um cônjuge em relação ao outro subentendendo que um poderá ter uma posição de superioridade (muitas das vezes entendida como sendo homem em relação a mulher, ainda em consequência da realidade social que os diferenciavam) e que este provocará o enriquecimento sem causa de um em relação ao outro. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p.385.

⁹⁸ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2016, Introdução: direito matrimonial, p.586.

⁹⁹ Jorge Duarte Pinheiro “a explicação não é totalmente convincente: por que motivo se deve pensar que a disciplina patrimonial que vigora no momento da celebração do casamento se ajusta melhor à equidade do que aquela que as partes pretendem acordar em momento subsequente? A lei consagra a prevalência da disciplina inicial, independentemente de um juízo relativo de equidade. Se assim é, 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.” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p. 418.

2.2. Os regimes de bens tipificados no Código Civil Português e o regime supletivo de bens (art. 1717º).

Antes de investigarmos os regimes tipos, previstos na lei matrimonial portuguesa, pontuemos os dois sentidos em que o regime de bens pode ser empregado.

Primeiramente em um sentido amplo, correlacionado a um “estatuto matrimonial “primário” (como dizem os autores franceses), ou seja, os efeitos patrimoniais do casamento independente do regime de bens”¹⁰⁰, sendo regido por normas de carácter imperativo.

Assim escreve Rute Teixeira Pedro “o denominado regime primário de bens (entre nós contido nos artigos 1678º a 1697º). Este, em homenagem à teleologia normativa que lhe subjaz. É de aplicação universal aos casamentos, qualquer que seja o regime de bens neles vigentes, sem que seja proporcionado grande espaço para a actuação da autodeterminação dos cônjuges. Dada a natureza imperativa da maioria das normas que o compõem.”¹⁰¹

Segundamente pode ser perspectivado em um sentido estrito ou secundário. Nesse sentido aparece como um conjunto de regras supletivas¹⁰², que definem a propriedade dos bens do casal, isto é, a sua repartição entre o património comum, o património do marido e o património da mulher.¹⁰³ Nesse sentido, conforme as palavras de Rute Teixeira Pedro “existe um amplo funcionamento da autonomia privada. Tal se constata, entre nós, pela leitura do art. 1698”.¹⁰⁴ O objeto do nosso estudo respeita aos regimes de bens em sentido estrito, pelo que é a eles que dedicaremos a nossa atenção.

O código civil português apresenta três diferentes regimes de bens, os chamados regimes típicos¹⁰⁵. São eles: o regime da comunhão de adquiridos (artigos 1721.º a 1731.º), o

¹⁰⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2016, Introdução: direito matrimonial, pp. 396 e 397.

¹⁰¹ Rute Teixeira Pedro, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio reflexões a nova redacção do art. 1790º do código” – *in Estudo em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p.444.

¹⁰² Conjunto de regras supletivas ao estatuto imperativo. Diferentemente da classificação dos regimes de bens em convencionais, supletivos e imperativos. Nos quais os regimes convencionais são aqueles que as partes optam através do exercício da autonomia privada. Os regimes supletivos são quando as partes não exercem a autonomia de vontade e a norma suplanta a falta de exercício através de um regime já previsto em lei. O regime imperativo é aquele que não permite o exercício da autonomia de vontade, ou seja, é um regime imposto pela norma, mesmo sendo contrário a vontade das partes. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 2017, p.426.

¹⁰³ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial. pp.559 e 560. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.477.

¹⁰⁴ Rute Teixeira Pedro, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio reflexões a nova redacção do art. 1790º do código” – *in Estudo em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p.445.

¹⁰⁵ Esta classificação, que divide os regimes de bens em típicos e atípicos está relacionada a previsão normativa do regime de bens. Sendo regime de bens típicos os previstos na lei e os atípicos os demais regimes de bens. Sobre

da comunhão geral (artigos 1732.º a 1734.º) e o da separação de bens (artigos 1735.º a 1736.º).¹⁰⁶

2.2.1. Regime de Comunhão Geral

Iniciemos com uma breve referência ao regime da comunhão geral, que por muitos anos foi o regime supletivo da legislação portuguesa¹⁰⁷. Por esse motivo esteve por um longo período, como regime quase absoluto a reger os casamentos em Portugal, uma vez que o exercício da autonomia, através da escolha de regime de bens do casamento, não era muito exercida pelos portugueses.¹⁰⁸

O regime da comunhão geral de bens, historicamente, teve muitos adeptos entre o jusfamiliarismo, já que se integrava a visão do casamento, como instituição tendencialmente vitalícia e plena. O regime da comunhão geral era visto como propulsor de plena comunhão de vida por meio de uma comunhão patrimonial.¹⁰⁹ Mais adiante trataremos do regime supletivo (atual) e, conseqüentemente da modificação operada pelo código civil de 1966.

Já agora, averiguemos as características do regime da comunhão geral de bens. Nesse regime, sem prejuízo do património próprio de cada um dos cônjuges, a propriedade dos bens do casal é constituída por um património comum extenso, o qual abrange todos os bens presentes e futuros que não estejam excetuados por lei. (cf. art. 1732.º CC)¹¹⁰.

Dessa maneira, o património comum é constituído por aqueles bens que sejam existentes no momento da celebração do casamento e, por aqueles que venham a ser adquiridos posteriormente, seja a título ou oneroso seja a título gratuito. Este regime de bens proporciona

o assunto Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.426.

¹⁰⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p.393 e ss. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, pp.180 e ss.

¹⁰⁷ Ainda vigora como regime supletivo para os casamentos celebrados até 31 de Maio de 1967 (cf. art. 15º. Do DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil). Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.438.

¹⁰⁸ Em 1966 altura em que se operou a modificação do regime supletivo da comunhão geral para a comunhão de adquiridos eram 98% dos casamentos regidos pela comunhão geral de bens. Guilherme de Oliveira preleciona “a circunstância de 98% dos casamentos adoptarem a comunhão geral não significa propriamente uma escolha, uma preferência por este regime; significa apenas que os nubentes não se davam ao trabalho e à despesa de fazerem uma convenção antenupcial para escolherem outro regime.” Guilherme de Oliveira, “Observações sobre os regimes de bens” in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876, 1997, p.39.

¹⁰⁹ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.479.

¹¹⁰ Sobre o conceito Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.643; Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.438; Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.498. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.180.

o maior grau de comunhão patrimonial em um casamento.¹¹¹ Ora há um número restrito de bens necessariamente incomunicáveis, estando essa incomunicabilidade legal imperativa vertida nas alíneas do n.º 1 do artigo 1733º do Código Civil.

Os bens incomunicáveis previstos nesta norma¹¹² são bens “imperativamente próprios, não podendo nos termos do 1699º, n.º 1 d), ser clausulada a sua integração no património comum, qualquer que seja o regime de bens”¹¹³. O n.º 2 do artigo 1733º prevê que os respetivos frutos e os valores das benfeitorias úteis não são alcançados pela incomunicabilidade.

Desde a entrada em vigor do código de 1966, o regime da comunhão geral de bens tem que ser conformado por meio de convenção antenupcial válida, para produzir seus efeitos. Trata-se, pois, necessariamente, de um regime convencional. Em decorrência da escolha da comunhão geral, os bens passam a ser comuns a partir da data de celebração do casamento, ressalvados os incomunicáveis.

2.2.2. Regime de Comunhão de Adquiridos

O código civil adotou a técnica de disciplinar de forma pormenorizada o regime de bens supletivo: regime da comunhão de adquiridos. Acresce que as regras sobre esta comunhão serão aplicadas aos demais regimes de comunhão, com as devidas adaptações, nos termos do art.º 1734 CC.¹¹⁴ Consideremos, então, o regime da comunhão de adquiridos.

O regime da comunhão de adquiridos passou a ser o regime supletivo no sistema matrimonial português com a entrada em vigor do novo Código Civil datado de 1966. Entremos, pois, na análise mais detalhada da alteração do regime supletivo e o seu impacto no ordenamento jusmatrimonial português.

¹¹¹ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1732º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.640.

¹¹² Jorge Duarte Pinheiro “O elenco de bens incomunicáveis estabelecidos pelo art. 1733º, nº1, abarca: os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, desde que a liberalidade seja feita com cláusula de incomunicabilidade (al. a)); os bens doados ou deixados com cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado (al. b)); o usufruto, o uso ou habitação e demais direitos estritamente pessoais (al. c)), as indenizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (d)); os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (e)); os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondências (f)); as recordações de família de diminuto valor económico” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.439. E a alínea h) acrescentada pela lei nº8/17 de 3 de março definindo a incomunicabilidade em relação aos animais de estimação que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1733º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.641.

¹¹³ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1733º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.641.

¹¹⁴ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.644.

Na época da elaboração do código civil de 1966, “a comunhão geral tinha entrado em crise no seio dos juristas europeus, naquela época. Por toda a parte se levantavam vozes contra um regime que permitia aos nubentes pobres adquirir fortunas através do casamento.”¹¹⁵

A mudança de entendimento sobre o regime supletivo que, por um grande período de tempo foi o da comunhão geral de bens, derivou de fatores relacionados as transformações operadas nas relações sociais e patrimoniais da época.¹¹⁶

Na verdade, no período em que o regime supletivo era o da comunhão geral de bens, este efetivamente alcançava bens pouco valiosos, aplicando-se às famílias mais modestas ou mesmo rigorosamente pobres que não tinham nada para entrar na comunhão.

Verificava-se que, nas famílias mais abastadas, havia sistemas de propriedades complexos, existindo formas antigas de domínio que não eram atingidas pela comunhão geral. Assim, os bens mais valiosos escapavam à comunhão geral. Outra questão era que anteriormente não existia a dissolução do casamento através do divórcio, nem sequer para o casamento civil estava previsto. Assim atenuavam-se os problemas derivados da comunhão geral - a fragmentação da riqueza e a mudança dos bens de linha familiar.

Ora no século XX, para além desses fatores, houve a ascensão do valor liberal que permitiu que pessoas de classes sociais diferentes se casassem entre si. Assim, diferentemente do que ocorria anteriormente, deixou de ser tão improvável o casamento entre pessoas de classes sociais diferentes. Até mesmo a possibilidade de mudança de classe social deixou de ser tão remota.

Quando essa realidade se alterou, percebeu-se que havia riscos quando o nubente pobre casasse com nubente com massa patrimonial, podendo, em seguida, com o divórcio, adquirir metade dos bens.

Desta forma, os elaboradores do código civil de 1966 passaram a demonstrar evidente preocupação com o enriquecimento através da celebração do casamento. Como reflexo de tal preocupação, houve a alteração do regime supletivo de bens. É também a mesma razão que vem explicar o regime do artigo 1720º, sobre que a presente tese se debruça.¹¹⁷

Mesmo assim a modificação do regime supletivo não foi inquestionável. As discussões assentavam na complexidade desse regime, na medida em que ele “ congloba a existência de

¹¹⁵ Guilherme de Oliveira, “Observações sobre os regimes de bens” in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876- 1997, p.39.

¹¹⁶ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p.411.

¹¹⁷ Guilherme de Oliveira, “Observações sobre os regimes de bens” in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876- 1997, p.39. Braga da Cruz, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil Português”, *B.M.J.*, nº53, 1956, pp. 184 e ss.

bens próprios e de bens comuns pelo casal. E nem sempre é fácil determinar que bens deveriam pertencer a uma categoria ou a outra.”¹¹⁸

Maria Margarida Silva Pereira afirma que a comunhão de adquiridos “concebeu-se como um regime intermediário entre a comunhão geral e o regime de separação de bens. Mas, regime de bens híbrido que é, suscita problemas e contém regras que implicam uma análise autónoma.”¹¹⁹

O regime da comunhão de adquiridos será aplicado aos casamentos celebrados ¹²⁰ sem convenção nupcial, e também nos casos em que a mesma seja considerada caducada, ineficaz ou inválida, de acordo com o artigo 1717º do Código.

Os artigos 1722º a 1731º do código Civil enunciam as regras, a partir das quais se determina quais bens serão qualificados como próprios e quais bens serão qualificados como comuns. De forma resumida, a distribuição patrimonial ocorre da seguinte maneira: os bens produto do esforço comum do casal, ou seja, aqueles que sejam adquiridos a título oneroso na constância do casamento serão bens comuns. Para tanto é, então, fundamental que seja realizada a demarcação da massa patrimonial própria (art. 1724º CC).¹²¹

Como bens próprios parecem, desde logo, aqueles de que o cônjuge já o era titular no momento da celebração do casamento. Também serão próprios aqueles recibos, mesmo que na vigência do casamento, a título gratuito, por meios de herança ou legado (art. 1722º, n.º 1 b) CC)¹²², e aqueles adquiridos na constância do matrimónio por virtude de direito próprio anterior (art. 1722.º, n.º 1, al c). A aplicação do art. 1726.º (Bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios e noutra parte com dinheiro ou bens comuns), 1727.º (aquisição de bens indivisos já pertencentes em parte a um dos cônjuges) e 1728.º (bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios) também poderão ditar a qualificação de certos bens como próprios.

As circunstâncias que apresentam maior dificuldade na definição do património dos cônjuges são a confusão patrimonial através de uma massa patrimonial não estática, em que

¹¹⁸ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.478.

¹¹⁹ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.481.

¹²⁰ A partir de 31 de Maio de 1967, conforme o artigo 15º do DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

¹²¹ Mais em Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1722º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p.626. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp.432 e ss. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.180

¹²² Sobre o assunto Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.pp.601 e ss; Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.481.

ocorreram sub-rogações de bens. Como exemplo, considere-se o da troca de um bem próprio, no momento da celebração do matrimónio por um bem de tecnologia mais avançada no decurso do casamento.

Além disso, a confusão patrimonial é inerente à comunhão de vida. Desta feita existirá uma divisão entre as sub-rogações diretas e indiretas, prevista no artigo 1723º. As alíneas a) e b) ¹²³ do referido artigo preveem os diretamente sub-rogados e a alínea c) ¹²⁴ reporta-se aos indiretamente sub-rogados. Para que não aconteça confusão patrimonial entre os bens próprios e os bens comuns, para que não haja maiores dificuldades no momento da partilha, terá que existir uma constante contabilidade patrimonial entre os cônjuges e, um controlo por parte da sua administração patrimonial comum.

Esta complexidade de diferenciação de massas patrimoniais situação é uma das principais críticas ao regime de bens da comunhão de adquiridos. A atenuação da confusão patrimonial poderá resultar da forma que o mesmo é administrado. ¹²⁵

Os bens comuns serão partilhados na regra da metade (art.1730º nº1 CC). Em que em caso de partilha, “cada cônjuge tem direito a metade do valor do património comum, do ativo e do passivo, considerando nulas todas as estipulações em sentido diverso”. ¹²⁶ Portanto, os bens considerados comuns, no regime de bens que rege o casamento, não podem ser partilhados de outra maneira do que através de definição da meação entre os cônjuges.

2.2.3. Regime da Separação de bens

O terceiro regime de bens tipificado no Código, o regime da separação de bens, é aquele em que não existem bens comuns. Para a nossa investigação é de extrema importância, visto que é o regime imperativo do Código à luz do art. 1720.º, objeto central do nosso estudo.

Nesse regime de bens, os nubentes mantêm a titularidade dos seus bens (art. 1735º). Com isso permanecem com poderes totais de disposição, ressalvando-se as limitações

¹²³“a) Os bens sub-rogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca direta; b) O preço dos bens próprios alienados.” Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1723º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p. 629.

¹²⁴ “c) Os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges.” Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1723º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p. 629.

¹²⁵ Maria Margarida Silva Pereira escreve sobre o regime da comunhão de adquiridos “elucidar que o regime de bens não garante comunhão efectiva daqueles bens considerados comuns, tal como não garante autonomia dos bens considerados próprios.” Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.482.

¹²⁶ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.600.

relacionadas com a proteção do núcleo mínimo em que se traduz a comunhão de vida, que são inerentes ao casamento, nomeadamente as relacionadas com a casa de morada de família (art.º 1682.º-A e 1682.º-B) e com instrumentos utilizados por ambos os cônjuges na vida do lar (art. 1682.º, n.º 3, al. a)). São casos de proteção da ordem pública, que tem o objetivo de proteção da família.¹²⁷

Desta forma nos ensinam Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira “Há agora uma separação absoluta e completa entre os bens dos cônjuges. Nos termos do art.1735º, cada um deles conserva o domínio e a fruição de todos os seus bens presentes e futuros, de que pode dispor livremente. A separação não é só de bens, mas também de administrações, mantendo os cônjuges uma quase absoluta liberdade de administração e disposição dos seus bens próprios.”¹²⁸

Por causa dessa quase absoluta¹²⁹ separação patrimonial, a separação de bens é o regime imperativo do Código em certos casos (aqueles que estão previstos no art.1720.º CC que iremos analisar). Como fica desde já patente, o intuito do legislador na previsão do regime imperativo é retirar a comunicação patrimonial após o casamento.

O regime da separação de bens aplica-se aos casamentos em que os nubentes conformaram para esse regime de bens (através de convenção antenupcial) e, aos casamentos subsumíveis nas situações tipificadas no artigo 1720º. Estes últimos serão os casamentos regidos pela separação de bens, por imposição legal. O artigo 1720º e os motivos que levaram o legislador optar por essa imposição legal serão averiguados no capítulo seguinte.

No regime da separação de bens não existirão bens comuns. Poderão existir bens em compropriedade. Quanto a estes poderá haver a divisão a qualquer tempo, de acordo com o art.

¹²⁷ Entre as reservas, tem-se a casa de morada da família, na qual o exercício de direito sobre ela requer autorização dos cônjuges, mesmo que seja bem próprio de um deles. Já existindo decisões sobre o assunto na jurisprudência (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 29-04-2014 processo nº 1071/10.7TBABT.E1. S1(Relator: Gregório Silva Jesus)). Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.504; Sobre o assunto Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.645. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, pp.180 e 181.

¹²⁸ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.645.

¹²⁹ Não se fala em separação absoluta, pois a lei prevê alguns constrangimentos. Como já foi referido em texto, os atos que levaram a privação, em parte ou em todo, da casa de morada da família que terão que ter o consentimento de ambos os cônjuges. Aplicando assim o artigo 1682º A, nº2 e o artigo 1682º nº 3 no que se refere aos móveis usados conjuntamente na vida do lar. Nessas situações mesmo que o bem seja próprio de um dos cônjuges, o proprietário não pode dispor livremente. Em Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.p.645. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1735º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p.645. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.440.

1412.º CC, que será realizada por meio de um processo comum (artigos 1052º e ss. CPC).¹³⁰ Não se aplicam as regras relacionadas aos bens comuns do casal, como a regra da divisão a metade.

Aplicam-se, assim, em caso de patrimônio conjunto as normas de direitos reais e não as normas provenientes do regime de bens de comunhão. Desta forma, existirá quase uma ausência total de comunhão patrimonial, pois como já demonstrado são raras as exceções. Cabe desta maneira a cada proprietário a administração e disposição dos seus bens.¹³¹

Mesmo com a maior independência patrimonial, os cônjuges não se desobrigam de um mínimo de comunhão de vida, ficando ambos vinculados a todos os deveres conjugais previstos no art. 1672.º, nomeadamente encontram-se obrigado ao cumprimento dos deveres de cooperação e de assistência em prol do grupo familiar, entre outros.^{132/133}

2.3. Os limites à autonomia privada na escolha de regime de bens:

Ademais dos casos de absoluta limitação a autonomia de vontade dos cônjuges na escolha do regime de bens, existem casos em que se prevê uma certa limitação ao exercício da autonomia privada pelos esposados. Trata-se de situações como as que estão previstas no artigo 1718º, no nº 2 do artigo 1699º do Código Civil ou no art. 1720.º. É sobre esses limites que vamos agora, brevemente, considerar.

De acordo com o investigado inicialmente neste capítulo, aos cônjuges é reconhecida autonomia privada na escolha do regime de bens (princípio da liberdade de convenção). Contudo, a legislação prevê alguns casos, em que a autonomia não poderá ser exercida em todo ou em parte para proteção de alguns interesses que se entendem dignos de proteção jurídica

As limitações que se traduzem na eliminação de qualquer possibilidade de exercício da autonomia de vontade para a escolha do regime de bens encontram-se no n.º 1 do artigo 1720º, que, em suas alíneas a) e b), enumera as situações em que o regime do casamento será, imperativamente, o de separação de bens.¹³⁴ Noutros casos, como acabámos de referir acima,

¹³⁰ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial. p.646. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.440.

¹³¹ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1736º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º pp. 645 e 646.

¹³² Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.440.

¹³³ Rita Lobo Xavier afirma: “A comunhão de vida a que os cônjuges estão juridicamente obrigados é, de certo modo, incompatível com a absoluta separação dos respectivos patrimónios.” Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.443.

¹³⁴ Respetivamente: os casamentos celebrados sem precedência do processo preliminar de casamento e os casamentos celebrados por pessoas maiores de 60 anos. As duas hipóteses serão casos de imperatividade absoluta, posto que a norma não oferece nenhum tipo de alternativa, em relação ao regime de bens do casamento. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1:

há uma mera limitação ao exercício da autonomia de vontade, sem imposição de um regime de bens. É o que resulta do artigo 1718º e do n.º 2 do artigo 1699 CC.

O exercício pelos nubentes da autonomia negocial, para a escolha do regime de bens, historicamente não é exercido na prática. Tal deve-se ao facto de o regime supletivo (tanto o que vigorava até 1966, como o que está em vigor agora) não causar aversão aos nubentes. Além deste facto, o exercício da autonomia de vontade depende de procedimentos específicos, que geram custos adicionais aos nubentes e, que os demovem do seu exercício.¹³⁵

Todavia, tal pode vir a mudar com a alteração ao Código Civil, oriunda da lei n.º 48/2018 de 14 de Agosto de 2018, que veio permitir uma exceção à proibição de celebração de pactos sucessórios. Fê-lo ao aditar a alínea c) no n.º 1 do art. 1700º.¹³⁶

Nessa alínea passou a prever-se a possibilidade de renúncia recíproca da condição de herdeiro legitimário e, para tal exercício, exige-se uma “reunião cumulativa de um conjunto de requisitos”¹³⁷, entre os quais está a necessidade de o casamento ser regido pelo regime da separação de bens.¹³⁸

Desta forma, a nova previsão normativa pode promover um mais frequente exercício da autonomia negocial para a conformação do regime de bens, com escolha do regime da separação de bens para, dessa forma, celebrarem o pacto renunciativo acabado de referir.¹³⁹ O futuro permitira concluir se esta suposição se confirma.

Introdução: direito matrimonial. p.560. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.156.

¹³⁵ Guilherme de Oliveira, “Observações sobre os regimes de bens” in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876, 1997, p.39.

¹³⁶ A lei nº48/2018, de 14 de agosto introduz “mais uma exceção ao princípio da proibição de pactos sucessórios que se encontra prevista no art. 2028º”. Rute Teixeira Pedro “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº.1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.”, in: *Revista da ordem dos Advogados*, ano78 Jan./jun.2018, Lisboa, 2018, p.423

¹³⁷ Rute Teixeira Pedro “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº.1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.”, in: *Revista da ordem dos Advogados*, ano78 Jan./jun.2018, Lisboa, 2018, p.429. Os demais requisitos são de forma e tempo, uma vez que deve ser celebrado através de convenção antenupcial e, respeitando os requisitos de forma e tempo da convenção. Além do requisito de reciprocidade de ambos os cônjuges, sendo um acordo bilateral. Todos sendo requisitos de validade. Rute Teixeira Pedro “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº.1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.”, in: *Revista da ordem dos Advogados*, ano78 Jan./jun.2018, Lisboa, 2018. pp. 429 e ss.

¹³⁸ Artigo 1700, nº3 CC prevê a necessidade de os esposados, que utilizarem da faculdade de renúncia recíproca da condição de herdeiro legitimário, celebrarem o casamento a luz do regime da separação de bens. Rute Teixeira Pedro explica “O espaço para o exercício da autonomia privada quanto aos efeitos sucessórios associados à relação matrimonial não é, portanto, transversalmente reconhecido a todos os esposados. A liberdade de estipulação é limitada, restringindo-se às hipóteses em que o regime de bens a vigorar no seio do casamento será o regime legalmente tipificado e regulado nos arts. 1735º, ss, do Código Civil.” Rute Teixeira Pedro “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº.1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.”, in: *Revista da ordem dos Advogados*, ano78 Jan./jun.2018, Lisboa, 2018, pp. 429 e 430.

¹³⁹ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed. Lisboa, AAFDL, 2018, p.464.

2.3.1. O regime do art. 1718.º

Entre os limites de exercício a autonomia negocial, para à escolha do regime de bens do casamento conta-se a restrição relacionada com a forma pela qual os de regimes não tipificados na lei portuguesa devem ser conformados.

Nos termos do art. 1718.º, quando os nubentes optarem por escolher um regime de bens originário de lei estrangeira, ou de lei já revogada, ou com base nos costumes, faz-se necessário a completa descrição do regime de bens, não podendo fazer simples remissão para a sua existência.¹⁴⁰

Sofia Henriques nos ensina que “a origem desta norma encontramos-la no direito francês, onde se proibia a remissão para costumes, leis ou estatutos locais, e no direito italiano (código civil de 1865), onde, pela primeira vez, se adoptou um fórmula mais genérica abrangendo também a remissão para lei estrangeira”.¹⁴¹

Tal norma promove um certo grau de restrição da autonomia negocial dos cônjuges, pois em casos de regimes típicos do código civil português, a norma aceita uma simples remissão ao regime.

A *ratio* da lei para essa restrição decorre de dois fatores importantes. O primeiro ligado ao momento em que o código entrou em vigor. Tendo o novo diploma trazido mudanças significativas correlacionadas a conformação dos regimes de bens, incluindo a modificação do regime supletivo, surgiu a necessidade de evitar que a vigência da norma revogada fosse reintroduzida através de mera remissão, o que impediria a transformação de concepção que se pretendia com a nova lei.

O segundo correlata-se à necessidade de os nubentes terem conhecimento completo do teor e significado jurídico do regime de bens, que conformará o seu casamento. E, uma simples remissão a norma estrangeira, poderia não proporcionar o conhecimento necessário e, nem garantir que o objeto do acordo dos esposados se encontraria suficientemente determinado. Por isso a norma veta a simples remissão. Além disso, importa destacar que a mera remissão causaria dificuldade de perceção por terceiro interessado, nomeadamente aquele que contrata com o(s) cônjuge(s) e pretende conhecer o âmbito da garantia patrimonial dos seus créditos.¹⁴²

¹⁴⁰ Sobre o assunto Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1718º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p.621. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.159.

¹⁴¹ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, pp.159 e 160.

¹⁴² Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.160. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1718º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º p.621.

2.3.2. O regime do n.º 2 do art. 1699.º

As restrições à autonomia de vontade dar-se-ão também, através de uma proibição à escolha de um regime tipo em certos casos.

Neste caso, os esposados podem optar por qualquer regime de bens típicos e atípicos, salvo no exato âmbito que é proibido pela norma. É o que acontece com a situação prevista no artigo 1699º, n.º 2 do Código, quando estipula a proibição do regime da comunhão geral aos casamentos celebrados por quem tem filhos.

O código de Seabra (1868) em seu artigo 1720º alínea c) consagrava que vigorava imperativamente o regime da separação de bens nos casamentos celebrados por quem já tivesse filhos legítimos.

Com as transformações operadas, pela superação das desigualdades entre filhos legítimos e ilegítimos e, as modificações a respeito dos regimes de bens, trazidas pelo código civil de 1966 modificou-se a restrição à liberdade negocial, a qual passou de uma limitação absoluta para relativa. A limitação transitou do art. 1720.º para o art. 1699.º, n.º 2. Eliminou-se assim o seu carácter impositivo de um regime de bens e estipulou-se um carácter proibitivo de certas opções. Considerou-se que a estrutura patrimonial base do regime da comunhão de adquiridos seria necessário para assegurar os direitos legitimários dos filhos nascidos anteriores ao casamento.¹⁴³

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira elucidam que a restrição a autonomia da vontade, prevista no n.º 2 do artigo 1699º, tem como gênese a proteção dos filhos anteriores ao casamento, ainda que maiores ou emancipados. O que leva a lei assegurar essencialmente a incomunicabilidade dos bens que o cônjuge levou para o casal ou adquiriu a título gratuito e aos sub-rogados no seu lugar.¹⁴⁴

Nas hipóteses referidas, a lei proíbe que se convencione o regime da comunhão geral de bens e proíbe a comunicabilidade de bens definidos como próprios no regime da comunhão de adquiridos (art. 1722º, n.º 2 CC). Estipula-se assim um mínimo de incomunicabilidade de bens, correspondente ao âmbito de incomunicabilidade prevista para o regime da comunhão de adquiridos.¹⁴⁵

¹⁴³ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.153.

¹⁴⁴ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial. p.560.

¹⁴⁵ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1699º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.594.

Portanto, quando existirem filhos anteriores ao casamento, os nubentes não podem conformar um regime de bens que comunique mais bens do que seriam comunicáveis no regime da comunhão de adquiridos. Desta forma os nubentes com filhos anteriores ao casamento podem conformar qualquer outro regime de bens que proteja os bens anteriores ao casamento, e os sub-rogados em seu lugar e os adquiridos a título gratuito na constância do casamento.

Sofia Henriques escreve que “esta norma visa impedir “em tais casos um regime de comunhão mais intensa do que a comunhão de adquiridos”. Trata-se, assim, “de uma imposição relativa diferente do que sucede no art.1720º, que tem uma imperatividade absoluta.”¹⁴⁶

Sendo uma restrição à autonomia privada, a lei precisa definir o alcance da limitação. Contudo o texto do n.º 2 do art.1699º suscita dúvidas em relação a este alcance. Pois não é claro que a existência de filhos anteriores ao casamento que sejam filhos comum do casal também importe a aplicação do limite desse preceito

Para delimitar este alcance, há necessidade de interpretar a norma considerando a *ratio* da norma, que é a proteção sucessória dos filhos nascidos anteriormente ao casamento.

A maior parte da doutrina posicionou-se favoravelmente à interpretação restritiva do preceito. Entre eles Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira¹⁴⁷, Rute Teixeira Pedro¹⁴⁸, Sofia Henriques¹⁴⁹, Jorge Duarte Pinheiro¹⁵⁰. Tal interpretação limita a abrangência da norma, apenas aos nubentes que tenham filhos anteriores ao casamento “com terceiros”.¹⁵¹

¹⁴⁶ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.154.

¹⁴⁷Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial. p.575.

¹⁴⁸ Rute Teixeira Pedro na parte final da anotação ao artigo escreve “Atendendo à *ratio* do artigo que se acaba de expor, pontifica o entendimento de que o disposto no art. 1699º, n.º2, só se aplica quando o (s) filho (s) existente(s) à data da celebração do casamento não seja (m) comuns a ambos os nubentes, já que, nesse caso, o (s) serão chamados à sucessão hereditária dos dois cônjuges, seus progenitores.” Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1699º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.596.

¹⁴⁹ Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.154.

¹⁵⁰ Jorge Duarte Pinheiro posiciona-se da seguinte forma: “Em conclusão, parece-nos aceitável a posição dominante, favorável a uma interpretação restritiva do art. 1699.º, n.º 2: só é vedado aos nubentes convencionarem o regime da comunhão geral de bens ou estipularem a comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722, nº 1, se o casamento for celebrado por quem tenha filhos *de terceiros*. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.410.

¹⁵¹ Expressão utilizada por Jorge Duarte Pinheiro. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.410.

A tese da interpretação restritiva foi acolhida pelo Parecer da Procuradoria-Geral da República de 10.11.1994, homologado por despacho do Secretários de Estado da Justiça de 28.12.1994.¹⁵²

2.3.3. O regime do artigo 1720, n.º 1 e a influência do direito brasileiro (observações introdutórias)

Finalmente passaremos, agora, a uma análise preliminar da limitação absoluta, prevista no artigo 1720º do Código Civil português, investigando alguns aspetos da lei que a influenciou. Falamos da lei brasileira. O estudo deste regime constitui o núcleo do nosso trabalho, o qual será desenvolvido nos capítulos seguintes.

O sistema jusmatrimonial português prevê duas situações em que existe uma restrição completa à liberdade dos cônjuges na escolha do regime de bens, ou seja, uma limitação absoluta. Nestas situações retira-se qualquer possibilidade de conformação pelos cônjuges do regime de bens que regerá o casamento.

As situações são as seguintes: quando o casamento for celebrado sem processo preliminar e, quando um dos nubentes tiverem mais de 60 anos de idade. Tais hipóteses estão previstas nas alíneas a) e b) respetivamente, do n.º 1 do artigo 1720º do Código Civil português.

A primeira limitação já era prevista na legislação anterior. A segunda foi uma inovação trazida pelo Código Civil de 1966, a qual foi inspirada pelo direito Brasileiro. Em capítulo posterior, investigaremos mais pormenorizadamente as duas hipóteses. Neste ponto, averiguemos, ainda que de maneira lacónica, a influência brasileira.

O direito brasileiro prevê o regime obrigatório da separação de bens para os nubentes acima de determinada idade, desde o Código Civil de 1916. Inicialmente o regime da separação de bens era imposto aos casamentos com nubentes homens acima de 60 anos e aos casamentos com nubentes mulheres acima de 50 anos.¹⁵³

O sistema jurídico brasileiro passou por transformações, no que diz respeito ao seu sistema Constitucional e Familiar. Assim proclama Caio Mário “que as transformações operadas neste século teriam sido maiores e mais avançadas de que em dois milênios de

¹⁵² Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.154.

¹⁵³ Código Civil Brasileiro de 1916, artigo 258, inc. II do parágrafo único.

civilização romano-cristã.”¹⁵⁴ De modo semelhante foram as mudanças ocorridas em Portugal e na maioria dos países de origem romano-germânico¹⁵⁵.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, passaram a irradiar para todo o ordenamento jurídico os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade. Desencadearam-se, portanto, alterações na norma civil, para que essa não fosse considerada inconstitucional.¹⁵⁶

Dessa forma a diferenciação da idade entre os nubentes homens e mulheres para o regime legal da separação de bens foi excluído e, parametrizou-se para ambos os sexos a mesma idade de 60 anos.¹⁵⁷

Idade essa que se manteve até 2010, quando houve uma alteração ao Código Civil Brasileiro, modificando a idade dos nubentes para a imposição legal do regime legal da separação de bens. Por meio da Lei nº 12.344, de 2010, definiu-se a idade de 70 anos para determinação da aplicação do regime imperativo da separação de bens.

A lei brasileira procura evitar que a celebração do casamento promova o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em relação ao outro. Define, assim, meios de dissuadir o casamento por interesses económicos.¹⁵⁸

Quanto a esse ponto, dois tipos de relações são consideradas potenciais geradoras de celebrações desequilibradas. Por um lado, tem-se em consideração as relações que promovem a confusão patrimonial, que está prevista no artigo 1523º do Código Civil Brasileiro, o qual descreve os casamentos que podem gerar confusão patrimonial e, proíbe sua celebração até a eliminação dos factores que promovem a confusão patrimonial. São as causas suspensivas do casamento.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.169.

¹⁵⁵ No sistema Constitucional a proteção do sistema de direitos fundamentais, com horizontalidade para todo o sistema jurídico. Em matéria familiar a Lei do divórcio, a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos. O Estatuto igualitário dos cônjuges. As mesmas transformações experimentadas em Portugal com a ascensão da mulher ao mercado de trabalho Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.pp. 168 e ss. Mais em Jorge Pinheiro, “Perspectivas de evolução do direito da família em Portugal” - in: *Textos de Direito da Família : para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, 2016, pp.353 a 360.

¹⁵⁶ Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, pp.3 e ss.

¹⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Coleção sinopses jurídicas, v. 2 - Direito civil, direito de família*, Editora Saraiva, 2019, p.146. Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, p.319.

¹⁵⁸ Mais em Milton Paulo de Carvalho Filho, Anotação ao art. 1641º, Código Civil Brasileiro, Cord. Cezar Peluso, Manol, 10 ed., 2016, p. 1731 e 1732. Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.318.

¹⁵⁹ Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.317. Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p.149.

Por outro, tem-se em consideração os casamentos celebrados por pessoas maiores de 70 anos. Limita-se a autonomia da vontade desses nubentes, já que o patrimônio do casal será regido por um regime de bens que muitas vezes não seria o da sua escolha.¹⁶⁰

O direito Brasileiro limita a autonomia de vontade dos nubentes em relação à escolha dos regimes de bens do casamento no artigo 1641º do Código Civil, em que se prevê que “ É obrigatório o regime da separação de bens no casamento I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) e III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

Destas limitações, a versada no n.º II do artigo 1641º, como já foi citado, influenciou diretamente o sistema matrimonial Português, visto que o código civil Português passou a prever a mesma limitação à escolha do regime de bens derivada da idade dos nubentes.

A justificativa para a criação da norma Brasileira, foi a da proteção de certas pessoas. Assim escreve Carlos Roberto Gonçalves “mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de dezasseis, as maiores de setenta anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”¹⁶¹

Sua utilização pelo ordenamento português segue a mesma justificativa de proteção, pois acredita-se que tais pessoas são mais suscetíveis à experiência de carência afetiva, decorrente da sua idade. Na verdade, as características específicas do envelhecimento promovem uma maior necessidade de atenção e cuidados. Em alguns casos isso pode atrair pessoas que decidem entrar numa relação matrimonial com interesses de aumentar o seu patrimônio pessoal.¹⁶²

Entretanto, tal norma define como vulneráveis uma categoria de pessoas de forma abstrata, em decorrência da idade biológica. Existe, por isso, uma enormidade de debates na doutrina brasileira sobre a eventual desconformidade à Constituição do preceito.¹⁶³

¹⁶⁰ Maria Berenice Dias, *Manual de direito de família*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 256.

¹⁶¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Coleção sinopses jurídicas, v. 2 - Direito civil, direito de família*, Editora Saraiva, 2019, pp. 145 e 146. Mais em Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, pp. 320 e 321.

¹⁶² Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial. pp. 560 e 561; Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 426 e ss.; Maria Berenice Dias, *Manual de direito de família*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 256 e ss.

¹⁶³ Além de recorrentemente haver projetos de Lei para a supressão ou alteração do artigo do Código Civil referente as regime imperativos de Bens. Em 2015 havia um projeto de lei Nº 189, de 2015 que propunha a revogação do inciso II do artigo 1641 CCB. Todavia tal projeto foi rechaçado afirmando que a alteração de 2010 já respondia as

Maria Berenice Dias, que está entre os adeptos da teoria da inconstitucionalidade do artigo 1641º escreve: “das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção.”¹⁶⁴

Paulo Lobo afirma que “Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa.”¹⁶⁵

Nessa linha seguem os demais adeptos¹⁶⁶, os quais sempre ressaltam, que a norma fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vez que limita a autonomia negocial de forma extensiva e não restritiva com base no caso concreto. Em capítulo próprio averiguaremos o debate de forma mais detida.

Entre a doutrina portuguesa existem críticas na mesma linha em que frisam a necessidade do desenvolvimento pessoal e da maior capacidade negocial aos vulneráveis.

Rute Teixeira Pedro preleciona: “a resposta jurídica à vulnerabilidade deve ser uma resposta adequada à particularidade do caso concreto, refletindo as especificidades que ele apresenta em cada situação. Chama-se, aqui, à colação o respeito pelo princípio de proporcionalidade que deve nortear a intervenção legislativa, e que evitará cenários indesejáveis em que a pessoa vulnerável seja subprotegida ou sobreprotegida.”¹⁶⁷

Outro ponto relevante a respeito da norma influenciadora do art. 1720.º n.º 1 al. b) é que o sistema jurídico brasileiro não aplica a restrição da maneira literal, da forma prescrita no artigo 1641º CCB, já que existe uma súmula desde 1964, que traz novos contornos ao regime distanciando-o do que resultaria de uma aplicação literal da lei.

alterações social operada no sistema Brasileiros. Com base no parecer da Comissão de Constituição e justiça que o relator era o Deputado Paes Landim. Câmara dos Deputados do Brasil, disponível in: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886> (última visita em 18.02.2020).

¹⁶⁴ Maria Berenice Dias, *Manual de direito de família*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

¹⁶⁵ Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.317.

¹⁶⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. Editora Saraiva, 2020, pp.471 e 472. Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, pp. 149 e ss.

¹⁶⁷ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis”, in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, pp. 160 e 161.

Inicialmente a Súmula não era aplicada, em decorrência do momento histórico (ditadura militar) em que foi emanada, e da importância que se dava as Súmulas. A partir da Constituição de 1988, nomeadamente, após a Emenda Constitucional 45 de 2005, implantou-se no sistema jurídico Brasileiro a proteção das súmulas vinculantes.

As súmulas passaram a ser um grande instrumento interpretativos do judiciário Brasileiro. Promoveu-se desta feita um grau maior de importância as súmulas, entre elas a Súmula 377 de 03 de Abril de 1964, a qual enuncia que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

O STF fixou o entendimento segundo o qual, em caso de separação, divórcio ou inventário, os bens adquiridos na constância do casamento, ainda que somente por um dos cônjuges são considerados bens comuns e devem ser partilhados no sistema da metade, salvo se outra forma for estipulada na convenção antenupcial.¹⁶⁸

Dessa forma a interpretação do regime imperativo de bens na legislação brasileira foi modificado. Contudo, para responder à questão de saber se houve modificação apenas no meio protetivo do enriquecimento sem causa, ou uma verdadeira modificação do regime de bens obrigatório faz-se necessário uma delimitação interpretativa da Súmula, a qual não esclarece se o cônjuge não proprietário tem que comprovar esforço comum na aquisição do bem.¹⁶⁹

Contudo, a doutrina já vem posicionando-se a respeito, conforme as palavras de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Silva “entendemos ser necessária a prova de que houve efetiva participação financeira ou de trabalho na aquisição de bens, dentro dos princípios da sociedade de fato, para que ocorra a comunicação de aquestos prevista na Súmula 377 do STF. Aliás, é de salientar que o Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado favoravelmente à tese que defendemos sobre a necessidade de prova do esforço comum, inclusive quando se trata de união estável constituída por pessoa com idade superior àquela prevista em lei para o casamento”¹⁷⁰

¹⁶⁸ STJ- Aresp: 1315155- PR 2018/015332-0, Data do julgamento 15/08/2018; STJ-Agint no arresp 1257738- DF 2018/0049892-2, DJE 09/10/2018. STJ Resp 1481888-Sp 2014/0223395-7, Data do julgamento 10/04/2018. Maria Berenice Dias. *Manual de direito de família*. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais;2015, p.230. Mais em Carlos Roberto, *Coleção sinopses jurídicas, v. 2 - Direito civil, direito de família*, Editora Saraiva, 2019, p.146. Milton Paulo de Carvalho Filho, Anotação ao art. 1641º, Código Civil Brasileiro, Cord. Cezar Peluso, Manol, 10 ed., 2016, p. 1731 e 1732. Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.318. Álvaro Villaça Azevedo, *Curso de direito civil: direito de família*, Editora Saraiva, 2018, p.293.

¹⁶⁹ A doutrina e a jurisprudência Brasileira ainda não é unanime sobre o assunto.

¹⁷⁰ Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da familia. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, p. 325.

Em relação à jurisprudência, essa já vem interpretando o sentido da Súmula com maior ou menor amplitude. A este propósito surge a questão de saber se o regime imperativo de bens brasileiro foi, *de iure*, modificado por meio de Súmula e não através da legislação ou se, conforme defendem os adeptos da inconstitucionalidade do preceito, essa modificação só poderia ocorrer através de uma alteração legislativa sobre a matéria.

Enquanto esta questão não é resolvida, a previsão do regime imperativo de bens no direito brasileiro é causadora de insegurança jurídica.¹⁷¹ Permanece, pois, o debate em torno da declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 CCB.

Em contrapartida, no sistema jurisprudencial português não se aplica a presunção relativa, em relação aos bens adquiridos na constância do casamento, quando este é regido pelo regime compulsório da separação de bens, como na jurisprudência Brasileira.

Nesse sentido o sistema jurídico brasileiro já soluciona os casos de enriquecimento sem causa recorrendo a institutos do direito matrimonial, mais especificamente ao regime de bens.

Enquanto o direito português, para a proteção do enriquecimento sem causa recorre aos institutos de direitos obrigacionais e reais, como resulta da decisão do Acórdão 14/04/2015 processo 3/11.OTBOHP.C1. S1ª SECÇÃO do Supremo Tribunal de Justiça.¹⁷²

3. O regime do artigo 1720.º

Nos capítulos predecessores averiguámos os regimes-tipo e os casos de limitação relativa à autonomia negocial na escolha dos regimes de bens do casamento na legislação portuguesa. Identificámos ainda que a alínea b) do artigo 1720º foi influência direta da legislação Brasileira.

¹⁷¹ STJ- ARESP: 1315155-PR 2018/015332-0, data do julgamento 15/08/2018; STJ – Agint no ARESP 125773 – DF 2018/ 0049892-2, DJE 09/10/2018. STJ Resp 1481888 – SP 2014/0223395-7, data do julgamento 10/04/2018.

¹⁷²A jurisprudência Portuguesa, mesmo nos casos em que houve comprovação da contribuição de ambos os cônjuges para a aquisição de um bem próprio na constância do casamento, não considera o bem comum, pois no regime da separação de bens não permite a existência de bens comuns. Em alguns casos declara o bem em copropriedade recorrendo ao instituto do mandato, abuso de direito ou do enriquecimento sem causa. Diferenciando-se assim da jurisprudência Brasileira que de forma *iuris tantum* já considera o bem adquirido na constância do casamento como comum, mesmo no regime da separação legal de bens. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça De 14/04/2015, Relator Júlio Gomes, Processo 3/11.OTBOHP.C1. S1ª SECÇÃO. Disponível in:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a82290c2be4ac2d080257e27004f5c45?OpenDocument> (Última consulta em 21.02.2020).

No presente capítulo concentraremos, de forma mais detida, a nossa atenção nas duas hipóteses de limitação absoluta a autonomia privada na escolha do regime de bens. Ambas enunciadas no artigo 1720º, n.º 1 do Código Civil.

Desta forma, começaremos o capítulo com a investigação do artigo 1720º, n.º1 e das suas duas alíneas. Subsequentemente estudaremos os efeitos jurídicos oriundo da previsão normativa, dando enfoque aos efeitos relativos à doação para casamento e a doação entre casados. Finalizaremos com o estudo do artigo 1641º do Código Civil Brasileiro.

A limitação absoluta a autonomia de vontade na escolha do regime de bens refere-se à imposição do regime da separação de bens, nos casamentos celebrados ocorrendo um das duas situações enunciadas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 1720º.

Ambas as alíneas têm como objetivo evitar o casamento com prejuízo patrimonial para um dos nubentes¹⁷³. É assim, já que as duas hipóteses vertem possibilidades de a decisão do casamento ser tomada por outros fatores, que não a vontade de uma comunhão de vida, decorrente da afetividade entre os nubentes, mas por meros motivos patrimoniais.¹⁷⁴

3.1. A previsão da norma: as duas situações previstas no artigo 1720 do Código Civil.

Questões de interesse social ou coletivo levam o Estado a intervir na autonomia negocial dos particulares. Estas intervenções sucedem-se, ora como uma restrição à liberdade de conformação negocial dos particulares, ora como uma supressão total dessa liberdade.

Nesse sentido, o artigo 1720º, n.º 1 é um supressor integral da liberdade negocial quanto à escolha do regime de bens para o casamento. Trata-se da única hipótese em que o legislador eliminou qualquer possibilidade de exercício da autonomia privada na conformação do regime de bens.

Uma vez que o Estado, nessas situações, pressupõe que os nubentes se encontram impossibilitados da faculdade de uma escolha livre e racional. Com um intuito tutelador dá-se a supressão da autonomia de vontade, por meio da imposição da vigência de um regime tipo do Código Civil (Regime da separação de bens), para reger esses determinados casamentos.

¹⁷³ “A imposição legal da separação de bens é entendida como um instrumento dissuasor do casamento por interesse económico.” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.427. Também em Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p.382. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.157.

¹⁷⁴ Sobre o assunto Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.427. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625.

Promovendo o objetivo de separação patrimonial dos nubentes, desencorajam-se os casamentos por mero interesse patrimonial.

Assim prescreve o artigo 1720º que “Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade”¹⁷⁵.

A primeira hipótese correlaciona-se com a necessidade de um procedimento específico anterior ao casamento, o qual inibirá uma escolha desarrazoada dos nubentes oriunda da urgência de sua celebração.

A segunda vincula uma idade limite, em que os nubentes podem exercer a autonomia negocial. A razão da norma relaciona-se a presunção de que a partir de determinada idade, os nubentes são mais vulneráveis, o que pode levar a uma decisão menos ponderada em relação ao matrimónio, notadamente relativamente ao regime de bens que se aplicará ao casamento.

Para uma melhor compreensão, investigaremos de forma mais pormenorizada e separadamente as duas hipóteses de supressão da autonomia de vontade dos cônjuges.

3.1.1. Os casamentos celebrados sem precedência do processo preliminar

As diligências que antecedem o casamento chamam-se processo preliminar do casamento e obedecem ao disposto nos artigos 1610º a 1615º do Código Civil e nos artigos 134º a 145º do Código de Registo Civil¹⁷⁶. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira afirmam que “as formalidades a cumprir antes da celebração são várias e constituem um encadeamento de atos, um «processo» – o processo preliminar de casamento.”¹⁷⁷ Processo esse que se instaura com a declaração daqueles que pretendem casar-se, por si ou por intermédio de procurador.

O Dec.- Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro alterou as normas referentes ao processo preliminar ao casamento, mudando assim também a redação da alínea a), n.º 1 do artigo 1720º do Código Civil. Alterou-se a denominação “processo preliminar de publicação” para “processo preliminar de casamento”, como agora se lê.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.624.

¹⁷⁶ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.325.

¹⁷⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.326.

¹⁷⁸ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art.1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.624.

O processo anterior a celebração do casamento torna-se importante principalmente para identificar algum impedimento ao casamento.¹⁷⁹ Este é o momento oportuno para o conservador declará-lo.

Os impedimentos estão relacionados com as “incapacidades nupciais”¹⁸⁰, posto que as incapacidades dos nubentes são diferentes daquelas regidas pela lei de negócios jurídicos em geral.¹⁸¹

Desta maneira os nubentes que celebrarem o casamento sem o devido processo preliminar poderão estar incorrendo em algum impedimento, ou seja, poderão apresentar-se com alguma incapacidade nupcial. Assim, os casamentos celebrados sem a precedência desse processo deverão ser objeto de um ato de homologação¹⁸² de acordo com os artigos 1623º e 1624º CC.

Os casamentos sem processo preliminar, os chamados casamentos urgentes, estão previstos no próprio direito matrimonial, podendo celebrar-se na modalidade civil ou na católica de acordo com os artigos 1599º, n.º 1 e 1622º CC. Estes preceitos enunciam as hipóteses em que podem ser celebrados os casamentos urgentes e a forma como devem ser celebrados.¹⁸³

Nesse sentido, podem ser celebrados casamentos sem o processo preliminar para casamento, quando haja fundado receio de morte próxima de algum dos nubentes, ou iminência de parto, não havendo dessa maneira intervenção do funcionário do registo civil.¹⁸⁴

Apesar da possibilidade da celebração do casamento urgente a lei impõe limitações relacionadas a necessidade de homologação posterior (art. 1623º CC). O juízo de homologação

¹⁷⁹ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.351. A competência do Conservador para a verificação dos impedimentos está prevista no art. 143, n.º 1, do CRC.

¹⁸⁰ Termo usado por Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.326.

¹⁸¹ A capacidade exigida para o matrimónio, não se resume a capacidade prevista para os negócios jurídicos em geral, já que o casamento possui particularidades que originam a própria qualificação das incapacidades nupciais. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.288.

¹⁸² Sobre o assunto Jorge Duarte Pinheiro “Apresentada a acta do casamento, o conservador decide se o casamento deve ser homologado (art.1623., nº1). Se não tiver corrido, o processo preliminar de casamento é organizado oficiosamente e a decisão sobre a homologação será proferida no despacho final desse processo (art. 1623º, n.º.2º). As causas justificativas da não homologação são referidas no art. 1624º, n.º. 1.” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.351.

¹⁸³ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.358. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1599º e 1622º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, pp. 484, 485 e 506.

¹⁸⁴ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1622º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.507.

pressupõe a verificação dos impedimentos matrimoniais, uma vez que o respeito pelos mesmos não é afastado¹⁸⁵.

Assim a supressão da escolha de regime de bens, nos termos da alínea a), do n.º 1 do art. 1720º, tem por objetivo o de impedir que os casamentos, em que não foram averiguados de forma devida os requisitos da capacidade nupcial, em decorrência da urgência, possam ser celebrados por mero interesse patrimonial

Desta feita, o legislador suprimiu a autonomia negocial, pressupondo que a urgência na sua celebração pode representar um perigo, na medida em que os esposados se envolvam de forma precipitada e com consequências patrimoniais desvantajosas. O legislado pretende salvaguardar o patrimônio dos cônjuges por meio da imposição de separação patrimonial.¹⁸⁶

A retirada da autonomia de vontade, proveniente de uma não observância dos requisitos de capacidade matrimonial pelos esposados, vem desde o código de Seabra, o qual previa no artigo 1060º, § 3º¹⁸⁷ que os casamentos contraídos por menores não emancipados, ou por maiores sob tutela se consideravam sempre conformados pelo regime de separação de bens.

Assim sendo, também à luz do atual código civil, quando os nubentes não seguirem o rito (processo) enunciado no código de registo civil, mesmo que não se verifique nenhuma causa de incapacidade matrimonial (note-se) o casamento será conformado pelo regime da separação de bens. A supressão da autonomia negocial é uma limitação vinculada à não observância do processo preliminar de casamento, por meio da realização de um casamento urgente.

A doutrina não apresenta demasiada crítica em relação à supressão da autonomia negocial, nesta hipótese de não observância do processo preliminar de casamento.

Assim, escreve Maria Margarida Silva Pereira que “a falta de processo preliminar atinge a situação dos casamentos urgentes. Ora, o casamento urgente requer um processo de homologação subsequente que tende a eliminar os focos de ascendente de um nubente sobre o

¹⁸⁵ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed. Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 333 e ss. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 358 e ss. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1599º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p. 485.

¹⁸⁶ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625. Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009, p.157.

¹⁸⁷ Código Civil Português de 1867, Disponibilizado pela Universidade de Lisboa, disponível in: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf> (Última visita em 27.02.2020). Sobre o assunto Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1720º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º., 1992, p.416.

outro, e todas as vicissitudes que possam ter dado origem a um casamento que se admite que nunca teria lugar no caso de um dos nubentes, ou mesmo ambos, ter beneficiado de condições normais para reflectir sobre as implicações do mesmo casamento. Admite-se, contudo, que a imposição do regime da separação de bens se justifique, por a homologação ser um processo que valida um casamento já celebrado.”¹⁸⁸

3.1.2. Os casamentos celebrados por quem tenha completado 60 anos de idade.

Em contrapartida a supressão a autonomia de vontade dos maiores de 60 anos gera inúmeras críticas tanto na doutrina portuguesa¹⁸⁹, quanto na doutrina brasileira, como já foi mencionado. A alínea b) do n.º 1 do 1720.º corresponde a uma inovação do código civil de 1966, não tendo nenhuma referência semelhante no código de Seabra.

Esta alínea elimina qualquer possibilidade de exercício da autonomia negocial pelos esposados com mais de 60 anos de idade, usando assim um critério biológico – a idade – para pressupor vulnerabilidades.

Desta maneira, quando um dos esposados for maior de 60 anos, obrigatoriamente seu casamento será regido pelo regime da separação de bens, não deixando nenhuma possibilidade de mudança pelos nubentes.

Rute Teixeira Pedro escreve que “Ainda que o arquétipo factual que se encontrou na base da solução fosse o de, para além de um dos nubentes ter uma idade avançada, haver um desnível etário acentuado entre os dois nubentes, a norma também se aplicará às situações em que não haja tal desnível.”¹⁹⁰

A previsão normativa, como já citado anteriormente, visa a inibição do casamento com o objetivo de ganho patrimonial indevido, uma vez que o legislador acredita que o esposado nessa idade pode não estar com a capacidade psíquica plena para reger os seus interesses patrimoniais.

Nesse sentido nos ensina Diogo Leite de Campos que “Nos casos de regime legal imperativo, a lei determinou-se pelo receio de que algum dos nubentes tenha sido levado a contrair matrimónio por interesse económico. Ou que o cônjuge de mais idade, de mais de

¹⁸⁸ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.448.

¹⁸⁹ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.449; Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720.º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625. Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1720.º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º.,1992, pp.417 e 418.

¹⁹⁰ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720.º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625.

sessenta anos, não tenha a capacidade psíquica ou sentimental para apreciar com frieza os seus interesses económicos.”¹⁹¹

Apesar da justificativa, grande parte da doutrina tem dúvidas e manifesta até mesmo oposição em relação a norma, uma vez que a norma foi acrescentada no sistema jurídico português anteriormente à Constituição de 1976.

A doutrina questiona a solução, considerando a nova roupagem do sistema de direitos fundamentais, principalmente as relacionadas aos princípios da igualdade e da autonomia privada. A supressão da autonomia de vontade com base em uma “pressuposta vulnerabilidade” poderá estar ferindo os dois princípios Constitucionais referidos.

Entre os que defendem que, em algumas situações, a norma pode ser desproporcional, estão Pires de Lima e Antunes Varela. Estes autores afirmam que “Há incontestavelmente, muitos casos em que a realização do casamento de pessoas com a idade referida no artigo 1720.º não assenta em nenhum motivo censurável. É o que sucede, por exemplo, quando o casamento seja feito depois dos nubentes terem convivido maritalmente durante um período mais ou menos longo.”¹⁹²

Entre os que ressaltam a possibilidade de inconstitucionalidade da norma, por causa da desproporcionalidade na limitação dos princípios da igualdade e da autonomia privada temos Jorge Duarte Pinheiro, Rute Teixeira Pedro, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira prelecionam que “Resta saber se este regime é compatível com o princípio da igualdade constitucional (art. 13.º CREp). A restrição da faculdade de escolher o regime de bens que sofram os cidadãos com mais de sessenta anos é necessária para satisfazer interesses fundamentais, e é proporcional?”¹⁹³

Jorge Duarte Pinheiro aponta outro problema de inconsistência, em relação à realidade social e ao sistema jurídico, posto que a imposição do regime da separação de bens a quem tenha completado 60 anos de idade “funda-se na suspeita de que o consentimento do outro nubente é determinado por motivações econômicas, partindo do pressuposto de que uma pessoa com sessenta ou mais anos de idade tem, em regra, pouco tempo, e pouca qualidade, de vida.”

194

¹⁹¹ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p.382.

¹⁹² Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1720º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º.,1992, p.417.

¹⁹³ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.561.

¹⁹⁴ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.427.

Entretanto nas últimas décadas, os dados estáticos vêm demonstrando que a suposição de que uma pessoa com sessenta anos de idade tem pouco tempo de vida está incorreta, por causa do aumento da esperança de vida da população em larga escala.

Vejam os dados referentes a esperança de vida da população portuguesa nas últimas décadas. No ano de 2017 a média de esperança de vida da população era de 81,6 anos. Na década anterior (2007) a esperança era de 79,3 anos e em 1997 o registo era de uma média etária de 75,8 anos.¹⁹⁵

De acordo com os dados, observa-se a notória alteração na esperança de vida da população. É, pois, questionável que o Estado continue a promover uma limitação a autonomia privada com referências dissonantes com a realidade atual.

Nesse sentido escreve Maria Margarida Silva Pereira que “aos sessenta anos está a população integrada na vida activa e a qualidade e esperança de vida permite que não se tenha de um cidadão de sessenta anos a imagem de um ser degradado, carente de apoio e alvo ingénua de aliciamento ínvio. Está integrada na vida activa: a grande maioria das pessoas que abandonem a vida profissional com essa idade são fortemente penalizadas por pensões de aposentação. São consideradas frágeis pelas leis do trabalho pelas leis de segurança social? Não são.”¹⁹⁶

Ainda se acrescenta, o fator da legislação sucessória, visto que a ideia de pouco tempo de vida acarreta uma provável utilização dos benefícios decorrentes da norma sucessória, mais do que da norma matrimonial.

E nesses casos em que a norma matrimonial visa a separação patrimonial, a norma sucessória prevê, através dos herdeiros legitimários, acautelar o cônjuge sobrevivente. Na verdade, se não for celebrado o pacto previsto no art. 1701.º, n.º 1, al. c), o cônjuge sobrevivente será chamado a uma quota patrimonial do *de cuius*, mesmo que no casamento tenha vigorado o regime imperativo de separação de bens.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Dados estáticos informados pelo portal PORDATA. Separadamente a esperança de vida em 2017 era de 78,4 anos para homens e de 84,6 anos para as mulheres. Em 2007 era 75,9 para homens e 82,5 para as mulheres. Em 1997 era 72,2 para os homens e 79,4 anos para as mulheres. Disponível in: PORDATA <https://www.pordata.pt/Europa/Esperan%C3%A7a+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo-1260> (Última visita em 27.02.2020).

¹⁹⁶ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.449.

¹⁹⁷ Cristina A. Dias, “Algumas notas em torno das doações ao cônjuge e o instituto da colação.” In: *XX Estudo Comemorativo dos 20 anos da FDUP*, Vol.1, 2017, p. 304.

Assim sendo, nesse caso, a legislação matrimonial não permite uma comunhão patrimonial, mas a legislação sucessória permite que o cônjuge sobrevivente adquira patrimônio do cônjuge falecido, chegando em algumas situações até a sua totalidade.¹⁹⁸

Rute Teixeira Pedro ressalta o problema da desproporcionalidade, quando a referência da vulnerabilidade dar-se-á unicamente através do fator etário, desrespeitando assim o artigo 18º CRP. Ademais acrescenta que a idade de sessenta anos de idade, faz com que o preceito padeça pelo menos pela prematuridade da imposição.¹⁹⁹ Passemos, de seguida, à análise, aos efeitos jurídicos específicos do 1720º, n.º 1 CC.

3.2. Dos efeitos jurídicos aplicáveis nos casos previstos nas alíneas do n. 1 do art. 1720.

Antes de averiguarmos os efeitos gerados especificamente pelo n.º1 do artigo 1720º, relembremos que o casamento gera inúmeros efeitos jurídicos, os quais estão previstos no Código Civil a partir do artigo 1671º.

Os efeitos jurídicos dividem-se de acordo com sua natureza, havendo assim efeitos pessoais e efeitos patrimoniais. Os primeiros vinculam-se a concretizar a comunhão de vida característica do casamento, que se aplica de forma imperativa, conforme estudado em capítulos predecessores.

Os segundos são efeitos patrimoniais, que em sua maior medida decorrem da escolha do regime de bens, também já averiguado. Ainda se têm que considerar as normas relativas ao regime primário de bens, como já foi afirmado *supra*. Não podemos também no âmbito patrimonial esquecer que o casamento tem influência na liberdade contratual dos cônjuges e que importa a aplicação de um regime particular a certos contratos quando os mesmos são celebrados entre cônjuges.

Na verdade, o casamento interfere em vários tipos de contratos quando as partes contratuais são casadas entre si. Sobressaem 3 espécies contratuais: os contratos de compra e venda, os contratos de doação e os contratos de sociedade.²⁰⁰ Sem nos demorarmos nesse ponto, temos que fazer observações brevíssimas.

O primeiro e o terceiro são reguladas da mesma maneira, para todos os casamentos celebrados, não importando o regime de bens conformado. Sendo o contrato de compra e venda proibido, e o contrato de sociedades permitido, desde que só um dos cônjuges assumam

¹⁹⁸ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.427.

¹⁹⁹ Rute Teixeira Pedro, "(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis" – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, pp. 172 e 173.

²⁰⁰ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p.449.

responsabilidade ilimitada. Já o segundo apresentará peculiaridades em relação aos regimes de bens, notadamente em relação ao regime compulsório.²⁰¹

Para o presente trabalho é deveras importante a investigação dos efeitos jurídicos vinculados aos contratos de doações, por isso faremos o estudo apenas dessa categoria de contratos. Visto que são os que possuem especificidades, em relação ao regime imperativo, e que podem proporcionar uma limitação ainda mais severa a autonomia negocial dos particulares.

Por fim, temos os efeitos sucessórios dos cônjuges sobrevivente. O estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente não é afetado por o casamento ter sido contraído no regime imperativo da separação de bens²⁰² A unidade de tratamento pode ser constatada a partir do artigo 2133.º, nomeadamente do seu nº 3 e também do artigo 2317º, al d) do Código Civil Português.²⁰³

3.2.1. A imposição do regime de separação

O regime da separação de bens, conforme exposto em capítulo pregresso, exclui a existência de bens comuns. Todavia, quando convencionado pelos nubentes, permite os contratos de doação para casamento e entre casados, mantendo assim a autonomia negocial para a movimentação patrimonial.

Obviamente, há que aplicar as regras de doações entre casados e para o casamento, prevista no Código Civil Português, nos artigos 1753 e ss e artigos 1761.º e ss, respetivamente.

No regime previsto para a doação entre casados encontram-se soluções que seguem a mesma linha de perceção da proibição de mudança de regime de bens durante o casamento.²⁰⁴

Entretanto o regime imperativo da separação de bens impõe uma supressão de liberdade negocial quanto às doações durante a vigência do casamento (art. 1762.º), visando dar eficácia à *ratio* da lei. Impede-se os nubentes de exercerem a autonomia de vontade, por outros meios, diferentes da conformação do regime de bens, como por exemplo os contratos que promovam transferências patrimoniais. Assim sendo, a norma imperativa proíbe o contrato de doação entre casados, na qual proporcionaria a mudança de esfera patrimonial entre os cônjuges, após a celebração do casamento, quando o regime imperativo é imposto legalmente (art. 1762.º).

²⁰¹ Maria Margarida Silva Pereira- *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 523 e ss.

²⁰² Mais em Cristina A. Dias, “Algumas notas em torno das doações ao cônjuge e o instituto da colação.” *In: XX Estudo Comemorativo dos 20 anos da FDUP*, Vol.1, 2017, p. 304.

²⁰³ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.426.

²⁰⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, pp. 538 e 539.

Desta forma nos casos do artigo 1720º, n.º1 proíbe-se a doação entre casados, com o objetivo de evitar que os cônjuges burlam o regime obrigatório de bens através do instituto da doação.²⁰⁵ Tal previsão está no artigo 1762º do Código Civil, sendo uma novidade do Código de 1966.²⁰⁶

Já a doação para casamento, feita pelos esposados antes da celebração do casamento (artigo 1753º CC), pode ser celebrado conforme resulta do artigo 1720º, n.º 2²⁰⁷.

No estudo do regime imperativo da separação, os efeitos jurídicos das doações para casamento e entre casados, tornam-se importantes, sendo relevante o seu estudo para percebermos se a norma matrimonial promove uma limitação ainda mais gravosa do que a imposição de um regime tipo, ou se a limitação existe pelo único objetivo de manutenção da eficácia do regime imposto.

Desta maneira estudemos as duas hipóteses de contrato de doação e suas minúcias em relação ao regime obrigatório da separação de bens.

3.2.2. A possibilidade de celebração de doações para casamento

Na hipótese de contrato de doação que agora consideramos, o negócio celebra-se em momento antecessor à celebração do casamento. Trata-se das doações para casamento, previstas no Código no Livro IV, título II, capítulo X, entre os artigos 1753º e 1760º.

Apesar de encontrar-se nesta secção, a qual se ocupa dos contratos entre cônjuges, este tipo de contrato dar-se-á entre esposados. No entanto, trata-se de negócio jurídico feito em vista do casamento, cujos efeitos dependem do estado de casado, o que explica o seu enquadramento nesta secção do código.²⁰⁸

²⁰⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.562.

²⁰⁶ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.539.

²⁰⁷ Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1720º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º.,1992, p.417.

²⁰⁸ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.553. Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela preleccionam sobre os dois tipos distintos de doação estarem no mesmo capítulo: “A junção resulta apenas de umas e outras serem doações ligadas a determinado casamento, liberalidade cuja disciplina é influenciada pela expectativa ou pela existência de um casamento. Mas o sentido da influência que o seu traço de ligação com o casamento exerce sobre os dois grupos de liberalidades é profundamente diferente. Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1753º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º.,1992, p.450.

As doações para casamento, são aquelas celebradas por um esposado em favor de outro, ou por um terceiro a qualquer um dos esposados. (artigo 1754º). Ou seja, nessa modalidade de doação o donatário sempre será um dos esposados ou os dois esposados.²⁰⁹

As doações para casamento dividem-se em duas espécies quanto às partes contratuais: a primeira é a das doações entre esposados e a segunda é a da doação de terceiros aos esposados.²¹⁰ Ambas podem ser feitas *inter vivos* ou *mortis causa* (artigo 1755º).²¹¹

Essa modalidade de negócio jurídico requer um requisito de fundo, pois a lei exige que as doações para casamento sejam celebradas na convenção antenupcial, e de acordo com as regras formais do artigo 1710º CC.

Note-se que não se trata de simples “prendas para casamento”, que são aqueles donativos, conforme os costumes sociais, mas antes de doações em sentido técnico, de acordo com o artigo 940º.²¹²

A razão de ser do artigo 1720º é a impossibilidade de comunhão de bens, assim como a impossibilidade de transferência entre massas patrimoniais. Porém, essa impossibilidade apenas ocorrerá na vigência do casamento.

Visto que o n.º 2 da referida norma não impede as doações para casamento, as quais proporcionam uma mudança patrimonial com a celebração do casamento. Com a celebração do casamento, as doações entre os esposados tornam-se irrevogáveis, conforme resulta do artigo 1758º, com fundamento idêntico ao do princípio da imutabilidade das convenções. Diversamente, as doações para casamento feitas por terceiros seguem o regime geral de revogação, o qual pode ocorrer por meio do mútuo consentimento.²¹³

Na doação para casamento, o bem passa para a propriedade do donatário, e só será comunicável, se existir previsão específica a respeito da comunicabilidade, de acordo com o artigo 1757º.²¹⁴ Ou seja, a doação gera a mudança total de propriedade de um esposado ao

²⁰⁹ Sobre o assunto: Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.553. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1754º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.648.

²¹⁰ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1755º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, pp. 648 e 649.

²¹¹ Sobre o assunto Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1754ª, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º., 1992, p.p 461 e ss. Jorge Duarte Pinheiro “Nas primeiras, o efeito de transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade de outro direito produz-se em vida do doador; nas segundas, por morte do doador. Salvo estipulação em contrário” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.420.

²¹² Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.420.

²¹³ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.422.

²¹⁴ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1757º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p. 650.

outro, não importando a idade do nubente doador ou donatário. Bem como, se a celebração do casamento se deu de forma urgente.

A imperatividade do regime de bens retirou a autonomia negocial dos nubentes para a escolha do regime de bens com o objetivo de inibir casamento por “interesse patrimonial”. Todavia as doações para casamento são admitidas mesmo nas hipóteses previstas nas duas alíneas do n.º 1 do art. 1720.º. E isto fica explica-se pelo objetivo de “remover eventuais obstáculos patrimoniais à decisão nupcial. Como é sabido, é difícil desenvolver uma vida a dois sem recursos económicos ou sem a perspectiva de os vir a obter; e, por vezes, a disparidade de condições materiais entre potenciais cônjuges é dissuasora do casamento.”²¹⁵ Assim, promove-se a transferência patrimonial para proporcionar uma maior igualdade patrimonial entre os esposados.

Dessa maneira o artigo 1720º permite a promoção da transferência patrimonial entre os esposados o que originará uma maior igualdade patrimonial em momento predecessor à celebração do casamento. Ao mesmo tempo veda-se qualquer possibilidade de mudança patrimonial entre os cônjuges, em momento posterior a celebração do casamento.

A norma permite exercício da autonomia negocial relativo à celebração de doações entre nubentes, enquanto esposados, e suprime o exercício enquanto cônjuges. A eliminação da autonomia privada no sentido referido é um efeito jurídico direto da celebração do casamento por maiores de 60 anos, ou quando essa celebração ocorra sem precedência de processo preliminar de casamento. É o efeito jurídico descrito no artigo 1762º do Código Civil.²¹⁶

3.2.3. A proibição da celebração de doações entre casados

Como vimos, a respeito da doação entre casados, existirá mais uma supressão da autonomia negocial dos cônjuges quando o seu casamento for regido pelo regime imperativo de bens. Apesar de a doação entre casados ser, em geral, válida, excetua-se, apenas a situação daqueles que sejam casados no regime imperativo de separação de bens.²¹⁷

As doações entre casados desenvolvem-se pelas regras das doações em geral, quanto aos requisitos de fundo e de forma (artigo 947º), com as especificidades previstas no art. 1761.º e ss. Assim, quanto à forma, existem duas especialidades, enunciadas no artigo 1763º.

²¹⁵ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.421.

²¹⁶ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625.

²¹⁷ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.490. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.539.

O n.º 1 do referido artigo prevê que mesmo as doações de coisas móveis necessitam de ser reduzidas a escrito, não sendo suficiente a mera tradição para que ocorra a sua válida celebração. Já o n.º 2 proíbe os cônjuges de fazerem doações recíprocas no mesmo ato.²¹⁸

O n.º 2 comporta a exceção que está prevista no n.º 3 do mesmo artigo e, refere-se à permissão dos pais fazerem doações de bens comuns, em favor dos filhos, com cláusula de reserva do usufruto desses bens, até a morte do último doador. “Semelhante reserva do usufruto, embora envolvendo a doação de cada um dos cônjuges ao outro, no mesmo e único ato, do usufruto dos bens doados para o caso de sobrevivência do donatário, é, pois, inteiramente válida.”²¹⁹

As doações entre casados só podem recair sobre bens próprios. A doação de bens comuns entre casados será inválida, de acordo com o artigo 1764º, n.º 1. O mesmo artigo em seu n.º 2 estatui que os bens doados continuam incomunicáveis.²²⁰

O traço mais marcante das doações entre casados, em relação a doação em geral, é a sua livre revogabilidade (artigo 1765º). Essa característica explica também a proibição de os cônjuges fazerem doações recíprocas no mesmo ato, posto que se considera que se os cônjuges pudessem celebrar, reciprocamente, doações no mesmo instrumento, isso denotaria uma aparente reciprocidade, aparência essa que se refletiria na concretização da sua revogabilidade.²²¹

As doações entre casados regem-se pelo princípio da revogabilidade *ad nuntum*. Na verdade, a revogação não carece de ser justificada ou fundamentada pelo doador. A possibilidade de revogação existe a qualquer tempo e de forma unilateral (art. 1765, n.º 1).

Ademais o direito de revogação é um direito irrenunciável e intransmissível aos seus herdeiros. Desta forma, a norma dá um caráter pessoal à liberalidade, uma vez que “só o autor da liberalidade, como cônjuge, poderá ponderar a subsistência das razões – de natureza

²¹⁸ Sobre o assunto Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.491.

²¹⁹ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, pp.540 e 541.

²²⁰ Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, Anotação ao art. 1764º, Código Civil Anotado, 2ª ed., rev. Act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º.,1992, pp. 491 e 492. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.491.

²²¹ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p. 540.

compensatória, remuneratória ou sucessória – que inspiraram a realização da liberalidade.”²²²(art. 1765º n.º 2).²²³

Em razão do exposto por Rute Teixeira Pedro²²⁴, o instituto da doação entre casados protege a liberdade da vontade do doador, posto que este conhece as razões de ser da transferência patrimonial, liberdade ainda assegurada, por meio da livre revogabilidade.

Entretanto os cônjuges que têm mais de 60 anos de idade ou que celebraram seu casamento de forma urgente, não poderão beneficiar da referida liberalidade na constância de toda a relação matrimonial.

Tal supressão é justificável para que se mantenha a separação patrimonial imposta pelo regime imperativo de bens. É uma supressão adicional à autonomia privada dos cônjuges, um agravante da separação. Esta limitação atinge de forma mais gravosa esses cônjuges, não se aplicando aos cônjuges que optam pelo regime da separação de bens.

Quando o regime de separação de bens é imposto por lei, a autonomia negocial na conformação do regime de bens é retirada em sua totalidade, sem espaço para nenhum tipo de conformação patrimonial indireta, através de doação entre casados, após a celebração do casamento.

As duas hipóteses de regime imperativo justificam a supressão desse espaço para a autonomia privada dos cônjuges. Parece-nos, no entanto, que além da separação total de bens, a proibição de doação na vigência do casamento não provocaria um prejuízo patrimonial maior do que se a referida doação fosse permitida.

Ademais a possibilidade de doação para o casamento proporciona um enriquecimento patrimonial maior do que a doação entre casados que, a ser admitida, poderia ser revogada a qualquer tempo sem justificação. Para além disso, não se descarta a possibilidade de revogação por ingratidão do donatário, ao contrário da doação para casamento que não abrange a revogabilidade por ingratidão do donatário.²²⁵

Por fim na doação entre casados, se o doador sobrevive ao donatário, e este não ratifica a doação, nos três meses seguintes ao falecimento do outro, a doação caduca. Ou seja, retorna para o património doador. Facto este, que não ocorre na doação para casamento.

²²² Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1765º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.657.

²²³ Sobre o assunto: Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p. 542. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.491.

²²⁴ Nos termos do seu ensino oral.

²²⁵ . Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.491.

Portanto na doação para casamento, a partir da celebração do casamento, o bem passa de forma irreversível para o donatário. Diferentemente da doação entre casados em que o bem apenas se torna propriedade irreversível do donatário, depois da morte do doador. (art. 1766º CC).²²⁶

Desta maneira o impedimento da doação entre casados mostra-se necessário pela norma, pelo simples facto, de auxiliar na imutabilidade de transmissão patrimonial a partir do momento que os cônjuges passam a ter seus bens definidos através dos regimes de bens (após a celebração do casamento). Após esse marco temporal, retira-se qualquer possibilidade de conformação patrimonial pelos nubentes, para evitar burla ao regime obrigatório de bens.

Concluída a averiguação sobre os efeitos jurídicos oriundos do 1720º do Código Civil português, investiguemos de forma detida o artigo 1641.º do Código Civil Brasileiro e os efeitos jurídicos decorrentes.

3.3. Correlação com o artigo 1641.º do Código Civil Brasileiro.

O direito brasileiro, em relação à escolha do regime de bens para o casamento, de modo semelhante ao direito português, acolhe o princípio da autonomia privada. O artigo 1639.º do Código Civil Brasileiro prescreve a plena liberdade da escolha do regime de bens²²⁷. Contudo, existem limitações à regra da liberdade de escolha, semelhante ao que acontece, e já foi exposto, na ordem jurídica portuguesa.

A limitação à autonomia privada e, conseqüentemente a restrição a liberdade de escolha do regime de bens, tem no artigo 1641º do Código Civil Brasileiro, seu principal exemplo, visto que trata de uma limitação absoluta à escolha do regime de bens, de acordo com as alíneas já descritas no item 2.3.3 deste trabalho.

A norma brasileira, que inspirou a norma portuguesa, diferencia-se do que descrevemos quanto ao direito português em alguns aspetos na sua aplicabilidade, sobretudo quanto à influência do princípio da mutabilidade motivada²²⁸ pelo ordenamento jusmatrimonial

²²⁶ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, pp. 540 e 541. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp.490 a 493. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1765º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.657.

²²⁷ Flávio Tartuce, *Direito Civil*, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição, Grupo GEN, 2018, pp. 135 e ss.

²²⁸ O código Civil Brasileiro de 1916 trazia o princípio da imutabilidade do regime de bens. O código Civil de 2002 estabeleceu uma alteração ao princípio, em decorrência da tendência civil Constitucional de proteção do direito de personalidade e, de uma maior proteção do princípio da autonomia privada. Assim o regime de bens passou a ser regido pelo “princípio da mutabilidade justificada do regime de bens” (nomenclatura utilizada por Flávio Tartuce que demonstra maior rigor técnico), proporcionou uma flexibilização da alteração dos regimes de bens na constância do casamento, desde que cumpridos alguns requisitos cumulativamente. Descritos nas palavras de Flávio Tartuce “mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a

Brasileiro. Este princípio é responsável pela produção de certos efeitos jurídicos específicos relacionados ao 1641º CCB, que não se verifica no 1720º CC.

Entre estes estão a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento, mesmo que esse seja regido pelo regime obrigatório de bens, desde que as causas que o justificaram cessem.²²⁹

Uma das hipóteses de modificação do regime da separação obrigatória de bens, na constância do casamento, para outro regime, que melhor aprouver aos cônjuges, é a da situação dos idosos que celebraram casamento antes da alteração legislativa de 2010 (Lei nº 12.344/2010)²³⁰ e que se encontram na faixa etária de 60 a 70 anos.

A alteração legislativa promoveu a supressão das causas impositivas do regime obrigatório para a referida faixa etária, permitindo a alteração do regime de bens na constância do casamento. Esta possibilidade é defendida pela doutrina, nomeadamente por Flávio Tartuce²³¹ e, pela jurisprudência brasileira.²³²

A aplicabilidade do regime legal da separação de bens no ordenamento matrimonial brasileiro, também se diferencia do sistema português em relação à união de facto. Na verdade, em Portugal a união de facto não produz os mesmos efeitos que o casamento produz. Em

procedência das razões invocadas e desde que ressalvados os direitos de terceiros. Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 137. Mais em Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. Editora Saraiva, 2020, pp. 443 a 445. Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, pp. 271 e ss. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições do Direito Civil. 18ª ed.*, Rio de Janeiro, Forense, 2010, v.5, pp. 218 e 219.

²²⁹ Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, pp. 279 e 280. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições do Direito Civil. 18ª ed.*, Rio de Janeiro, Forense, 2010, v.5, pp. 220 e ss. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. Editora Saraiva, 2020, pp. 447 e 448. 262 – III Jornada de direito Civil enunciado 262-Arts. “1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”. Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, pp. 322.

²³⁰ Conforme já exposto no item 2.3.3. alterou a idade para a imposição do regime de 60 para 70 anos.

²³¹ Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 152.

²³² “Apelação cível. Família. Alteração de regime de casamento. Separação legal. Art. 1.641, II, do Código Civil. Lei n.º 12.344/2010. Desaparecimento da causa impositiva do regime adotado. Consistência da motivação. Direitos de terceiros. Efeitos prospectivos. Requisitos preenchidos. Recurso provido. I – O desaparecimento da causa da imposição do regime de separação legal de bens, na constância do casamento, não impede a alteração do regime de bens, pois, diante do permissivo legal do art. 1.639, § 2.º, do Código Civil, o regime bens não é imutável, não havendo que se falar em ato jurídico perfeito sob tal aspecto. II – O Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, § 2.º, permite a alteração do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvando-se os direitos de terceiros. III – No presente caso, há certidões negativas judiciais e extrajudiciais, que demonstram a salvaguarda do direito de terceiros. IV – Ademais, a alteração de regime de bens possui efeitos prospectivos, razão pela qual restam ressalvados os direitos de terceiros. V – Preenchidos os pressupostos legais, há que se deferir a modificação pretendida” (TJMG, Apelação Cível 0053786-93.2011.8.13.0079, Contagem, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Leite Praça, j. 01.12.2011, *DJEMG* 26.01.2012). Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 153.

contrapartida, no sistema jusmatrimonial brasileiro todos os efeitos jurídicos do casamento são aplicados à união estável²³³. Daqui decorrem dois efeitos jurídicos diferentes.

O primeiro dar-se-á quando o nubente maior de 70 anos celebra casamento com precedência de união estável, iniciada antes dessa idade. Hipótese esta que permite uma total autonomia privada dos nubentes na escolha do regime de bens.²³⁴

A segunda é o estabelecimento de união estável por pessoas maiores de 70 anos. Neste caso a autonomia privada em relação aos efeitos patrimoniais da união sofrerá limitações. Assim como decorre no casamento, a união estável será regida pelo regime da separação obrigatória de bens.

Os nubentes cujos casamentos são regidos pelo regime legal de separação de bens, em determinados aspetos, sofrem ainda mais limitações na sua autonomia de vontade. Já que são impedidos de celebrar contrato de sociedade entre si e com terceiros, conforme resulta do artigo 977º CCB.

Em outros aspetos, desfrutam de um alargamento da autonomia, por poderem praticar um maior número de atos sem o consentimento do outro cônjuge, de acordo com o artigo 1647º CCB.²³⁵

Em relação à doação entre casados, o art. 226º do código civil de 1916 seguia a regra portuguesa da proibição de doação entre casados, quando o casamento fosse celebrado sob a égide do regime da separação legal de bens.

Contudo, na nova lei, o artigo 226º foi revogado e, o código civil de 2002 não prevê especificamente nenhuma limitação à doação entre casados,²³⁶ quando o regime for a separação obrigatória de bens.

²³³ Nomenclatura utilizada pelo Código Civil Brasileiro para a união de facto. No presente trabalho quando falarmos de união de facto no sistema jurídico Brasileiro chamaremos de união estável.

²³⁴ Superior Tribunal de Justiça: “O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento” (STJ, REsp 918.643/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.04.2011, DJE 13.05.2011). Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 153.

²³⁵ Os atos que os cônjuges podem praticar sem necessidade de consentimento do outro cônjuge por ter seu casamento pautado no regime legal da separação de bens são : a) Alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; b) Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; c) Prestar fiança ou aval; d) Fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. Editora Saraiva, 2020, pp. 459 a 465. Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, pp. 323 e 324.

²³⁶ Acórdão Superior Tribunal de Justiça “Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. validade. São válidas as doações promovidas, na

Esta permissão da doação está consignada na parte dos contratos, em seu Título VI “das várias espécies de contratos”, capítulo IV referente às “Doações”. O artigo 544º refere-se à doação entre cônjuges e, a doação feita em contemplação de casamento encontra-se no art. 546 CCB.

Entretanto não há nenhum detalhamento em relação à questão do regime de bens do casamento. Como não há norma específica que limita as doações entre cônjuges casados sob a égide do regime da separação obrigatória de bens, a jurisprudência e a doutrina²³⁷ vêm entendendo que não se aplica restrição específica, nem mesmo decorrente da peculiaridade da imposição legal da total separação patrimonial.

No entanto, alguns doutrinadores vêm se posicionando contrariamente a esse entendimento, pois o consideram como uma forma de burlar o regime obrigatório da separação de bens, como é o caso de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz da Silva. Estes Autores afirmam que: “Seus efeitos são incontornáveis mediante doações de um cônjuge ao outro. Se imposta por lei a separação, não se permite às partes iludir a proibição legal por meio dessas liberalidades (*donatio propter nuptias*), que anulam completamente o preceito, gerando verdadeira comunhão de fato; no entanto, há pensamento em contrário, que considera válidas tais doações feitas por sexagenários à consorte”.²³⁸ O entendimento que se opõe à possibilidade de celebração de doações entre cônjuges casados em regime imperativo de separação de bens justifica-se pelo receio de que a doação possa ser usada como forma de burlar o regime obrigatório da separação de bens.

constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido” (REsp 471.958/ RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18-12-2008). Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, pp. 322 e 323.

237 Assim escreve Paulo Lobo “não há impedimento legal para que o cônjuge casado com mais de 70 anos, sob regime de separação obrigatória, faça doação de bens ao outro, desde que observada a legítima, em virtude do princípio da livre disposição de bens.” Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p. 318.

238 Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Silva, *Curso de direito civil: direito da família. Volume 2*. Editora Saraiva, 2012, p. 322.

A doação entre casados em qualquer regime de bens, com exceção do regime da comunhão universal de bens, dar-se-á como “adiantamento da legítima”. A limitação referida à autonomia privada ocorrerá para que não haja fraude em relação a legislação sucessória.²³⁹

Nesse sentido, a restrição ao contrato de doação entre casados, está mais vinculada à proteção hereditária dos demais herdeiros necessários.

Esse facto é também a base de proteção para a obrigatoriedade da separação patrimonial dos cônjuges maiores de 70 anos. Na perspetiva de Flávio Tartuce “parece que a norma tende a proteger não o idoso, mas os seus interesses patrimoniais dos seus herdeiros, que, muitas vezes à espreita, esperam a morte do familiar e o recebimento do acervo patrimonial.”²⁴⁰

A limitação de doação entre cônjuges casados sob o regime obrigatório de bens promoveria uma limitação ainda mais gravosa aos maiores de 70 anos do que a limitação que já é imposta pela norma.

Por outro lado, a legislação sucessória brasileira prevê que os cônjuges casados sob a égide do regime da separação legal de bens são herdeiros necessários, o que permite a aplicação da doação entre casados como adiantamento da legítima sem prejuízo de opor-se à norma matrimonial. Isto desde que a doação seja feita na proporção que lhe permite a norma sucessória.²⁴¹

4. A pertinência da manutenção do regime previsto no art. 1720.º, em especial no caso da alínea b) do seu n.º 1.

Neste capítulo, pontuaremos alguns pontos fulcrais, que podem corroborar a manutenção do artigo 1720º, principalmente o nº1 da sua alínea b), ou demonstrar uma necessidade de alteração, ou eliminação do preceito por ferir princípios constitucionais.

Inicialmente, apresentaremos os dados relacionados ao envelhecimento da população e, como esta realidade fáctica relaciona-se aos especialmente vulneráveis. Bem como a forma que o ordenamento jurídico português está a aplicar à autonomia de vontade dos mais vulneráveis.

Em seguida, pontuaremos as soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à nova configuração etária da população nos últimos anos.

²³⁹ Renan Lotufo *Código Civil comentado*, artigo 544, Vol. 3, Tomo I, Contratos em Geral até Doação (art. 421 a 564), Saraiva, 2016, p.300.

²⁴⁰ Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 149.

²⁴¹ Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p. 318.

Passaremos pelos aspetos favoráveis do regime de separação de bens e, quais os motivos que permite ser um regime mais justo, na aceção de igualdade entre os cônjuges. Assim como, a sua forma de equilibrar os fatores menos positivos, através das chamadas compensações.

Encerremos o capítulo com à análise da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 60 anos sobre a égide dos princípios constitucionais da igualdade e da autonomia privada.

O artigo 1720º, especificamente na sua alínea b) do nº 1 prevê uma supressão de autonomia da vontade para proporcionar uma maior proteção a uma parte dos nubentes, os quais a norma considera que são mais suscetíveis a exposição de perigos e, conseqüentemente podem sofrer mais danos patrimoniais.

Sendo assim, o número 1 da alínea b) do artigo 1720º retira de forma uniforme a capacidade jurídica de escolha dos efeitos patrimonial do casamento a todos aqueles maiores de 60 anos.

A retirada da autonomia privada, de forma genérica, de um grupo de pessoas que a cada ano que passa, tornam-se uma parte maior da população portuguesa, é efetivamente uma proteção, ou um propulsor de segregação, ou afrontamento ao princípio da igualdade em relação aos idosos? Passemos à averiguação dos motivos que originaram à norma supracitada e, se estes ainda se justificam.

4.1. A persistência das razões que sustentam a imposição do regime de bens no presente

O artigo 1720º, nº1, alínea b), como já apresentado em capítulo predecessor, promovem a proteção dos maiores de 60 anos contra o casamento motivado pelo chamado “golpe do Baú”.²⁴² Justificativa inserida numa realidade fáctica social da década de 60. Em que o direito civil tendia a promoção da proteção patrimonial mais do que do individuo como ser humano.

O mundo ainda não tinha passado por um enorme avanço na área médica, o qual em décadas seguintes proporcionou um aumento da esperança de vida da população mundial.²⁴³

²⁴² Expressão utilizada pelos autores Brasileiros para referir-se ao casamento por interesse. Mais em Paulo Lobo, *direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.318

²⁴³ Organização das nações Unidas: “O número global de pessoas idosas – com 60 ou mais anos de idade – está projetado para aumentar de 962 milhões em 2017 para 1,4 bilhão em 2030 e 2,1 bilhões em 2050, quando todas as regiões do mundo, exceto a África, terão quase um quarto ou mais de suas populações com 60 anos de idade ou mais. Em 2100, o número de pessoas idosas pode alcançar 3,1 bilhões.” ONU site: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/> (última consulta em 14.07.2020)

As transformações operadas nesses quase 60 anos, não justificam uma alteração na solução jurídica trazida pelo ordenamento português? Ao longo desse período os idosos passaram a ser mais ativos e saudáveis a ter uma melhor qualidade de vida.²⁴⁴

Ademais, a própria autonomia da vontade no direito da família está cada vez mais, sendo priorizada, como consequência natural de um direito privatístico. Do que a sua limitação, a partir de intervenções do Estado, por normas congêneres e impositivas.

Vejamos as palavras de Carlos Pamplona Corte Real “porque o Direito de Família parte da lídima afirmação de uma autonomia pessoal, intimista e geradora de uma convivencialidade perfeitamente recortada pelos sujeitos que a partilham. Nenhum ramo de direito poderá ser mais livre e íntimo que o Direito de Família, cabendo ao Estado, quando muito, a protecção da intimidade da vida familiar. Não será admissível que a vivência familiar possa ser imposta e não fruída.”²⁴⁵

Desta forma, a manutenção da imposição do regime de bens faz sentido, se o referido regime, mostra-se adequado para a promoção do desenvolvimento da família, mesmo que seja necessário à total supressão da autonomia privada. Além de necessariamente está totalmente alinhado a realidade social atual.

Uma vez que, não existe solução jurídica atemporal, necessitando o seu enquadramento na realidade social vigente. Para tanto, vejamos as mudanças ocorridas nesse período em relação à esperança de vida e a natalidade em Portugal. E de que maneira estes índices podem ratificar uma maior vulnerabilidade dos maiores de 60 anos.

4.1.1. O envelhecimento populacional e a vulnerabilidade

Portugal é o terceiro país mais envelhecido da Europa, atrás de Itália, Grécia e o quinto do mundo.²⁴⁶ No ano de 1960 existiam 27 idosos (maiores de 65 anos) para cada 100 jovens. Essa realidade nos últimos 60 anos alterou-se de forma radical. Passando para um número de 157,4 idosos para cada 100 jovens em 2018.

²⁴⁴ “Consciente de que, em todos os países, as pessoas estão a atingir uma idade avançada em maior número e em melhor estado de saúde do que alguma vez sucedeu. Consciente dos estudos científicos que contrariam muitos estereótipos sobre declínios inevitáveis e irreversíveis com a idade.” Procuradoria Geral da República Gabinete de documentação e direito comparado. Site: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princ-pressoasidosas.pdf> p.1 (última consulta em 14.07.2020).

²⁴⁵ Carlos Pamplona Corte Real, “Relance Crítico sobre o direito de família Português” - in: *Textos de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra, 2016.p. 108.

²⁴⁶ Laboratório de demografia e estudos populacionais da Universidade Federal de Juiz de Fora site: <https://www.ufjf.br/ladem/2019/04/23/estes-sao-os-5-paises-mais-envelhecidos-do-mundo-japao-italia-grecia-finlandia-e-portugal/> (última consulta em 14.07.2020).

Crescimento este acima da média de outros países que registam uma população mais envelhecida que Portugal. Como Grécia (No ano 1960 32,1 para cada 100 jovens e em 2018 152, 5 para cada 100 jovens) e Itália (No ano 1960 37,6 para cada 100 jovens e em 2018 171 para cada 100 jovens).²⁴⁷

Este envelhecimento populacional continua a crescer devido o aumento da esperança de vida e a diminuição da taxa de natalidade. Em 1977 à esperança de vida aos 65 anos de idade registava uma média de 14 anos e 1 mês. Enquanto em 2018 à esperança de vida aos 65 anos passou há uma média de 19 anos e seis meses, gerando um aumento de 5 anos na esperança de vida, daqueles que ingressam no grupo dos idosos.²⁴⁸

Em contrapartida, a taxa de natalidade bruta teve um grande decréscimo. Saindo de uma média de nascimento de 20, 8 bebés a cada 1000 residentes em 1970, para o número de 8,5 bebés a cada 1000 residentes em 2018.²⁴⁹

Mostrando uma evidente mudança na pirâmide etária da população portuguesa, em que o grupo das crianças e jovens diminuem a cada ano e, dos idosos aumentam. Dando origem a uma necessidade crescente de soluções jurídicas, que integrem os idosos para o exercício da sua capacidade jurídica e, da promoção do desenvolvimento da sua personalidade.

Assim escrevem Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro *“Visant à offrir aux personnes âgées des possibilités de réalisation personnelle par une participation active à la vie de la communauté, la Resolução do Conselho de Ministros n.º 76/2016, de 29 de novembro a reconnu l'importance des «universités des seniors» – créés par des entités publiques ou privés à but lucratif ou à but non lucratif – comme réponses socioéducatives dirigée à la création et à la promotion régulièrement des activités dans les domaines social, culturel, cognitif et social des personnes âgées.”*²⁵⁰

Já que sua atuação mais ativa na sociedade é de fundamental importância para todos. Além da necessidade de eliminar medidas que promovam a segregação social, ou até mesmo à discriminação.

²⁴⁷ Portal Pordata site <https://www.pordata.pt/DB/Europa/Ambiente+de+Consulta/Tabela> (última consulta em 14.07.2020)

²⁴⁸ Portal Pordata site: <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela> (última consulta em 09.07.2020)

²⁴⁹ Portal Pordata site: <https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+natalidade-527> (última consulta em 09.07.2020)

²⁵⁰ Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, *Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais, in Henri Capitant 2018*, disponível in: http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Integrite/portugal-integrite.pdf p. 40 (última consulta em 21 de Julho de 2020).

Medidas estas, que já vêm sendo discutidas ao longo do tempo e, que deram origem a mecanismos protetivos²⁵¹, como a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015 de 25/08/2105 que aprovou a Estratégia de Proteção ao Idoso. A Resolução da Assembleia da República n.º 88/2018, de 4 de abril, a qual Recomenda ao Governo medidas para a promoção do envelhecimento com direitos.

Tais proteções tornam-se ainda mais relevantes e importantes, quando se verifica que essa população acima de 65 anos representa uma boa parte das famílias quem tem agregados domésticos unipessoais em Portugal.

Em 1999 às pessoas acima de 65 anos de idade representavam 63, 05% em relação ao total de agregados domésticos unipessoais. Em 2019 representavam 54,94% do total,²⁵² ou seja, mais de 50% das pessoas que são famílias unipessoais são idosos o que pode promover uma vulnerabilidade a esse grupo de pessoas.

Em 1966 a legislação matrimonial portuguesa, vislumbrou a necessidade de proteção especial aos idosos, em relação aos efeitos patrimoniais do casamento. Visto que havia um receio de o direito fundamental de contrair matrimónio, aliado ao princípio da igualdade dos cônjuges, proporcionassem um locupletamento patrimonial maior em relação aos idosos. Por serem mais vulneráveis. A medida que essa porção da população é mais suscetível a danos é prejuízos.²⁵³

Contudo, os riscos de danos patrimoniais surgem de vários fatores, podem ser sofridos em qualquer altura da vida, a depender de aspetos psicológicos e pessoais do indivíduo, os quais desencadeiam a sua vulnerabilidade e, não especificamente por fazer parte de um grupo etário.

Os idosos são considerados especialmente vulneráveis em uma gama de situações, sendo a patrimonial, muitas das vezes, uma consequência dos outros aspetos da sua vulnerabilidade.²⁵⁴

²⁵¹ No plano do Conselho da Europa importa destacar a Recomendação CM/Rec (2014) 2 do Comité de Ministros dos Estados-Membros sobre a promoção dos direitos humanos das pessoas idosas, onde se consagram algumas linhas de ação respeitantes às pessoas idosas: a) Não discriminação, nomeadamente em razão da idade; b) Promoção da autonomia e participação; c) Proteção contra a violência e os abusos; d) Proteção social e emprego; e) Promoção da saúde; f) Acesso à justiça.

²⁵² Portal Pordata site: [https://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+dom%
c3%a9sticos+privados+unipessoais+total+e+de+indiv%
c3%adduos+com+65+e+mais+anos-822](https://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+dom%c3%a9sticos+privados+unipessoais+total+e+de+indiv%c3%adduos+com+65+e+mais+anos-822) (última consulta em 09.07.2020)

²⁵³ “A solução legalmente prevista visa evitar que a celebração do casamento possa constituir um meio para um dos nubentes obter vantagens patrimoniais indevidas, eventualidade que, na perspetiva da lei, a vulnerabilidade associada a uma idade mais avançada potenciará.” Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – *in: Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência-* 2018, p.172.

²⁵⁴ Conforme previsto no artigo 72º da Constituição da República Portuguesa: nº 1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua

Portando, às soluções jurídicas devem priorizar a proteção da sua autonomia pessoal e, evitar sua marginalização social.

Passemos a averiguar aspetos importantes a respeito da vulnerabilidade e da capacidade, para uma maior elucidação das soluções jurídicas.

4.1.2. Vulnerabilidade e capacidade civil

Os idosos são normalmente inseridos nos grupos das pessoas “especialmente vulneráveis”. Rute Teixeira Pedro afirma que: “Dizemos especialmente vulneráveis, porque a vulnerabilidade é hoje, perspetivada como um fenómeno universal que afeta transversalmente toda a população, podendo manifestar-se de modo mais leve e episódico ou de forma mais intensa e prolongada em relação a cada um de nós”.²⁵⁵

Esta forma atual de pensar o conceito de vulnerabilidade está relacionada a uma reflexão, a qual combina os padrões médicos e os sociais. No passado o conceito de vulnerabilidade estava relacionado a um “estado de exceção, que se contraporia à situação dita “normal”, de hipotética não vulnerabilidade. Contudo, num sentido radical, todos os seres humanos são vulneráveis, e não apenas os grupos tradicionalmente qualificados como tal, porque a condição humana é uma condição de vulnerabilidade.”²⁵⁶

Vulnerabilidade não é um conceito unívoco, mas sim um conceito vago e, que no sistema jurídico Português, como conceito vago que é, não possui uma única aceção para todos os ramos jurídicos.²⁵⁷

Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro rejeitam uma divisão da vulnerabilidade de acordo como se explicava antigamente. Em que existem dois grupos de pessoas, as vulneráveis e as não vulneráveis. Pois, essa classificação gera divisão no exercício da capacidade jurídica. Em dois grupos, o grupo que pode exercer sua autonomia e o grupo vulnerável que não pode exercê-la.²⁵⁸

autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social. Nº 2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

²⁵⁵ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p.158.

²⁵⁶ Anabela Costa Leão, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, p.22

²⁵⁷ Mais em e Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, *Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais*, in *Henri Capitant* 2018, disponível in:http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Integrite/portugal-integrite.pdf p. 12 (última consulta em 13 de Julho de 2020).

²⁵⁸ O Estado Português no artigo 26º da Constituição da República protege a capacidade civil e o desenvolvimento da personalidade de todos os portugueses.

Assim escrevem as autoras “*il y a ceux qui défendent un rejet d`une division tendancielle des sujets en deux hémisphères – celui des sujets non vulnérables et celui des sujets vulnérables. Cette distinction tendrait à correspondre à la distinction entre ceux qui ont capacité juridique et ceux qui ont une caractéristique qui diminue ou exclut leur capacité à s'autogouverner*”.²⁵⁹

A conceção antiga de vulnerabilidade está presente no artigo 1720 alínea b), já que divide em dois hemisférios os nubentes. Os que se casam até os 60 anos, estes como grupo não vulnerável podem exercer a sua capacidade de autogoverno (autonomia de vontade). E o segundo grupo, os acima de 60 anos que perdem essa capacidade por enquadrar-se no grupo de vulneráveis, o que permite a perda da capacidade de autogoverno (autonomia da vontade).

As soluções jurídicas atuais, direcionadas aos especialmente vulneráveis, refletem essa mudança na conceção da vulnerabilidade. Grande exemplo, é alteração legislativa da proteção dos maiores acompanhados. Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

Norma que traz como razão de alteração a inadequação das soluções introduzidas pelo Código Civil de 1966, quanto às incapacidades dos maiores. Acrescentando um ponto de reflexão sobre o nº1 da alínea b) do 1720º.

Uma vez que os idosos, que não podem exercer a sua capacidade jurídica plena, em decorrência de uma vulnerabilidade especial, tem a sua proteção resguardada através da referida norma (lei do maior acompanhado).²⁶⁰ E não através de um artigo, que define de forma geral a exclusão da sua capacidade civil.

A lei do maior acompanhado, que se baseia na ideia de proteção da capacidade civil e do desenvolvimento da personalidade de todos indistintamente. Exclui o conceito de um grupo vulnerável uniforme e, passa a aplicar o grau de vulnerabilidade ao caso concreto.

Permitindo soluções jurídicas de acordo com às necessidades do sujeito (enquadramento da sua vulnerabilidade especial) e, não a partir de uma divisão de grupos de vulneráveis. Facto que transformou sobremaneira as medidas de proteção dos maiores

²⁵⁹ Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, *Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais, in Henri Capitant 2018*, disponível in: http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Integrite/portugal-integrite.pdf p. 13 (última consulta em 13 de Julho de 2020).

²⁶⁰ Maria dos Prazeres Beleza, “Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação – Lei nº. 49/2018, de 14 de agosto”, *O novo regime do maior acompanhado*, jurisdição civil e processual civil, Coleção formação contínua, Centro de estudos jurídicos, Porto, 2019. pp.15 e ss. Disponível in: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf (última consulta em 15 de julho de 2020).

acompanhados (especialmente vulneráveis), principalmente em relação ao exercício da autonomia privada (capacidade civil).²⁶¹

A nova perspectiva de proteção do maior acompanhado, transformou às soluções jurídicas apresentadas no código civil de 66 para os vulneráveis. A ideia central, do referido diploma, era a eliminação ou redução da autonomia de vontade, para esta ser exercida de forma protetiva pelo Estado, sempre que surgir-se algum perigo de dano.

Atualmente a ideia basilar é de o Estado proporcionar o maior grau de exercício da autonomia privada, através da mensuração das medidas protetivas de acordo com o grau de vulnerabilidade do sujeito. Promovendo o livre desenvolvimento da personalidade e, uma diminuta e necessária supressão da capacidade civil.²⁶²

Uma vez que, mesmo dentro dos grupos de vulnerabilidade especial, existem graus diferentes de vulnerabilidade. Os especialmente vulneráveis, têm sensibilidades individuais diferentes em face do perigo e, as suas formas de enfrentamento variam de acordo com as características pessoais de cada um.

Essas peculiaridades individuais, geram diferentes graus de danos, mesmo que esses sujeitos se encontrem classificados como um único grupo de vulnerabilidade.²⁶³

O autor Brasileiro Paulo Lôbo sobre a retirada da capacidade em decorrência da idade escreve: “A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma tem raiz na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material.”²⁶⁴

²⁶¹ Rute Teixeira Pedro: “E essa mudança de paradigma reflete-se também nas soluções acolhidas no âmbito do direito da família”. Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p.163.

²⁶² Mais em Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, pp. 162 e ss. Mafalda Miranda Barbosa, “Fundamentos conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores” - in: *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, jurisdição civil e processual civil, Coleção formação contínua, Centro de estudos jurídicos, 2019, p. 61 e ss. Disponível in: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf (última consulta em 13 de julho de 2020).

²⁶³ Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, *Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais*, in *Henri Capitant* 2018, disponível in: http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Integrite/portugal-integrite.pdf p. 13 (última consulta em 14 de Julho de 2020).

²⁶⁴ Paulo Lobo, *direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p.318

Dá mesma forma, que a lei do maior acompanhado, o direito da família, notadamente o direito matrimonial. Em relação à vulnerabilidade e a capacidade, passou por uma transformação. Desencadeada pelas mudanças de perspectivas operadas nos últimos anos, dentro do direito da família. De acordo com o apresentado no capítulo I deste trabalho.²⁶⁵

Originando uma ideia de intervenção tuteladora, “assente numa apreciação casuística em que se pondere, em concreto a necessidade da mesma. Substitui-se, então, o anátema geral apriorístico incidente sobre a atividade de autodeterminação dos cônjuges por um sistema de controlo. De raiz idêntica ao que se aplica nos demais setores do direito civil, operando com base numa avaliação centrada nos atos concretos praticados.”²⁶⁶

Em resumo, a nova aceção da vulnerabilidade não permite que a capacidade civil dos especialmente vulneráveis. Bem como dos nubentes, seja restringida ou suprimida, por características genéricas de vulnerabilidade, como uma referência etária.²⁶⁷

A doutrina Brasileira de forma majoritária, assim como o autor citado, defende a eliminação dos efeitos provocados pelo artigo 1641º nº 2 do CCB. Dessa maneira, apresentemos às tentativas de alteração à referida norma, desde o início da vigência do Código Civil de 2002, o qual já entrou em vigor sobre à luz da Constituição de 1988.

4.2. A consideração da solução brasileira.

Inicialmente o legislador brasileiro, indo ao encontro da doutrina majoritária, acreditou que a necessidade de alteração do artigo 1641º, nº2 do Código Civil Brasileiro ligava-se mais às questões do envelhecimento populacional, do que uma questão de inconstitucionalidade da norma.

Apesar de já existirem mecanismos de adaptação da norma, pela jurisprudência Brasileira, à Constituição de 1988. Entre as quais está a Súmula 377 de 03 de Abril de 1964, a qual já apresentamos no número 2.3.3 do presente trabalho²⁶⁸.

²⁶⁵ Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.234.

²⁶⁶ Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p.234.

²⁶⁷ “Assim, no plano jurídico, o modelo de intervenção paternalista em que a proteção da pessoa vulnerável se concretizava, fundamentalmente, através de medidas que operavam a privação ou restrição da capacidade jurídica daquela pessoa deve ser substituído por um modelo de intervenção em que a tutela dessa pessoa ocorra através de medidas de acompanhamento que, valorizando a sua autonomia, promovam as propriedades e os atributos não prejudicados pela vulnerabilidade com que a pessoa carecida de proteção se confronta. É nessa linha evolutiva que se inscrevem as novas soluções acolhidas na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação.” Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p.178.

²⁶⁸ Mais em Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil.V.5*, Colab. e atualização Tânia da Silva Pereira, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.227.

Além das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Como a exposta por Carlos Roberto Gonçalves do TJSP, Ap. 7.512-4-São José do Rio Preto, 2ª Câmara, rel. Des. Cezar Peluso, j. 18-8-1998. No mesmo sentido: “Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC (de 1916; art. 1.641, II, CC/2002). Norma incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF” (RT, 767/223 e 758/106).²⁶⁹

Nessa mesma linha, o Tribunal de Sergipe, já proferiu decisão que afirmava a inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens, por ferir direito fundamental dos nubentes.²⁷⁰

Ainda “No plano jurisprudencial, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela inconstitucionalidade da previsão do art. 1.641, II, do CC em vigor, por esta trazer violação à dignidade da pessoa humana (TJRS, Apelação 70004348769, 7.ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 27.03.2003, votação por maioria). Em seu voto, a Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias faz menção a outra decisão, do Tribunal de Justiça de São Paulo.”²⁷¹

Sendo acompanhados por muitos outros tribunais espalhados pelo Brasil. Passemos as soluções legislativas a respeito do artigo 1641, II CCB.

4.2.1. Os debates em torno da sua alteração.

A primeira tentativa de modificação legislativa após o Código Civil de 2002, deu-se de forma robusta. Já que, a proposta englobava temas diversos dentro do direito da família. A elaboração das justificativas e o seu arcabouço teórico foram desenvolvidos dentro do Instituto Brasileiro de direito da família.

Em seguida teve a sua proposição feita pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, dando origem ao projeto de lei nº 2285/2007,²⁷² mais conhecido como “Estatuto da família”.²⁷³ Entre

²⁶⁹ “Sustenta respeitável corrente, porém, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (CF, arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV)” Carlos Roberto Gonçalves, *direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. 17. ed., Editora Saraiva, 2020, p.471.

²⁷⁰ Tribunal de Justiça de Sergipe, Apelação Cível nº 8626/2009, 2ª Vara Cível de Aracaju, Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho; Julgado em 02/05/2011. Disponível in: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2009217753&tmp.numAcordao=20115352&wi.redirect=NXFCFNLQHAJ3HWJU7SVX (última consulta em 23 de Julho de 2020).

²⁷¹ Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, p. 150.

²⁷² Mais no inteiro teor da PL nº 2285/2007 Câmara dos Deputados, disponível in: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007 (última consulta em 23 de Julho de 2020).

²⁷³ Caio Mário da Silva Pereira: “O Projeto de Lei nº 2.285/2007, conhecido como “Estatuto das Famílias”, de iniciativa do IBDFAM, em tramitação no Congresso Nacional, suprimiu o regime de separação legal obrigatória, justificando por seu “caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges”. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil.V.5*, Colab. e atualização Tânia da Silva Pereira, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.228.

as inúmeras alterações, está a solicitação de eliminação do regime obrigatório de bens. Em razão da sua inconstitucionalidade, tanto declarada pela doutrina.

No Entanto, até o momento, o projeto encontra-se em debate nas casas legislativas, sem previsão de término da sua votação.²⁷⁴

Um ano após a primeira propositura de alteração legislativa, já se iniciou um novo debate, em torno de um novo projeto. Este tinha como fundamento o envelhecimento da população.

Uma vez que, desde a publicação da norma ocorreram transformações significativas na realidade social dos maiores de 60 anos. O projeto tinha como objetivo exclusivo à alteração da idade dos nubentes em relação ao regime obrigatório de bens.

O projeto foi aprovado. Contudo, esta alteração não cessou os debates a respeito da eliminação do inciso II, do artigo 1641º CCB. Objetivo a muito pleiteado pela doutrina majoritária.

Assim escreve Sílvio Salvo Venosa “Como se nota, em que pese a resistência doutrinária, o presente Código manteve a restrição. A Lei no 12 344/2010 elevou essa idade para “pessoa maior de setenta anos” (art. 1.641, II). Essa majoração mais recente da idade atende a contemporaneidade, tendo em vista novos padrões de saúde e sociais. Há quem sustente a inconstitucionalidade do princípio com base na proteção à dignidade da pessoa.”²⁷⁵

Para a maioria da doutrina²⁷⁶ o aumento da idade não é a solução para a previsão normativa. Posto que, esta entende que a norma fere princípios constitucionais. Não se restringindo, assim, a tal problemática. Mais sim, englobando fatores mais severos relacionados a ordem jurídica. Já que, se suscita a sua contrariedade à Constituição Federal de 1988 e, aos seus princípios, principalmente, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Em razão deste facto, anos mais tarde, surge uma nova proposta, que retoma a ideia da inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II. O projeto de Lei nº 189 de 2015 foi debatido e

²⁷⁴Câmara dos Deputados, disponível in: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935> (última consulta em 23 de Julho de 2020).

²⁷⁵ Sílvio Salvo Venosa, *Direito Civil- Família e Sucessões*, vol. 5, 19ª ed., gen/atlas, 2019, p.375.

²⁷⁶ Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, pp. 316 e ss. Flávio Tartuce, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018, pp. 149 e ss. Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*. Editora Saraiva, 2020, pp 471 e ss. Maria Berenice Dias “Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar “disponível in: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_758\)1_art.1641_inconstitucionais_limitacoes_ao_direito_de_amar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_758)1_art.1641_inconstitucionais_limitacoes_ao_direito_de_amar.pdf) (última consulta em 17de Julho de 2020).

votado de maneira mais rápida do que a primeira proposta, logo que, se tratava de alteração de uma única matéria do código civil.

Vejamos as razões de ser do pedido de modificação da norma jurídica: “Elemento máximo do direito privado, a liberdade permeia todo o ordenamento civil brasileiro, possibilitando a todos manifestar sua vontade quando esta for necessária para a obtenção de efeitos jurídicos que estejam previstos em nosso mundo jurídico. Com tal elemento, o sujeito manifesta sua intenção de forma consciente e qualificada, objetivando atingir efeitos jurídicos que lhe faça adquirir, modificar ou extinguir direitos, refletindo uma liberdade, garantida pelo denominado princípio da autonomia da vontade. Não podemos esquecer que, mesmo recebendo influências diretas da Constituição Federal, o Direito das Famílias não perdeu a característica de ser parte integrante do direito privado, uma vez que há em nosso ordenamento o princípio da liberdade nas relações de família. Se é com base no princípio da liberdade que impedimos que o Estado venha a interferir nas relações de cunho privado, entendemos que cabe ao ser humano decidir seu futuro com responsabilidade e equilíbrio, agindo com boa-fé e sempre visando seu engrandecimento pessoal e familiar. Manter uma limitação no que tange a liberdade patrimonial do maior de 70 anos impedindo-lhe livre escolha de regime de bens é uma verdadeira infelicidade, pois é como se o Estado estivesse desrespeitando o princípio da liberdade (ou da não intervenção) impondo que o regime da separação obrigatória é o melhor para fortalecer a família que será formada.”²⁷⁷

Todavia, o projeto mais audacioso de eliminação do inciso II do artigo 1641^{o278} foi rejeitado pelos legisladores Brasileiros. Estes acompanharam o parecer do Relator da Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados, Deputado Paes Landim. Quando afirmou que “Não se vislumbram motivações jurídicas para revogar o mandamento legal do regime obrigatório da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos.”²⁷⁹

Compreendendo que a alteração etária promoveu a necessária compatibilidade com a Constituição de 1988. Pois, assim o escreve: “Argumenta-se que, nos dias atuais, a expectativa de vida bem como a capacidade de discernimento da pessoa idosa aumentaram, o que é correto.

²⁷⁷ Câmara dos Deputados do Brasil disponível in: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1495887&filename=Parecer-CCJC-04-10-2016 pp. 1 e 2 (última consulta em 22 de Julho de 2020).

²⁷⁸ Câmara dos Deputados do Brasil disponível in: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886> (última consulta em 17 de Julho de 2020).

²⁷⁹ Câmara dos Deputados do Brasil disponível in: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1495887&filename=Parecer-CCJC-04-10-2016 p.3 (última consulta em 22 de Julho de 2020).

Por isso mesmo, tratou o legislador de adaptar a norma à realidade, aumentando de sessenta para setenta anos a idade em que deve ocorrer a separação obrigatória de bens, por meio da Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.”²⁸⁰

4.2.2. A alteração de 2010

O Brasil assim como Portugal está a passar por um aumento do envelhecimento populacional. Os dois países não possuem realidades idênticas, mas o aumento é significativo para ambos.

As estatísticas brasileiras²⁸¹ mostram, que entre 1960 (média de 48 anos) e 2018 (média de 76,3 anos) o aumento da esperança de vida ao nascer foi de 28, 3 anos.²⁸²

Já em relação à taxa bruta de natalidade por cada 100 mil habitantes ocorreu uma profunda diminuição. Registava-se no ano 2000 o número de 20,86 e, em 2015 passou para 14,16.²⁸³ Além da esperança de vida aos 65 anos, a qual já em 2018 demonstrava números próximos dos países com bastante envelhecimento populacional. Média de 18,8 anos.²⁸⁴

Em 2008, já havia forte apelo, por uma alteração da referida norma, com base na tendência demonstrada pelos dados. Isso aliado aos avanços da medicina e a maior higidez física e mental dos idosos. Levaram a Deputada Solange Amaral a propor o projeto de lei nº 07, de 2008, o qual propunha a alteração do n.º 2 do artigo 1641º CCB, com o objetivo de adaptar o regulamento jurídico a realidade fática atual.

Iniciando assim, no Congresso Nacional um debate para alteração da norma, em razão do aumento da esperança de vida do povo brasileiro, conforme escreve o Deputado relator da

²⁸⁰ Câmara dos Deputados do Brasil disponível in: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1495887&filename=Parecer-CCJC-04-10-2016 pp. 2 e 3 (última consulta em 22 de Julho de 2020).

²⁸¹ Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas, disponível in: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9232-relacoes-entre-as-alteracoes-historicas-na-dinamica-demografica-brasileira-e-os-impactos-decorrentes-do-processo-de-envelhecimento-da-populacao.html?=&t=sobre> (última consulta em 20 de agosto de 2020)

²⁸² Reportagem Globo.com, disponível in: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/expectativa-de-vida-no-pais-sobe-254-anos-de-1960-2010-diz-ibge.html> (última consulta em 17 de Julho de 2020). Dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas, disponível in: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/esperancas-de-vida-ao-nascer.html>, <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos> (última consulta em 17 de Julho de 2020).

²⁸³ Reportagem Globo.com, disponível in: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/expectativa-de-vida-no-pais-sobe-254-anos-de-1960-2010-diz-ibge.html> (última consulta em 17 de Julho de 2020). Dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas, disponível in: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html> (última consulta em 20 de agosto de 2020).

²⁸⁴ Dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas, disponível in: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?edicao=23111&t=resultados> (última consulta em 17 de Julho de 2020).

Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados “com o aumento da esperança de vida do nosso povo, afigura-se necessária a atualização do art. 1.641, do inciso II, do Código Civil, trazendo-o à realidade dos tempos atuais.”²⁸⁵

Por tal facto, o projeto foi aprovado de forma unânime pela comissão de Constituição e Justiça da Câmara e, quando analisado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal foi ratificada a ideia de necessidade de aumento da idade, para impor a limitação da autonomia de vontade dos nubentes.²⁸⁶

Sendo votado e, aprovado pelas duas casas do Congresso Brasileiro (Câmara e Senado). Dando origem a Lei n.º 12 344, de 2010, conforme já apresentado no presente trabalho, elevou a idade do artigo 1641, n.º 2 CCB para 70 anos de idade.

4.3. A bondade do regime de separação de bens e os mecanismos corretores das suas insuficiências

Outro aspeto relevante à cerca do regime obrigatório de bens, a ser averiguado no nosso percurso, refere-se ao regime de bens escolhido pela norma, nomeadamente, se este regime escolhido (regime da separação de bens) é o mais eficaz e adequado para proteção dos mais vulneráveis.

Na verdade, existem vários debates a respeito de ser o regime mais adequado para a maioria dos casamentos atuais, não apenas aos celebrados por nubentes especialmente vulneráveis.

Em razão disso, surgiu uma proposta de alteração legislativa em que se propunha a modificação do regime supletivo de bens. Primeiramente, mostremos, de forma breve, a proposta de alteração legislativa apresentada em 2016 pelo partido CDS-PP. Falamos do Projeto de Lei n.º 192/XIII/1.^a, o qual suscitava uma alteração ao código civil, para que se consagre como regime supletivo, o regime da separação de bens.

A justificativa utilizada pelo partido para fundamentar a proposta relaciona-se a nova realidade da sociedade, com repercussões no direito da família. Conforme preleciona o grupo parlamentar referido “A estrutura da sociedade portuguesa tem vindo a alterar-se de forma significativa nos últimos anos, devido a três fatores: o envelhecimento da população, o aumento

²⁸⁵ Parecer de 2009 do Relator Senador VALDIR RAUPP, sobre o projeto de lei nº 07, de 2008. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal disponível in: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4013848&ts=1593936243884&disposition=inline> p.1, (última consulta em 17 de Julho de 2020).

²⁸⁶ Parecer de 2009 do Relator Senador VALDIR RAUPP, sobre o projeto de lei nº 07, de 2008. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal disponível in: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4013848&ts=1593936243884&disposition=inline> pp. 3 e ss, (última consulta em 17 de Julho de 2020).

da esperança média de vida e o decréscimo da natalidade. Perante este cenário é fundamental atualizar e inovar as políticas de família.”²⁸⁷

Ou seja, o envelhecimento populacional, o aumento da esperança de vida e a diminuição da taxa de natalidade podem ser razão de alteração da idade mínima para a imposição de um regime de bens obrigatório. Ademais suscitam também a reflexão sobre qual é o regime supletivo mais adequado para realidade social atual.

O CDS-PP, a partir dos dados demonstrados na sua proposta, afirma que com um menor número de filhos por família há uma necessidade de atualização da solução jurídica do regime supletivo de bens para um regime que proteja de maneira mais eficaz os filhos, em caso de divórcio ou separação de bens.²⁸⁸

Ademais o regime proposto permite de maneira mais rápida e, sem constrangimentos maiores o divórcio e a separação de bens.

A proposta de alteração quando submetida à votação foi rejeitado, com votos contra do PS, do BE, do PCP e de Os Verdes. Só obteve os votos a favor do CDS.²⁸⁹

Mesmo com a não aprovação da alteração do regime supletivo de bens outras soluções jurídicas trazidas pela norma exemplificam, a ideia de que o regime da separação de bens é o mais condizente com a realidade atual de priorizar o exercício da autonomia privada.

Em abono da bondade da norma ao eleger o referido regime pode também trazer-se à colação o facto de à luz da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto a vigência do regime de separação ser pressupostos do reconhecimento da possibilidade de renúncia recíproca à sucessão legitimária pelos nubentes.²⁹⁰

Igualmente no mesmo sentido depõe a nova conceção do divórcio, em relação ao qual se mostra mais adequado do que um regime de comunhão. Vejamos as palavras de Heinrich Ewald Hörster “A concepção do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (O divórcio unilateral ou divórcio-repúdio) é, na sua própria lógica, incompatível com os regimes de bens de comunhão, mas adequa-se ao regime da separação. Neste sentido, em sintonia com o novo

²⁸⁷ Assembleia da República, Projeto de Lei n.º 192/XIII/1.ª Altera o Código Civil, Disponível in: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40289> p. 1.(última consulta em 22 de Julho de 2020).

²⁸⁸ Assembleia da República, Projeto de Lei n.º 192/XIII/1.ª Altera o Código Civil, Disponível in: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=40289> p.5.(última consulta em 22 de Julho de 2020).

²⁸⁹ Diário da Assembleia da República de 5 de maio de 2016, disponível in: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/13/01/064/2016-05-05/40?pgs=3-39&org=PLC&plcdf=true> p.40 (última consulta em 22 de Julho de 2020).

²⁹⁰ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 504.

regime do divórcio, o regime supletivo da comunhão de adquiridos tinha que ser substituído, consequentemente e coerentemente, por um regime (mitigado?) da separação de bens.”²⁹¹

Existe uma tendência de vincular o regime da separação de bens a uma maior autonomia privada dos cônjuges e do seu desenvolvimento pessoal.²⁹² Por esse aspeto foi o regime escolhido para o regime obrigatório de bens.

No entanto, Rita Lobo Xavier esclarece: “Acrescentamos ainda que nem sequer é certo que a total independência patrimonial dos cônjuges implique a eliminação de todos os limites à sua autonomia privada. Como já tivemos ocasião de evidenciar, a comunhão de vida envolve certa interpenetração entre os patrimónios dos cônjuges.”²⁹³

Em meio aos doutrinadores brasileiros, Sílvio Salvo Venosa argumenta de forma contrária a concepção de ser o regime mais adequado. Visto que defende que o regime mais próximo da realidade social atual, tanto na proteção dos mais vulneráveis, como nos casos de não exercício da autonomia privada pelos nubentes em relação à escolha do regime de bens, é o regime da separação parcial de bens.

Dessa maneira escreve: “O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, não somente nessa hipótese de imposição legal, mas também nas demais, é o da comunhão parcial. É de curial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens.”²⁹⁴

Em contrapartida, Paulo Lôbo, argumenta em favor do regime da separação obrigatória de bens, uma vez que na opinião desse autor, é o mais condizente com o princípio da igualdade entre os cônjuges, imposta pela constituição de 1988.²⁹⁵

Embora essa igualdade entre os cônjuges não quer dizer que exista uma total independência patrimonial, uma vez que, a razão de ser da ordem jurídica matrimonial é de uma obrigação de vida em comum.

²⁹¹ Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in *E foram felizes para sempre ...? Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008*, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.105.

²⁹² Tal tendência é demonstrada com o projeto de o torna o regime supletivo de bens. Uma vez que, escolhe-se como regime supletivo de bens, aquele que apresenta características de maior adequação a realidade social e, a um número mais abrangente de casamentos. De acordo com a história do regime de bens em Portugal. Mais em Guilherme de Oliveira, “Observações sobre os regimes de bens” in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876, 1997, pp.39 e ss. Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p. 316. Contudo, a não aprovação deixa claro que ainda não é majoritária a ideia entre os legisladores portugueses.

²⁹³ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.435.

²⁹⁴ Sílvio Salvo Venosa, *Direito Civil- Família e Sucessões*, vol. 5, 19ª ed., gen/atlas, 2019, p.374.

²⁹⁵ Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p. 316.

Por este motivo, mesmo nos casos de maior separação patrimonial, em algum momento da vida conjugal haverá interseções patrimoniais. Nesse sentido Rita Lobo Xavier: “Assim como ninguém imagina que o dever de fidelidade conjugal se opõe ao princípio da liberdade, também parece absurdo pretender que a igualdade pressupõe uma absoluta independência patrimonial.”²⁹⁶

O regime da separação de bens, previsto na alínea b) n.º 2 do artigo 1720º do código civil, pretende promover uma separação patrimonial, para não haver locupletamento patrimonial. Sobre essa ótica é o mais adequado para a proteção. Todavia frisa-se que a referida separação não é absoluta.²⁹⁷

Para a promoção de uma verdadeira proteção contra o enriquecimento sem causa, não é mais efetivo os nubentes, mesmo os maiores de 60 anos exercerem a total autonomia privada em relação aos efeitos patrimoniais do casamento?

Não se deverá permitir que eles recorram aos vários regimes de bens, não só os típicos como os atípicos? Não se deverá permitir assim, uma maior proteção de forma apriorística, em vez de suprimir apenas a sua autonomia de vontade, ou definindo um regime tipo do código.²⁹⁸

No percurso do trabalho tratamos das limitações à autonomia privada. Por esta mesma razão, várias vezes, às vantagens relacionadas ao regime da separação de bens mostram-se ilusórias.

Porque em vários momentos à comunhão de vida promove uma interpenetração de facto dos bens, que geram muitos conflitos a respeito da propriedade exclusiva dos mesmos.²⁹⁹

“Por outro lado, há motivos de ordem pública, critérios de salvaguarda social de cada um dos cônjuges, a que a lei atendeu nesse regime de bens e determinam que a diferença de titularidade do bem por um cônjuge não dispense alguns poderes jurídicos do outro cônjuge”.³⁰⁰ Como exemplo da casa de morada de família, como já apresentado no *item* próprio do regime de separação de bens.³⁰¹

²⁹⁶ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.436.

²⁹⁷ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.442.

²⁹⁸ Mais em Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra, 2009.p.146.

²⁹⁹ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.453.

³⁰⁰ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 504.

³⁰¹ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 504. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.645.

Outro aspeto que deprecia em favor do regime da separação obrigatória de bens é que os cônjuges, mesmo buscando o seu desenvolvimento pessoal, não serão iguallados a duas pessoas solteiras. Desde logo, em virtude da vigência do que se convencionou chamar regime primário de bens. Dessa maneira desenvolvem-se como pessoas, mas também como sociedade conjugal que proporciona a proteção da família.³⁰²

O regime de separação de bens desperta um individualismo que, quando não for bem administrado, origina a falta de colaboração patrimonial entre os cônjuges, o que pode dar origem a injustiças. Na verdade, o cônjuge que for o mais colaborativo na relação, no momento da sua liquidação, o pode ter perdas financeiras não compensáveis.³⁰³

“A compensação é o meio de prestação de contas da transferência de valores entre os patrimónios do casal- o património comum e os dois patrimónios próprios dos cônjuges.”³⁰⁴ Contudo o mecanismo compensatório nem sempre é eficiente nos casos de regime de separação de bens, uma vez que, quando houver colaboração não mensurável em forma de património, não será compensada.³⁰⁵

Portanto, o mecanismo compensatório no referido regime de bens pode promover ganhos de um cônjuge em relação ao outro, por este ser mais colaborativo do que o outro, sem ganho patrimonial aparente.

Nesse caso, o cônjuge prejudicado financeiramente terá que recorrer ao regime do enriquecimento ilícito previsto nos artigos 473º e ss. Do código civil no Livro II Direitos das obrigações.

³⁰² Também em Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 250 e 251. Jorge Duarte Pinheiro “Além de enfrentarem restrições à liberdade de disposição dos bens próprios, instituídas em prol do grupo familiar, os cônjuges estão reciprocamente vinculados aos deveres de cooperação e de assistência, respondem ambos em certos casos por dívidas que foram contraídas por um só deles (cf. arts. 1691º e 1695º, nº2).” Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.440. Helena Mota “É também razoavelmente aceite que todas estas “reformas” visaram, grosso modo, o aprofundamento e a densificação de uma ideia de “autonomia privada” em matéria pessoal familiar e de “desnormalização” da instituição familiar vista agora, em primeira linha, como cenário de afirmação da individualidade e singularidade de cada um dos seus membros e dos seus projectos pessoais.” Helena Mota. “Editorial”, in: *Revista Eletrónica de direito*, nº2, vol. 22, junho de 2020, Disponível in: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/1-editorial_1604.pdf pp. 2 e 3 (última consulta em 27 de Julho de 2020).

³⁰³ Rita Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp.456 e ss. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 293 e 294.

³⁰⁴ Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.481.

³⁰⁵ “O que se pretende evitar com tais mecanismos é o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do empobrecimento do outro, procurando salvaguardar um certo equilíbrio patrimonial”. Contudo o controle desse equilíbrio, no regime da separação de bens não será feito de acordo com o grau de colaboração dos cônjuges para o acúmulo patrimonial. Cristina A. Dias, “Responsabilidade por dívidas e compensação entre patrimónios”. In: *Revista Electrónica de direito*, junho 2020, nº 2, Vol. 22, FDUP, Porto, 2020, disponível in: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/2-cristina-dias_1606.pdf p. 23 (última consulta em 30 de Julho de 2020).

Todavia à solução jurídica do enriquecimento ilícito encontra-se fora da seara do direito da família, nomeadamente do direito matrimonial. Dessa maneira, o cônjuge não pode pleiteá-lo conjuntamente com divórcio ou a separação de bens.

Sendo assim o cônjuge que sentir-se lesado terá que propor uma ação apartada recorrendo ao enriquecimento ilícito. Posto que, para esse regime de bens não existem bens comuns, à solução jurídica está com a aplicação das regras de direitos reais para as compropriedades e, do enriquecimento sem causa em caso de contribuição não compensada.³⁰⁶ O crédito compensatório previsto no art. 1676.º, n.º 2 também não oferece resposta suficiente aos problemas a que nos estamos a referir.

Dessa maneira, a ordem matrimonial não possui uma solução jurídica adequada a especificidades do enriquecimento sem causa no casamento, ocorrendo um desequilíbrio patrimonial entre os cônjuges.

Na parte final do nosso percurso apresentaremos o regime obrigatório de bens à luz dos dois princípios constitucionais que norteiam o direito da família e a ordem jurídica portuguesa atual.

4.4. A apreciação do regime à luz dos princípios da igualdade e da autonomia privada.

Sem dúvida nenhuma, a questão mais importante em torno do artigo 1720º, n.º 1, alínea b) do código civil é a sua compatibilidade com os princípios da autonomia privada e da igualdade presentes na Constituição Portuguesa de 1976 e, norteadores do sistema matrimonial atual.

À vista disso, a doutrina que estuda a matéria levanta a questão. Assim vejamos as palavras de Francisco Coelho e Guilherme de Oliveira “Resta saber se este regime é compatível com o princípio da igualdade constitucional (art.13º CREp). A restrição da faculdade de escolher o regime de bens que sofram os cidadãos com mais de sessenta anos é necessária para satisfazer interesses fundamentais, e é proporcional?”³⁰⁷

Rute Teixeira Pedro acrescenta “A este propósito já surgiu a questão de saber se a al. b) não importa uma limitação desproporcional à autonomia privada (art.18º da CRP).”³⁰⁸

³⁰⁶ Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 504. Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.428.

³⁰⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.561.

³⁰⁸ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p..625.

De acordo com o que já apresentamos, à vulnerabilidade justificadora de uma limitação semelhante à da norma apresentava, deve ser verificada aprioristicamente, para não promover diferenciações desnecessárias, ainda que os sujeitos estejam no mesmo grupo de vulnerabilidade especial.³⁰⁹

A referência biológica, ou seja, a idade definida pelo preceito é um fator que desencadeia de forma automática um perigo de dano, ou existe apenas uma dedução de perigo, a partir da referida faixa etária?

A maioria da doutrina portuguesa entende que é a segunda hipótese que embasa o art. 1720, n.º 2, alínea b)³¹⁰ e, que esta dedução vai ao encontro dos princípios constitucionais, nomeadamente, o princípio da igualdade.

Já que dá origem a um tratamento desigual entre nubentes, sem fundamentos de uma igualdade material (tratamento desigual na medida da sua desigualdade, neste caso a medida é desproporcional).³¹¹

A finalidade primeira é a proteção dos mais frágeis pelo Estado. Já que “a palavra igualdade não é e não pode ser, nunca, um obstáculo à proteção que o Estado deve aos mais fracos. Porque a palavra isolada mascara a desigualdade.”³¹²

A proteção aos mais fracos, sempre tem que está interligada com a efetiva proteção, através de medidas proporcionais ao perigo de dano.

Entretanto, o regime obrigatório de bens com base na idade proporciona uma diferenciação, através de uma referência biológica. Não estando de acordo com a proporcionalidade adequada, causando assim, mais prejuízos jurídicos do que efetiva proteção.

A alteração promovida pela reforma de 1977, especialmente, a que igualou a idade de homens e mulheres para a supressão em estudo da autonomia privada. Permitiu a adequação da

³⁰⁹ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p.161.

³¹⁰ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p.161. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.562.

³¹¹ Ana Prata, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016, p. 89. José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed – Coimbra, Almedina, 2012, p. 131.

³¹² Francisco Hupsel, *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*, Salvador, JusPodium, 2016, p.102.

lei a nova ordem jurídica da igualdade entre os cônjuges. Todavia manteve uma discriminação em relação aos nubentes de acordo com a sua faixa etária, os acima de 60 anos.³¹³

A ordem jurídica portuguesa tem como princípio estruturante o princípio da dignidade da pessoa humana³¹⁴, o qual se concretiza a partir do desenvolvimento pessoal de cada sujeito.³¹⁵ A desigualdade operada pelo artigo 1720º, n.º1, alínea b) permite a concretização dessa dignidade, ou a sua previsão promove uma rutura ao princípio?³¹⁶

Na verdade, a sociedade atual, o desenvolvimento médico e, a higidez física e mental dos idosos não permitem uma conclusão simplista a respeito da supressão da sua autonomia privada aos nubentes maiores de 60 anos.

Posto que, a justificativa da *mens legis* para a supressão da autonomia privada é a não possibilidade de exercício pleno da autonomia de vontade dos maiores de 60 anos, originada por uma ausência de liberdade de autodeterminação. Derivada de uma vulnerabilidade associada a idade.³¹⁷

Entretanto, na atualidade, não existem maneiras de confirmar-se, que uma pessoa apenas por atingir os 60 anos tem a sua liberdade de autodeterminação reduzida. São relevantes outras características para a definição da sua falta de liberdade, como a higidez física e mental.

Uma vez que a limitação ou a supressão da autonomia privada, conforme já apontado no presente percurso somente deve ser aplicada, por meio da constatação casuística do desequilíbrio entre as partes, ou de uma real vulnerabilidade.³¹⁸

³¹³ Guilherme de Oliveira “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol.1, Coimbra, 2004, pp. 767 e 768. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil.V.5*, Colab. e atualização Tânia da Silva Pereira, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.225. Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625.

³¹⁴ José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed – Coimbra, Almedina, 2012, pp. 93 e ss.

³¹⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.562.

³¹⁶ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, pp.161 e 162. José Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed – Coimbra, Almedina, 2012, pp.106 e ss.

³¹⁷ Rute Teixeira Pedro, Anotação ao art. 1720º, Código civil anotado, Cord. Ana Prata, Coimbra: Almedina, 2017, 2 vols., (Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º, p.625. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Também em Jorge Duarte Pinheiro, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.562.

³¹⁸ Rute Teixeira Pedro; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 613 e 614.

Rute Teixeira Pedro preleciona: “Parece-nos, pois, que o regime em causa, baseado apenas na tomada em consideração da idade dos nubentes, importará uma limitação desproporcional à autonomia privada e, portanto, desrespeitadora do artigo 18.º da CRP. Sobretudo quando se associa ao completar de apenas 60 anos de idade, o que, no panorama da sociedade atual com elevação da esperança de vida, pecará pelo menos pela prematuridade da imposição.”³¹⁹

No referido preceito os maiores de 60 anos têm a sua capacidade completamente suprimida para decisões dos efeitos patrimoniais, sem ocorre uma ponderação se efetivamente este grupo não tem possibilidade de decidir o destino do seu património, quando tem a total autonomia para decidir sobre o casamento.

Nesse sentido escreve Rute Teixeira Pedro “De qualquer modo, manifestamo-nos contra medidas paternalistas cegas que desatendam à concreta necessidade de proteção manifestada no caso particular. Acresce que, consubstanciando restrições de direitos fundamentais, como muitas das normas restritivas de direito da família importam, as soluções devem ser devidamente ponderadas à luz das exigências que têm que ser observadas, desde logo no plano constitucional.”³²⁰

Portanto, é conforme à Constituição a supressão de autonomia privada de uma parcela dos nubentes, ou esta é desconforme ao produzir uma desigualdade material contrária à Constituição Portuguesa?

A norma é compatível com o princípio da autonomia privada? Mesmo não sendo um princípio exposto, como já observado no capítulo inicial do trabalho, ele norteia todo o ordenamento jurídico português e, nas últimas décadas ganhou ainda mais visibilidade e, proteção dentro das normas matrimoniais.

Nesse contexto a previsão do artigo 1720.º, n.º1, alínea b) não está condizente com a ordem jurídica da promoção da autonomia privada. Logo que o princípio da autonomia privada é o sustentáculo dos efeitos patrimoniais do casamento. Pois, é regido pelo princípio da liberdade de escolha dos regimes de bens.

³¹⁹ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, pp.172 e 173.

³²⁰ Rute Teixeira Pedro, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis” – in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*- 2018, p. 173.

A sua supressão através de uma vulnerabilidade presumida opõe-se ao princípio constitucional do desenvolvimento da personalidade, que ganha efetividade através do exercício da autonomia privada.³²¹

A autonomia privada historicamente tem limitações, visto que não é um princípio absoluto, necessitando de uma ponderação em relação aos demais preceitos jurídicos. Todavia não se encontram justificativas para fundar a derrogação total do exercício da autonomia privada como acontece na norma em estudo.

Como uma tendência do sistema jurídico matrimonial português a autonomia de vontade só deve ser derogada em favor de uma salvaguarda importante para o indivíduo, como nos casos de falta de capacidade absoluta do sujeito de expressar a sua vontade.³²²

Tal não parece ser a realidade entre as pessoas maiores de 60 anos, que na sua maioria, ainda estão a fazer parte do mercado de trabalho.³²³ Em 2019 o percentual de atividade entre os 55 anos e 64 anos é de 64,4 %.³²⁴

Em razão dos motivos apresentados, a doutrina Portuguesa e a Brasileira, de forma majoritária, entendem que a supressão da escolha de regime de bens aos maiores de 60 anos é uma afronta ao princípio da igualdade e da autonomia privada.

Este é o nosso entendimento, porque a solução contida na norma em estudo não obedece ao princípio da proporcionalidade. Acresce que não opera uma igualdade material, antes produz uma afronta ao princípio da igualdade substancial. Bem como um afastamento desmesurável da autonomia privada, quando a regra global da ordem jurídica civilística é a sua promoção desta.³²⁵

³²¹ Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 102 e ss.

³²² Jorge Duarte “o progresso da ideia de que, não havendo violência ou vulnerabilidade, o conteúdo da relação entre os adultos deve ficar ao dispor dos próprios leva a pensar num futuro em que os efeitos do casamento serão fixados pelos cônjuges por acordo realizado antes ou na constância do matrimónio.”, Jorge Duarte, “Perspectivas de evolução do direito da família em Portugal” - in: *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, 2016, p. 367.

³²³ Em Portugal a idade normal de acesso a pensão por velhice é igual ou superior aos 65 anos. Conforme o artigo 20º do Decreto – Lei nº 187/2007 de 16 de Janeiro. Portanto aos 60 anos de idade as pessoas ainda estão a contribuir para a previdência e, ainda se encontram no mercado de trabalho, podendo aumentar ou diminuir seu patrimônio. Nessa altura ainda possuem responsabilidades que exigem higidez física e mental. Diário da República Eletrónico disponível in: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/520669/details/normal?l=1> (última consulta em 06 de Agosto de 2020).

³²⁴ Pordata Taxa de atividade por faixa etária, disponível in: [https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+atividade+total+e+por+grupo+et%c3%a1rio+\(percentagem\)-1321](https://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+atividade+total+e+por+grupo+et%c3%a1rio+(percentagem)-1321) (última consulta em 06 de Agosto de 2020).

³²⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial, p.434. Paulo Lobo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017, p. 318. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições do Direito Civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, v.5, p.228.

Conclusão.

No nosso percurso averiguamos que o sistema jurídico português é formado por um conjunto de princípios, os quais irradiam a sua proteção para todos os ramos jurídicos.

Portanto, todo o sistema jurídico tem que estar fundamentado nesses princípios e, o que reflete a junção desses é o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vez que não existe dignidade sem igualdade, proporcionalidade, desenvolvimento da personalidade, autonomia de vontade e liberdade.

Notadamente os princípios da igualdade e da autonomia privada, que nem sempre tiveram papéis relevantes dentro do direito da família, especificamente. Em razão da família ser considerada uma instituição, como tal deveria proporcionar à proteção da instituição familiar e, não dos sujeitos que a compõem.

Nesse contexto jurídico, surgiu uma norma que refletia tal forma de proteção, em que derroga o princípio da autonomia privada e o da igualdade em favor de uma proteção da “instituição familiar”.

Norma que está no artigo 1720, n.º 2, alínea b do Código Civil português. Esta foi inspirada por um artigo do código civil brasileiro, o atual 1641, inciso II. Como averiguado ao longo do trabalho, o referido artigo suprime a autonomia de vontade dos nubentes maiores de 60 anos. Bem como aplica uma igualdade positiva (material) em relação a estes sujeitos.

A proteção apresenta-se justificada por uma suposta vulnerabilidade desse grupo de indivíduos, a qual proporcionaria um desequilíbrio nas relações com base no “chamado golpe do Baú”.

Todavia, conforme a nossa pesquisa, verificámos que a realidade que proporcionava um arcabouço jurídico para a proteção, já não condiz com o sistema jurídico português.

Principalmente, com as novas soluções jurídicas apresentadas nos últimos anos. Especialmente á luz da Lei que aprovou o Regime jurídico do Maior acompanhado (Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto), os mecanismos protetivos são editados em favor da proteção da autonomia e desenvolvimento dos idosos.

Também trouxemos à colação o envelhecimento populacional demonstrado nas informações referentes à esperança de vida aos 65 anos de idade e a taxa de natalidade.

Esses dados deveriam ratificar a previsão normativa e não causar estranheza entre a proteção e a realidade fáctica social.

No nosso trabalho observámos, nas últimas décadas, uma tendência para a promoção dos princípios da autonomia de vontade e da igualdade dentro do direito da família, a qual se origina da mudança de perspectiva em relação à família. Tal mudança operou-se, em particular, no âmbito do direito matrimonial.

O direito não deveria afastar a possibilidade de exercício da autonomia privada em caso de desequilíbrio entre as partes assente numa avaliação apriorística sem atenção aos contornos do caso concreto. Deveria evitar-se a sua supressão total para que se possa promover o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos.

Consequentemente a supressão só se deveria aplicar nas situações em que os indivíduos não podem, poderadamente, exercer a sua autonomia privada.

A mitigação dos princípios tem que está totalmente fundamentado na proporcionalidade do dano e do seu afastamento, ou seja, ocorrendo a mitigação só no que for extremamente necessário para evitar o prejuízo dos sujeitos nas relações.

No nosso percurso não foi o que verificámos ocorrer quando apreciamos o artigo 1720, n.º 2, alínea b). Esta norma derroga os princípios da autonomia privada e da igualdade substancial de forma abstrata e, sem proporção entre os riscos reais da vulnerabilidade especial dos nubentes e o dano.

Assim, esse regime acentua tradicional discriminação em relação aos idosos, não permitindo que eles exerçam a sua liberdade de autodeterminação do seu próprio património.

A norma em estudo elimina a possibilidade de escolha dos regimes de bens pelos nubentes acima de 60 anos, Suprimindo dessa forma a possibilidade de qualquer deliberação a respeito dos efeitos patrimoniais decorrentes do casamento.

O regime de separação é imposto, mesmo existindo uma gama de opções, entre os regimes tipos e os atípicos, que poderiam enquadrar-se de forma mais adequada às suas necessidades dos nubentes acima de 60 anos, Ao invés de uma única alternativa (regime da separação de bens), a qual nem sempre será o ideal para a situação em concreto.

A norma brasileira que inspirou a norma portuguesa já foi alterada, justamente para ter uma melhor adequação ao fenómeno do envelhecimento populacional. E tal ocorreu num país, o Brasil, em que o envelhecimento ainda é mais lento do que em Portugal.

Nesse mesmo caminho, coloca-se a questão da conformidade da solução à Constituição Brasileira, e que conduz a que, mesmo que ainda seja uma norma vigente, os tribunais através da jurisprudência e de súmulas já não estejam a aplicar a supressão, como prevista na norma. E

tal justifica-se, porque a norma fere os princípios constitucionais brasileiros, nomeadamente os princípios da igualdade e da autonomia privada.

Concluimos que o artigo 1720, n.º 1, alínea b), não está de acordo com os princípios constitucionais da igualdade e da autonomia privada, pois a supressão não apresenta justificativas proporcionais.

A proporcionalidade não está verificada, tendo em vista a realidade fáctica em relação ao envelhecimento populacional em Portugal. Não é razoável limitar a escolha dos efeitos patrimoniais do casamento de todos os nubentes maiores de 60 anos.

O artigo 1720 n.º 1, alínea b) encontra-se em sentido contrário à uma tendência inegável do sistema jurídico de promoção da autonomia de vontade dos sujeitos. Acresce que não permite a manutenção da concretização da igualdade, nem para um real exercício da liberdade.

Lista de Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo e Sousa, Marcelo Rebelo de, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, LEX, 2000.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil, Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª CDPriv., Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Juiz Cezar Peluso, julgado em 18.08.1998. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 1, p.98-103, abr./jun. 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Curso de direito civil: direito de família*, Editora Saraiva, 2018.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores”, in: *O novo regime jurídico do maior acompanhado* jurisdição civil e processual civil, Coleção formação contínua, Centro de estudos jurídicos, Porto, 2019, pp. 61-74.

Disponível in:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

(última consulta em 13 de julho de 2020).

BELLEZ, A. Maria dos Prazeres, “Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação – Lei nº. 49/2018, de 14 de agosto”, *O novo regime do maior acompanhado*, jurisdição civil e processual civil, Coleção formação contínua, Centro de estudos jurídicos, Porto, 2019. pp.13-22. Disponível in:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

(última consulta em 15 de julho de 2020).

Câmara dos Deputados do Brasil. Disponível in:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886> (Última

consulta em 23/07/2020).

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1997.

CANARIS, Wilhelm, *Direitos fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I: art. 1º a 107º*, 4ª ed., Revista, Coimbra, Coimbra, 2007, reimp. em 2014.

COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de direito da família*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2016, Vol. 1: Introdução: direito matrimonial.

CORDEIRO, António Menezes, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?”, *in: Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, nº 1, Lisboa, 2012, pp. 45 a 108.

CORDEIRO, António Menezes, “*Tratado de direito Civil*”, colab. A. Barreto Menezes Cordeiro, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, vol.4.

CRUZ, G. Braga da, “O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil Português”, *B.M.J.* nº53, 1956.

Dados estatísticos sobre a esperança de vida em Portugal- PORDATA- disponível in: <https://www.pordata.pt/Europa/Esperan%C3%A7a+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo-1260> (Última consulta em 14.07.2020).

DIAS, Cristina A., “Responsabilidade por dívidas e compensação entre patrimónios”, *In: Revista Electrónica de direito*, junho 2020, nº 2, Vol. 22, FDUP, Porto, 2020, disponível in: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/2-cristina-dias_1606.pdf (última consulta em 30 de Julho de 2020).

DIAS, Cristina A., “Algumas notas em torno das doações ao cônjuge e o instituto da colação”, *In: XX Estudo Comemorativo dos 20 anos da FDUP*, Vol.1, 2017, pp. 303 a 321.

DIAS, Maria Berenice: “Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar”, pp.17 [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_758\)1_art._1641_inconstitucionais_limitacoes_ao_direito_de_amar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_758)1_art._1641_inconstitucionais_limitacoes_ao_direito_de_amar.pdf) (Última consulta em 23/03/2019)

DIAS, Maria Berenice, “A igualdade desigual”, *in: Revista Brasileira de direito constitucional*, nº2 jul/dez 2003, São Paulo, pp. 1 a 21, Disponível in: [http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_646\)32_a_igualdade_desigual.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_646)32_a_igualdade_desigual.pdf) (Última consulta em 15 de agosto de 2020).

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito de família*, 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

FILHO, Milton Paulo de Carvalho, Anotação ao art. 1641º, Código Civil Brasileiro, Cord. Cezar Peluso, Manol, 10 ed., 2016.

FRADA, Manuel Carneiro da “Autonomia privada e justiça contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil”, *In: Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, 2017, pp. 239-254.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro v 6 - direito de família*, 17 ed., Editora Saraiva, 2020.

HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos cônjuges reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra: Coimbra, 2009.

Hörster, Heinrich Ewald, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in: *E foram felizes para sempre ...? Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008*, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Coimbra Editora, 2010, pp. 91 a 112.

HUPSEL, Francisco, *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*, Salvador, JusPodium, 2016.

LIMA Fernando Andrade Pires de, VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, 2ª ed. rev. Act., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, Vol. 4, Art. 1576º a 1795º, 1992.

LEÃO, Anabela Costa, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, pp. 21 a 38.

LOBO, Paulo, *Direito civil – Famílias*, 7ª edição, Editora Saraiva, 2017.

LOTUFO, Renan, *Código Civil comentado*, Vol. 3, Tomo I, Contratos em Geral até Doação (art. 421 a 564), Saraiva, 2016.

MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do direito civil*, colab. Armindo Ribeiro Mendes, Vol. I – Lisboa, AAFDL, 1997.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º. a 79º, 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional-Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz T, *Curso de direito civil: direito da família, Volume 2*, Editora Saraiva, 2012.

NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira, Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais, in: Henri Capitant 2018, disponível in:http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Integrite/portuga1-integrite.pdf (última consulta em 14 de Julho de 2020).

OLIVEIRA, Guilherme de, “Observações sobre os regimes de bens”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3875/3876 - 1997, p. 38 a 42, n. 3877, 1997, p. 38 a 42.

OLIVEIRA, Guilherme de, “transformações do Direito da Família”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra, 2004, Vol., pp.764 a 779.

OLIVEIRA, Ricardo Monteiro, “O princípio da imutabilidade dos regimes de bens convencionados e legalmente fixados”, in *Lex Familiae, ano 11, nº 21 e 22*, 2014, Coimbra, Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 101 a 122.

Preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Disponível in: <https://nacoesunidas.org/conheca/>, (Última consulta em 12 de janeiro de 2020).

PEDRO, Rute Teixeira, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio reflexões a nova redacção do art. 1790º do código” – in *Estudo em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, pp. 429- 474.

PEDRO, Rute Teixeira, “Do exercício da autonomia privada na partilha do património comum do casal”, In: *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*, 2016, p. 347 a 363.

PEDRO, Rute Teixeira; orient. Guilherme de Oliveira, Manuel Carneiro da Frada, *Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018.

PEDRO, Rute Teixeira, “(In) suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis”, in: *Autonomia e capacitação os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, 2018, pp.157 a 178.

PEDRO, Rute Teixeira, “Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº.1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela Lei nº 48/2018, de 14 de agosto.”, in: *Revista da ordem dos Advogados, ano78 Jan./jun.2018*, Lisboa, 2018. pp 415 a 454.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições do Direito Civil*, V.5, Colab. e atualização Tânia da Silva Pereira, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 2ª ed. Lisboa, AAFDL, 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Perspectivas de evolução do direito da família em Portugal”, in: *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, 2016, pp.347 a 365.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 5ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017.

PINTO, António Pinto Monteiro, PINTO, Carlos Alberto da Mota, Pinto Paulo Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.59.

PINTO, Manuel Lopes Madeira, “A Jurisprudência modera a liberdade contratual?”, *in: Congresso internacional de direito civil (CIDC) Contributos para uma reflexão sobre a autonomia privada- Instituto Superior de Ciências empresarias e do Turismo*, 2018, pp. 30 a 39.

PINTO, Paulo Mota, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018.

PRATA, Ana, *A Tutela constitucional da autonomia privada*, Lisboa, Almedina, 2016.

PRATA, Ana, Código civil anotado, Coimbra, Almedina, 2017, 2 vol.,(Códigos anotados), Vol. 2, Artigos 1251.º a 2334.º.

REAL, Carlos Pamplona Corte, “Relance Crítico sobre o direito de família Português”, *in: Textos de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 107 a 130.

SANTOS, Francisco J. Andrés, “La Autonomía Privada em la perspectiva histórica-comparatista”, *in: Actas del congreso Internacional “limites a la autonomia de la voluntad”celebrado em la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza-comares,Zaragora, 2016”* Granada, Comares, 2017, pp.5 a 16.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil, Vol. 5, Direito de Família, 14ª edição*, Grupo GEN, 2018.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral*, Vol. 1, 10ª ed., rev act., Coimbra, Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

VENEGAS Grau, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado Los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada*-Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A, 2004.

VENOSA, Sílvio Salvo, *Direito Civil- Família e Sucessões*, vol. 5, 19.ª ed., gen/atlas, 2019.

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