

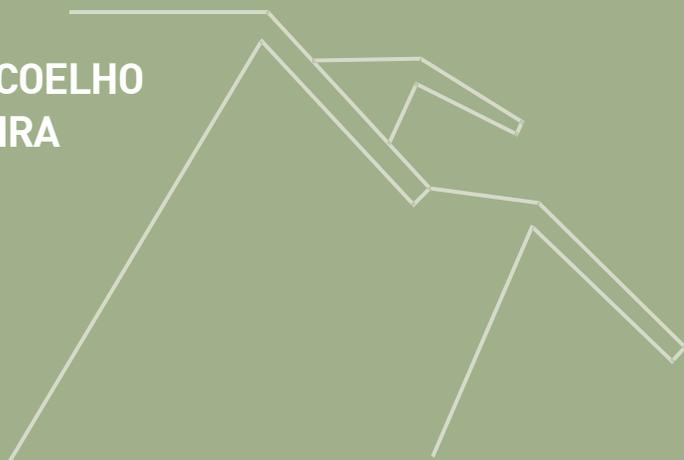
CURSO DE
DIREITO
DA
FAMÍLIA

VOLUME I • INTRODUÇÃO
DIREITO MATRIMONIAL

5ª EDIÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COELHO
GUILHERME DE OLIVEIRA

IMPRESA DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA
COIMBRA
UNIVERSITY
PRESS



(Página deixada propositadamente em branco)



E N S I N O



EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Imprensa da Universidade de Coimbra

CONCEÇÃO GRÁFICA

António Barros

INFOGRAFIA

Mickael Silva

EXECUÇÃO GRÁFICA

....

ISBN

978-989-26-1166-2

ISSN DIGITAL

978-989-26-1167-9

DOI

<http://dx.doi.org/10.14195/978-989-26-1167-9>

DEPÓSITO LEGAL

...../16

OBRA PUBLICADA COM O APOIO DE

Centro de
Direito da
Família

CURSO DE

DIREITO FAMÍLIA^{DA}

VOLUME I • INTRODUÇÃO
DIREITO MATRIMONIAL

5ª EDIÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COELHO
GUILHERME DE OLIVEIRA

COLABORAÇÃO DE
RUI MOURA RAMOS

IMPRESA DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA

COIMBRA
UNIVERSITY
PRESS

(Página deixada propositadamente em branco)

À Esmeralda, onde quer que esteja,
e aos nossos filhos e netos

(Página deixada propositadamente em branco)

Para a Helena

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA À 5.^a EDIÇÃO

Há muito que devia ter sido atualizado este volume I do *Curso*, cuja 4.^a edição viu a luz em 2008. Desde então foram publicadas algumas leis que modificaram o nosso direito da família – sobretudo a lei do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) e a lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio).

Em grande parte, o texto continua a ser aquele que o Doutor Francisco Pereira Coelho escreveu – e não é esta a melhor garantia para os leitores? Mas, desta vez, todas as atualizações são da minha autoria e responsabilidade; salvo as que dizem respeito aos “limites à aplicação das regras de direito português”, que continuam a beneficiar da competência do nosso colega Rui Moura Ramos. Entre as alterações (e para além das que resultam das normas legais novas) devo assumir sobretudo a responsabilidade pelas que manifestam uma opinião mais ou menos diversa daquela que costumava encontrar-se neste livro, designadamente quanto à natureza das relações emergentes da união de facto, ao seu acolhimento na Constituição da República, ao significado do “direito a constituir família”, e à “vocação de perpetuidade” do casamento.

O Doutor Francisco Pereira Coelho, em nota à 2.^a edição, de 2001, agradeceu-me o incentivo e a colaboração que tinha permitido salvar da morte o *Curso de Direito da Família*, de 1965. Sinto-me orgulhoso por ter tido alguma responsabilidade, porque aquele livro foi o texto mais importante que eu conheço para o direito da

família, em Portugal. Foi também um exemplo de independência académica, pelas posições que defendeu em favor da liberdade e da igualdade dos cônjuges, que tiveram de esperar por 1977 para terem uma regulamentação compatível com a dignidade da mulher. Esta 5.^a edição – que, por coincidência, marca os 50 anos da obra – mostra a minha vontade de manter vivo o *Curso* e testemunha o gosto que sinto por continuar esta associação tão honrosa.

Para além da extensa e distinta colaboração de Rui Moura Ramos, agradeço os apoios de André Pereira, Francisco Brito Pereira Coelho, Helena Moniz, João Paulo Remédio Marques, Maria José Capelo, Nuno de Salter Cid, Paula Távora Vítor, Rosa Cândido Martins e Sandra Passinhas.

Coimbra, Dezembro de 2015

Guilherme de Oliveira

PREFÁCIO DA 2.^A EDIÇÃO

A 1.^a edição do *Curso de Direito da Família* foi publicada em 1965. Escrita ainda na vigência do Código Civil de 1867 e das leis da família de 1910, começou a desactualizar-se pouco depois, com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, e desactualizou-se de novo com a Constituição de 1976, a Reforma do Código Civil de 1977 e a legislação posterior. Continuei a reger a cadeira, com raras interrupções, até à minha aposentação em 1994, e de anos a anos, não sei já quantas vezes, fui desfazendo e refazendo o texto das lições em sucessivas versões policopiadas. A última era de 1986 e ainda vinha a ser utilizada pelos alunos, apesar de grande parte não ser mais que um resumo ou sumário da matéria. A ideia de vir a publicar uma nova edição das lições não me abandonara, mas os anos e o cansaço que eles trazem iam-me convencendo de que já não conseguiria realizar o meu desejo. Afinal, os livros de direito morrem novos e o *Curso* tinha trinta e seis anos. Era uma bonita idade para morrer.

Devo ao Doutor Guilherme de Oliveira o incentivo para retomar as minhas velhas lições de direito da família e, em particular, a disponibilidade para se encarregar de escrever boa parte desta 2.^a edição do livro. Todo o capítulo dos efeitos patrimoniais do casamento (n.^{os} 180-230), que apresenta substanciais inovações e importantes desenvolvimentos em relação às lições de 1986, é praticamente da sua autoria. São também do Doutor Guilherme de Oliveira as reflexões dos n.^{os} 65 e 66 sobre aspectos sociológicos da família e a exposição relativa à obrigação de alimentos como efeito do divórcio (n.^o 283).

A publicação da 2.^a edição do *Curso* em coautoria com o Doutor Guilherme de Oliveira mostra-se assim plenamente justificada.

A presente edição é ainda muito enriquecida com um capítulo final (n.ºs 289-307) escrito a nosso pedido pelo Doutor Rui Moura Ramos sobre o direito internacional da família relativo ao casamento e à adoção.

Aos Doutores Guilherme de Oliveira e Rui Moura Ramos, queridos Colegas e Amigos, deixo aqui expresso o meu profundo reconhecimento.

Devo igualmente uma palavra de agradecimento ao Dr. Nuno de Salter Cid, assistente da Universidade de Évora, com quem troquei impressões sobre alguns assuntos e que me facultou indicações bibliográficas e dados legislativos e jurisprudenciais que me foram muito úteis.

De 1965 até agora, não é preciso dizer como mudou o direito da família na parte que este volume abrange. A introdução da adoção, a emergência de um direito constitucional da família e a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges, com ampla repercussão nos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, o Protocolo Adicional à Concordata com a Santa Sé e a liberalização do divórcio, a relevância atribuída à união de facto, alteraram profundamente a face do direito da família. Do corpo das lições de 1965, pouco ficou. O mundo mudou nestes trinta e seis anos; todos mudámos com o mundo e eu próprio terei mudado, embora não, quero acreditar, no essencial das minhas opções e convicções. Como a uma terra aonde se volta passado muito tempo e que se acha diferente, destruída e reconstruída, mas em que o espírito do lugar permanece, assim regresso a este lugar, que fui construindo, destruindo e reconstruindo ao longo dos anos, e ainda encontro nele o mesmo espírito.

Coimbra, Maio de 2001

Francisco Pereira Coelho

Foi tomada em conta a legislação publicada até 31 de Maio de 2001.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ac.—acórdão

BFD—Boletim da Faculdade de Direito

BMJ—Boletim do Ministério da Justiça

CCiv—Código Civil

CICan—Código de Direito Canónico

CNot—Código do Notariado

Col. Jur.—Colectânea de Jurisprudência

CPen—Código Penal

CProcCiv—Código de Processo Civil

CProcPen—Código de Processo Penal

CRegCiv—Código do Registo Civil

CRegPred—Código do Registo Predial

CRep—Constituição da República

DAR—Diário da Assembleia da República

DR—Diário da República

LAR—Lei do Arrendamento Rural

NRAU—Novo Regime do Arrendamento Urbano

OTM—Organização Tutelar de Menores

RAU—Regime do Arrendamento Urbano

RDES—Revista de Direito e de Estudos Sociais

Rel.—Relação

RFDL—Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

RLJ—Revista de Legislação e de Jurisprudência

S.T. J.—Supremo Tribunal de Justiça

TC —Tribunal Constitucional

(Página deixada propositadamente em branco)

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introdução..... | 31 |
| Capítulo I. Noções Fundamentais..... | 31 |
| 1. Noção jurídica de família; as relações familiares..... | 32 |
| 2. Relações parafamiliares | 36 |
| 3. O direito da família e as suas divisões..... | 37 |
| 4. Fontes do direito da família..... | 38 |
| 5. Plano do curso..... | 41 |
| Capítulo II. Relações familiares distintas da relação matrimonial..... | 43 |
| Divisão I. Parentesco | 43 |
| 6. Noção e limite | 43 |
| 7. Contagem..... | 45 |
| 8. Efeitos..... | 46 |
| Divisão II. Afinidade..... | 50 |
| 9. Noção; fonte e duração..... | 50 |
| 10. Contagem..... | 51 |
| 11. Efeitos..... | 52 |
| Divisão III. Adoção | 53 |
| 12. Noção e espírito do instituto | 53 |
| 13. Modalidades: adoção conjunta e adoção singular..... | 54 |
| 14. Constituição do vínculo, processo e efeitos (remissão para o volume II)..... | 54 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Divisão IV. Outras relações familiares..... | 55 |
| Secção I — União de facto | 55 |
| 15. Generalidades | 56 |
| 16. Noção..... | 56 |
| 17. Terminologia | 57 |
| 18. Formas e motivações..... | 58 |
| 19. A união de facto e a Constituição da República | 60 |
| 20. A união de facto, relação de família? | 64 |
| 21. A institucionalização da união de facto na Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, e na Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que alterou a Lei anterior..... | 67 |
| 22. Ordem de estudo | 71 |
| 23. Constituição da relação..... | 71 |
| 24. Conteúdo da relação: efeitos pessoais e patrimoniais. A) Princípios gerais..... | 73 |
| 25. B) Condições de eficácia | 74 |
| 26. C) Efeitos pessoais..... | 79 |
| 27. D) Efeitos patrimoniais | 82 |
| 28. Extinção da relação. A) Princípios gerais..... | 91 |
| 29. B) Rutura. Destino da casa de morada da família..... | 93 |
| 30. C) Morte..... | 95 |
| Secção II — Apadrinhamento civil..... | 110 |
| 30-a. Noção e finalidades..... | 110 |
| Secção III — Filiação baseada no consentimento, no contexto de reprodução assistida | 111 |
| 30-b. Noção..... | 111 |
| Capítulo III. Relações parafamiliares | 112 |
| 30-c. Generalidades..... | 112 |
| 31. Relação entre esposados..... | 112 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 32. Relação entre ex-cônjuges..... | 112 |
| 33. Vida em economia comum..... | 113 |
| 34. Relação entre tutor e tutelado | 117 |
| 35. Pessoa a cargo de outra..... | 117 |
| 36. Pessoa criada e sustentada por outra..... | 118 |
| Capítulo IV. Aspectos sociológicos..... | 118 |
| 37. Da “grande família” à “pequena família”..... | 118 |
| 38. Funções da família..... | 119 |
| 39. Do casamento “instituição” ao casamento “relação pura”..... | 121 |
| 40. Conseqüências nos sistemas jurídicos..... | 125 |
| Capítulo V. Princípios constitucionais do direito da família..... | 129 |
| 41. Generalidades | 130 |
| 42. 1.º princípio: direito à celebração do casamento..... | 130 |
| 43. 2.º princípio: direito de constituir família..... | 133 |
| 44. 3.º princípio: competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração..... | 140 |
| 45. 4.º princípio: admissibilidade do divórcio, para quaisquer casamentos | 147 |
| 46. 5.º princípio: igualdade dos cônjuges..... | 148 |
| 47. 6.º princípio: atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos | 149 |
| 48. 7.º princípio: inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores..... | 150 |
| 49. 8.º princípio: não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento | 151 |
| 50. 9.º princípio: proteção da adoção..... | 154 |
| 51. 10.º princípio: proteção da família | 154 |
| 52. 11.º princípio: proteção da paternidade e da maternidade..... | 156 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 53. 12.º princípio: proteção da infância..... | 156 |
| 54. Consequências da inconstitucionalidade. Revogação do direito anterior à Constituição..... | 157 |
| Capítulo VI. Direito não civil da família | 158 |
| 55. Observações prévias | 158 |
| 56. Direito penal..... | 159 |
| 57. Direito fiscal | 161 |
| 58. Direito do trabalho | 163 |
| 59. Direito da segurança social..... | 166 |
| Capítulo VII. Caracteres do direito da família..... | 168 |
| 60. Predomínio de normas imperativas | 168 |
| 61. Institucionalismo..... | 171 |
| 62. Coexistência, na ordem jurídica portuguesa, do direito estadual e do direito canónico na disciplina da relação matrimonial..... | 173 |
| 63. Permeabilidade do direito da família às transformações sociais | 174 |
| 64. Ligação a outras ciências humanas | 176 |
| 65. Afetação de certas questões de direito da família a tribunais de competência especializada: os tribunais de família e menores | 177 |
| Capítulo VIII. Caracteres dos direitos familiares..... | 178 |
| 66. Observações prévias | 178 |
| 67. Os direitos familiares pessoais como poderes funcionais..... | 179 |
| 68. Fragilidade da garantia | 182 |
| 69. Carácter duradouro: os “estados de família” | 185 |
| 70. Carácter relativo. Casos em que, excecionalmente, os direitos familiares gozam de proteção absoluta..... | 185 |
| 71. Tipicidade dos direitos familiares | 186 |

| | |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Direito Matrimonial..... | 189 |
| Capítulo I. Constituição da relação matrimonial: | |
| O casamento como ato | 191 |
| 72. Observações prévias. | |
| A questão da unidade do instituto matrimonial | 191 |
| 73. Ordem de estudo | 193 |
| Divisão I. Conceito e caracteres gerais do casamento | 194 |
| Secção I — Conceito de casamento | 194 |
| 74. Noção geral de casamento | 194 |
| 75. Conceito de casamento civil | 195 |
| 76. Conceito de casamento católico..... | 197 |
| Secção II — Caracteres gerais do casamento..... | 200 |
| 77. Indicação da sequência..... | 200 |
| Subsecção I — Caracteres do casamento como ato | 201 |
| § 1.º — O casamento como ato | |
| por que se interessam o Estado e as Igrejas..... | 201 |
| 78. O casamento, contrato e sacramento. | |
| Causas da secularização do casamento..... | 201 |
| 79. Os sistemas matrimoniais: | |
| sistema de casamento religioso obrigatório, | |
| sistema de casamento civil obrigatório, | |
| sistema de casamento civil facultativo e | |
| sistema de casamento civil subsidiário | 204 |
| 80. Evolução do direito português..... | 211 |
| 81. Caracterização do sistema atual..... | 217 |
| § 2.º — Outros caracteres do casamento como ato..... | 229 |
| 82. O casamento como negócio jurídico..... | 230 |
| 83. O casamento como contrato | 231 |
| 84. O casamento e a diversidade de sexo..... | 235 |
| 85. O casamento como negócio pessoal | 241 |
| 86. O casamento como negócio solene..... | 242 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Subsecção II — Caracteres do casamento como estado..... | 244 |
| 87. Unidade | 244 |
| 88. Vocação de perpetuidade?..... | 245 |
| Divisão II. Promessa de casamento..... | 246 |
| 89. O regime da promessa de casamento: descrição geral e justificação..... | 246 |
| 90. Natureza jurídica: a promessa como negócio jurídico | 249 |
| 91. Efeitos | 251 |
| Divisão III. Casamento civil..... | 259 |
| 92. Generalidades. Casamentos civis celebrados por forma civil e casa- mentos civis celebrados por forma religiosa. Ordem de estudo..... | 259 |
| Secção I — Requisitos de fundo | 260 |
| Subsecção I — Consentimento..... | 260 |
| § 1.º — Generalidades | 260 |
| 93. Necessidade do consentimento e modo como deve ser prestado..... | 260 |
| 94. Caracteres que deve revestir o consentimento..... | 262 |
| § 2.º — Carácter pessoal do consentimento..... | 263 |
| 95. Princípio geral | 263 |
| 96. Casamento por procuração | 264 |
| § 3.º — Carácter puro e simples do consentimento..... | 269 |
| 97. O casamento como negócio incondicionável e inaprazável..... | 269 |
| § 4.º — Perfeição do consentimento..... | 271 |
| 98. A divergência entre a vontade e a declaração e suas formas: princípios gerais | 271 |
| 99. Casamento simulado | 272 |
| 100. Erro na declaração | 276 |
| § 5.º — Liberdade do consentimento..... | 278 |
| 101. Vícios do consentimento: princípios gerais..... | 278 |
| 102. Erro | 280 |
| 103. Coação | 284 |
| 104. Anulabilidade por erro ou coação; seu regime | 287 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SUBSECÇÃO II — Capacidade | 288 |
| § 1.º — Generalidades | 288 |
| 105. Conceito de impedimento matrimonial | 288 |
| 106. Classificações dos impedimentos matrimoniais..... | 292 |
| § 2.º — Impedimentos dirimentes..... | 294 |
| 107. Falta de idade nupcial..... | 294 |
| 108. Demência | 296 |
| 109. Vínculo matrimonial anterior não dissolvido | 301 |
| 110. Parentesco e afinidade | 305 |
| 110-a. A relação anterior de responsabilidades parentais..... | 307 |
| 111. Condenação por homicídio | 309 |
| § 3.º — Impedimentos impeditentes | 310 |
| 112. Generalidades | 310 |
| 113. Falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores..... | 311 |
| 114. Prazo internupcial..... | 314 |
| 115. Parentesco no 3.º grau da linha colateral | 319 |
| 116. Tutela, curatela e administração legal de bens | 320 |
| 117. Vínculo de adoção restrita | 321 |
| 117-a. Vínculo de apadrinhamento civil..... | 322 |
| 118. Pronúncia por homicídio | 323 |
| Secção II — Formalidades do casamento..... | 324 |
| 119. Generalidades | 324 |
| 120. Processo preliminar de casamento. Incidentes do processo..... | 326 |
| 121. Celebração do casamento..... | 331 |
| 122. Registo do casamento | 333 |
| 123. Casamentos urgentes..... | 340 |
| 124. Casamentos de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal..... | 344 |
| 125. Casamentos civis sob forma religiosa | 349 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Secção III — Invalidade do casamento. Casamento putativo..... | 351 |
| 126. Generalidades. Inexistência, nulidade e anulabilidade..... | 351 |
| Subsecção I — Inexistência do casamento | 353 |
| 127. Como surgiu a doutrina da inexistência e razões que a justificam..... | 353 |
| 128. Casos de inexistência | 354 |
| 129. Regime da inexistência | 355 |
| Subsecção II — Anulabilidade do casamento | 356 |
| 130. Casos de anulabilidade | 356 |
| 131. Regime da anulabilidade..... | 357 |
| Subsecção III — Casamento putativo..... | 360 |
| 132. Noção e razão de ser do instituto..... | 360 |
| 133. Natureza jurídica..... | 361 |
| 134. Pressupostos | 362 |
| 135. Efeitos..... | 363 |
| Divisão IV. Casamento católico | 366 |
| 136. Generalidades. Plano de exposição da matéria..... | 367 |
| 137. Consentimento | 368 |
| 138. Capacidade..... | 371 |
| 139. Formalidades preliminares e celebração do casamento..... | 375 |
| 140. Registo do casamento: a transcrição | 376 |
| 141. Casamentos urgentes e “de consciência”..... | 384 |
| 142. Nulidade do casamento e nulidade da transcrição..... | 387 |
| Capítulo II. Efeitos do casamento: o casamento como estado | 395 |
| 143. Plano de exposição da matéria | 395 |
| Divisão I. Efeitos pessoais | 396 |
| Secção I — Generalidades | 396 |
| 144. Observações prévias | 396 |
| 145. Princípios fundamentais: igualdade dos cônjuges e direção conjunta da família | 397 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Secção II — Deveres dos cônjuges | 406 |
| 146. Princípios gerais | 406 |
| 147. Dever de respeito..... | 409 |
| 148. Dever de fidelidade..... | 411 |
| 149. Dever de coabitação..... | 413 |
| 150. Dever de cooperação | 415 |
| 151. Dever de assistência..... | 416 |
| Secção III — Nome e nacionalidade | 425 |
| 152. Nome..... | 425 |
| 153. Nacionalidade | 431 |
| Divisão II. Efeitos patrimoniais..... | 432 |
| 154. Observações prévias. Plano de exposição da matéria | 432 |
| Secção I — Efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens | 433 |
| Subsecção I — Administração dos bens dos cônjuges | 433 |
| 155. Princípios gerais | 434 |
| 156. Especialidades da administração dos bens do casal: poderes do cônjuge administrador. Responsabilidade pela administração | 444 |
| 157. Poderes do cônjuge não administrador..... | 452 |
| Subsecção II — Ilegitimidades conjugais..... | 452 |
| 158. Generalidades | 453 |
| 159. Ilegitimidades conjugais nos regimes de comunhão..... | 454 |
| 160. Ilegitimidades conjugais no regime da separação..... | 465 |
| 161. Consentimento conjugal: forma; possibilidade de suprimento judicial; invalidade, por falta de consentimento conjugal ou do respetivo suprimento, dos atos carecidos de consentimento | 466 |
| Subsecção III — Poderes dos cônjuges relativamente aos bens que integram as várias massas patrimoniais | 470 |
| 162. Poderes de disposição <i>inter vivos</i> | 470 |
| 163. Poderes de disposição <i>mortis causa</i> | 472 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Subsecção IV — Responsabilidade por dívidas dos cônjuges..... | 476 |
| 164. Princípios gerais | 477 |
| 165. Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges | 479 |
| 166. Bens que respondem pelas dívidas de responsabilidade comum..... | 492 |
| 167. Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges..... | 495 |
| 168. Bens que respondem pelas dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges | 498 |
| 169. Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal | 502 |
| Subsecção V — Termo das relações patrimoniais. Partilha | 503 |
| 170. Generalidades. Operações da partilha: enunciado geral..... | 503 |
| 171. Separação dos bens próprios | 504 |
| 172. Liquidação do património comum. A) Relacionamento dos bens comuns..... | 505 |
| 173. B) Compensações..... | 506 |
| 174. C) Pagamento de dívidas | 519 |
| 175. Partilha..... | 520 |
| Subsecção VI — Contratos entre cônjuges..... | 528 |
| 176. Generalidades | 528 |
| 177. Contrato de sociedade | 530 |
| 178. Doações | 538 |
| 179. Compra e venda..... | 545 |
| 180. Outros contratos | 548 |
| Subsecção VII — Doações para casamento..... | 553 |
| 181. Generalidades | 553 |
| 182. Doações entre esposados..... | 554 |
| 183. Doações de terceiros aos esposados | 557 |
| Secção II — Regime de bens do casamento | 558 |
| Subsecção I — Princípios gerais..... | 559 |
| 184. Noção de regime de bens do casamento..... | 559 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 185. Casos de regime imperativo..... | 560 |
| 186. Princípio da liberdade de regime de bens. Os regimes-tipo | 562 |
| 187. Regime supletivo..... | 564 |
| Subsecção II — Convenções antenupciais | 570 |
| 188. Noção de convenção antenupcial..... | 570 |
| 189. Princípios dominantes: liberdade e imutabilidade | 570 |
| 190. Requisitos de fundo | 588 |
| 191. Formalidades. Registo | 591 |
| 192. Nulidade e anulabilidade | 593 |
| 193. Caducidade..... | 593 |
| Subsecção III — Regime da comunhão de adquiridos..... | 594 |
| 194. Características gerais do regime..... | 594 |
| 195. Quando vigora o regime da comunhão de adquiridos | 595 |
| 196. Natureza jurídica da comunhão | 595 |
| 197. Participação dos cônjuges no património comum. A regra da metade | 599 |
| 198. Composição das massas patrimoniais: bens próprios e bens comuns..... | 601 |
| Subsecção IV — Regime da comunhão geral..... | 643 |
| 199. Características gerais do regime..... | 643 |
| 200. Quando vigora o regime da comunhão geral..... | 643 |
| 201. Aplicação das disposições relativas à comunhão de adquiridos | 644 |
| 202. Composição das massas patrimoniais: bens próprios e bens comuns..... | 644 |
| Subsecção V — Regime da separação..... | 645 |
| 203. Características gerais do regime..... | 645 |
| 204. Quando vigora o regime da separação | 645 |
| 205. Composição das massas patrimoniais: bens de um cônjuge e bens do outro | 646 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Capítulo III. Modificação da relação matrimonial | 647 |
| 206. Generalidades. Simples separação judicial de bens e separação de pessoas e bens..... | 647 |
| Divisão I. Simples separação judicial de bens | 649 |
| 207. Noção e natureza | 649 |
| 208. Pressupostos | 651 |
| 209. Processo..... | 653 |
| 210. Efeitos | 654 |
| Divisão II. Separação de pessoas e bens | 655 |
| 211. Noção e natureza da separação de pessoas e bens. Suas modalidades | 655 |
| 212. A separação de pessoas e bens e o divórcio..... | 659 |
| 213. Separação por mútuo consentimento: remissão | 661 |
| 214. Separação litigiosa: remissão | 661 |
| 215. Efeitos da separação | 663 |
| 216. Reconciliação dos cônjuges separados de pessoas e bens..... | 666 |
| 217. Conversão da separação em divórcio | 669 |
| Capítulo IV. Extinção da relação matrimonial | 675 |
| Divisão I. Princípios gerais | 675 |
| 218. Extinção por dissolução e extinção por invalidação | 675 |
| 219. Causas de dissolução: enunciado geral | 676 |
| 220. A morte como causa de dissolução da relação matrimonial. Morte presumida. Direitos do cônjuge sobrevivente | 677 |
| Divisão II. Divórcio..... | 679 |
| Secção I — Princípios gerais | 681 |
| 221. Noção de divórcio..... | 681 |
| 222. A questão do divórcio | 681 |
| 223. Evolução legislativa..... | 684 |
| 224. Modalidades de divórcio | 690 |
| 225. Características do direito ao divórcio..... | 692 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Secção II — Divórcio por mútuo consentimento | 695 |
| 226. Noção e espírito do instituto | 695 |
| 227. Pressupostos | 697 |
| 228. Processo. A) Divórcio administrativo | 702 |
| 229. B) Divórcio judicial..... | 709 |
| 230. Natureza jurídica..... | 714 |
| 231. Acordo sobre o divórcio e acordos complementares..... | 715 |
| Secção III — Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges | 717 |
| Subsecção I — Princípios gerais..... | 717 |
| 232. Noção de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (divórcio litigioso) | 717 |
| 233. Divórcio-sanção, divórcio-remédio e divórcio-constatação da rutura do casamento..... | 717 |
| 234. Noção de causa do divórcio e seu valor | 720 |
| 235. Causa do divórcio e causa de pedir na ação de divórcio | 721 |
| 236. Classificações das causas do divórcio | 722 |
| Subsecção II — Causa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. | 724 |
| §1.º - Divórcio fundado em violação culposa dos deveres conjugais..... | 724 |
| 237. Supressão dos números 237 a 239 da edição anterior..... | 724 |
| § 2.º - Divórcio fundado em rutura da vida em comum..... | 725 |
| 240. Separação de facto..... | 725 |
| 241. Alteração das faculdades mentais..... | 731 |
| 242. Ausência sem notícias | 733 |
| 242-a. Qualquer outro facto que mostre a ruptura do casamento..... | 733 |
| Subsecção III — Causas de exclusão do direito ao divórcio..... | 737 |
| 243. Supressão dos números 243 a 248 da edição anterior..... | 737 |
| Subsecção IV — Processo | 738 |
| 249. Desenho geral do processo..... | 738 |
| 250. Conteúdo da sentença..... | 742 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Secção IV — Efeitos..... | 743 |
| 251. Princípios gerais | 743 |
| 252. Data em que se produzem os efeitos do divórcio..... | 746 |
| 253. Termo da comunhão. Partilha | 748 |
| 254. Destino da casa de morada da família | 751 |
| 255. Termo das ilegitimidades conjugais | 767 |
| 256. Perda de direitos sucessórios..... | 767 |
| 257. Perda de benefícios..... | 768 |
| 258. Obrigação de alimentos | 770 |
| 259. Obrigação de indemnizar..... | 788 |
| 260. Efeitos em relação aos filhos | 790 |
| 261. Efeitos em relação a terceiros | 802 |
| Divisão III. Dissolução por dispensa | 803 |
| 262. A dispensa do casamento rato e não consumado no direito canónico..... | 803 |
| 263. A dispensa no direito português..... | 804 |
| Capítulo V. Limites à aplicação das regras de direito português: A recepção do direito internacional Convencional e a aplicação do direito Estrangeiro e do direito da União Europeia..... | 807 |
| 264. Introdução..... | 809 |
| Divisão I. O direito internacional convencional das relações familiares..... | 814 |
| 265. A recepção do direito internacional convencional no sistema jurídico português | 814 |
| Divisão II. O direito internacional privado (comum, concordatário, convencional e comunitário) da família | 819 |
| 266. Sequência..... | 819 |
| 267. Generalidades sobre a disciplina das situações plurilocalizadas..... | 819 |
| Secção única — O casamento | 824 |
| 268. Razão de ordem | 824 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Subsecção I — Constituição da relação matrimonial: | |
| o casamento como ato..... | 824 |
| 269. Requisitos de fundo | 824 |
| 270. Requisitos de forma | 826 |
| 271. Consequências da violação das regras aplicáveis à constituição da relação matrimonial..... | 829 |
| 272. Direito Concordatário..... | 829 |
| 273. Direito Convencional | 832 |
| 273-a. Direito da União Europeia | 833 |
| 274. Outras relações disciplinadas pela lei pessoal | 836 |
| Subsecção II — Efeitos do casamento: | |
| o casamento como estado..... | 837 |
| 275. Aspetos gerais | 837 |
| 276. Autonomização da disciplina conflitual dos efeitos do casamento dependentes de um determinado regime de bens..... | 838 |
| 277. Relações pessoais do casamento e estatuto matrimonial primário | 841 |
| 278. Direito Convencional | 842 |
| 279. Direito da União Europeia | 846 |
| Subsecção III — Modificação e extinção do casamento | 852 |
| 280. Direito comum | 852 |
| 281. Direito Convencional | 853 |
| 282. Direito da União Europeia | 856 |
| Índice de Matérias..... | 863 |

(Página deixada propositadamente em branco)

INTRODUÇÃO

Capítulo I. Noções fundamentais

Bibliografia portuguesa

ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008; BELEZA, Teresa, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social - A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra, Almedina, 2010; CAMPOS, D. Leite de, *O casamento como relação de associação* in “Estudos dedicados ao professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes”, Lisboa, Faculdade de Direito, Universidade Católica Editora. vol. 1, 2011, p. 421-439; 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, e 6.^a *Bienal de Jurisprudência (atas)*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, respet. 2005, 2008, 2009, 2012 e 2014; COELHO, F. Pereira, *Casamento e família no direito português*, in “Temas de Direito da Família”, Coimbra, Almedina, 1986, p. 3-29; Id., *Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual*, BFD, vol. 77 (2001), p. 13-32; CORTE-REAL, Carlos Pamplona e Pereira, J. Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.^a ed. Lisboa, aafdl, 2011; DIAS, Cristina, *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família*, “*Revista da Uiversidade Portucalense*” ano 15, 2012, p. 35-49; MACHADO, Jónatas, *A (in)definição do casamento no Estado Constitucional. Fundamentos meta-constitucionais e deliberação democrática*, in Oliveira, G., Machado, J., e Martins R., dir. “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 9-37; OLIVEIRA, Guilherme de, *A jurisprudência constitucional portuguesa e o Direito das Pessoas e da Família*, in “XXV Anos de Jurisprudência”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 193-207; Id., *O direito da família*, in “Temas de Direito da Família”, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 195-202; Id., *Transformações do direito da família*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 763-779; Id., Um

direito da família europeu? in “Temas de Direito da Família”, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 319-331; Id., “Queremos amar-nos mas não sabemos como”, in “Temas de Direito da Família”, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 333-346; PINHEIRO, J. Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.^a ed., aafdl, 2013; SOUSA, R. Capelo de, *Recentes alterações em Direito da Família, Direito dos Menores e Direito das Sucessões*, «Boletim da Faculdade de Direito», Universidade de Coimbra, vol. LXXXIX, 2013, p. 115-139; VÍTOR, P. Távora, *A evolução legislativa recente do sistema de casamento português*, in Oliveira, G., Machado, J., e Martins R., dir. “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 155-181; XAVIER, R. Lobo, *Juridicidade intrínseca do casamento e da família: a dimensão normativa e de justiça do amor conjugal e familiar*, in “A família e o Direito. Nos 30 anos da exortação apostólica *familiaris consortio*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 81-86; Id., *Família, direito e lei*, in “Léxico da Família. Termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos”, Cascais, Principia, 2010, pp. 364- 376; Id, *Direito da família*, in “Humanística e Teologia”, t. 15 (1994), p. 391-400; Id., *Da crise à desregulamentação da família*, in “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria”, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 835-848.

1. Noção jurídica de família; as relações familiares

A noção *jurídica* de família contém-se, implicitamente, no art. 1576.º CCiv, que, aliás sem grande rigor, considera “fontes das relações jurídicas familiares” o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção.

Se o casamento e a adoção, como atos jurídicos, são, verdadeiramente, *fontes* das correspondentes relações jurídicas familiares, já o mesmo se não pode dizer do parentesco e da afinidade, que são, eles próprios, *relações* familiares, derivadas, respetivamente, da geração (ou de uma série de gerações) e da geração e do casamento.

A primeira das relações de família é assim a *relação matrimonial*, a relação que em consequência do casamento liga os cônjuges entre si. Uma relação que afeta a condição dos cônjuges de maneira profunda e duradoura, influenciando no seu regime, pode dizer-se, a generalidade das relações jurídicas obrigacionais ou reais de que

eles sejam titulares. A observação deve registrar-se desde já, pois tem todo o interesse para circunscrever o âmbito do direito da família. Subordinadas à relação matrimonial, havemos de ver que aquelas relações obrigacionais ou reais, não sendo em si mesmas familiares ou sendo só “acessoriamamente familiares”¹, também caem no âmbito deste ramo do direito, pois o seu regime é diferente do que resultaria do direito comum das relações obrigacionais² ou reais³.

Relações de família são ainda as *relações de parentesco*, que são as que se estabelecem entre pessoas que têm o mesmo sangue, porque descendam umas das outras ou porque provenham de um progenitor comum. São relações de parentesco, *v. g.*, a relação entre o filho e o pai ou a mãe, as relações entre irmãos, entre primos, etc. Todavia, cumpre já advertir que as relações de filiação — a relação de maternidade e a de paternidade, logo que uma e outra se encontrem *estabelecidas* — são de longe e sem dúvida as mais importantes das relações de parentesco, constituindo o seu estudo objeto do direito da filiação, que é uma das grandes divisões do direito da família.

A maternidade estabelece-se por simples menção desta no registo de nascimento do filho ou, quando o registo seja omissivo, por declaração de maternidade ou reconhecimento judicial; quanto à paternidade, pode estabelecer-se por presunção legal ou, tratando-se de filho nascido fora do casamento, por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação de paternidade.

Cabe aqui fazer, aliás, observação semelhante à que fizemos acima quanto à relação matrimonial: há relações em si mesmas não familiares, mas obrigacionais ou reais, que nascem e se desenvolvem na depen-

¹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 5.^a ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 21.

² Cfr., *p. ex.*, os arts. 1691.º, n.º 1, *als. b) e c)*, e 2015.º Sobre as chamadas “obrigações não autónomas”, *cfr.*, por todos, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 8-10.

³ Cfr., *p. ex.*, os arts. 1682.º, n.º 3, *al. a)*, e 1682.º-A, n.os 1 e 2.

dência de uma relação de parentesco, e cujo regime é influenciado por tal circunstância, por isso mesmo sendo abrangidas e estudadas no direito da família. A obrigação de alimentos aos filhos menores (arts. 1878.º e 2009.º CCiv e arts. 45.º e segs. da lei nº 141/2015), e mesmo aos filhos maiores (art. 1880.º CCiv, e lei nº 122/2015), assim como o direito de propriedade dos pais sobre certos bens dos filhos menores (art. 1895.º CCiv) e o direito conferido aos pais de utilizar os rendimentos dos bens dos filhos (art. 1896.º), são exemplos dessas relações.

Em terceiro lugar, também são de considerar como relações de família as *relações de afinidade*, as quais são elas mesmas um dos efeitos da relação matrimonial. Dizem-se relações de afinidade as que, em consequência do casamento, ficam a ligar um dos cônjuges aos parentes do outro cônjuge.

Por último há a referir as *relações de adoção*, que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços de sangue, se estabelecem entre adotante e adotado ou entre um deles e os parentes do outro.

Em face do art. 1576.º CCiv, pode entender-se que, além das que foram mencionadas, não haja outras relações familiares que como tais devam ser consideradas para a generalidade dos efeitos no direito português. Sendo relações familiares as referidas naquele preceito legal, pode dizer-se que a família abrange todas as pessoas ligadas por essas relações. À família de uma pessoa pertencem, pois, *não só o seu cônjuge como ainda os seus parentes, afins, adotantes e adotados*: este conceito assim tão lato é que corresponde à noção *jurídica* de família.

Mas também pode haver quem desvalorize o elenco expresso, aliás incorretamente, no art. 1576.º e julgue que devem ser acrescentadas as relações emergentes da união de facto⁴; ou o apadrinhamento civil e a paternidade não biológica consentida no quadro da procriação

⁴ Cfr. *infra*, os n.ºs 15 e segs..

medicamente assistida (art. 1839.º, n.º 3, CCiv, e Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, art. 20.º, 23.º, n.º 2, 26.º, 27.º e 47.º)⁵.

Explicitando melhor o conteúdo da noção, cumpre advertir em primeiro lugar que a família, em sentido jurídico, constitui um grupo de pessoas — as pessoas ligadas umas às outras pelas sobreditas relações —, *mas não é ela própria uma pessoa jurídica*.

À tese da personalidade jurídica da família está ligado sobretudo o nome de Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1948), p. 89 s. Uma crítica pertinente a esta tese foi feita por Jean Dabin, transcrito em Mazeaud-Juglart, *Leçons de droit civil*, t. 1, 6.ª ed., Paris, Montchrestien, 1976, p. 19 s.; cfr. também Castan Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, 9.ª ed., Madrid, Reus, p. 29 s. Note-se que o art. 67.º CREp, segundo o qual a família, como elemento fundamental da sociedade, “tem direito à proteção da sociedade e do Estado” não significa que à família seja atribuída personalidade jurídica. É uma maneira de dizer que a família, ela própria, é objeto de uma *garantia institucional*, merecendo por isso a proteção do Estado, ao qual cabem, designadamente, as “incumbências” referidas no n.º 2 do preceito. O mesmo se diga das iniciativas em curso para a elaboração de uma “carta” ou “declaração dos direitos da família”. Trata-se aí, verdadeiramente, não de direitos *da* família, mas de direitos das pessoas *na* família, de direitos das pessoas dentro da família de que são membros⁶.

Não quer isto dizer, note-se bem, que a lei não reconheça o grupo familiar como portador de interesses *próprios*, interesses distintos, de alguma maneira, dos interesses individuais das pessoas que formam o grupo. Conforme veremos adiante, os cônjuges hão de ter em conta o “bem da família” na orientação da vida em comum (art. 1671.º, n.º 2), devem procurar salvaguardar a “unidade da vida familiar” na escolha da residência (art. 1673.º), o cônjuge

⁵ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família...*, p. 68 e 382; e *infra*, n.ºs 30-a e 30-b.

⁶ Cfr. P. COELHO, in “Aspectos técnicos e jurídicos de uma declaração universal dos direitos da família”, Lisboa, Direção-Geral da Família, 1988, p. 47, e, sobre os “direitos da família”, RITA LOBO XAVIER, *A vinculação do direito da família aos Direitos da Família*, in “JOÃO PAULO II e o direito”, Lisboa, Princípia, p. 147 s., JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 394, e DUARTE PINHEIRO, *O núcleo infrangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 503.

que, após a morte do outro ou depois de decretado o divórcio ou a separação de pessoas e bens, conserve apelidos do outro cônjuge pode ser impedido de os usar se os “interesses morais da família” forem gravemente lesados por esse uso (art. 1677.º-C, n.º 1), etc. Simplesmente, o “interesse” ou “bem” da família é prosseguido, não através de um novo ente jurídico a que o direito reconheça personalidade, mas através das próprias pessoas singulares que integram o grupo familiar.

Trata-se de um grupo de pessoas entre as quais se estabelece uma teia muito extensa de relações, mas estas relações — em segundo lugar —, tendo a mais diversa relevância social, têm também, naturalmente, a mais diversa relevância jurídica. Como veremos a seguir e se torna aliás evidente, a relação matrimonial e as relações de filiação têm conteúdo e efeitos incomparavelmente mais ricos que os das relações, algumas de escassa relevância jurídica, que ligam entre si parentes e afins mais afastados.

Finalmente, a terceira observação a registar é a de que a noção proposta é uma pura noção *jurídica*, a que não corresponde, patentemente, qualquer realidade social: grupo tão numeroso, só se reunirá em festa de bodas de ouro ou, depois da morte, em “jazigo de família”. Como grupo social, e nas modernas sociedades industriais, a família é hoje quase sempre a “pequena família”, formada, em regra, pelos cônjuges e pelos filhos menores, mas que, como veremos adiante, pode ainda revestir e não raramente reveste diversa composição⁷.

2. Relações parafamiliares

As relações mencionadas no art. 1576.º CCiv são verdadeiras e próprias relações de família; e é admissível se acrescentem outras,

⁷ Cfr. *infra*, Cap. IV.

como vimos. Ao lado delas, porém, há outras que, não merecendo essa qualificação, são conexas com relações de família, estão equiparadas a elas para determinados efeitos ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal e às relações de parentesco, afinidade e adoção. São estas relações, a que chamamos “parafamiliares”, que estudaremos no lugar respetivo⁸.

3. O direito da família e as suas divisões

Em conformidade com a noção enunciada, podemos definir o *direito da família* como o conjunto das normas jurídicas que regulam as relações de família (a relação matrimonial e as relações de parentesco, afinidade e adoção), as relações “parafamiliares” e ainda as que, não sendo em si mesmas familiares ou parafamiliares, todavia se constituem e desenvolvem na sua dependência. Esta será uma das aceções do conceito. Se quisermos definir o direito da família como ramo da ciência jurídica, diremos que ele é o ramo do direito civil a que pertence o estudo daquelas normas: a sua interpretação e aplicação, a construção de conceitos com base nas soluções legais e a ordenação sistemática desses conceitos.

É costume distinguir no direito da família três grandes ramos: o *direito matrimonial*, ao qual pertence o estudo do casamento e dos seus efeitos, ou, por outras palavras e talvez com mais rigor, o estudo da constituição, modificação e extinção da relação jurídica matrimonial; o *direito da filiação*, que tem por objeto as relações de filiação e no qual se insere ainda por vezes a matéria da adoção; e, por último, o *direito da tutela*, que estuda a organização tutelar na sua constituição e funcionamento.

⁸ Cfr. *infra*, Cap. III.

O estudo das relações de parentesco distintas da relação de filiação, bem como das relações de afinidade, costuma ser feito, em razão da sua pouca transcendência, na introdução às exposições do direito da família. E há autores que também versam nesta introdução o regime da obrigação de alimentos decorrente da relação matrimonial ou de relações de parentesco, afinidade ou adoção.

4. Fontes do direito da família

Bibliografia portuguesa

Hörster, H. E., *Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 59-74.

O direito da família ocupa o Livro IV (arts. 1576.º a 2020.º) do *Código Civil*, a que a Reforma de 1977 (DL n.º 496/77, de 25.11, aprovado no uso de autorização legislativa concedida ao Governo pela Assembleia da República — Lei n.º 53/77, de 26.07, suplemento ao *Diário da República* n.º 171) introduziu profundas alterações.

Posteriormente à Reforma de 1977, o Livro IV do Código Civil foi ainda alterado pelos seguintes diplomas: DL n.º 185/93, de 22.05; DL n.º 227/94, de 08.09; DL n.º 163/95, de 13.07; Lei n.º 84/95, de 31.08; DL n.º 329-A/95, de 12.12; DL n.º 35/97, de 31.01; DL n.º 120/98, de 08.05; Lei n.º 21/98, de 12.05; Lei n.º 47/98, de 10.08; Lei n.º 59/99, de 30.06; Lei n.º 16/2001, de 22.06; DL n.º 272/2001, de 13.10; DL n.º 273/2001, de 13.10; Lei n.º 31/2003, de 22.08; Lei n.º 6/2006, de 27.02; DL n.º 324/2007, de 28.09; Lei n.º 61/2008, de 31.10; Lei n.º 14/2009, de 01.04; DL n.º 100/2009, de 11.05; Lei n.º 29/2009, de 29.06; Lei n.º 103/2009, de 11.09; Lei n.º 9/2010, de 31.05; Lei n.º

137/2015, de 7.09; Lei n.º 23/2010, de 30.08; e Lei n.º 23/2013, de 05.03; Lei n.º 122/2015, de 1.09; e Lei n.º 143/2015, de 8.09.

Ao direito matrimonial, ao direito da filiação (em que também se inclui o direito da tutela), à adoção e aos alimentos se referem, respetivamente, os Títulos II, III, IV e V do Livro IV do Código Civil. As matérias do parentesco e da afinidade encontram uma regulamentação sumária no Título I do mesmo Livro.

Os trabalhos preparatórios do Código Civil estão publicados no *Boletim do Ministério da Justiça*. Vejam-se: Pires de Lima, *Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil referentes às relações pessoais entre os cônjuges e à sua capacidade patrimonial*, *BMJ* n.º 56, *Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade e Constituição do estado de casado*, ambos no *BMJ* n.º 89 (os dois últimos já tinham sido publicados no *BFD*, vols. XX e XXI, respetivamente); Braga da Cruz, *Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código Civil*, *BMJ* n.º 52, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo no novo Código Civil Português*, *BMJ* n.º 53, *Regimes de bens do casamento — Disposições gerais*, *BMJ* n.º 63, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, *BMJ* n.º 69, e *Regimes de bens do casamento. Disposições gerais — Regimes de comunhão (Disposições gerais e regime supletivo)*, *BMJ* n.º 122; Vaz Serra, *Obrigações de alimentos*, *BMJ* n.º 108; Gomes da Silva, *O Direito de Família no futuro Código Civil*, trabalho publicado em 6 partes (sendo a 3.ª, a 5.ª e a 6.ª em coautoria com Pessoa Jorge), *BMJ* n.os 65, 88, 90, 123, 124 e 126, versando, respetivamente: o casamento; a filiação; a adoção; os efeitos da filiação; os meios de suprir o pátrio poder, a maioridade e a emancipação; e a simples separação judicial de bens, a separação de pessoas e bens e o divórcio; Gonçalves Pereira, *Regimes convencionais*, *BMJ* n.º 122; Pessoa Jorge, *Doações para casamento — Doações entre casados*, *BMJ* n.º 124; *Actas das 5 primeiras sessões da Comissão Revisora do Anteprojecto sobre o Direito de Família* (em que, aliás, apenas se debateram matérias conexas com o registo civil), *BMJ* n.os 153 e 154. O direito da família ocupava o Livro IV da 1.ª revisão ministerial do Projeto do Código Civil, publicada no *BMJ* n.º 126. Há ainda uma 2.ª revisão ministerial em folhas policopiadas. Finalmente, os trabalhos preparatórios culminaram com a publicação do *Projecto do Código Civil* (1966).

No que se refere à Reforma de 1977, a Proposta de lei n.º 86/I, que “adapta o Código Civil à Constituição da República em matéria de direitos, liberdades e garantias e matérias conexas”, está publicada no 3.º suplemento ao n.º 120, de 16.06.1977, do *Diário da Assembleia da República*. Sobre o processo legislativo da Reforma, cfr. H. E. Hörster, “Breves apontamentos a propósito da elaboração

do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro (Reforma do Código Civil), e da vigência imediata do artigo 36.º da Constituição de 1976”, na *RDES*, ano 23.º (1976), p. 63-78.

Das outras fontes do direito da família destacam-se como mais importantes: a *Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé*, assinada na Cidade do Vaticano em 18 de maio de 2004; o *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho*, de 27.11, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal (⁹); o *Código do Registo Civil*, aprovado pelo DL n.º 131/95, de 06.06, e sujeito a numerosas alterações, as últimas introduzidas pela Lei n.º 23/2013, de 05.03; os Títulos III e IV da *Organização Tutelar de Menores*, aprovada pelo DL n.º 314/78, de 27.10, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22.08 (¹⁰), e ultimamente pela Lei n.º 141/2015, de 8.09; e o *Código Penal*, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23.09, revisto e republicado em anexo ao DL n.º 48/95, de 15.03, e sujeito a numerosas alterações, a última introduzida pela Lei n.º 82/2014, de 30.12, Código onde os “crimes contra a família” estão regulados nos arts. 247.º a 250.º. Ao direito da família interessam ainda numerosas disposições do *Código de Processo Civil*, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26.06, e publicado em anexo a esta, sobretudo as disposições referentes:

⁹ Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho, de 02.12, e retificado em 2006 (*JO*, Série L, n.º 174, de 28.06). O Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20.12, criou uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial. Merecem ainda referência o Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18.12.2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações de alimentos, retificado em 2011 e 2013 (*JO* L 131, de 18.05, e *JO* L 8, de 12.01), e o Regulamento de Execução (UE) n.º 1142/2011 da Comissão, de 10.11, relativo à mesma matéria.

¹⁰ O Título I e o pouco que restava do Título II (após o DL n.º 58/95, de 31.03) foram revogados pelo art. 4.º da “Lei Tutelar Educativa”, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14.09).

ao divórcio e à separação de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges (arts. 931.º e 932.º); à execução especial por alimentos (arts. 933.º a 937.º); às providências relativas aos cônjuges e aos filhos (arts. 989.º a 993.º); ao divórcio e à separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (arts. 994.º a 999.º); e ao conselho de família (arts. 1017.º a 1020.º).

5. Plano do curso

O plano do curso seguirá de perto a sistematização da matéria no Código Civil, mas com algumas alterações que se afiguram convenientes.

Dividiremos a matéria em duas partes, correspondentes ao *direito matrimonial* e ao *direito da filiação*, que serão objeto, respetivamente, do 1.º e do 2.º volume do Curso.

Depois de termos exposto no Cap. I desta *Introdução* algumas noções fundamentais do direito da família, analisaremos o regime das relações familiares distintas da relação matrimonial, incluindo relações familiares emergentes, não nominadas e porventura ainda controversas, e excluídas das relações de parentesco as relações de maternidade e paternidade, que estudaremos no 2.º volume (Cap. II), assim como das relações a que chamamos “parafamiliares”, (Cap. III); consideraremos alguns aspetos sociológicos (Cap. IV); estudaremos os princípios constitucionais do direito da família (Cap. V), faremos breve referência ao direito não civil da família (Cap. VI) e enunciaremos alguns caracteres do Direito da Família (Cap. VII) e dos direitos familiares (Cap. VIII).

Faremos em seguida uma exposição do *direito matrimonial*, repartindo a matéria em 5 capítulos.

No 1.º capítulo estudaremos o *casamento como ato* constitutivo da relação matrimonial (*casamento in fieri*); os requisitos de

fundo e de forma desse ato, as invalidades que podem viciá-lo e o regime dessas invalidades, etc. Trata-se, em grande medida, de aplicar ao casamento noções que já foram estudadas na teoria geral do negócio jurídico. Simplesmente, o casamento como ato oferece importantes especialidades em relação ao negócio jurídico em geral e haverá que estudar essas especialidades, marcando com nitidez as derrogações, neste domínio, aos princípios do direito comum.

A relação matrimonial não se constitui para morrer, mas para viver: é uma relação duradoura. Tem vocação para durar enquanto vivem os seus dois sujeitos, e por isso se diz que o casamento gera um estado. Ora, depois de termos estudado o ato constitutivo da relação matrimonial, é importante estudar a vida desta relação depois de constituída. Há que ver em que consiste aquele *estado*, como é regulada a relação matrimonial durante o tempo, mais ou menos longo, em que os cônjuges estão ligados por ela. O estudo dos efeitos do casamento, assim pessoais como patrimoniais, o estudo do *casamento como estado* (casamento *in facto esse*), será objecto do 2.º capítulo.

O 3.º será dedicado à *modificação* da relação matrimonial ou, por outras palavras, às modificações de que ela é suscetível ao longo da sua vida. Tratar-se-á, principalmente, de estudar a simples separação judicial de bens e a separação de pessoas e bens entre os cônjuges.

Finalmente, a relação matrimonial pode *extinguir-se*, e da sua extinção por morte ou divórcio (ou ainda, tratando-se de casamento católico, “dispensa do casamento rato e não consumado”) nos ocuparemos no 4.º capítulo.

Num 5.º e último capítulo estudaremos os *limites à aplicação das regras de direito português*: a receção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito da União Europeia.

O 2.º volume do Curso versará o *direito da filiação*. Será dividido em dois tomos. No primeiro tomo, estudaremos o *estabelecimento da filiação* e a adoção; no segundo tomo, estudaremos os efeitos

da filiação. E, de acordo com a sistematização do Código, será no tomo dos *efeitos* da filiação, como “meio de suprir as responsabilidades parentais”, que trataremos a matéria da tutela — isto sem desconhecemos as reservas que podem colocar-se à inserção da matéria da tutela no direito da filiação e mesmo no direito da família. O tomo relativo aos efeitos da filiação ainda não está escrito.

A tutela e a curatela também podem respeitar a *maiores* feridos de incapacidade, e as interdições e inabilitações estão reguladas na Parte Geral do Código Civil (arts. 138.º-156.º), na secção relativa às incapacidades. Nem a tutela visa necessariamente a proteção de interesses familiares. De resto, o Código parece privilegiar o sistema da *tutela de autoridade*, e não o da *tutela familiar*: o tribunal pode designar como tutor pessoa estranha à família (art. 1931.º) e o conselho de família tem funções apagadas (art. 1954.º), não sendo ao conselho mas ao tribunal que o tutor deve prestar contas (art. 1944.º) e pedir autorização para a prática dos atos mais graves (art. 1938.º).

Capítulo II. Relações familiares distintas da relação matrimonial

Divisão I. Parentesco

6. Noção e limite

Sabemos já que o *parentesco* é uma relação de sangue, por isso se chamando também consanguinidade: são parentes as pessoas que descendem uma das outras ou procedem de progenitor comum (art. 1578.º)¹¹. Diz-se que no 1.º caso o parentesco é em linha *reta* ou *direta* e no 2.º em linha *transversal* ou *colateral*. O Código faz a distinção no n.º 1 do art. 1580.º

¹¹ A fonte do parentesco é, pois, a geração (o facto biológico da geração), resultando sempre o parentesco de uma ou de várias gerações.

Poderia definir-se o parentesco, mais simplesmente, como o vínculo que liga as pessoas que provêm de ascendente comum, como o faz o Código italiano (art. 74.º). Mas a definição do art. 1578.º terá a vantagem de acentuar a diversidade entre as duas formas de parentesco mencionadas.

Deve já ter-se em conta, porém, o *limite* à relevância jurídica do parentesco posto no art. 1582.º, segundo o qual, salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco se produzem em qualquer grau na linha reta, *mas só até ao 6.º grau na colateral*.

São raras as disposições que, em contrário ao limite posto no art. 1582.º, dão relevância às relações de parentesco na linha colateral para além do 6.º grau. Verdadeiramente, a única que nos ocorre é a do art. 2042.º, segundo o qual, na sucessão legal, a representação tem sempre lugar, na linha colateral, em benefício dos descendentes de irmão do falecido, qualquer que seja o grau de parentesco¹².

Pelo contrário, são muito numerosos os casos em que a lei restringe ainda mais, para determinados efeitos, a relevância jurídica do parentesco, como teremos ensejo de ver ao longo do estudo. Assim, os colaterais que não sejam descendentes de irmãos só têm direitos sucessórios até ao 4.º grau (art. 2133.º, al. *d*) do n.º 1). Podem conferir-se ainda, entre muitos outros, os arts. 1639.º, n.º 1, 1677.º-C, n.º 2, e 2009.º, n.º 1, CCiv.

O disposto na al. *d*) do n.º 1 do art. 2133.º CCiv constitui uma alteração muito significativa da Reforma de 1977, pois no direito anterior os colaterais tinham direitos sucessórios até ao 6.º grau. Foi o limite introduzido no nosso direito pelo art. 7.º do Decreto de 31 de outubro de 1910, que alterou neste ponto o Código de Seabra, onde os parentes na linha colateral sucediam até ao 10.º grau.

Não cabe aqui referir o art. 1106.º CCiv, na redação que lhe deu o art. 2.º NRAU, pois o arrendamento para habitação pode hoje transmitir-se por morte

¹² A lei não exclui pois a sucessão de sobrinhos que sejam parentes do autor da sucessão em 7.º grau ou grau ulterior, embora a hipótese seja de quase impossível verificação.

do arrendatário, na falta de cônjuge ou de pessoa que com ele vivesse em união de facto, a *quaisquer* parentes que residissem há mais de um ano com o arrendatário em economia comum, trate-se de parentes na linha reta ou na linha colateral e qualquer que seja o grau de parentesco, respeitado, naturalmente, o limite do art. 1582.º.

7. Contagem

As relações de parentesco são muito numerosas e na realidade muito diversas. Há parentes mais próximos e mais distantes e o direito não o ignora, pois dá às várias relações de parentesco efeitos diferentes. E é mediante a *contagem* do parentesco que se torna possível definir, ordenar e estabelecer uma hierarquia entre elas. O parentesco conta-se por *linhas* e por *graus*. Nos termos do art. 1579.º, “cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco”.

Já aludimos à distinção, que o art. 1580.º, n.º 1, faz, entre a linha *reta* e a linha *transversal*, mas ocorre fazer ainda outras distinções. Assim, e por um lado, a linha reta pode ser *descendente* ou *ascendente* (art. 1580.º, n.º 2), consoante a encaramos num sentido ou noutro. Quanto ao interesse da distinção, lembraremos só que os descendentes constituem, ao lado do cônjuge sobrevivente, a 1.ª classe sucessória, na ordem legal da sucessão estabelecida no art. 2133.º, enquanto os ascendentes constituem a 2.ª classe. Por outro lado, pode distinguir-se entre linha *paterna* e *materna*, tanto quanto à linha reta como quanto à transversal. A distinção releva, p. ex., quanto à constituição do conselho de família (art. 1952.º, n.º 3) e à nomeação do protutor (art. 1955.º, n.º 2).

É claro que duas pessoas podem ser parentes, ao mesmo tempo, na linha *paterna* e na *materna*, e a este parentesco *duplo* ou *bilateral* dá por vezes a lei relevância jurídica. Assim, os irmãos germanos (parentes nas duas linhas) têm, em geral, melhores direitos que os irmãos consanguíneos (parentes só na linha

paterna) e uterinos (parentes só na linha materna): art. 2146.º. A possibilidade de um *duplo* parentesco não é, de resto, restrita à presente hipótese. Se dois irmãos casam com duas irmãs, os filhos que nasçam de cada um dos casamentos são parentes (primos) ao mesmo tempo na linha paterna e na materna.

Definida a linha de parentesco, importa depois saber qual é o *grau* de parentesco dentro da respetiva linha. O cômputo dos graus faz-se segundo as regras do art. 1581.º: na linha reta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluindo o progenitor; na linha colateral os graus contam-se pela mesma forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, mas sem contar o progenitor comum. São regras que não levantam dificuldades. É fácil ver como, segundo este processo de contagem, os irmãos, ou os avós e os netos, são parentes em 2.º grau, os tios e os sobrinhos em 3.º, os primos diretos em 4.º grau, etc.

É este agora, também, o processo de contagem do parentesco no direito canónico (cân. 108 CICan). No Código anterior o processo era diferente (na linha colateral, pois na linha reta a contagem fazia-se da mesma forma). Em vez de se contarem ambas as linhas até ao progenitor comum, contava-se apenas uma: se fossem iguais, uma delas; se fossem diferentes, a mais comprida. Segundo este critério, *v. g.*, os primos diretos eram parentes em 2.º grau.

8. Efeitos

Os *efeitos* do parentesco variam consoante a relação de parentesco que se considere: como é natural, as relações de parentesco têm maior ou menor relevância conforme são mais apertadas ou mais frouxas.

O efeito principal do parentesco é o *sucessório*: os descendentes, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes e os outros colaterais até ao 4.º grau integram, respetivamente, a 1.^a, a 2.^a, a

3.^a e a 4.^a classes de sucessíveis na ordem da sucessão legítima estabelecida no n.º 1 do art. 2133.º. Embora se trate, assim, de um efeito comum às várias relações de parentesco aí referidas, vemos que a lei estabelece sob este aspeto uma hierarquia entre elas. Esta hierarquia é-nos revelada, tanto pelo princípio da proximidade de classe ou grupo sucessório, como pelo princípio da proximidade de grau de parentesco dentro de cada classe sucessória, princípios sobre que assenta a sucessão legítima. E é de notar ainda que os parentes na linha reta descendente ou ascendente, que ocupam, ao lado do cônjuge, as duas primeiras classes sucessórias do n.º 1 do art. 2133.º, são herdeiros legítimos (art. 2157.º).

Outro efeito muito importante do parentesco é a obrigação de *alimentos*, que a lei impõe a determinados parentes: os descendentes, os ascendentes, os irmãos e os tios (estes, os tios, durante a menoridade do alimentando), justamente pela ordem indicada (art. 2009.º). Sendo vários, respondem todos na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando (art. 2010.º, n.º 1). Se algum deles não puder prestar os alimentos ou não tiver possibilidade económica de saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recairá sobre os onerados subsequentes (art. 2009.º, n.º 3).

Claro que só nos referimos aos alimentos *familiares* e, dentro destes, apenas aos devidos *iure sanguinis* (e não também aos devidos *iure matrimonii*, durante o casamento ou mesmo já depois de este se ter dissolvido: cfr. os arts. 2009.º, al. a) do n.º 1, e 2016.º). Distintos dos alimentos familiares, mas igualmente devidos por lei, são os alimentos *delituais*, que se traduzem numa forma particular de obrigação de indemnizar (cfr. o art. 567.º). A categoria dos alimentos *legais*, de resto, não cobre apenas os alimentos familiares e os delituais, mas ainda abrange, p. ex., os alimentos devidos pelo *donatário* ao doador (cfr. o art. 2011.º). Aos alimentos legais contrapõem-se os *contratuais* (ou, com mais rigor, *negociais*), pois sem dúvida que também podem dever-se alimentos em consequência de negócio jurídico (*v. g.*, testamento: arts. 2073.º e 2273.º, n.º 2), e a distinção entre uns e outros tem interesse dadas as diferenças do respetivo

regime jurídico (cfr. art. 2014.º). Sobre a matéria podem ver-se, na bibliografia portuguesa, Vaz Serra, *Obrigações de alimentos* (sep. do *BMJ* n.º 108 — 1961), Castro Mendes, *L'obligation alimentaire en droit comparé* (sep. da *RFDL*, XXIV, 1972), M. N. Lobato Guimarães, *Alimentos*, in “Reforma do Código Civil” (1981), p. 171 s., e J. P. Remédio Marques, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores) “versus” o dever de assistência dos pais para com os filhos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

Note-se também que, por morte do arrendatário, e na falta de cônjuge com residência no locado ou pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de facto há mais de um ano, o direito ao arrendamento para habitação se transmite aos seus parentes que com ele residiam há mais de um ano em economia comum, nos termos previstos no art. 1106.º CCiv, e o direito ao arrendamento rural aos seus parentes na linha reta que viviam com ele em comunhão de mesa e habitação ou em economia comum há mais de um ano consecutivo (art. 20.º, n.º 2, *a*), do Decreto-lei n.º 294/2009, de 13 de outubro).

Da qualidade de parente pode derivar a obrigação de exercer a *tutela* ou fazer parte do *conselho de família*, nos termos dos arts. 1931.º, n.º 1, e 1952.º, n.º 1, respetivamente.

Há ainda a referir o art. 1639.º, em que a lei confere legitimidade para intentar a ação de anulação do casamento fundada em impedimento dirimente, ou para prosseguir nela se o autor falecer na pendência da causa, a qualquer parente dos cônjuges na linha reta ou até ao 4.º grau na linha colateral; além disso, nos termos dos arts. 1640.º, n.º 2, e 1641.º, a ação de anulação do casamento fundada em falta (à parte a simulação) ou em vício da vontade pode ser prosseguida por qualquer parente do cônjuge a quem a lei confere legitimidade para a propor (o cônjuge cuja vontade faltou ou que foi vítima do erro ou da coação).

Considerámos até aqui os efeitos comuns às várias relações de parentesco ou a uma generalidade delas. Se quiséssemos mencionar agora os efeitos especialmente atribuídos a certas relações

de parentesco, destacaríamos as relações de filiação (a relação de maternidade e a de paternidade), que são, sem dúvida, as mais importantes de todas. Dos vários efeitos destas relações o mais significativo são as chamadas *responsabilidades parentais*, reguladas nos arts. 1877.º e segs., e que é o complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para regerem as pessoas e os bens dos filhos menores.

Por último referiremos os efeitos do parentesco que se traduzem em *limitações* ou *restrições* à capacidade jurídica.

De muito interesse para nós são as als. *a)* e *b)* do art. 1602.º, segundo as quais não podem contrair casamento entre si os parentes na linha reta, nem os parentes em 2.º grau na linha colateral (irmãos); existe neste caso, como veremos, um impedimento dirimente relativo à celebração do casamento. E também os parentes em 3.º grau na linha colateral (tio e sobrinha, tia e sobrinho) não podem casar (art. 1604.º, al. *c)*); mas o impedimento é agora meramente impediante, e admitindo dispensa (art. 1609.º, n.º 1, al. *a)*), como veremos no lugar apropriado. Se, existindo perfilhação, a pretensa mãe e o perfilhante forem parentes em linha reta ou no 2.º grau da linha colateral, não é admitida a averiguação oficiosa da maternidade (art. 1809.º, al. *a)*); do mesmo modo, não é admitida a averiguação oficiosa da paternidade se a mãe e o pretenso pai estiverem ligados por iguais relações de parentesco (art. 1866.º, al. *a)*). Outros efeitos que a lei dá a certas relações de parentesco e que igualmente se traduzem em limitações à capacidade, constam de legislação especial que seria fastidioso mencionar aqui. A título de exemplo, podem referir-se as normas que regulam os impedimentos e as suspeições do juiz (CProcCiv, arts. 115.º e 120.º); as recusas a depor como testemunha (CProcCiv, art. 497.º); os impedimentos dos notários e dos adjuntos e oficiais do cartório (CNot, arts. 5.º e 6.º); etc.

Divisão II. Afinidade

Bibliografia portuguesa

CRUZ, G. Braga da, *Afinidade: subsistência do vínculo após a dissolução do casamento*, na *RLJ*, anos 93.º (n.os 3176-3189) e 94.º (n.os 3190-3192); VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999.

9. Noção; fonte e duração

As relações de *afinidade* são distintas das de parentesco. Fala-se por vezes de “parentes por afinidade” mas a terminologia deve evitar-se. A afinidade não é, como o parentesco, uma relação de sangue. Pode definir-se como o vínculo que liga um dos cônjuges aos parentes do outro cônjuge (art. 1584.º CCiv).

Aos parentes e não aos afins: é o que se costuma exprimir na máxima *afinidade não gera afinidade*. Assim, por exemplo, não são afins os concunhados, o padrasto não é afim da mulher do enteado, etc. Embora a relação entre um dos cônjuges e os afins do outro não seja de parentesco nem de afinidade, a verdade, porém, é que há, embora muito raramente, algumas hipóteses em que a lei lhe dá determinados efeitos. Tal é, *v. g.*, o caso previsto no art. 120.º CProcCiv, por onde se vê que uma tal relação constitui, em certos termos, fundamento de suspeição do juiz.

A fonte da afinidade, ou das várias relações de afinidade, é, pois, o casamento.

Outra é a solução do direito canónico, que dá relevância, não só à afinidade fundada no *casamento*, mas também à relação decorrente de *concubinato* notório ou público, relação que *dirime* o casamento entre cada um dos concubinos e os parentes do outro no primeiro grau da linha reta. É o que dispõe o cân. 1093 CICan, que integra o caso no impedimento de “honestidade pública”.

Um casamento, naturalmente, ainda não dissolvido¹³. E como o casamento é que é a causa da afinidade, esta só começa com a celebração do casamento. A afinidade não opera para trás, não é retroativa, e sobre isto não se levantam dúvidas. Mas a afinidade cessará igualmente quando se dissolve o casamento que lhe deu origem? Caída a causa, também cairá o efeito? A questão foi sempre discutida, sobretudo acerca da dissolução por morte, que era a causa mais frequente; chegou a prevalecer temporariamente a cessação da afinidade no caso de segundas núpcias¹⁴. O código de 1966 manteve a solução tradicional de que a afinidade “não cessa pela dissolução do casamento” (art. 1585.º, 2.ª parte). A solução pode compreender-se no caso de dissolução por morte, em que, regra geral, o falecimento de um dos cônjuges não faz cessar as relações do sobrevivente com os parentes do finado; tratando-se de dissolução por divórcio, porém, na generalidade dos casos as relações de afinidade deixam de ter relevância social, mal se justificando, por isso, que mantenham a sua relevância jurídica. Pelo menos no caso de divórcio, a solução do art. 1585.º suscitava assim *de iure condendo* as maiores reservas e a Lei n.º 61/2008 determinou que a afinidade só não cessa no caso de dissolução do casamento por morte.

E se o casamento foi declarado nulo ou anulado, o vínculo de afinidade manter-se-á? A questão deve resolver-se de harmonia com os princípios do casamento putativo (*infra*, n.º 135). Como veremos, o vínculo de afinidade só se mantém se ambos os cônjuges estiverem de boa fé ao contrair o casamento.

10. Contagem

As relações de afinidade, como as de parentesco, são muito numerosas, e há necessidade de as definir e ordenar procedendo

¹³ O casamento já dissolvido não cria relações de afinidade: ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 106.

¹⁴ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 105-6.

à respetiva *contagem*. Mas a este respeito nada há a acrescentar ao que dissemos quanto ao parentesco. Como este, assim a afinidade se conta por *linhas* e por *graus*. E conta-se da mesma maneira. Quer isto dizer que um cônjuge é afim em linha reta dos parentes em linha reta do seu cônjuge e afim na linha colateral dos parentes do seu cônjuge na linha colateral; por outro lado, é afim no 2.º grau dos parentes em 2.º grau do seu cônjuge, afim no 3.º grau dos parentes em 3.º grau, etc.

11. Efeitos

Em confronto com os do parentesco, os *efeitos* da afinidade são menos extensos. Os afins não têm direitos sucessórios e, no tocante à obrigação de alimentos, a lei só a impõe ao padrasto ou madrastra, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste (art. 2009.º, n.º 1, al. *f*). Também podem suceder e no direito ao arrendamento rural (art. 20º, n.º 2, al. *a*), do Decreto-lei 294/2009, de 13 de outubro) no caso de falecimento do arrendatário. Quanto à obrigação de exercer a tutela ou fazer parte do conselho de família, pode igualmente recair sobre os afins, nos termos dos arts. 1931.º, n.º 1, e 1952.º, n.º 1, atrás referidos. Por último, também há efeitos da afinidade que se traduzem em restrições à capacidade e incompatibilidades de vária natureza. Os que mais nos interessam são aqueles a que aludimos há pouco. O art. 1602.º, al. *c*), considera a afinidade em linha reta impedimento dirimente relativo à celebração do casamento, e os arts. 1809.º, al. *a*), e 1866.º, al. *a*), já mencionados, proibem, respetivamente, a averiguação oficiosa da maternidade e a da paternidade, quando a pretensa mãe e o perfilhante, no 1.º caso, ou a mãe e o pretenso pai, no 2.º caso, estiverem ligados por relações de afinidade em linha reta. Os restantes efeitos da afini-

dade constam de legislação especial, que não vamos referir aqui¹⁵. Notaremos apenas que embora a afinidade tenha, teoricamente, o mesmo limite do parentesco e, portanto, se estenda até ao 6.º grau, a verdade é que são poucas as normas que atribuem efeitos às relações de afinidade, na linha colateral, para além do 2.º grau. Como hipótese em que a lei dá relevo às relações de afinidade até ao 4.º grau, pode mencionar-se o referido art. 120.º, n.º 1, al. *a*), CProcCiv. E as relações de afinidade na linha colateral do 5.º e do 6.º grau, essas são juridicamente irrelevantes, ao que supomos, em face do nosso direito.

Divisão III. Adoção

12. Noção e espírito do instituto

O art. 1586.º dá a noção de adoção; esta é o vínculo que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos arts. 1973.º e segs. Por oposição ao parentesco *natural*, que é o verdadeiro parentesco, a adoção é assim um parentesco *legal*, criado à semelhança daquele. Não quer isto dizer, porém, que se trate de uma *ficção* da lei. O que acontece é que a adoção assenta em *outra verdade*, uma verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco.

Admitindo a adoção como fonte de relações familiares, à semelhança do que sucede em quase todos os direitos modernos, o

¹⁵ Cfr., a este respeito, BRAGA DA CRUZ, *Afinidade — Subsistência do vínculo após a dissolução do casamento*, na RLJ, ano 93.º, p. 181 s.

Código de 1966 reatou a tradição do nosso antigo direito, tradição que o Código de Seabra cortara em 1867, sendo certo, porém, que a adoção já desde o séc. XVI caíra em desuso no país. E parece ter sido assim um pouco por toda a parte. A adoção readquire a sua vitalidade e suscita novo interesse aos legisladores depois de um longo período de desfavor e esquecimento.

Este novo interesse pela adoção corresponde, de resto, a uma modificação radical no espírito do instituto, o qual, centrado antigamente na pessoa do adotante e ao serviço do seu interesse de assegurar, através da adoção, a perpetuação da família e a transmissão do nome e do património, visa hoje servir sobretudo o interesse dos menores desprovidos de meio familiar normal.

13. Modalidades: adoção conjunta e adoção singular

A adoção pode ser *conjunta* ou *singular*, conforme é feita por um casal (por duas pessoas casadas ou que vivam em união de facto) ou por uma só pessoa, casada ou não casada.

A adoção também podia ser *plena* ou *restrita*, mas esta última modalidade foi eliminada.

14. Constituição do vínculo, processo e efeitos (remissão para o volume II)

A constituição do vínculo de adoção está sujeita a vasto conjunto de regras, umas do Código Civil (arts. 1973.º e segs.), outras de legislação estranha ao Código e que tem sido revista múltiplas vezes. O processo da adoção é complexo, ao mesmo tempo judicial e administrativo, com larga intervenção dos organismos de segurança social.

A matéria exige demorado estudo e pareceu mais correto inseri-la no volume dedicado ao Direito da Filiação, onde está exposta no t. I, p. 261-313.

Divisão IV. Outras relações familiares

Secção I — União de facto

Bibliografia portuguesa

CARVALHO, Telma, *A união de facto: a sua eficácia jurídica*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 221-255; CID, Nuno de Salter, *Sobre o direito de não contrair casamento*, in “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 275-294; Id., *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Coimbra, Almedina, 2005; Id., *União de facto e direito: indecisão ou desorientação do legislador?*, in “Economia e Sociologia”, 1994, p. 19-84; Id., *Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar*, in “Economia e Sociologia”, 1998, p. 189-235; DIAS, Cristina, *De facto relationships as a new family form in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in “International Family Law”, 2014, pp. 20-24; Id., *Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar*, in “Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda”, vol. 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.451-470; HÖRSTER, H. Ewald, *Há necessidade de legislar em matéria de união de facto?*, in “Direito da família e Política Social”, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 65-72; MARTINS, Rosa, *Same-sex partnerships in Portugal. From de facto to de jure?*, in “Utrecht Law Review”, 2008, Vol. 4, Issue 2 (Special on Current Debates in Family Law Around the Globe), p. 194-211; MATOS, Albino, *União de facto e liberalidades*, in “Rev. do Notariado”, 1988, p. 365-404; MOTA, Helena, *“O problema normativo da família. Breve reflexão a propósito das medidas de proteção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto*, in AAVV, “Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Coimbra Editora, Porto, 2001; OLIVEIRA, Guilherme de *Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (alteração à lei das uniões de facto)*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 7, n.º14, 2010, p. 139-159; PAIS, Sofia; SOUSA, A. Frada de, *A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo — uma análise de direito material e conflitual*, in “Rev. da Ordem dos Advogados”, 1999, p. 693-752; PITÃO, J. A. França, *União de facto no direito português*, Coimbra, Almedina, 2000; Id., *União de facto e economia comum*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011; Id., *Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 175-219; SOUSA, M. Teixeira de, *De novo sobre o regime da união de facto e a aplicação da lei no tempo (Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012)*, in “Cadernos de Direito Privado”, 2011; XAVIER, Rita Lobo, *Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal*, nos “Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, p. 1393-1406; Id., *União de facto e pensões de sobrevivência - anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 195/03 e 88/04*, in “Jurisprudência Constitucional”, n.º 3, 2004.

15. Generalidades

Segundo um entendimento tradicional, só são relações familiares as que derivam de alguma das quatro “fontes” mencionadas no art. 1576.º CCiv. Já vimos, porém, que há entendimentos diversos, que incluem outras relações no âmbito da “família”¹⁶.

A união de facto é a relação cuja qualificação como relação familiar tem sido mais controvertida; embora seja razoável pensar que, se não for considerada ainda como tal, parece estar a caminho de consolidar essa natureza¹⁷.

16. Noção

A Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, não definia a união de facto, e a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, continua a não a definir, mas é fácil caracterizar a situação assim designada. A legislação anterior referia-se-lhe como “vida em comum em condições análogas às dos cônjuges”. As pessoas vivem em comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*), como se fossem casadas, apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento. A circunstância de viverem *como se fossem casadas* cria uma aparência externa de casamento, em que terceiros podem confiar, o que explica alguns efeitos atribuídos à união de facto. Relações sexuais fortuitas, passageiras, acidentais, não configuram pois uma união de facto. A união de facto distingue-se igualmente do concubinato duradouro, por mais longo que este seja¹⁸. Embora

¹⁶ Cfr. *supra*, n.º 1.

¹⁷ Cfr. *infra*, n.º 20.

¹⁸ Cfr. o ac. do S.T.J. de 5.6.1985, com anotação de PEREIRA COELHO na *RLJ*, anos 119.º, p. 368 s., e 120.º, p. 79 s. No caso a que se refere o acórdão a ligação durava

haja aí, de alguma maneira, comunhão de leito, não há comunhão de mesa nem de habitação. Refira-se, por último, a unidade ou exclusividade da união de facto, que é exigida pela vivência “em condições análogas às dos cônjuges”. Uma pessoa só pode viver em união de facto com outra, não com duas ou mais. É claro, porém, que não deixa de haver união de facto porque um dos sujeitos da relação não é fiel ao outro, mas mantém relações sexuais com outra ou outras pessoas.

O art. 1715.º, n.º 1, al. *d*), do Código Civil de Cabo Verde, publicado em anexo à Portaria n.º 68-A/97, de 30 de setembro, permite ao homem e à mulher que vivam em comunhão de leito, mesa e habitação há mais de três anos e tenham capacidade legal para o casamento requerer o reconhecimento registral da união de facto; o conservador, porém, só deve reconhecê-la se concluir “que a vida em comum garante a estabilidade, seriedade e *singularidade* próprias do casamento”.

A noção de união de facto cobria apenas a relação *entre pessoas de sexo diferente*, que viviam como marido e mulher. Até à Lei n.º 7/2001, era esta a noção de união de facto no direito português. A Lei n.º 7/2001, porém, veio dar ainda relevância jurídica à união de facto *entre pessoas do mesmo sexo*, a qual está equiparada à união de facto entre pessoas de sexo diferente.

17. Terminologia

Foi a Reforma de 1977 que, na epígrafe do art. 2020.º CCiv, usou pela primeira vez a expressão “união de facto” para designar a situação das pessoas que não são casadas mas vivem como se o fossem. O Código de 1966 falava em “comunhão duradoura de

há mais de dezoito anos, mas nem por isso o concubinato duradouro se transformara em união de facto.

vida em condições análogas às dos cônjuges” na al. c) do n.º 1 do art. 1860.º (atual art. 1871.º). Vida “em condições análogas às dos cônjuges” foi também a expressão usada no corpo do referido art. 2020.º, para o qual remeteram, posteriormente, várias leis da segurança social; e o art. 1911.º, n.º 3, relativo ao poder paternal, previu a hipótese de os progenitores não terem contraído matrimónio mas “conviverem maritalmente”. Usaremos a expressão “união de facto” na exposição que se seguirá, até porque é essa agora a terminologia da Lei n.º 7/2001, que “adopta medidas de proteção das uniões de facto”. “Concubinato” e “concubinos” adquiriram entre nós conotação pejorativa¹⁹ e por isso não empregaremos esses termos, embora o segundo fosse cómodo para referir os sujeitos da relação, que, assim, teremos de designar através de uma perífrase, chamando-lhes “sujeitos” ou, como diz a lei, “membros da união de facto”. Note-se, porém, que “concubinato” ainda aparece no Código Civil, mas para designar realidade diversa; como dissemos, o “concubinato duradouro”, mencionado na 2.ª parte da al. c) do n.º 1 do art. 1871.º CCiv, é diferente da união de facto, referida na 1.ª parte como “comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges”, embora as duas situações estejam equiparadas para o efeito aí tido em vista.

18. Formas e motivações

Uma observação empírica mostra-nos que são várias as formas que a união de facto pode revestir, assim como as motivações que a determinam.

¹⁹ Não assim em França, onde os termos continuam a ser usados tanto na doutrina como nas leis. Cfr., p. ex., as epígrafes do Tít. XII do Livro I do Código Civil francês, introduzido no Código pelo art. 1.º da Lei n.º 99-944, de 15 de novembro de 1999, relativo ao pacto civil de solidariedade (“Du Pacte Civil de Solidarité et du Concubinage”), e do Cap. II do Tít. XII (“Du Concubinage”).

Às vezes trata-se de convivência pré-matrimonial, assumida como situação *transitória*. As pessoas querem casar, mas há um impedimento temporário ao casamento e, entretanto, decidem “juntar-se”, pensando casar logo que cesse o impedimento. Pode tratar-se de impedimento de facto ou de impedimento legal. Caso vulgar é o de um dos sujeitos da relação estar ligado por vínculo matrimonial ainda não dissolvido. O processo de divórcio está a correr; ou nem sequer teve início porque o outro cônjuge não consente no divórcio e a separação de facto dura há menos de um ano, pelo que o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges ainda não pode ser requerido. Mas os sujeitos da união de facto têm a firme disposição de casar logo que a sentença de divórcio transite em julgado e corra o prazo internupcial.

Outras vezes, pelo contrário, a situação é aceite como *definitiva*. Os membros da união de facto, deliberadamente, não querem casar. Assumidos *soixanthuitards*, rejeitam o casamento como instituição “*dépassée et contraignante*”. Ou então, logo de início, preveem que a sua relação possa deteriorar-se, e pensam que, se casarem e se se desentenderem, o divórcio será moroso e difícil.

Nem sempre, porém, a situação é assim perfeitamente definida. Por exemplo, na coabitação juvenil há alguma oposição aos ritos sociais mas não uma rejeição definitiva do casamento; os jovens não querem assumir já um compromisso, mas admitem vir a casar, sobretudo se nascer e quando nasça o primeiro filho. Há também a união de facto dos estratos mais desfavorecidos da população, nos quais, como acontece em muitos países do terceiro mundo e entre nós, sobretudo, nas zonas suburbanas das grandes cidades, as pessoas vivem normalmente assim. Não há pressão familiar ou social no sentido do casamento, que não faz parte da sua cultura. É-lhes indiferente casar ou não, mas não são contra o casamento e poderão vir a casar se as circunstâncias se propiciarem. Outra hipótese, ainda, é a das pessoas que não se casam porque o casamento

lhes traria desvantagens (p. ex., de ordem fiscal) ou lhes retiraria benefícios patrimoniais (p. ex., uma pensão de sobrevivência, até à alteração introduzida pelo art. 4.º do Decreto-lei n.º 133/2012, de 27 de junho); se tiverem preferido viver em união de facto por essa razão, talvez venham a casar se a lei for convenientemente alterada. A união de facto, em todos estes casos, é virtualmente provisória; mas, como tantas vezes acontece, o provisório pode tornar-se definitivo.

19. A união de facto e a Constituição da República

A questão de saber o que disponha a Constituição da República sobre a união de facto merece alguma atenção; o ponto tem sido pouco estudado e é importante conhecer os condicionamentos ou imposições que resultem da Lei fundamental nesta matéria.

A primeira observação a fazer é que a Constituição não fala na união de facto nem dispõe diretamente sobre ela.

Alguns doutrinários têm entendido que a união de facto está prevista na *1.ª parte do n.º 1 do art. 36.º*. É a opinião de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, segundo os quais do “direito de constituir família” enunciado naquele preceito decorreria “uma abertura constitucional — se não mesmo uma obrigação — para conferir o devido relevo às uniões familiares “de facto”²⁰. Embora a formulação do art. 36.º levante as maiores dúvidas e várias interpretações sejam legítimas, pode entender-se que o art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, respeita exclusivamente à matéria da filiação: o “direito de constituir família”

²⁰ *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., vol. I (2007), p. 561. Parece ser este também o entendimento do ac. da 2.ª Secção do Trib. Const. n.º 275/2002 (*DR*, II série, n.º 169, de 24.7.2002, p. 12.896 s.), que fundamentou em violação do art. 36.º, n.º 1, CRep a inconstitucionalidade do art. 496.º, n.º 2, CCiv (*infra*, n.º 30).

é, em primeiro lugar, um direito a procriar, e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade²¹. Mas também deve reconhecer-se que a expressão “direito de constituir família” foi adotada em documentos internacionais com o propósito explícito de acolher as leis dos estados que foram abrindo o reconhecimento jurídico da união de facto²².

Não pode extrair-se o reconhecimento da união de facto da 2.^a parte do n.º 1 do art. 36.º, que a coenvolveria como “dimensão ou vertente negativa” do “direito de contrair casamento”²³. A “dimensão ou vertente negativa” do direito de casar é o *direito de não casar*; não é o *direito de estabelecer uma união de facto*.

Não haverá dúvida de que a união de facto está abrangida no “direito ao desenvolvimento da personalidade”, que a revisão de 1997 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do art. 26.º.

Pode afirmar-se, com Paulo Mota Pinto²⁴, que do direito ao livre desenvolvimento da personalidade “se devem desentranhar *duas dimensões* — a proteção geral da *personalidade* (e, em especial, um direito geral de personalidade) e o reconhecimento da *liberdade geral de ação* (um direito geral de liberdade) ...”.

Estabelecer uma união de facto é certamente uma manifestação ou forma de exercício desse direito. A legislação que proibisse a união de facto, que a *penalizasse*, impondo *sanções* aos membros da relação e coartando de modo intolerável o direito de as pessoas viverem em união de facto, seria pois manifestamente inconstitucional.

²¹ F.M. PEREIRA COELHO, *Anotação ao ac. do S.T.J. de 5.6.1985*, na *RLJ*, ano 120.º, p. 376-7.

²² Cfr. a nota explicativa do art. 9.º da *Carta dos direitos fundamentais da união europeia, infra*, n.º 43.

²³ Como COMELLA defendeu em face do art. 32.º, n.º 1, da Constituição espanhola, semelhante ao art. 36.º, n.º 1, 2.^a parte, da Constituição portuguesa: *El principio de igualdad y el “derecho a no casarse”*, na “Revista Española de Derecho Constitucional”, ano 14.º (1994), p. 167 s.

²⁴ *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Portugal-Brasil, ano 200, p. 149-246, p. 164.

O princípio de proteção da união de facto decorrente do “direito ao desenvolvimento da personalidade” a todos reconhecido no art. 26.º, n.º 1, da Constituição não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que dá ao casamento, equiparando as duas situações. Assim, decerto que o art. 2133.º CCiv, que coloca o cônjuge ao lado dos descendentes na 1.ª classe de sucessíveis, enquanto a pessoa que vivia em união de facto com o falecido só beneficia de um direito a alimentos sobre os bens da herança, nos termos do art. 2020.º, não está ferido de inconstitucionalidade; do mesmo modo não o está o art. 1106.º, n.º 1, al. *a*), CCiv, relativo à transmissão por morte do direito ao arrendamento para habitação, em que o cônjuge com residência no locado sucede no direito ao arrendamento sem que a lei exija qualquer prazo de duração da residência conjugal, ao passo que a pessoa que vivia com o arrendatário em união de facto só sucede no direito ao arrendamento se vivia com ele no locado há mais de um ano. E o facto de a legislação anterior à Lei n.º 135/99 não permitir a adoção conjunta a pessoas ligadas por união de facto mas só a pessoas casadas não configurava qualquer inconstitucionalidade do art. 1979.º, n.º 1, CCiv.

Nem se diga que o diferente tratamento do casamento e da união de facto viola o princípio da igualdade (art. 13.º), pois este princípio, no entendimento da doutrina e da jurisprudência constitucionais, apenas proíbe discriminações *arbitrárias* ou desprovidas de fundamento ou justificação racional²⁵. Ora o caso não é esse. Casamento e união de facto são situações materialmente diferentes:

²⁵ Este entendimento está firmemente consolidado na nossa jurisprudência constitucional. Cfr., por todos, o ac. n.º 106/2014, de 12.02. Cfr. ainda o ac. do S.T.J. de 23.4.1998 (*Col. Jur.* — S.T.J. 1998, t. 2, p. 49) e, na doutrina, G. CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, cit., p. 124 s., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 224 s., CASALTA NABAIS, *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, p. 43 s., e M. G. FERREIRA PINTO, *Princípio da igualdade — Fórmula vazia ou “carregada” de sentido?*, *BMJ* n.º 358, p. 19 s.

os casados assumem o compromisso de vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir esse compromisso. O desfavor ou desproteção da união de facto relativamente ao casamento é assim objetivamente fundado, justificando-se até onde seja um meio *proporcionado* de favorecer o estabelecimento de uniões estáveis ou potencialmente estáveis, no interesse geral. Um tratamento diferente das duas situações, em que as pessoas que vivam em união de facto, não tendo os mesmos deveres, não tenham em contrapartida os mesmos direitos das pessoas casadas, mostra-se assim conforme ao princípio da igualdade, que só quer tratar como igual o que é igual e não o que é diferente, não havendo base legal para estender à união de facto as disposições que ao casamento se referem²⁶.

Julgamos, até, que a legislação que equiparasse inteiramente a união de facto ao casamento poderia ser julgada inconstitucional, fosse qual fosse a via por que essa equiparação se fizesse. Uma legislação que deixasse de impor aos cônjuges quaisquer obrigações do tipo das referidas nos arts. 1671, n.º 2, e 1672.º CCiv, permitisse a qualquer dos cônjuges denunciar o casamento livremente e sem formalidades, etc., equiparando assim o casamento à união de facto, poderia ser acusada de violar o art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, da Constituição, o qual, concedendo a todos o “direito de contrair casamento”, *garante* o instituto matrimonial, que por isso o legislador não pode suprimir nem desfigurar ou descaracterizar essencialmente²⁷. Por outro lado, uma legislação que equiparasse a união de facto ao casamento, impondo às pessoas que vivem maritalmente os mesmos deveres e concedendo-lhes

²⁶ Como, p. ex., as dos arts. 1714.º, n.º 2, 1765.º e 2196.º, n.º 1, CCiv. Sobre a jurisprudência do S.T.J. no sentido da não aplicação, em princípio, das normas relativas ao casamento à união de facto, só reconhecendo a esta os efeitos “que o legislador ordinário já tiver, por sua vez, reconhecido em letra de forma”, cfr. os exemplos de QUIRINO SOARES, na “Lex Familiae”, ano 1.º, n.º 2, p. 99-100.

²⁷ Qualificando expressamente o casamento como garantia institucional, JORGE MIRANDA, *Manual*, cit., p. 70.

os mesmos direitos que impõe e concede às pessoas casadas, seria inconstitucional, pois violaria o seu *direito de não casar*, “dimensão ou vertente negativa” do “direito de contrair casamento” que o art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, lhes reconhece. Se as pessoas *não podem casar* porque há um impedimento legal ao seu casamento, nem se entendia que a união de facto tivesse os mesmos efeitos do casamento que elas não podiam celebrar; a própria lei dispõe que os efeitos da união de facto não se produzem nesse caso (Lei n.º 7/2001, art. 2.º). E se as pessoas vivem em união de facto porque *não querem casar*, embora pudessem fazê-lo, seria uma violência impor-lhes o estatuto matrimonial, que elas deliberadamente rejeitaram²⁸; a imposição desse estatuto seria uma grosseira violação do seu “direito de não casar”²⁹.

Em conclusão, cremos que a Constituição da República não permite *penalizar* a união de facto nem *equipará-la* ao casamento: entre estas duas *balizas* vale o princípio democrático, que permite ao legislador ordinário conformar livremente o regime da união de facto, de acordo com a opção mais “progressista” ou “conservadora” da política familiar adotada.

20. A união de facto, relação de família?

Já referimos sumariamente a questão controversa de saber se a união de facto é uma relação de família. A questão aparece confundida, por vezes, com a da relação entre os filhos que nasçam da união de facto e os seus progenitores, que é uma relação de família, como é óbvio. Não é esse o problema, mas o de saber se

²⁸ Cfr. F.M. PEREIRA COELHO, *Casamento e família*, cit., p. 19.

²⁹ Pressupomos, naturalmente, que as disposições que protegem a união de facto são imperativas, como pensamos que são. Claro que os interessados podem exercer ou não os vários direitos que a lei lhes concede (cfr. o art. 3.º da Lei n.º 7/2001), mas não é permitida uma renúncia *prévia* a esses direitos.

a união de facto, *ela própria*, é uma relação de família. Ou doutro modo: dois anos decorridos sobre a data em que “se juntam” (Lei n.º 7/2001, art. 1.º), as pessoas passam a ser “da família”?

Em termos práticos, a questão da qualificação da união de facto como relação de família assume relevância para saber se a lei que atribua um direito, imponha uma obrigação ou confira legitimidade para certa ação aos “familiares” de determinada pessoa compreende não só o cônjuge e os parentes, afins, adotantes e adotados, mas também quem vivia em união de facto com ela. É muito frequente que as leis enunciem os tipos de familiares a que pretendem atribuir algum efeito, de tal modo que não se imponha este esclarecimento; mas também há casos em que a referência legal é genérica e a indagação é oportuna³⁰.

Julgamos que a pergunta “a união de facto é relação de família?” terá seguramente respostas diversas se for feita em comunidades com uma percentagem baixa de pessoas que vivem em união de facto ou, pelo contrário, em países, como os do norte da Europa, onde a maioria dos casais jovens, sem filhos, vive nessas condições (*Household Structure*, Eurostat, European Union, 2010, p. 25).

Em abono da opinião de que a união de facto não é uma relação de família para a generalidade dos efeitos³¹ pode alegar-se que o art. 1576.º CCiv apenas considera relações de família as que resultam das “fontes” que estão aí mencionadas.

³⁰ Cfr., p. ex., o art. 2.º do Decreto-lei n.º 42 947, de 27 de abril de 1960, que concedia o direito ao *subsídio por morte*, correspondente a seis meses de vencimento, à “pessoa de família”, a cargo do servidor do Estado, por ele indicada em declaração depositada no serviço processador dos abonos. O diploma foi porém revogado pelo Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro, que, no art. 3.º, especifica as pessoas que têm direito a perceber o subsídio por morte, e torna ineficazes, a partir da sua entrada em vigor, as declarações previstas no art. 2.º do Decreto-lei n.º 42 947 (art. 15.º). Mas veja-se, p.ex. o art. 361.º (Agravação), do código penal, e o art. 200.º (Proibição e imposição de condutas), do código de processo penal.

³¹ F.M. PEREIRA COELHO, *Cas. e fam.*, cit., p. 8-9, e a anot. cit. ao ac. do S.T.J. de 5.6.1985, na *RLJ*, ano 120.º, p. 82-4.

Mas a questão da qualificação da união de facto como relação de família não deve ser enfatizada. Ao lado da noção restrita e técnica de família, que apenas compreenderia o cônjuge e os parentes, afins, adotantes e adotados, o direito português regista ainda noções mais amplas e menos técnicas de família, válidas em certos domínios ou para determinados efeitos. Assim, o direito da segurança social acolhe o conceito de “agregado familiar”, de que faz parte a pessoa ligada por união de facto com o beneficiário³². Uma noção ampla de “familiares”, que abranja a união de facto, parece dever aceitar-se igualmente no direito da locação, que tem vindo a dar à relação significativa relevância jurídica. Há a notar, sobretudo, que a pessoa que viva com o falecido arrendatário em união de facto há mais de um ano sucede no direito ao arrendamento para habitação (art. 1106.º CCiv), uma solução em face da qual deverá admitir-se que também seja havida como “familiar” do arrendatário para os efeitos previstos nos arts. 1040.º, n.º 3, e 1072.º, n.º 2, als. *b)* e *c)*, CCiv. Ou seja, mesmo que a resposta seja negativa, há que saber se não estaremos num daqueles domínios em que, excecionalmente, ela merece essa qualificação.

Carbonnier (*Droit civil*, t. 2, 21 éd., p. 718) referia a propósito os domínios especiais, como o direito social e o direito fiscal, em que a união de facto assume particular relevância, prevalecendo-se esses direitos da autonomia que lhes é concedida “*pour se donner de la famille une image plus réaliste, plus soucieuse des situations de fait que des vues théoriques*”.

Em abono da resposta positiva, pode alegar-se que o art. 9.º da *Carta dos direitos fundamentais da união europeia* usou a ex-

³² Cfr., p. ex., o art. 4.º do Decreto-lei n.º 194/91, de 25 de maio, que define o âmbito pessoal do Sistema de Ação Social Complementar dos funcionários e agentes da Administração Pública, e o art. 3.º do Decreto-lei n.º 166/93, de 7 de maio, que estabeleceu o regime de “renda apoiada”. Cfr. ainda o art. 7.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 118/83, de 25 de fevereiro (na redação que lhe deu o art. 1.º do Decreto-lei n.º 234/2005, de 30 de dezembro), o qual, para efeitos de inscrição na ADSE, considera “beneficiário familiar” a pessoa que viva em união de facto com o beneficiário titular.

pressão “direito de constituir família” com o sentido propositado de abranger novas formas de constituir família que emergiam nos estados membros³³. Deve acrescentar-se que a Lei n.º 7/2001, na redação da Lei n.º 23/2010, usou a expressão “cada de morada da família” onde a versão de 2001 falava em “casa de morada comum” e “residência comum” (art. 4.º, n.º 1); e que os direitos a alimentos e a prestações por morte do membro sobrevivente da união de facto se aproximaram dos direitos do cônjuge sobrevivente. Por outro lado, a perda do valor do Estado e da Igreja como instâncias legitimadoras da comunhão de vida e o movimento no sentido de uma “relação pura”, independente de referências externas, modificam o critério que deve orientar a resposta à questão, que tende a ser menos “institucional” ou “formal” para ser mais atento às práticas sociais e à subjetividade imperante³⁴. Julgamos ainda que o aumento previsível do número de uniões de facto³⁵, e dos seus efeitos, tenderá a consolidar a resposta positiva.

21. A institucionalização da união de facto na Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, e na Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que alterou a Lei anterior

Pode dizer-se que a generalidade das legislações, ao longo das últimas décadas, tem vindo a atribuir à união de facto cada vez mais efeitos, sobretudo no direito da segurança social, mas é uma questão controversa, ainda hoje, a de saber se a união de facto deve ser

³³ Cfr. a nota explicativa do art. 9.º da *Carta dos direitos fundamentais da união europeia*, *infra*, n.º 43: “A redação deste direito foi modernizada de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento”.

³⁴ Cfr. *infra*, os n.ºs 38 e 39.

³⁵ Segundo os dados da PORDATA, o número duplicou entre 2001 e 2011 – cfr. <http://www.pordata.pt/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela/5685284>

institucionalizada num diploma legal que regule os seus requisitos e efeitos³⁶. Em muitos países não há uma lei sobre as uniões de facto, que apenas são objeto de normas de proteção na legislação fiscal, do trabalho, do funcionalismo público, da segurança social, do arrendamento, etc.; em Portugal, porém, a relação foi de certo modo “institucionalizada” na Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que a substituiu e “adopta medidas de proteção das uniões de facto”, por sua vez alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. A singularidade do nosso direito, neste aspeto, pode fazer supor que a legislação de 1999 tenha sido de *rutura* com a anterior, mas isso não acontece. Fruto de algum voluntarismo do legislador, a Lei n.º 135/99, como, logo depois, a Lei n.º 7/2001, foi em boa parte um simples *sumário* de medidas de proteção que já vinham da legislação precedente: em várias alíneas do art. 3.º limita-se o legislador a reconhecer os direitos conferidos “nos termos da lei” às pessoas que vivam em união de facto, lei que em muitos casos já existia³⁷.

Houve porém algumas disposições inovadoras, como veremos adiante. A mais significativa foi a que permitiu às pessoas de sexo diferente que vivessem em união de facto a adoção *conjunta* de menores, nos termos previstos para os cônjuges no art. 1979.º, n.º 1, CCiv (art. 7.º). Além disso, em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada do casal, a lei concedeu ao membro sobrevivente direito real de habitação sobre a casa pelo prazo de cinco anos e direito de preferência na venda da casa pelo mesmo prazo (art. 4.º, n.ºs 1 e 2). Note-se ainda o disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 4.º, que não só confirmaram o decidido nos acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 359/91 (sobre o art. 1110.º CCiv, a

³⁶ Um debate da questão, com argumentos nos dois sentidos, pode ver-se em HAUSER e HUET-WEILLER, *ob. cit.*, p. 167-170.

³⁷ CARBONNIER falava da emergência da ideia de *estatuto* para caracterizar a evolução mais recente da legislação sobre a união de facto (*ob. cit.*, p. 733 e 743).

que correspondia o art. 84.º RAU) e 1221/96 (sobre o art. 1793.º CCiv) como ampliaram a doutrina dos dois acordãos, permitindo que as soluções aí previstas pudessem valer mesmo que não houvesse filhos do casal. Por último, em matéria fiscal, a Lei n.º 7/2001 aplicou à união de facto o regime do IRS nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens (art. 3.º, al. *d*). Em conformidade, o art. 14.º do Código do IRS, publicado em anexo ao Decreto-lei n.º 198/2001, de 3 de julho, dispõe que as pessoas que vivam em união de facto e preencham os requisitos da respetiva lei podem optar pelo regime de tributação dos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens se tiverem o mesmo domicílio fiscal durante o período legalmente exigido para verificação desses requisitos e durante o período de tributação e assinarem a respetiva declaração de rendimentos; caso exerçam aquela opção, é aplicável o disposto no art. 13.º, n.º 2, do Código do IRS, sendo os dois responsáveis pelo cumprimento das obrigações tributárias.

Em 2010, a Lei n.º 23, de 30 de agosto, introduziu alterações na Lei n.º 7/2001.

Sabendo-se que vários países consagravam uma equiparação da união de facto registada e o casamento, a opção moderada do legislador português foi realmente uma escolha. O legislador terá ponderado que os interessados podem não querer uma regulação extensa da sua vida, desde que optaram por não celebrar um casamento; não deveriam ser introduzidos efeitos imperativos em áreas que podem ser regidas pelos seus membros – estes preferiram a união de facto, devem organizar-se privadamente como quiserem. A união de facto deveria continuar a ser, ao menos tendencialmente, *não jurídica*. Por outro lado, apesar disto, e apesar de o modelo matrimonial continuar a ser o preferido pela sociedade e pelas suas leis, o Estado não pode hoje ignorar e desprezar os cidadãos que geram situações de necessidade por

virtude das escolhas que fizeram; ou que, simplesmente, inaptos para fazerem escolhas, se encontram em situação de carência importante. Posto isto, a linha geral das alterações foi no sentido de aumentar os efeitos que se produzem depois da morte ou da rutura, sobretudo quando já não é possível decidir por acordo e quando tiverem como objetivo a proteção social do membro sobrevivente que fique em situação débil; sobretudo no que diz respeito à manutenção da habitação e aos meios de sustento mínimos; ou ainda em momentos de sofrimento particular, como nos casos de lesão de que proveio a morte.

O primeiro Decreto aprovado pela Assembleia da República (n.º 349/X, de 2009) mostrava ter ainda outras pretensões. Queria esclarecer que eram admitidos os “contratos de coabitação” em que as partes regulavam alguns aspetos do seu futuro, designadamente quanto à propriedade dos bens adquiridos durante a comunhão; queria resolver as dúvidas sobre a propriedade dos bens móveis com uma norma semelhante ao art. 1736.º, n.º 2; pretendia também aumentar a proteção de terceiros que entram em relação com os membros da união de facto, através da uma responsabilidade solidária dos dois membros por dívidas destinadas a ocorrer aos encargos normais da vida familiar, como acontece com as pessoas casadas (art. 1691.º, n.º1, *b*)); pretendia ainda aumentar os efeitos que corrigem enriquecimentos ou empobrecimentos injustos resultantes de contribuições desproporcionadas para a vida em comum, feitas por um dos membros, com um impacto prejudicial importante para a sua vida pessoal, na previsão da continuidade da relação, como também se pode verificar no casamento (art. 1676.º, n.ºs 2 e 3). Estas propostas foram entendidas pela Presidência da República, como uma aproximação exagerada ao regime do casamento sem que tivesse havido um debate suficiente, e o Decreto foi vetado; mais tarde, o novo diploma aprovado pela Assembleia da República já não incluiu aquelas normas.

Pode concluir-se que o direito português é muito modesto no reconhecimento de efeitos da união de facto, em comparação com muitos sistemas jurídicos; e que a diferença relativamente aos efeitos do casamento é enorme, pois o regime da união de facto continua a não ter normas sobre o registo, invalidades da constituição, regimes de bens, administração de patrimónios,

ilegitimidades de disposição, responsabilidade por dívidas, proibição de contratos, regulação de participação em sociedades, extinção (para além do art. 8.º da Lei n.º 7/2001), e efeitos sucessórios.

22. Ordem de estudo

Expostas estas ideias gerais, vejamos como se *constitui* a união de facto, que *efeitos* pessoais e patrimoniais o direito lhe reconhece durante a vida da relação, e, por último, que consequências decorrem da sua *extinção*, no caso de morte de um dos sujeitos ou de rutura da relação por iniciativa de qualquer deles.

23. Constituição da relação

A união de facto constitui-se quando os sujeitos da relação “se juntam”, ou seja, passam a viver em comunhão de leito, mesa e habitação. Não sendo objeto de registo civil, pois não vem referida no elenco do art. 1.º CRegCiv, nem de registo administrativo (municipal), como acontece em alguns países³⁸, não se torna fácil saber quando a união de facto se inicia. E é importante sabê-lo, pois só a partir dessa data se contam os dois anos que devem decorrer para que a união de facto produza os efeitos previstos no art. 3.º da Lei n.º 7/2001.

A questão de saber como se prova a união de facto e a data em que ela começou reveste-se assim de grande interesse, quer a união de facto seja invocada pelos sujeitos da relação (ou por um deles contra o outro), quer seja invocada contra eles.

³⁸ P. ex., em Espanha e em França.

Não há, em regra, uma prova pré-constituída. Já foi proposta ação tendente ao reconhecimento judicial da união de facto (ao simples reconhecimento judicial do *estado* ou *estatuto* de união de facto), mas a pretensão foi desentendida (ac. da Rel. de Lisboa de 26.10.2006, *Col. Jur.* 2006, t. 4, p. 100, segundo o qual, “sem prejuízo da proteção às situações de união de facto em determinadas circunstâncias, não deve ser judicialmente reconhecida “tout court” a existência deste estatuto”).

A prova da união de facto é normalmente testemunhal; mas a possibilidade de prova documental não deve excluir-se. Interpretando com largueza o termo *vida* no art. 34.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 135/99, de 22 de abril, que regula o modo como “os atestados de residência, vida e situação económica dos cidadãos” devem ser passados pelas juntas de freguesia, pode admitir-se que a junta de freguesia da residência dos interessados passe atestado comprovativo de que uma pessoa vive ou vivia em união de facto com outra³⁹.

Aos “atestados de residência, vida e situação económica dos cidadãos” já se referia a al. *f*) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-lei n.º 100/84, de 29 de março. O art. 34.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 135/99 fala dos atestados passados “nos termos das als. *f*) e *q*) do n.º 1 do art. 27.º do Decreto-lei n.º 100/84, de 29 de março”; este diploma viria a ser revogado pela Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, mas nem por isso o Decreto-lei n.º 135/99 deixou de estar em vigor. Note-se ainda que, para efeitos de inscrição na ADSE, como “beneficiário familiar”, da pessoa que vive em união de facto com o beneficiário titular, a Portaria n.º 701/2006, de 13 de julho, refere, entre os documentos exigidos para prova da união de facto, a “declaração emitida pela junta de freguesia atestando que o interessado reside com o beneficiário titular há mais de dois anos”.

Não se tratando, porém, normalmente, de facto atestado “com base nas percepções da entidade documentadora” (art. 371.º, n.º 1, CCiv), o documento não faz prova plena, podendo provar-se que o facto não é verdadeiro, pois a união de facto não existiu ou

³⁹ Sobre a prova da união de facto por exibição de atestados passados pelas juntas de freguesia, cfr. SALTER CID, *A proteção da casa de morada de família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 394, nota (203), que informa ter contactado várias juntas de freguesia no centro e no sul do país que já atestaram a convivência marital, se necessário com referência a determinado período de tempo.

não existiu durante determinado período. O documento prova que os interessados fizeram perante o funcionário a afirmação de que conviviam maritalmente desde certa data, mas não prova que seja verdadeira a afirmação.

Estas afirmações, que eram válidas antes de 2010, foram confirmadas e desenvolvidas pela redação introduzida pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

O argumento possível de que a prova, nos termos referidos, é frágil e permite fraudes não parece suficiente para abandonar o regime. A verdade é que, não se adotando um “registo” oficial da união de facto, as alternativas rareiam: ou se exigia que a prova dos factos fosse feita nos tribunais, ou se aceitava a prova por qualquer meio, incluindo a declaração emitida pela Junta de Freguesia. A primeira hipótese significaria jurisdicionalizar todos os diferendos e todas as pretensões; a segunda hipótese – que foi sempre adotada – tem a consistência que resulta das incriminações penais e das boas práticas, segundo as regras comuns que valem para muitas áreas da vida social.

24. Conteúdo da relação: efeitos pessoais e patrimoniais.

A) Princípios gerais

Referiremos em seguida os efeitos pessoais e patrimoniais da união de facto, no direito civil e no direito não civil, durante a vida da relação e após a extinção desta, por rutura da relação ou em consequência da morte de algum dos seus membros. Tanto uns como outros efeitos estão enumerados no art. 3.º da Lei n.º 7/2001, mas a enumeração não é taxativa, como resulta do n.º 2 do art. 3.º. Há mais efeitos da união de facto, constantes de outras regras legais. De qualquer modo, a união de facto só tem os efeitos que a lei lhe atribuir; em particular, e pelas razões já

expostas, não é legítimo estender à união de facto as disposições referentes ao casamento⁴⁰.

25. B) Condições de eficácia

Liminarmente, cumpre advertir que os efeitos da união de facto só se produzem quando estejam preenchidos alguns requisitos.

a) No direito atual, não se impõe um requisito de *heterossexualidade* porque a união de facto entre pessoas do mesmo sexo está equiparada à união de facto entre pessoas de sexo diferente, gozando de igual proteção jurídica (Lei n.º 7/2001, art. 1.º). Até à entrada em vigor da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, só os unidos de facto de sexo diferente podiam adotar e recorrer a técnicas de PMA. Agora, os unidos de facto do mesmo sexo já podem adotar; mas continua-lhes vedado o recurso a técnicas de PMA, nos termos do art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 7/2001, e do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Só às pessoas *de sexo diferente* que vivem em união de facto é permitido recorrer, como se disse, às técnicas de PMA; o requisito da heterossexualidade apenas é exigido explicitamente para este efeito.

Há porém a referir que a diversidade de sexos não pode naturalmente deixar de exigir-se relativamente aos efeitos da união de facto que pressupõem essa diversidade, como, p. ex., os previstos nos arts. 1911.º, e 1871.º, n.º 1, al. c), CCiv. Quanto a esta última disposição, pode notar-se que na própria legislação holandesa, em que

⁴⁰ Cfr. o Parecer da Procuradoria-Geral da República de 18.3.1982, publ. no *BMJ* n.º 322, p. 184, e na *RIJ*, ano 116.º, p. 132, o ac. do S.T.J. de 21.11.1985, no *BMJ* n.º 351, p. 429, os acs. da Rel. de Lisboa de 25.10.1983, na *Col. Jur.* 1983, t. 4, p. 148, e de 19.12.1985, na *Col. Jur.* 1985, t. 5, p. 117, e o ac. da Rel. de Évora de 26.1.1984, no *BMJ* n.º 335, p. 355.

se admite o casamento de pessoas do mesmo sexo, este casamento não tem consequências em relação aos filhos; se duas mulheres se casam uma com a outra e uma delas tem um filho, como quer que ele seja gerado, não resulta do casamento qualquer presunção legal de “paternidade” do cônjuge, “paternidade” que só se constituirá se a outra mulher adotar a criança⁴¹. Também segundo o direito belga o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tem quaisquer efeitos em matéria de filiação. O mesmo se dirá para o direito português.

Na vigência da Lei n.º 135/99, o primeiro dos requisitos era a *beterossexualidade*. Como resultava do art. 1.º, só a relação entre pessoas de sexo diferente era objeto de proteção da lei. Não queria isto dizer que a união de facto entre pessoas do mesmo sexo fosse desprovida de efeitos; mas a relação relevava apenas como relação de *vida em comum*, ou de *vida em economia comum*, nos limitados termos em que esta relação assumia relevância jurídica. Por exemplo, concedendo a lei, no caso de caducidade do arrendamento para habitação por morte do arrendatário, direito a novo arrendamento a quem vivia com ele em economia comum há mais de cinco anos (arts. 90.º, n.º 1, al. *a*), e 76.º, n.º 1, al. *a*), RAU), decerto que a pessoa que vivia com o falecido mantendo com ele uma relação homossexual beneficiava de direito a novo arrendamento se ocupava o primeiro lugar na hierarquia fixada no n.º 2 do art. 90.º Beneficiava desse direito, porém, apenas porque vivia com o arrendatário em economia comum; a relação homossexual, ela própria, era desprovida de relevância jurídica.

Até 2010, e apesar das dúvidas, havia boas razões para sustentar que a Lei n.º 7/2001 pretendia estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo o regime das uniões de facto de pessoas de sexo diferente (salvo quanto à adoção) *para os efeitos previstos nos arts. 3.º e 5.º do diploma, mas só para eles*⁴²; a solução poderia fundar-se no art. 1.º, n.os 1 e 2, da lei. Antes da Lei n.º 135/99 já várias disposições legais atribuíam efeitos à união de facto. Uma vez designavam a situação como vida em comum ou comunhão duradoura de vida “em condições análogas às dos cônjuges”, como o art. 2020.º, n.º 1, CCiv, disposição para a qual remetiam numerosas leis da segurança social (cfr., p. ex., o art. 8.º do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro, e o art. 3.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro), e o art. 5.º, n.º 9, do Decreto-lei n.º 100/99, de 31 de março,

⁴¹ Embora, segundo parece, o cônjuge se considere “padrasto” da criança, para o efeito de ficar obrigado a prestar-lhe alimentos.

⁴² Neste sentido, SALTER CID, *A comunhão de vida...*, p. 570.

outras vezes falavam explicitamente em “união de facto” (cfr., p. ex., o art. 20.º, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, e o art. 54.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 100/99, de 31 de março, na redação que lhe deu a Lei n.º 117/99, de 11 de agosto); de qualquer modo e mesmo no segundo caso, nunca se duvidou de que todas essas disposições se aplicavam apenas à união de facto *entre pessoas de sexo diferente*, pois só estas viviam “em condições análogas às dos cônjuges”, como marido e mulher. A Lei n.º 7/2001 veio alterar as coisas, concedendo às pessoas que vissem em união de facto, *heterossexual ou homossexual*, os direitos enumerados no art. 3.º; relativamente a todos os efeitos da união de facto não previstos neste artigo, não tínhamos porém base legal para estender à união de facto entre pessoas do mesmo sexo disposições que foram pensadas apenas para a união de facto entre pessoas de sexo diferente. Se o legislador tivesse querido estender essas disposições à união de facto entre pessoas do mesmo sexo, tê-lo-ia dito, como o disse quanto à transmissão do direito ao arrendamento para habitação no art. 5.º Assim, designadamente, o “direito a exigir alimentos da herança do falecido”, não casado ou separado de pessoas e bens, que o art. 2020.º, n.º 1, CCiv reconhecia a quem vivia com ele há mais de dois anos “em condições análogas às dos cônjuges”, só cabia à pessoa *de sexo diferente* que vivia com ele nessas condições; para este efeito como para todos os outros não compreendidos nas várias alíneas do art. 3.º da Lei n.º 7/2001, a heterossexualidade continuaria a ser condição de eficácia da união de facto no direito português.

Em 2010, o art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 23, de 30 de agosto, veio afastar esta discussão, determinando que todos os efeitos de proteção da união de facto, previstos em qualquer norma vigente, dispensam o requisito da heterossexualidade, com ressalva das exceções claramente enunciadas.

b) Em segundo lugar, a união de facto só produz efeitos se já dura *há mais de dois anos* (art. 1.º da Lei n.º 7/2001).

A legislação anterior à Lei n.º 135/99 oferecia neste aspeto grande variedade de soluções. Uma vez marcava-se o prazo de dois anos, outras o de cinco. E outras ainda não se marcava prazo algum, embora, claro, o aplicador da lei não pudesse deixar de exigir o decurso de certo prazo, pois a união de facto, por definição, é um *continuum* mais ou menos longo⁴³.

c) Por último, não deve existir impedimento *dirimente* ao casamento dos membros da união de facto. É a solução do art. 2.º da Lei n.º 7/2001, que reproduz, nas suas várias alíneas, o disposto

⁴³ Como escreve CARBONNIER, *cit.*, p. 701, “*le concubinage est une habitude*”.

nos arts. 1601.º e 1602.º CCiv. Não podendo as pessoas abrangidas por estes impedimentos celebrar casamento, por haver aqui interesses públicos fundamentais a salvaguardar (monogamia, proibição do incesto, liberdade do consentimento matrimonial, etc.), seria contraditório que, vivendo aquelas pessoas em união de facto, a lei tutelasse a situação conferindo-lhes os direitos mencionados no art. 3.º da Lei n.º 7/2001, direitos equiparados aos que do casamento resultam.

Como a união de facto supõe que as pessoas vivam *como se fossem casadas*, poderia entender-se, até, que a lei deveria exigir que elas *pudessem casar se quissem* e, portanto, não houvesse qualquer impedimento legal à celebração do seu casamento. Mas o legislador não foi tão longe, permitindo que os efeitos da união de facto se produzam se o impedimento for meramente *impediente*. Assim, por exemplo, a circunstância de os membros da união de facto serem tio e sobrinha (art. 1604.º, al. c), CCiv) não obsta a que a relação produza os efeitos enumerados no art. 3.º da Lei n.º 7/2001.

A redação de 2010 procurou resolver alguns problemas que a doutrina vinha suscitando.

Em primeiro lugar, tornou-se claro que os factos enunciados nas várias alíneas do n.º 1 apenas impedem a produção de efeitos favoráveis da união de facto, ou seja, a atribuição de direitos ou benefícios. Na verdade, o legislador não quererá que a união de facto, mesmo afetada por impedimento de um ou ambos os unidos de facto, seja considerada juridicamente irrelevante quando se trate de salvaguardar interesses legítimos de terceiros que de outro modo poderiam resultar prejudicados (por exemplo, garantias de isenção e de imparcialidade e incompatibilidades), ou quando se tirarem consequências desfavoráveis, como uma presunção de paternidade relativamente ao homem⁴⁴.

⁴⁴ F. M. PEREIRA COELHO; GUILHERME de OLIVEIRA – *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, 2008, p. 68-69.

Em segundo lugar, procurou-se corrigir o elenco dos impedimentos à produção de efeitos favoráveis da união de facto, a fim de evitar que do excessivo apego às soluções do art. 1601.º CCiv resultassem consequências indesejadas: *aa)* a eficácia da união de facto a partir dos 16 anos – prevista na lei anterior – levava a atribuir uma relevância indireta à vida em comum iniciada dois anos antes; ora, esta relevância não se compaginava com as normas penais que tutelam a autodeterminação sexual de menores com menos de 16 anos⁴⁵. A lei nova estabelece o limiar de 18 anos, atenuando aquele defeito, embora talvez sem o eliminar completamente. Talvez tivesse sido preferível adotar a solução prevista no Código Civil de Macau de 1999: segundo este diploma, a idade inferior a 18 anos de um ou ambos os unidos de facto constitui impedimento e, se a coabitação tiver começado antes de ambos serem maiores de idade, o prazo de dois anos só se conta a partir da data em que o membro mais jovem completou 18 anos de idade⁴⁶; *bb)* não parecia justo determinar que a demência ou a anomalia psíquica manifestadas ou verificadas após o início da união de facto fossem impeditivas da produção de efeitos favoráveis de tal união⁴⁷; *cc)* o casamento não dissolvido deve obstar à produção de efeitos favoráveis à união de facto, quer seja anterior ou posterior ao início da mesma. Na referência à separação de pessoas e bens, suprimiu-se o advérbio “judicialmente”, pois aquela separação não tem de ser decretada pelo tribunal; *dd)* a condenação de um dos membros da união de facto, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso contra o cônjuge do outro deve ser impeditiva da produção de efeitos favoráveis da união de facto independentemente de se verificar antes ou depois de iniciada a união de facto.

⁴⁵ FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum*, 3.ª ed., p. 82-4.

⁴⁶ Como sugere SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento*, p. 645, nota 267.

⁴⁷ FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto...*, 3.ª ed., p. 88; SALTER CID, *A comunhão...*, p. 645, nota 268.

A redação atual do art. 2.º da Lei n.º 7/2001 é muito clara no sentido de que os factos mencionados impedem que se produzam os efeitos da união de facto que se traduzem na atribuição de direitos, efeitos favoráveis à união de facto, como os referidos no artigo seguinte. As circunstâncias especificadas neste artigo não impedem que se produzam outros efeitos, como os efeitos desfavoráveis à união de facto de que falaremos adiante. Não se entenderia que a paternidade não se presumisse, no caso de união de facto entre a mãe e o pretense pai no período legal da concepção (art. 1871.º, n.º 1, al. c), CCiv), porque a relação fosse adulterina (Lei n.º 7/2001, art. 2.º, al. c)) ou incestuosa (al. d)). Do mesmo modo, se se entender que o art. 1691.º, n.º 1, al. b), CCiv deve estender-se à união de facto entre pessoas de sexo diferente (como é razoável, dada a *aparência* de vida matrimonial em que terceiros podem ter confiado), a circunstância de a união de facto ser adulterina ou incestuosa não deve impedir a aplicação do preceito. Note-se ainda que, no caso de união de facto adulterina, é a própria lei que dá efeitos à relação, invalidando, em regra, a doação (art. 953.º CCiv) ou a disposição testamentária (art. 2196.º) feita pelo doador ou testador casado a favor do outro membro da união de facto⁴⁸.

26. C) Efeitos pessoais

Não assumindo compromissos, os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer dos deveres pessoais que os arts. 1671.º; n.º 2 e 1672.º impõem aos cônjuges e nenhum deles pode acrescentar aos seus apelidos do outro (cfr. art. 1677.º).

O direito não desconhece, porém, a *relação pessoal* que liga um ao outro os membros da união de facto. A Lei terá valorizado

⁴⁸ Cfr. *infra*, n.º 27.

essa relação pessoal, permitindo-lhes, nomeadamente, *adotar* nos termos previstos para os cônjuges no art. 1979.º CCiv (art. 7.º), ou seja, se a relação durar há mais de quatro anos e ambos tiverem mais de 25 anos de idade, sendo que a solução vale hoje quanto à união de facto de pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo.

Nos termos do art. 7.º, a possibilidade de adoção *conjunta* não prejudica a aplicação das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas. Cada um dos membros da união de facto pode pois fazer uma adoção *singular*, que não carece do consentimento do outro.

Além disso, a união de facto releva para efeitos de aquisição da *nacionalidade*. O estrangeiro que viva em união de facto com nacional português há mais de três anos pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração de vontade, desde que tenha obtido o reconhecimento judicial da situação (art. 3.º, n.º 3, da “Lei da Nacionalidade” — Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, na redação que lhe deu o art. 1.º da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, e art. 14.º, n.os 2, 4 e 5, do “Regulamento da Nacionalidade” — Decreto-lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro).

E muitas outras soluções legais poderiam referir-se como reflexo daquela relação pessoal⁴⁹. Assim, p. ex., o art. 46.º, n.º 2, da Lei de proteção às crianças e jovens em perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro) considera que constituem uma família, para efeitos de “acolhimento familiar” (medida de proteção prevista no art. 35.º, n.º 1, al. e), daquela Lei), duas pessoas que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto; as pessoas que, sendo de sexo diferente, vivam em união de facto há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida, estando equiparadas, para este efeito, às pessoas casadas e não separadas de pessoas e bens nem separadas de facto (art.

⁴⁹ Cfr. SALTER CID, *A comunhão de vida...*, p. 572 s.

6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁵⁰; quem conviver ou tiver convivido em união de facto com alguma das partes na causa pode recusar-se a depor como testemunha (art. 497.º, n.º 1, al. *d*), CProcCiv)⁵¹; as pessoas que vivam em união de facto há mais de dois anos (arts. 1.º, n.º 2, e 3.º, al. *c*), da Lei n.º 7/2001) e trabalhem na mesma empresa têm o direito de gozar férias no mesmo período, salvo se houver prejuízo grave para a entidade empregadora (art. 241.º, n.º 7, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro); etc.

Quanto aos filhos, há a notar que a paternidade se presume quando tenha havido comunhão duradoura de vida entre a mãe e o pretense pai no período legal da concepção (art. 1871.º, n.º 1, al. *c*), CCiv), e que, se os progenitores conviverem maritalmente, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos, sendo aplicáveis as disposições que regem as responsabilidades parentais na constância do matrimónio (arts. 1901.º-1904.º) e bem assim as relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais no caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento (arts. 1905.º-1908.º), como prescreve o art. 1911.º. Note-se, por último, que os filhos nascidos de união de facto, como quaisquer outros nascidos fora do casamento, estão equiparados aos nascidos dentro dele, por força do n.º 4 do art. 36.º da Constituição.

A presunção do art. 1871.º, n.º 1, al. *c*) é diferente da do art. 1826.º, n.º 1, que é um modo de estabelecimento da paternidade; a presunção do art. 1871.º só vale para, em ação de investigação de paternidade, inverter o ónus da prova da filiação, estabelecendo-se

⁵⁰ Cfr. também os arts. 19.º, 20.º, 22.º e 23.º

⁵¹ O preceito não fixa prazo de duração da união de facto, mas parece que, como resulta do princípio geral do art. 1.º da Lei n.º 7/2001, a recusa a depor só deve ser permitida a quem conviva ou tenha convivido *há mais de dois anos*, em condições análogas às dos cônjuges, com alguma das partes na causa.

a paternidade por decisão judicial. É esta uma significativa diferença de tratamento entre os filhos nascidos do casamento e fora do casamento, a qual, porém, justificando-se pela diversidade das condições do nascimento, não se mostra contrária ao princípio constitucional da não discriminação entre uns e outros (*infra*, n.º 49).

27. D) Efeitos patrimoniais

Vejamos agora os efeitos patrimoniais que decorrem da união de facto durante a vida da relação.

a) As relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros estão sujeitas a um estatuto particular, a que se chama “regime de bens do casamento”. Não acontece assim na união de facto. Não há aqui um “regime de bens”, nem têm aplicação as regras que disciplinam os efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens, o chamado “regime primário” (arts. 1678.º-1697.º CCiv): administração dos bens dos cônjuges, dívidas dos cônjuges e bens que respondem por elas, partilha dos bens do casal, etc. Os membros da união de facto em princípio são estranhos um ao outro, ficando as suas relações patrimoniais sujeitas ao regime geral das relações obrigacionais e reais. Segundo as regras do direito comum, cada um pode vender bens móveis ou imóveis, dar ou tomar de arrendamento, contrair dívidas. Podem também os dois contratar um com o outro: fazer contratos de compra e venda, de trabalho, locação, depósito, comodato e mútuo, etc. O art. 1714.º CCiv, que proíbe determinados contratos entre cônjuges, não tem aplicação à união de facto.

Sendo este o princípio geral, a matéria exige porém alguns desenvolvimentos.

A chamada “comunhão de mesa”, ou seja, a vida em economia comum é um dos aspetos em que se exprime a união de facto.

Esta pode prolongar-se por muitos anos, durante os quais as pessoas adquirem bens, contraem dívidas, movimentam contas bancárias em nome de um deles ou de ambos, tudo com interferências nos respetivos patrimónios⁵². E, desde logo, põe-se a questão de saber se os membros da união de facto poderão regular eles próprios, em instrumento notarial, os aspetos patrimoniais da relação que estabeleceram ou vão estabelecer, inventariando os bens que levam para o casal, fixando presunções sobre a propriedade dos móveis ou dos valores depositados em contas bancárias, regulando a contribuição de cada um para as despesas da casa, o pagamento das dívidas, a divisão dos bens que venham a adquirir durante a vida em comum, etc. Em alguns países a validade destes “contratos de coabitação”⁵³ não suscita dúvidas; mas noutros a questão não é líqüida e em Portugal não tem sido posta de uma forma visível.

CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 708) referia que a prática dos “contratos de concubinato”, feitos no notário, é corrente nos Estados Unidos, no Canadá e na Holanda, mas punha em dúvida a validade desses contratos no direito francês. Embora apenas reúnam num só ato acordos que seriam válidos considerados isoladamente, Carbonnier entende que a sua “dinâmica de conjunto” tornava o contrato suspeito, não de imoral, mas de ilícito, “porque quer dar força obrigatória a uma espécie de casamento privado, violando assim o monopólio do Estado em matéria de casamento”.

Creemos que, de um modo geral, não há razões para ferir de nulidade o contrato; a solução pode abonar-se, aliás, com a Recomendação n.º R (88) 3 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a

⁵² Cfr. RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, 1999, p. 473 s.

⁵³ Ou “de concubinato”, como se diz nos países onde o termo não é interdito. Cfr., p. ex., DELPIERRE-ROMAIN, *Les conventions de concubinage*, in “Le notaire, votre partenaire, aujourd’hui et demain”, Louvain-la-Neuve, 1992, p. 307 s., onde pode ver-se um modelo de contrato-tipo, e a bibliografia citada por SALTER CID, *A comunhão da vida...*, p. 779, nota (46).

validade de contratos e disposições testamentárias entre pessoas que vivem em união de facto. Mas, em último termo, a questão deve ser apreciada caso por caso, ou seja, cláusula por cláusula. São válidas todas as cláusulas que, segundo as regras do direito comum, poderiam ser estipuladas por quaisquer pessoas nos seus contratos: um mandato, um pacto de preferência, uma convenção de indivisão pelo prazo fixado no art. 1412.º, n.º 2, CCiv, uma prestação de garantia. A circunstância de os vários negócios ou atos jurídicos, lícitos em si mesmos, estarem reunidos num só não basta para invalidar o “contrato de coabitação”⁵⁴. O que é necessário é que este não exceda os limites da autonomia privada, violando disposições imperativas da lei. Decerto que o “contrato de coabitação” só pode regular os efeitos *patrimoniais* da união de facto, não os efeitos *pessoais*. Assim, a cláusula em que os membros da união de facto se impusessem obrigações como as previstas no art. 1671.º, n.º 2, ou no art. 1672.º, ou a que lhes proibisse romper a ligação, sancionando de um ou outro modo a rutura da união de facto, certamente não seriam válidas. Do mesmo modo não o seria a cláusula que por morte de um dos membros da união de facto atribuísse os seus bens ao outro; como pacto sucessório, estaria proibido por lei (art. 2028.º, n.º 2).

O Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, de 2009, vetado pela Presidência da República, continha uma norma que reconhecia expressamente a licitude de “... estipular cláusulas sobre a propriedade dos bens adquiridos durante a união” (art. 5.º -A, n.º 1).

Como é óbvio, o “contrato de coabitação” não se confunde com a união de facto. Esta não é um contrato, mas, como as palavras dizem, uma situação de facto a que a lei atribui efeitos jurídicos; pelo contrário, o “contrato de coabitação” é um contrato ou, dizendo melhor, uma união de contratos em que os membros da união de facto reúnem várias espécies contratuais em vista da organização convencional das suas relações patrimoniais, durante a vida da relação e após a extinção desta.

⁵⁴ Contra, CARBONNIER, *loc. cit.*, p. 708. Mas o argumento não parece decisivo, em face dos condicionamentos que referimos no texto.

b) Dissemos que as relações patrimoniais dos membros da união de facto se regem pelo direito comum das relações obrigacionais e reais, podendo aqueles contratar com terceiros ou entre si como se de estranhos se tratasse. É o princípio geral, que comporta, porém, a exceção prevista no art. 953.º, que manda aplicar às *doações*, devidamente adaptado, o disposto no art. 2196.º⁵⁵.

Uma das adaptações a fazer é a de que não releva aqui o regime do art. 2196.º, n.º 2, al. *a*). A doação produziria imediatamente os seus efeitos como doação *inter vivos*, se fosse válida; sendo nula, como é, não pode ser convalidada pelo facto posterior do divórcio ou da separação. Relativamente ao disposto na al. a) do n.º 2 do art. 2196.º, é de notar ainda que à hipótese de dissolução aí prevista deve ser equiparada a de declaração de nulidade ou anulação do casamento; e que, por outro lado, não parece justificada a exigência de seis anos de separação de facto desde que a al. *a*) do art. 1781.º (na nova redação que lhe deu a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) se contenta com um ano de separação de facto para poder ser pedido o divórcio litigioso.

Assim, nos termos da lei, é nula a doação à pessoa com quem o doador casado “cometeu adultério”.

Cfr. o ac. do S.T.J. de 24.1.2002 (*Col. Jur.* — S.T.J. 2002, t. 1, p. 51), o qual, num caso em que fora arguida a inconstitucionalidade do art. 2196.º, n.º 1, CCiv, por violação dos arts. 62.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, CRep, decidiu que o preceito não é inconstitucional.

Visando proteger o cônjuge do doador e sancionar a violação dos deveres matrimoniais, em particular dos deveres de fidelidade e respeito (art. 1672.º), parece claro que, para que a doação seja nula, é necessário que o adultério seja anterior; a doação que já tinha sido feita e aceita pelo donatário antes do adultério é plenamente válida⁵⁶. Menos claro é saber quando é que o doador

⁵⁵ Sobre a matéria, tem muito interesse o estudo de ALBINO MATOS, *União de facto e liberalidades*, na “Rev. do Notariado”, 1988, p. 365-404.

⁵⁶ Neste sentido, A. MATOS, *loc. cit.*, p. 388-9.

“cometeu adultério”. Tomada a disposição legal à letra, bastaria um ato isolado de adultério, uma relação acidental e esporádica, para tornar nula a doação que o cônjuge adúltero fizesse ao seu cúmplice; mas parece justificar-se uma interpretação restritiva do preceito, que só quererá abranger situações de união de facto ou concubinato duradouro. Note-se, por último, que o art. 953.º só fere de nulidade a doação quando o doador for *casado*. Se for solteiro, viúvo ou divorciado, a doação que faça é válida, não podendo ser invalidada como “ofensiva dos bons costumes”, nos termos do art. 280.º, n.º 2⁵⁷. Só assim não será se a doação se destinar a *pagar* o estabelecimento de relações sexuais, constituindo os bens ou valores doados, verdadeiramente, o *pretium stupri*. Em certas circunstâncias, p. ex., se a atribuição patrimonial for efetuada no termo de uma longa vida em comum, em que o donatário beneficiou largamente o doador na sua vida pessoal ou profissional, a atribuição pode até configurar o *cumprimento de uma obrigação natural*, quando, embora não judicialmente exigível, corresponda a um dever de justiça (art. 402.º). Tal qualificação terá relevância, não só para efeitos fiscais, mas também porque, não se tratando de doação, a atribuição não poderá ser revogada por ingratidão do donatário (art. 970.º) ou inoficiosidade (art. 2168.º), nem terá de ser restituída à massa da herança para efeito de cálculo da legítima (art. 2162.º).

A distinção já era feita por Manuel de Andrade, segundo o qual, se a liberalidade foi destinada a criar ou a manter a relação concubinária e assim ficou entendido ou acordado entre as partes, não se tratará verdadeiramente de uma doação, mas de um “contrato bilateral inominado do tipo *do ut facias*”, nulo por ilicitude da causa, dada a imoralidade do compromisso tomado pela pseudo-donatária, que constitui a *causa* da obrigação da outra parte ou da transferência de bens que ela pretendeu realizar. Cfr. *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II (1960), p. 347.

⁵⁷ Nem podendo ser revogada, nos termos do art. 1765.º, por não se tratar de doação entre cônjuges; mas a solução é discutível *de iure condendo*.

c) Os membros da união de facto vivem em comunhão de leito, mesa e habitação, *como se fossem casados*, o que cria uma aparência de vida matrimonial, que pode suscitar a confiança de terceiros que contratem com os membros da relação ou com um deles. Parece assim razoável estender à união de facto o art. 1691.º, al. b), CCiv, entendendo que os sujeitos da relação são solidariamente responsáveis (art. 1695.º, n.º 1) pelas dívidas contraídas por qualquer deles para ocorrer aos encargos normais da vida em comum.

Também assim, com base na “teoria da aparência”, Carbonnier, *cit.*, 21 éd., p. 33, segundo o qual a jurisprudência francesa segue a orientação do texto; Boulanger, porém, dizia que os tribunais se dividiam sobre a questão⁵⁸.

Este regime destinado a proteger terceiros parece impor-se, ainda que não tenha sido incluído expressamente na Lei n.º 23/2010, depois de ter figurado, em 2009, no Decreto da Assembleia da República n.º 349/X, então vetado pela Presidência da República (art. 5.º -A, n.º 3).

d) Questão que pode pôr-se é a de saber se a pessoa que vive em união de facto com outra pode exigir alimentos ao ex-cônjuge de quem se divorciou, se tiver necessidade deles e o ex-cônjuge tiver possibilidade de lhos prestar; se a pessoa que estava a receber uma pensão de sobrevivência por morte do cônjuge, ou uma pensão de alimentos do ex-cônjuge de quem se divorciara, perde o direito à pensão se passar a viver em união de facto; ou se a pessoa que recebia pensão de alimentos da herança do falecido, nos termos do art. 2020.º CCiv, perde o direito à pensão se passar a viver em outra união de facto (o art. 2020.º, n.º 3, manda aplicar ao caso previsto neste artigo o disposto no artigo anterior).

A circunstância de a pessoa passar a viver em união de facto influencia naturalmente as suas necessidades, podendo acontecer

⁵⁸ *Droit civil de la famille*, I, Paris, Economica, 1990, p. 362.

que, por tal razão, agora precise ou já não precise de alimentos. Não é essa a questão, mas a de saber se a união de facto, ela própria, *impede* a constituição de um direito a alimentos ou *extingue* a pensão ou o direito existente.

Questão diferente é a resolvida no ac. da Rel. de Coimbra de 28.3.2006 (*Col. Jur.* 2006, t. 2, p. 21), segundo o qual “o sobrevivente de união de facto que contrai casamento deixa de beneficiar de pensão por morte da pessoa com quem vivera, aplicando-se extensivamente o Decreto-lei n.º 322/90” (nos termos do art. 41.º, al. *a*), deste diploma, “o direito às pensões cessa com o casamento dos pensionistas cônjuges ou ex-cônjuges dos beneficiários”.

Os dados legais não abonavam a solução afirmativa. No que se referia à obrigação alimentar entre cônjuges ou ex-cônjuges, o art. 2019.º CCiv dispunha que o direito a alimentos cessava se o alimentado “se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral”; segundo o art. 47.º, n.º 1, al. *e*), do “Estatuto das Pensões de Sobrevivência” (Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março), relativo à pensão de sobrevivência do funcionalismo público, a qualidade de pensionista extingue-se “pela indignidade do pensionista resultante do seu comportamento moral, declarada por sentença judicial em ação intentada por qualquer dos herdeiros hábeis”; e o art. 41.º, al. *b*), do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro, sobre a proteção por morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, remete para o art. 10.º do mesmo diploma, cessando, pois, o direito à pensão de sobrevivência “com o reconhecimento judicial de que o pensionista se encontra nas situações previstas no art. 2034.º do Código Civil ou carece de capacidade sucessória por motivo de deserdação nos termos do art. 2166.º, considerando-se autor da sucessão o beneficiário falecido”. Na “indignidade” ou na “indignidade resultante do comportamento moral”, previstas nas duas primeiras disposições, caberão, p. ex., a prática da prostituição ou a exploração de uma casa de passe. Mas a união de facto não cabe manifestamente em qualquer das formulações referidas⁵⁹. Viver em união de facto não é uma “indignidade”. É uma opção de vida, manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, embora, como dissemos, o direito possa e deva estabelecer diferenças entre o casamento e a união de facto, justificadas pela diversidade das situações. Não deve deixar de notar-se, porém, como deste modo a união de facto é *favorecida* em relação ao

⁵⁹ Nem a união de facto é “mau procedimento” para o efeito previsto nos arts. 1933.º, n.º 1, al. *c*), e 1948.º, al. *b*), CCiv (nomeação e remoção do tutor); nem o facto de o arrendatário viver em união de facto configura uma utilização do prédio “contrária aos bons costumes”, para o efeito de o senhorio poder resolver o contrato de arrendamento com o fundamento do art. 1083.º, n.º 2, al. *b*), CCiv.

casamento, o qual faz cessar o direito do credor de alimentos ou do pensionista, nos termos das referidas disposições. O argumento de que a união de facto, ao contrário do que acontece com o casamento, é por natureza *precária* não basta para justificar a solução, que pode dissuadir as pessoas de casar, preferindo viver em união de facto para não perderem a pensão. O ac. da Rel. de Évora de 4.10.2001⁶⁰ decidiu que a pessoa que vive em união de facto com outrem não pode reclamar do seu ex-cônjuge o pagamento de alimentos, por aplicação *analógica* do art. 2019.º CCiv quando este se refere ao casamento. A solução afigura-se-nos duvidosa *de iure constituto*, mas cremos que, *de iure condendo*, uma alteração da lei que neste ponto equiparasse ao casamento a união de facto seria plenamente justificada.

Note-se que a união de facto foi expressamente equiparada ao casamento para este efeito, p. ex., na al. c) do art. 14.º do Decreto-lei n.º 466/99, de 6 de novembro, relativo às pensões por preço de sangue e serviços excecionais e relevantes prestados ao País, e no art. 8.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 118/83, de 25 de fevereiro, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 234/2005, de 30 de dezembro, que considera beneficiários familiares da ADSE as pessoas que vivam com o beneficiário titular em união de facto ou que com ele viviam à data da sua morte nas mesmas condições “enquanto não contraírem casamento ou constituírem nova união de facto”. Ainda que estabelecendo regime diverso, a Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, sobre o regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais (hoje revogada pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro), também equiparou ao casamento a união de facto: nos termos do n.º 3 do art. 20.º, qualquer das pessoas referidas nas als. a) e b) do n.º 1 *que contraia casamento ou união de facto* receberia por uma só vez o triplo do valor da pensão anual, exceto se já tivesse ocorrido a remição total da pensão. A Lei n.º 100/97 foi regulamentada, no respeitante à reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho, pelo Decreto-lei n.º 143/99, de 30 de abril (hoje revogado pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro), cumprindo notar que o art. 49.º, n.º 2, daquele diploma dispunha que para efeitos do art. 20.º da Lei n.º 100/97 “são consideradas uniões de facto as que preencham os requisitos do artigo 2020.º do Código Civil”. Relativamente à proteção da eventualidade de doenças profissionais, a Lei n.º 100/97 foi regulamentada pelo Decreto-lei n.º 248/99, de 2 de julho, que, no art. 12.º, n.º 1, al. a), reconhecia o direito a pensão por morte às “pessoas em união de facto”, considerando em união de facto, para efeitos desse diploma, “as pessoas não casadas ou separadas judicialmente de pessoas e bens que tenham vivido há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges à data do evento determinante do benefício atribuível” (n.º 5); o montante das pensões por morte concedidas ao cônjuge ou pessoa em união de facto, ao ex-cônjuge ou ao

⁶⁰ *Col. Jur.* 2001, t. 4, p. 266.

cônjuge separado de pessoas e bens, estava fixado no n.º 1 do art. 50.º, e o n.º 2 dispunha que qualquer dessas pessoas que *contraia casamento ou passe a viver em união de facto* receberia, por uma só vez, o triplo do valor da pensão anual, exceto se já tivesse ocorrido a remição total da pensão. Há a referir, por último, o Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de novembro, que estabelece o regime jurídico dos acidentes em serviço e das doenças profissionais ocorridos ao serviço da Administração Pública. O art. 18.º, relativo aos acidentes em serviço mas aplicável às doenças profissionais por força do art. 32.º, diz quais são as pessoas a quem é reconhecido o subsídio por morte, entre os quais se conta “a pessoa que vivia em união de facto com o falecido, nas condições referidas no n.º 1 do art. 2020.º do Código Civil” (n.º 3, al. *a*)); nos termos do art. 34.º, n.º 4, as pensões são pagas pela Caixa Geral de Aposentações de acordo com o regime geral, quanto às condições de atribuição, aos beneficiários, ao montante e à fruição. Note-se que a Lei n.º 100/97 e os Decretos-leis n.os 143/99 e 248/99 serão revogados logo que entrem em vigor as normas regulamentares previstas no art. 296.º, n.º 2 (cfr. art. 309.º, n.º 1), do Código do Trabalho (art. 21.º, n.º 2, als. *g*, *l* e *o*), da Lei n.º 99/2003). O regime geral dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais consta do Código do Trabalho (arts. 281.º-308.º e 309.º-312.º, respetivamente).

A redação de 2010 veio consagrar a equiparação recomendada; na verdade, segundo o art. 2019.º CCiv a união de facto também faz cessar a obrigação de alimentos que poderia decorrer de um casamento anterior. E, no que respeita à pensão de sobrevivência, também o recente Decreto-lei n.º 133/2012, de 27 de junho, veio proceder à alteração do art. 41.º do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro, passando agora a união de facto do pensionista (e não já apenas o seu casamento) a constituir igualmente causa de cessação do direito à referida pensão. Poderia dizer-se, em sentido contrário, que não há verdadeira analogia entre um novo casamento e uma união de facto. Na verdade, uma nova união de facto não faz nascer um novo obrigado a alimentos, ao contrário de um novo casamento; e pode dizer-se que é a existência deste novo obrigado a alimentos que justifica a cessação da obrigação anterior. Porém, também é razoável dizer-se que, apesar de a união de facto não criar uma obrigação recíproca de alimentos, faz parte da própria definição da união de facto a partilha de recursos para a vida em comum; e que parece insólito que se mantenha uma prestação

derivada de uma situação familiar prévia, que foi substituída por uma nova situação familiar, ainda que não fundada no casamento.

e) Como já se referiu (*supra*, n.º 21), o art. 3.º, al. *d)*, da Lei n.º 7/2001 torna aplicável aos membros da união de facto o regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens.

f) A pessoa que viva em união de facto com o beneficiário titular pode inscrever-se na Assistência na Doença aos Servidores do Estado (ADSE) como beneficiário familiar, nos termos do art. 7.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 118/83, de 25 de fevereiro, na redação que lhe deu o art. 1.º do Decreto-lei n.º 234/2005, de 30 de dezembro, e da Portaria n.º 701/2006, de 13 de julho, a qual exige, entre os documentos requeridos para prova da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia de que o interessado reside com o beneficiário titular há mais de dois anos e a declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que “assumem a união e de que esta perdura há mais de dois anos”. Note-se que o art. 8.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 118/83 permite ainda, nos termos previstos no n.º 2.º daquela Portaria, a inscrição como beneficiário familiar da pessoa que viveu em união de facto com o beneficiário titular já falecido.

28. Extinção da relação. A) Princípios gerais

A união de facto pode extinguir-se, quer pela rutura da relação, rutura por mútuo consentimento ou por iniciativa de um dos seus membros, quer em consequência da morte de algum deles. À dissolução da união de facto pelo falecimento de um dos membros da relação ou por vontade de um deles, acrescentou o art. 8.º, n.º

1, da Lei n.º 7/2001 a dissolução pelo casamento de qualquer dos membros da união de facto (al. c)); mas é pouco verosímil que um dos membros desta celebre casamento com outra pessoa sem que previamente tenha manifestado a vontade de romper a relação.

Extinta a relação, há que proceder à liquidação e partilha do património do casal, que pode suscitar dificuldades, sobretudo, quando a vida em comum durou muito tempo: haverá então, frequentemente, bens adquiridos pelos membros da união de facto, dívidas contraídas por um ou por ambos, contas bancárias em nome dos dois, confusão dos bens móveis de um e outro, etc. Não valendo aqui os arts. 1688.º e 1689.º CCiv, que só ao casamento respeitam, as regras a aplicar são as que tenham sido acordadas no “contrato de coabitação” eventualmente celebrado e, na sua falta, o direito comum das relações reais e obrigacionais. Nem está excluído que a liquidação do património do casal se faça segundo os princípios das sociedades de facto quando os respetivos pressupostos se verifiquem. Os princípios do enriquecimento sem causa são frequentemente invocados na jurisprudência, que entende que a liquidação e partilha do património adquirido pelo esforço comum se pode fazer na sequência de ação judicial de dissolução da união de facto, por dependência desta ação, ou em ação declarativa de condenação, em que o membro da união de facto que se considere empobrecido relativamente aos bens em cuja aquisição participou peça a condenação do outro a reembolsá-lo com fundamento no enriquecimento sem causa, *provando* que há um património comum resultante da união de facto vivida entre um e outro (não assim no caso de união conjugal, em que, no regime da comunhão de adquiridos, os bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimónio se consideram comuns, independentemente de qualquer prova)⁶¹.

⁶¹ Cfr. também o ac. da Rel. de Évora de 10.4.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 2, p. 242), o ac. do S.T.J. de 9.3.2004 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2004, t. 1, p. 112), o ac. da Rel. de Lisboa de 14.4.2005 (*Col. Jur.* 2005, t. 2, p. 92) e o ac. STJ de 09.27.2011 (www.dgsi.pt).

29. B) Rutura. Destino da casa de morada da família

Vimos já que os membros da união de facto não assumem qualquer compromisso; cada um pode romper a relação quando quiser, livremente e sem formalidades, sem que o outro possa pedir uma indemnização pela rutura. É a solução que resulta dos princípios gerais, pois nenhum deles tem *direito* de exigir do outro que mantenha a relação, e o seu *interesse* na manutenção da união de facto não está protegido por qualquer disposição legal destinada a proteger esse interesse (art. 483.º CCiv). E assim têm decidido os tribunais⁶². Não excluimos, porém, a possibilidade de a rutura da união de facto, em determinadas circunstâncias, se mostrar clamorosamente injusta, com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ao exercício do direito (art. 334.º). Suponhamos que um dos sujeitos rompe a ligação depois de dezenas de anos de vida em comum, e que o outro, já muito idoso e gravemente doente, sempre o auxiliara dedicadamente na sua vida pessoal e profissional. O abuso do direito não privará o sujeito, mesmo neste caso, do direito de romper a união de facto, mas obrigá-lo-á a reparar os prejuízos causados.

Questão com muito interesse prático é a do destino da casa de morada da família no caso de rutura da relação.

Há que distinguir conforme se trata de casa própria (comum ou própria de um dos membros da relação) ou de casa tomada de arrendamento.

⁶² Cfr., p. ex., o ac. do S.T.J. de 30.5.1961, no *BMJ* n.º 107, p. 557, o ac. da Rel. de Coimbra de 20.1.1998, *Col. Jur.* 1998, t. 1, p. 6, e o ac. da Rel. de Lisboa de 14.12.2006, *Col. Jur.* 2006, t. 5, p. 117. Decidiu no mesmo sentido o ac. do S.T.J. de 14.3.1990, no *BMJ* n.º 395, p. 591, por se tratar no caso de união de facto adulterina; considerou, porém, que “a ruptura sem justo motivo dessa situação paraconjugal não está excluída de tutela indemnizatória e do dever de assistência que a ordem jurídica define para a ruptura por divórcio no caso de casamento formalizado”, o que permite supor que teria decidido de outro modo se a situação fosse diferente.

Tratando-se de *casa própria*, o art. 4.º, da Lei n.º 7/2001 manda aplicar ao caso o art. 1793.º CCiv. Assim, se a casa de morada da família pertencer em compropriedade a ambos os membros da união de facto, qualquer deles pode pedir ao tribunal que lhe dê de arrendamento a casa, verificadas as condições e nos termos prescritos naquele artigo; do mesmo modo, se a casa for propriedade de um dos membros da relação pode o outro fazer pedido idêntico.

Se os membros da união de facto viviam em *casa tomada de arrendamento*, o mesmo art. 4.º manda aplicar, com as necessárias adaptações, o art. 1105.º CCiv. Assim, podem os dois acordar em que o arrendamento se transmita ao não arrendatário ou, se o arrendamento tinha sido feito pelos dois, “se concentre a favor de um deles” (art. 1105.º, n.º 1, CCiv). Na falta de acordo cabe ao tribunal decidir, tendo em conta as circunstâncias referidas no art. 1105.º, n.º 2, CCiv.

É de notar que a aplicação à união de facto dos arts. 1793.º CCiv e 1105.º CCiv, nos termos do art. 4.º da Lei n.º 7/2001, corresponde a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional. Com efeito, o ac. n.º 359/91, de 9 de julho⁶³, declarou a inconstitucionalidade do Assento do S.T.J. de 23 de abril de 1987⁶⁴, segundo o qual as normas dos n.os 2, 3 e 4 do art. 1110.º CCiv (correspondente ao art. 84.º RAU) não eram aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores; e o ac. n.º 1221/96, de 4 de dezembro⁶⁵, julgara “inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do artigo 1793.º do Código Civil na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação da união de facto, se constituída esta *more uxorio*, havendo filhos menores nascidos dessa união”. A Lei n.º 7/2001, porém, como já antes dela a Lei n.º 135/99, não só confirmou essa jurisprudência como a ampliou, admitindo que as mencionadas

⁶³ No BMJ n.º 409, p. 170, e na RLJ, ano 124.º, p. 294. Sobre o alcance do ac., cfr. LOPES DO REGO, *A transmissão do arrendamento nos casos de ruptura da união de facto — Problemas suscitados pela aplicação prática do Acórdão n.º 359/91 do Tribunal Constitucional*, na “Revista do Ministério Público”, ano 13.º (1992), p. 105 s., e SALTER CID, *Proteção da casa...*, p. 85 e nota (138) e p. 360 s.

⁶⁴ No BMJ n.º 366, p. 177.

⁶⁵ No DR, II série, de 8.2.1997, p. 1695. Antes do acórdão, o ac. do S.T.J. de 26.5.1993, na *Col. Jur. — S.T.J.* 1993, t. 2, p. 133, decidira que o disposto no art. 1793.º, n.º 1, CCiv não era aplicável ao caso de cessação da união de facto.

disposições legais se apliquem à união de facto mesmo que desta não haja filhos menores⁶⁶.

Sobretudo relativamente aos direitos concedidos no art. 4.º da Lei n.º 7/2001, importa ter em conta o disposto no art. 8.º, n.º 2, segundo o qual a dissolução da união de facto por vontade de um dos seus membros tem de ser declarada judicialmente quando se pretendam fazer valer direitos da mesma dependentes, declaração a proferir na ação onde os direitos reclamados são exercidos, ou em ação que siga o regime processual das ações de estado. Assim, o pedido de constituição de um direito ao arrendamento (art. 1793.º CCiv) ou de transmissão do direito ao arrendamento para o não arrendatário (art. 1105.º, n.º 1, CCiv) deve *cumular-se* com o de declaração judicial de dissolução da união de facto, sendo aquele pedido *dependência* deste⁶⁷. Como resulta do art. 5.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 272/2001, o pedido não é deduzido na conservatória do registo civil, mas no tribunal.

30. C) Morte

Vejam, por último, que direitos assistem ao membro sobrevivente no caso de morte de um dos sujeitos da união de facto.

a) Em primeiro lugar, o sobrevivente tem direito a exigir *alimentos* da herança do falecido. É o que dispõe o art. 2020.º CCiv, na redação de 2010.

Na versão anterior, a lei estabelecia uma ordem entre os obrigados a socorrer o membro sobrevivente da união de facto que carecesse de alimentos: os primeiros obrigados eram as pessoas

⁶⁶ Segundo o ac. da Rel. de Lisboa de 17.2.1994, na *Col. Jur.* 1994, t. 1, p. 125, o art. 84.º só seria aplicável à união de facto quando desta houvesse filhos menores.

⁶⁷ Cfr. o ac. da Rel. de Lisboa de 10.11.2005, na *Col. Jur.* 2005, t. 5, p. 93.

constantes das alíneas *a*) a *d*) do art. 2009.º (cônjuge ou ex-cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos); os segundos obrigados eram os herdeiros do falecido, pelas forças da herança; o terceiro era o Estado, através das prestações da segurança social, que só eram devidas quando se mostrava que não tinha sido possível obter satisfação através dos obrigados anteriores.

A redação nova da lei responsabiliza a herança do falecido pela satisfação de alimentos, sem que o interessado tenha de demandar previamente os seus familiares obrigados pelo artigo 2009.º (art. 2020.º).

A lei não exige que a união de facto não tenha sido adulterina durante o prazo de dois anos, o qual apenas é requerido como garantia de estabilidade da relação; basta que à data da morte o falecido não fosse casado ou estivesse separado de pessoas e bens, embora o seu casamento só se tivesse dissolvido por morte ou divórcio há menos de dois anos⁶⁸. O que a lei não quererá, sobretudo, é que, cumpridas as condições do art. 2020.º, a pessoa que vivia em união de facto com o falecido, sendo este casado à data da morte, venha exigir alimentos da herança ao viúvo ou viúva e aos filhos. Esta limitação estava expressa na anterior redação do art. 2010.º CCiv; hoje resulta, como já também resultava, do art. 2.º, *c*), da Lei n.º 7/2001.

Tem-se entendido que a medida dos alimentos é a fixada nas disposições gerais dos arts. 2003.º e 2004.º, e não a que seria necessária para manter o mesmo padrão de vida do “casal”, pois da união de facto nem decorre qualquer dever de assistência idêntico ao que a lei impõe aos cônjuges no art. 1675.⁶⁹

Mas deve ter-se em conta a evolução que tem sofrido o direito português e que pode influenciar o modo de entender esta questão. Por um lado, deixou de ser possível defender que a medida dos alimentos entre ex-cônjuges é o padrão de vida a que o casal se

⁶⁸ Cfr., neste sentido, o ac. do S.T.J. de 22.05.2013, em www.dgsi.pt

⁶⁹ Cfr., nesta orientação, o ac. do S.T.J. de 23.9.1998, na *Col. Jur.* — *S.T.J.* 1998, t. 3, p. 13.

habituará; na verdade, o art. 2016.º-A, n.º 5, nega expressamente esse critério; parece antes razoável dizer que os hábitos anteriores e a necessidade de aplicar as indicações constantes do n.º 1 daquele artigo recomendam a medida de um “mínimo decente”, acima do limiar de sobrevivência e abaixo do padrão anterior à dissolução do casamento. A lei n.º 61/2008 mostra que nem o dever recíproco de assistência entre cônjuges nem a ideia de solidariedade familiar que se projeta para além da dissolução foram suficientes para justificar o direito a manter o padrão de vida do casal. Por outro lado, é notório o crescimento dos efeitos das uniões de facto, exatamente no seu terreno de eleição – a proteção dos membros mais débeis no caso de morte. É fácil observar o movimento no sentido da equiparação à posição do cônjuge sobrevivente. Com efeito, a versão nova da Lei n.º 7/2001 atribuiu o direito às prestações por morte independentemente da necessidade de alimentos (art. 6.º, n.º 1), isto é, nas condições que já valiam para o cônjuge viúvo; o direito do membro sobrevivente da união de facto de exigir alimentos da herança (art. 2020.º CCiv) aproximou-se do apanágio do cônjuge sobrevivente (art. 2018.º CCiv). Pretende sublinhar-se, neste momento, que há uma certa aproximação entre as posições do cônjuge sobrevivente e do membro sobrevivente da união de facto neste tema dos alimentos. Sendo assim, parece desajustado manter o critério antigo da medida dos alimentos a que tem direito o membro sobrevivente da união de facto; o critério mais consentâneo com as mudanças registadas é o do “mínimo decente” que também se recomenda para o cônjuge sobrevivente.

Note-se que o direito a alimentos tem de ser exercido, sob pena de caducidade, nos dois anos seguintes à data da morte do autor da sucessão.

b) A Lei n.º 7/2001 concede ainda ao sobrevivente o *direito real de habitação da casa de morada da família* pelo prazo de cinco

anos (arts. 3.º, al. *a*), e 5.º, n.º 1⁷⁰. Este direito tem hoje uma proteção superior à que tinha, pois as disposições que o reconhecem aplicam-se mesmo que ao falecido sobrevivam descendentes com menos de um ano ou que com ele vivam há mais de um ano e pretendam continuar a viver na casa, ou ainda que haja disposição testamentária em contrário. Isto é, a redação nova encara mais nitidamente a necessidade de proteção do membro sobrevivido da união de facto e dá-lhe prioridade relativamente aos descendentes, tal como os cônjuges têm privilégios relativamente aos filhos. Se os descendentes forem só do falecido, certamente ficarão a cargo do outro progenitor, ou do membro sobrevivido da união de facto com quem viviam; se forem descendentes comuns, por maioria de razão devem seguir o seu progenitor que se torna titular do direito de habitação⁷¹. Este direito também não pode ser afastado por disposição testamentária do falecido porque a redação nova da lei considera que a proteção da casa de morada é o núcleo irredutível da proteção conferida ao membro sobrevivido da união de facto e, portanto, garante a proteção mesmo contra vontade do falecido.

Note-se que a redação anterior da lei apenas concedia ao sobrevivido o direito real de habitação da casa e não o direito de uso do recheio. A versão nova, para proteger mais eficazmente a continuidade do lar que viveu em união de facto, garante um direito de uso dos bens móveis utilizados por ambos na vida familiar.

A redação nova da lei dá relevo à circunstância de a união de facto ter sido duradoura. Assim, quando a união de facto durou mais do que cinco anos, os direitos de habitação do imóvel e o direito de uso do recheio são conferidos pelo tempo que a união de facto durou – seis, dez ou vinte anos, etc. (art. 5.º, n.º 2).

⁷⁰ Sobre a interpretação do preceito, cfr. o ac. do S.T.J. de 12.5.2005, na *Col. Jur.* — *S.T.J.* 2005, t. 2, p. 91.

⁷¹ No seguimento de FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto...*, 2.º ed., p. 250-255.

A redação de 2010 admite ainda uma prorrogação excepcional dos direitos de habitação e de uso, baseada em motivos de equidade, para atender a uma severa carência do interessado, e tendo em especial consideração cuidados pessoais que este tiver dispensado ao falecido ou a seus familiares. Para além das razões de carácter humanitário que podem justificar este regime, não é difícil imaginar que a dedicação pessoal comprovada do membro sobrevivente da união de facto pode ter libertado os parentes do falecido da necessidade de lhe prestar cuidados pessoais relevantes (art. 5.º, n.º 4).

A redação anterior da lei não previa o caso de os membros da união de facto serem comproprietários do imóvel. Tal hipótese é agora prevista na atual redação, que reconhece ao sobrevivente um direito de uso exclusivo da coisa comum durante os prazos estabelecidos no art. 5.º. Se eles fossem os únicos comproprietários, talvez fosse inútil qualquer referência, pois se a lei dava o direito real de habitação ao sobrevivente quando o falecido fosse o proprietário único do imóvel, por maioria de razão se aceitaria que o sobrevivente comproprietário beneficiasse do direito de usar a habitação contra uma eventual pretensão dos herdeiros da quota do falecido. Se os membros da união de facto não fossem os únicos comproprietários, e porventura até tivessem quotas inferiores às de outros consortes, pode valer a pena esclarecer que o membro sobrevivente tem um direito de *uso exclusivo* da coisa comum nos termos referidos, para impedir que os outros comproprietários reclamem a possibilidade de um uso concorrente⁷² (art. 5.º, n.º 3).

A redação anterior não dava relevo ao não-uso eventual que o membro sobrevivente dispense à casa. A redação nova, ao mesmo tempo que acrescenta os efeitos de proteção da casa de morada, dá relevância ao facto de o membro sobrevivente não a usar durante um ano – mostrando assim que ela não lhe é necessária – e

⁷² Segundo o art. 1406.º do Código Civil.

determina a caducidade dos direitos previstos, nesta hipótese (art. 5.º, n.º 5).

c) Depois de terminado o período em que o membro sobrevivente tem o direito de habitação, a versão anterior da lei não lhe dava mais proteção. Nas mesmas condições, a redação acrescenta a atribuição de um *direito de arrendamento*, nos termos gerais do mercado, salvo se estiverem reunidas as condições em que um senhorio pode denunciar um contrato de arrendamento. O tribunal pode intervir na definição das condições do contrato, designadamente na fixação da renda, quando houver desacordo acerca do que sejam as condições do mercado (art. 5.º, n.ºs 7 e 8).

d) A lei dava igualmente ao sobrevivente o *direito de preferência na venda da casa* pelo prazo de cinco anos, como dispõe o art. 9.º. A redação de 2010 reforça o direito de preferência, que dura por todo o tempo em que o membro sobrevivente tenha o direito de permanecer no imóvel, a qualquer título – como titular de um direito de habitação, como arrendatário, ou enquanto espera a celebração do contrato de arrendamento.

e) Outro importante efeito da união de facto é a *transmissão do direito ao arrendamento para habitação*, por morte do arrendatário, à pessoa que vivia com ele em união de facto. A matéria está hoje regulada no art. 1106.º CCiv, na redação que lhe deu o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) (Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro e, mais recentemente, Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto).

Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, a deficiente redação do preceito suscitava dúvidas.

Nos termos do art. 1106.º, n.º 1, o arrendamento para habitação não caducava por morte do arrendatário quando lhe sobrevivesse “cônjuge com residência no locado ou pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de facto

e há mais de um ano” (al. *a*)); ou “pessoa que com ele residisse em economia comum e há mais de um ano” (al. *b*)).

Em relação ao art. 85.º RAU que o precedeu, foram várias as alterações introduzidas.

Desde logo, enquanto na legislação anterior a pessoa que vivia em união de facto com o arrendatário vinha mencionada na al. *c*) do art. 85.º, n.º 1, RAU, depois do cônjuge (al. *a*) e até dos descendentes (al. *b*)), no art. 1106.º CCiv estava referida *ao lado* do cônjuge e *antes* dos descendentes⁷³ na al. *a*) do n.º 1 do preceito. O cônjuge e a pessoa que vivia em união de facto com o arrendatário ficaram assim equiparados, só com a diferença de que o membro sobrevivente da união de facto, mas não o cônjuge, devia ter vivido no locado com o arrendatário há mais de um ano.

Confrontando o art. 1106.º CCiv com o art. 85.º RAU, podia ainda notar-se que, enquanto o art. 85.º, n.º 1, al. *c*), dispunha que o arrendamento para habitação se transmitia à pessoa que vivia com o falecido arrendatário em união de facto há mais de dois anos *quando o arrendatário não fosse casado ou, sendo casado, estivesse separado de pessoas e bens*, o art. 1106.º, n.º 1, al. *a*), CCiv não fazia tal exigência. Assim, aparentemente, a união de facto adulterina teria tanta relevância, para este efeito, como a não adulterina; podia entender-se que o NRAU teria dado este passo no sentido da aproximação da união de facto ao casamento.

Sendo esta a solução que resultava da letra da lei, poderia dizer-se, porém, que o art. 1106, n.º 1 al. *a*), CCiv não formulava expressamente a exigência, que o art. 85.º RAU fazia, de que o arrendatário não fosse casado ou, sendo casado, estivesse separado de pessoas e bens porque tal lhe parecera inútil, uma vez que, nos termos do art. 2.º, al. *c*), da Lei n.º 7/2001, o casamento anterior não dissolvido, salvo se tivesse sido decretada a separação de pessoas e bens, era *impeditivo* dos efeitos jurídicos decorrentes daquela lei. Era a solução que, tanto quanto sabíamos, vinha sendo aceite pelos comentadores da nova lei do arrendamento urbano⁷⁴. Assim, se o falecido arrendatário estava separado de facto do seu cônjuge e vivia no locado há mais de um ano em união de facto com outra pessoa, o arrendamento não se transmitia à pessoa com quem ele vivia em união de facto, como pareceria resultar da al. *a*) do n.º 1 do art. 1106.º CCiv, mas à pessoa que preenchia as condições requeridas na al. *b*); se não houvesse ninguém nessas condições, o arrendamento caducaria.

⁷³ Quer dos descendentes comuns, o que pode justificar-se, quer dos descendentes do falecido arrendatário, o que é mais difícil de justificar. Note-se que os descendentes estão agora *diluídos* nas pessoas que viviam com o arrendatário em economia comum, a que se refere a al. *b*) do n.º 1 do art. 1106.º

⁷⁴ Cfr. SOUSA RIBEIRO, *O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise*, nos “Cadernos de Direito Privado” n.º 14 (abril-junho de 2006), p. 14, nota (17), e OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 41.

Questão duvidosa, na redação anterior à Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, era a de saber como devia ser entendida a expressão “em união de facto e há mais de um ano” na al. a) do n.º 1 do art. 1106^{o75}. Cremos que a expressão devia ser entendida no seu sentido literal: o arrendamento transmitia-se à pessoa que tivesse vivido com o arrendatário em união de facto há mais de dois anos (como o exigia o art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001) e, além disso, tivesse vivido com ele no locado há mais de um ano (naturalmente, bastavam dois anos de vivência em união de facto se pelo menos um ano tivesse sido vivido no local arrendado). A conjunção copulativa *e*, colocada entre as expressões “em união de facto” e “há mais de um ano”, teria sido intencionalmente posta na lei para traduzir essa ideia, arredando a solução que resultaria se se dissesse “em união de facto há mais de um ano”. Também neste aspeto, a nova lei do arrendamento urbano não teria querido derogar o disposto na Lei n.º 7/2001, que exigia que a união de facto durasse há mais de dois anos para que se produzissem os efeitos jurídicos atribuídos à relação.

A retirada da conjunção copulativa *e*, operada pela nova redação do art. 1106º, n.º 1, al. b), terá significado que houve o propósito de, para este efeito, afastar a exigência genérica de dois anos de duração da união de facto (estabelecida na Lei n.º 7/2001)⁷⁶. Para este efeito específico bastará agora, pois, que a união de facto se tenha mantido por um ano; mas exige-se ao mesmo tempo, compreensivelmente, que o transmissário vivesse já no locado há pelo menos um ano (art. 1106º, n.º 2)⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. SOUSA RIBEIRO e OLINDA GARCIA, *ests. cits.*, CUNHA DE SÁ e LEONOR COUTINHO, *Arrendamento urbano 2006*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 103, e MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 72, nota (76).

⁷⁶ Cfr. OLINDA GARCIA, *Arrendamento urbano anotado – Regime substantivo e processual (Alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 80-82.

⁷⁷ Aliás, se a exigência do decurso do prazo de um ano, estabelecida na al. b), do n.º 1, do art. 1106.º, se referisse à residência no locado, e não à duração da união de facto, a lei não teria necessidade de vir depois repetir aquela exigência no n.º 2 – o que vem confirmar a interpretação que fazemos no texto.

f) No caso de lesão de que proveio a morte de um dos membros da união de facto, o sobrevivido poderá exigir ao autor da lesão uma *indenização* dos prejuízos sofridos? Tratando-se de danos patrimoniais, a pretensão pode fundar-se no n.º 3 do art. 495.º CCiv se o falecido prestava alimentos ao sobrevivido, e a prestação, embora não judicialmente exigível, correspondia nas circunstâncias do caso a um dever de justiça e, portanto, ao cumprimento de uma obrigação natural (art. 402.º). Quanto aos danos não-patrimoniais, a questão era complexa. Em primeiro lugar, podia pensar-se que o art. 496, n.º 2, CCiv escusava de prever uma lista fechada de titulares eventuais de uma indenização, deixando a porta aberta para uma apreciação casuística dos pedidos formulados ao abrigo do n.º 1; mas um regime assim gerava uma grande incerteza e colocava o lesante no risco de ter de indemnizar um número incalculável de pessoas, desde que apresentassem pretensões convincentes. Em segundo lugar, perguntava-se se a exclusão deliberada do membro sobrevivido da união de facto significava uma desigualdade desproporcionada relativamente ao cônjuge.

O ac. n.º 275/2002 da 2.ª Secção do Trib. Const. de 19.6.2002 (*DR*, II série, de 24.7.2002, p. 12896) julgou “inconstitucional, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui a atribuição de um direito de ‘indenização por danos não patrimoniais’ pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges”. Considerou o ac. que o art. 496.º, n.º 2, CCiv também poderia julgar-se inconstitucional por violar o princípio da igualdade (art. 13.º CRep), mas preferiu julgá-lo inconstitucional por violar o art. 36.º, n.º 1, do qual poderia concluir-se (parece ser esta a ideia do ac.) que as disposições relativas ao casamento seriam virtualmente aplicáveis à união de facto, não podendo o legislador, “sem uma justificação razoável”, desproteger a união de facto em face do casamento. E não haveria justificação razoável, no caso de homicídio doloso, para conceder ao cônjuge do falecido direito a indenização pelos danos não patrimoniais sofridos e negar *qualquer* indenização por esses danos à pessoa que com ele vivia em união de facto — seria *excessiva, desproporcionada*, a diferença de tratamento entre as duas situações.

Deixando de parte questões que a solução do ac. colocaria (p. ex., se o falecido estava separado de facto do seu cônjuge e vivia em união de facto com outra pessoa, só esta e não o cônjuge poderia pedir indemnização pela dor sofrida? poderiam pedi-la os dois? e se ele vivia em união de facto com pessoa do mesmo sexo, poderia esta igualmente pedir indemnização dos danos não patrimoniais que a morte lhe tivesse causado?), observaremos apenas que, como resultará do que foi dito até aqui, não era este o nosso entendimento.

Quanto ao princípio da igualdade, dissemos já que casamento e união de facto são situações diferentes (os casados assumem o compromisso de vida em comum, os que vivem em união de facto não querem ou não podem assumir esse compromisso), o que permite supor que, na generalidade dos casos, a ligação entre os cônjuges seja mais forte e a sua união potencialmente mais estável. Não se trata, pois, de uma distinção “arbitrária” ou desprovida de fundamento “objetivo” ou “racional”, mesmo para o efeito previsto no art. 496.º, n.º 2, CCiv. Na lógica do ac., seriam inconstitucionais, por violarem o princípio da igualdade, todas as normas que concediam aos cônjuges, e só a eles, benefícios que mais tarde, nos anos 80 e 90, vieram a ser concedidos um a um às pessoas que viviam em união de facto (pensão de sobrevivência e subsídio por morte, pensão por preço de sangue, etc.), o que supomos nunca ninguém sustentou. Foram necessárias *successivas intervenções legislativas* para estender aquelas normas às uniões de facto; e assim também teria de ser se o legislador quisesse aplicar-lhes disposições que, como o art. 496.º, n.º 2, apenas ao casamento se referem.

A tese, que o ac. defendeu, de que o art. 496.º, n.º 2, CCiv seria inconstitucional por violar o art. 36.º, n.º 1, CREp, conjugado com o princípio da proporcionalidade, também não merecia a nossa concordância. O art. 36.º, n.º 1, é obscuro e tem sido objeto de várias interpretações, como veremos adiante (*infra*, n.º 43); mesmo que aceitássemos, porém, a interpretação que o ac. pressupôs e entendêssemos que o “direito a constituir família” se refere à união de facto, não cremos que o art. 36.º, n.º 1, conjugado com o princípio da proporcionalidade, pudesse invocar-se para fundamentar a inconstitucionalidade do art. 496.º, n.º 2, CCiv. Com a mesma lógica, não teríamos de julgar inconstitucionais as normas que consideram o cônjuge herdeiro legítimo (art. 2157.º CCiv) e o colocam na 1.ª classe de sucessíveis como herdeiro legítimo (art. 2133.º, n.º 1, al. a)), enquanto a pessoa que vivia com o falecido em união de facto só beneficia de um direito a alimentos sobre a herança se estiverem preenchidas as condições previstas no art. 2020.º, dada a flagrante *desproporção* existente entre os dois regimes?

A Lei n.º 23/2010 veio superar a discussão alargando a proteção das uniões de facto a este caso. Hoje, o art. 496.º, n.º 3, CCiv inclui o membro sobrevivente da união de facto entre os titulares da indemnização.

g) A lei dá ainda ao sobrevivivo *direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência*, tanto no caso de o falecido ser funcionário ou agente da Administração Pública ou da Administração Regional ou Local (arts. 40.º e 41.º do “Estatuto das Pensões de Sobrevivência” — Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março, na redação que lhes deu o Decreto-lei n.º 191-B/79, de 25 de junho, e arts. 3.º, n.º 1, al. *a*), 4.º, n.º 2, al. *b*), e 10.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro) como no caso de ser beneficiário do regime geral da segurança social (art. 8.º do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro, e Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de janeiro).

Sobre a questão de saber a partir de que data é devida a pensão de sobrevivência, ponto em que o regime da função pública e o regime geral da segurança social não são coincidentes, cfr. o ac. da Rel. de Évora de 9.11.2000 (*Col. Jur.* 2000, t. 5, p. 257), que considerou inconstitucional, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º CREP), o art. 41.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 142/73, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 191-B/79, entendendo que deve aplicar-se à pensão de sobrevivência de quem vivia em união de facto com funcionário ou agente da Administração Pública a mesma solução do regime geral da segurança social (art. 6.º do Dec. Reg. n.º 1/94, de 18 de janeiro). Cfr. ainda, no mesmo sentido, o ac. do S.T.J. de 22-4-2004 (*Col. Jur.* — *S.T.J.*, 2004, t. 2, p. 38).

De acordo com as leis anteriores à alteração de 2010, o acesso às prestações do Estado dependia de se demonstrar a necessidade de alimentos e ainda de se terem esgotado as duas vias particulares de satisfação das necessidades alimentares. A primeira via era a da satisfação pelos obrigados a alimentos; a segunda era a da satisfação através da herança do falecido.

Em face da confusa redação do art. 6.º da Lei n.º 7/2001, este Curso defendia que o direito às prestações por morte devia ser reconhecido por sentença proferida em “ação proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição” (art. 6.º, n.º 2), em que o sobrevivivo alegasse e provasse, não só que se verificavam as condições requeridas no n.º 1 do art. 2020.º

CCiv⁷⁸, além das condições gerais do art. 2004.º, mas também, segundo a jurisprudência dominante⁷⁹ que por nossa parte acompanhávamos⁸⁰, que não havia bens ou não havia bens suficientes na herança do falecido para satisfazer a obrigação de alimentos, e pedisse lhe fosse reconhecida a qualidade de titular da pensão pretendida (pensão de sobrevivência, subsídio por morte). Sobre o procedimento a adoptar pelo sobrevivivo, havia três situações possíveis, como explicava Salter Cid na minuciosa exposição que dedica ao assunto⁸¹. Se o sobrevivivo *soubesse que não havia bens na herança* à custa dos quais lhe pudessem ser prestados os alimentos de que necessitava, e por isso lhe seria inútil demandar a herança, podia demandar apenas a instituição competente para a atribuição das prestações por morte (Caixa Geral de Aposentações, Instituto de Solidariedade e Segurança Social). Se *soubesse que havia bens na herança mas que estes eram insuficientes* para satisfazer a sua necessidade de alimentos, podia do mesmo modo demandar somente essa instituição, alegando que, embora tivesse direito a exigir alimentos da herança, estes eram insuficientes para suportar o encargo, ou então, prevenindo a hipótese de a instituição alegar e provar a existência de bens na herança do falecido, demandar conjuntamente, numa só ação, a herança e a instituição, pedindo alimentos à herança e pedindo à instituição competente para a atribuição das prestações por morte o reconhecimento do seu direito a essas prestações. Se *não soubesse ao certo, de antemão, se havia ou não bens na herança do falecido*, podia demandar apenas a instituição, mas era de bom conselho demandar conjuntamente a herança e a instituição, pedindo alimentos à herança (pedido principal) e, para o caso de não haver bens na

⁷⁸ Ou seja: que vivia há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges com o falecido beneficiário, não casado ou separado de pessoas e bens, e que não podia obter alimentos dos familiares referidos nas als. *a*) a *d*) do n.º 1 do art. 2009.º CCiv (cônjuge ou ex-cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos).

⁷⁹ Recenseada até 2005 por SALTER CID, *A comunhão de vida...*, p. 547. Cfr. ainda o ac. do S.T.J. de 23.5.2006 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2006, t. 2, p. 100).

⁸⁰ A solução parecia decorrer do art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001: “em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança”, o direito às prestações efetiva-se mediante ação proposta contra a instituição competente, o que faz supor que tal direito não pode efetivar-se contra a instituição no caso contrário. No sentido que preconizávamos, o ac. n.º 134/2007 da 1.ª Secção do Trib. Const. de 27.2.2007 (*DR*, II série, n.º 121, de 26.6.2007) decidiu “não julgar inconstitucional a norma dos artigos 40.º, n.º 1, e 41.º, n.º 2, ambos do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março, na redação que lhes foi dada pelo Decreto-lei n.º 191-B/79, de 25 de junho, na interpretação segundo o qual aí se faz depender a titularidade do direito à pensão de sobrevivência, em caso de união de facto, da prova pelo companheiro sobrevivivo da impossibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido”.

⁸¹ *A comunhão de vida...*, p. 556-7 e 672, nota (325), que seguimos muito de perto na exposição. Cfr. também FRANÇA PITÃO, *ob. cit.*, p. 241 s.

herança ou estes serem insuficientes para satisfazer a obrigação de alimentos, pedindo à instituição competente (pedido subsidiário) o reconhecimento da titularidade do seu direito às prestações por morte. De todo o modo, e como já vinha entendendo a jurisprudência dominante antes da Lei n.º 135/99, não se tornava necessária a propositura de duas ações⁸².

O regime deu origem a um copiosa jurisprudência do Tribunal Constitucional⁸³. Os membros sobrevivivos de uniões de facto sentiam especiais dificuldades quando pretendiam obter prestações sociais, relativamente aos cônjuges sobrevivivos. Esta diferença enorme seria proporcional e compatível com a Constituição da República?

O ac. n.º 159/2005 da 2.ª Secção do Trib. Const. de 29.3.2005 (*DR*, II série, de 28.12.2005, p.18056) decidiu que não era inconstitucional o art. 41.º, n.º 2, 1.ª parte, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, interpretado no sentido de que “a titularidade de pensão de sobrevivência em caso de união de facto depende de o companheiro do falecido estar nas condições do artigo 2020.º do Código Civil, isto é, de ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º, n.º 1, alíneas *a*) a *d*)”, do mesmo Código”.

Como o ac. n.º 88/2004 da 3.ª Secção do Trib. Const. de 10.2.2004 (*DR*, II série, de 16.4.2004, p. 5962) tivesse decidido em sentido contrário⁸⁴, foi inter-

⁸² Nesta orientação, já antes da Lei n.º 135/99, decidira o ac. do S.T.J. de 9.2.1999, *Col. Jur.* — *S.T.J.* 1999, t. 1, p. 89. Interessam ainda ao tema o ac. do S.T.J. de 29.6.1995, *Col. Jur.* — *S.T.J.* 1995, t. 2, p. 147, o ac. do S.T.J. de 25.6.1996, *BMJ* n.º 458, p. 335, o ac. do S.T.J. de 6.7.2005 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2005, t. 2, p. 163), o ac. da Rel. de Lisboa de 14.5.1998, *Col. Jur.* 1998, t. 3, p. 100, e o ac. da Rel. de Évora de 29.10.1998, *Col. Jur.* 1998, t. 4, p. 273. Sobre a matéria, em face da legislação anterior à Lei n.º 7/2001, pode ver-se REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos*, cit., p. 234 s.

⁸³ Veja-se, por todos, o Acórdão n.º 651/2009, relatado pela Conselheira Maria Lúcia Amaral.

⁸⁴ A inconstitucionalidade dos arts. 40.º, n.º 1, e 41.º, n.º 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência decorreria, segundo o ac. n.º 88/2004, de “violação do princípio da proporcionalidade, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 36.º, n.º 1, e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República”. Na doutrina o ac. mereceu fundadas críticas de RITA LOBO XAVIER, *União de facto e pensão de sobrevivência*, in “Jurisprudência Constitucional” n.º 3 (julho/setembro 2004), p. 16 s., e SALTER CID, *A comunhão de vida...*, cit., p. 551 s.; apoiando o ac., cfr. GUILHERME DA FONSECA, *Um Acórdão/Uma homenagem*, in “Revista do Ministério Público”, ano 25.º, n.º 98 (abril-junho de 2004) p. 157

posto recurso ao abrigo do art. 79.º-D da “Lei do Trib. Const.” para o *plenário* do Tribunal Constitucional, que negou provimento ao recurso e manteve a orientação fixada no referido ac. n.º 159/2005, de que *não era inconstitucional* a exigência de que o membro sobrevivente da união de facto, para ter acesso a pensão de sobrevivência, estivesse nas condições do art. 2020.º CCiv, ou seja, tivesse direito a exigir alimentos da herança do falecido por não os poder obter das pessoas mencionadas nas als. *a)* a *d)* do n.º 1 do art. 2009.º do mesmo Código (ac. n.º 614/2005, de 9.11.2005 — *DR*, II série, de 29.12.2005, p. 1811).

A versão de 2010 da Lei n.º 7/2001 alterou o regime.

Em primeiro lugar, o acesso a prestações do Estado não devia ser rejeitado com a alegação de que o membro sobrevivente da união de facto só tem direito à sua própria segurança social; de que só o cônjuge sobrevivente devia beneficiar das prestações porque ficou privado das obrigações de assistência decorrentes do casamento e que não existem na união de facto, e que criam uma “presunção de dependência” ou uma “presunção de necessidade”⁸⁵. Na verdade, o membro sobrevivente da união de facto também ficou privado da assistência que decorre da vida em comum – da partilha de recursos e da comunhão informal em que viveu, e que pertence ao próprio conceito de união de facto como “comunhão de leito mesa e habitação”, em “condições análogas às dos cônjuges”. Afinal, é também este valor de assistência, embora informal, que justifica que uma união de facto faça cessar prestações anteriores baseadas num casamento dissolvido (cfr. a nova redação do art. 2019.º CCiv)⁸⁶.

Em segundo lugar, deve reconhecer-se que havia várias possibilidades de alterar o regime vigente num sentido mais protetivo do membro sobrevivente da união de facto. A lei nova poderia ter

s., e PIRES DA ROSA, *Ainda a união de facto e a pensão de sobrevivência*, na “*Lex Familiae*”, ano 3, n.º 5, p. 111 s.

⁸⁵ Cfr. o ac. TC n.º 134/2007, 1.º secção, p. 22, e as autoras aí citadas.

⁸⁶ Veja-se esta ideia superiormente defendida por Joaquim Sousa Ribeiro, no voto de vencido anexo ao Acórdão do TC citado na nota 19.

conferido o direito às prestações se se demonstrasse a necessidade de alimentos e logo que não tivesse sido possível obter satisfação da necessidade através da herança do falecido; deste modo, o interessado ficaria sempre dispensado de tentar obter os alimentos de que carecia através dos obrigados tradicionais mencionados nas alíneas a) a d) do artigo 2009.º. Numa versão ainda mais favorável à proteção dos membros sobrevividos da união de facto – e mais onerosa para o Estado – poderia conceder-se o direito às prestações sociais dispensando os tradicionais obrigados a alimentos e sem responsabilizar previamente a herança do falecido. Poderia mesmo dispensar-se a prova da necessidade de alimentos, tal como acontece relativamente aos cônjuges sobrevividos.

A versão mais protetiva foi a solução adotada pelo novo art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001; esta norma dispensa o membro sobrevivido da prova da necessidade de alimentos e deste modo aceita que ele se dirija imediatamente contra a instituição competente para a atribuição de pensões.

Pode discutir-se se este regime é coerente com o movimento no sentido de retornar às obrigações tradicionais da solidariedade familiar que, por exemplo, justificou o regime do Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de dezembro (“Complemento solidário para idosos”).

Simultaneamente, o art. 2010.º, n.º 1, CCiv aceita que ele reclame os alimentos imediatamente da herança do falecido.

b) A Lei n.º 7/2001 concede também a quem vivia em união de facto com o falecido (união heterossexual ou homossexual) o *direito às prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional* (art. 3.º, al. *f*); cfr. os arts. 20.º-22.º da Lei n.º 100/97, de 13 de setembro) e *às pensões de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País* (art. 3.º, al. *g*); cfr. os arts. 5.º, 6.º e 8.º do Decreto-lei n.º 466/99, de 6 de novembro).

i) Refira-se, por último, o art. 251.º, n.º 2, do Código do Trabalho, que permite ao trabalhador *faltar* justificadamente cinco dias consecutivos por falecimento da pessoa com quem vivia em união de facto, desde que esta durasse há mais de dois anos (como resulta dos arts. 1.º, n.º 2, e 3.º, al. c), da Lei n.º 7/2001, a “legislação especial” para a qual aquela disposição remete).

Secção II — Apadrinhamento civil

Bibliografia portuguesa

ALFAIATE, Ana Rita e RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Reflexões a propósito do apadrinhamento civil*, in «Revista do CEJ» n.º 1, 2013, p. 117-142; Observatório Permanente da Adoção, *Regime Jurídico do apadrinhamento civil - anotado*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2011;

30-a. Noção e finalidades

O apadrinhamento civil foi instituído no direito português pela Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro. Pretendeu acrescentar os meios alternativos à institucionalização através de uma forma de acolhimento duradoura. Assim, tem em vista possibilitar às crianças e jovens cujos pais, por alguma razão, não estejam em condições de exercer de modo adequado as responsabilidades parentais a integração num ambiente familiar, de forma permanente, que estabeleça laços afetivos e permita o seu bem-estar e desenvolvimento.

Embora, em certa medida, os padrinhos substituam as pessoas que normalmente exercem as responsabilidades parentais – os pais

– a verdade é que o apadrinhamento civil não aspira, porém, a igualar-se à relação de parentalidade. Com efeito, a coexistência de vínculos biológicos e vínculos afetivos típicos do apadrinhamento civil configurará a generalidade dos casos.

O apadrinhamento civil constitui-se por acordo entre todos os interessados, homologado pelo tribunal; ou, na falta de acordo, por sentença judicial (art. 2.º). Os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, embora se reconheçam certos direitos aos progenitores (art. 8.º). Os padrinhos consideram-se ascendentes em 1.º grau do afilhado para efeitos da obrigação de alimentos (art. 21.º). O afilhado integra-se no agregado familiar dos padrinhos, para vários efeitos (art. 23.º). O vínculo é permanente, ressalvados os casos excepcionais de revogação (art. 25.º). Está sujeito a registo civil (art. 28.º).

Secção III — Filiação baseada no consentimento, no contexto de reprodução assistida

30-b. Noção

Segundo a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (arts. 20.º, 23.º, n.º 2, 26.º, 27.º e 47.º), nascem vínculos jurídicos que não têm um substrato biológico e, portanto, não se podem reconduzir ao conceito de parentesco. São vínculos que assentam no consentimento prestado para a utilização das técnicas de procriação assistida a que a lei dá relevância, tal como faz para o consentimento dado para a adoção.

A lei considera o vínculo como um vínculo de filiação e de paternidade, para todos os efeitos, pelo que não há qualquer dúvida de que se trata de uma relação familiar.

Capítulo III. Relações parafamiliares

30-c. Generalidades

Chamamos *parafamiliares* a relações que, não sendo propriamente relações de família, são conexas com elas, estão equiparadas a relações de família para determinados efeitos, ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal ou às relações de parentesco, afinidade e adoção.

31. Relação entre esposados

Não se estabelece qualquer relação de família entre os esposados, ou seja, entre as pessoas que estão para casar, mas a *relação entre esposados* já é tomada em conta pela lei para variados efeitos. O contrato-promessa de casamento é objeto de particular regulamentação no Código Civil (arts. 1591.º-1595.º); as doações entre esposados, feitas em vista do casamento em perspectiva, têm disciplina própria, destinada a garantir a sua estabilidade (arts. 1753.º-1760.º); a paternidade presume-se quando o pretenso pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, e o consentimento dela tenha sido obtido por meio de promessa de casamento (art. 1871.º, n.º 1, al. *d*)); etc.

32. Relação entre ex-cônjuges

O divórcio extingue a relação matrimonial, mas a *relação entre os ex-cônjuges* continua a ter relevância jurídica, como veremos no curso da exposição. Assim, p. ex., o cônjuge que tenha adotado apelidos

do outro pode conservá-los se o ex-cônjuge der o seu consentimento ou se o tribunal ou o conservador do registo civil o autorizar (art. 1677.º-B CCiv e art. 5.º, n.os 1, al. *d*), e 2, do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro); um dos ex-cônjuges pode ser obrigado a prestar alimentos ao outro (art. 2016.º); falecido um deles, pode o sobrevivente ter direito a pensão de sobrevivência (arts. 40.º, n.º 1, al. *a*), e 41.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março, e art. 7.º do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro); etc.

33. Vida em economia comum

Como relação parafamiliar deve ainda considerar-se a relação de *vida em economia comum*, institucionalizada pela Lei n.º 6/2001, de 11 de maio. Para os efeitos aí previstos, entende-se que vivem em economia comum as pessoas “que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreaajuda ou partilha de recursos” (art. 2.º, n.º 1)⁸⁷. Pode tratar-se de familiares ou de estranhos, de pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, de duas ou de mais de duas pessoas, desde que pelo menos uma delas seja maior (art. 2.º, n.º 2). A vida em economia comum não tem conotação sexual, como a união de facto, o que explica que possam viver em economia comum o pai e o filho ou a filha, os irmãos, etc. Por falta de uma “vivência em comum de entreaajuda ou partilha de recursos”, não há “vida em economia comum” nas situações previstas, designadamente, nas als. *a*) e *b*) do art. 3.º. Note-se que a “entreaajuda” e a “partilha de recursos” estão postas em alternativa na definição

⁸⁷ Cfr., na doutrina, os desenvolvimentos de FRANÇA PITÃO, *Unões de facto e economia comum*, 3.ªed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 291 s., e na jurisprudência, p. ex., o ac. da Rel. de Coimbra de 8.4.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 2, p. 34).

da lei. Não se exige pois que as pessoas ponham em comum os seus rendimentos e recursos; é suficiente uma vivência em comum de “entreaajuda”, em que as pessoas vivem em comunhão de mesa e habitação contribuindo para os respetivos encargos. A Lei n.º 6/2001 sobre a “vida em economia comum” não contém mais que uma regulamentação sumária da matéria. Em particular, a lei não diz como se constitui a relação e que requisitos são necessários para que se verifique uma efetiva situação de “entreaajuda”, se há um dever de contribuir para as despesas da casa e em que termos, como se regulam a responsabilidade por dívidas, a propriedade dos bens adquiridos a título oneroso durante a vida em economia comum e a partilha dos mesmos bens quando a relação se extinguir, etc. Como a prática certamente virá a revelar, a aplicação da lei suscita muitas dificuldades.

A “vida em economia comum” é distinta da “união de facto”, regulada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto; mas, como dispõe o art. 1.º, n.º 3, da Lei n.º 6/2001, a coabitação em união de facto não impede a aplicação dos preceitos desta lei. Quem vive em união de facto vive em economia comum⁸⁸, mas não necessariamente ao contrário. As pessoas que vivem em economia comum podem viver ou não em união de facto, a qual, além da “comunhão de mesa e habitação”, supõe ainda a “comunhão de leito” (heterossexual ou homossexual), ou seja, que os sujeitos mantenham entre si relações de sexo. Se as pessoas que vivem em economia comum coabitarem em união de facto, a Lei n.º 6/2001 e a Lei n.º 7/2001 são ambas aplicáveis, desde que não se verifique qualquer das situações previstas no art. 3.º da Lei n.º 6/2001 e no art. 2.º da

⁸⁸ Cfr. o art. 1093.º, n.º 2, CCiv, que, para o efeito aí tido em vista, considera “sempre como vivendo com o arrendatário em economia comum”, além de outras, a pessoa que viva em união de facto com ele.

Lei n.º 7/2001. Os interessados podem pois invocar os direitos decorrentes de uma lei ou da outra.

Os direitos atribuídos às pessoas que vivem em economia comum há mais de dois anos são os mencionados nas cinco alíneas do n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 6/2001. São direitos mais fracos do que os conferidos pelo art. 3.º da Lei n.º 7/2001 às pessoas que vivem em união de facto, como resulta do confronto das duas disposições. Os benefícios a que se referem as als. *e*), *f*) e *g*) do art. 3.º da Lei n.º 7/2001 não têm aplicação ao caso de vida em economia comum. Além disso, a proteção da casa de morada comum também é mais fraca, pois, no caso de separação, não se aplicam aqui os arts. 1105.º e 1793.º CCiv, e, no caso de morte do proprietário da casa de morada comum, as pessoas que com ele viviam em economia comum não beneficiam de direito real de habitação sobre a casa e do uso do recheio, nem de direito de preferência na sua venda se ao falecido sobreviverem (art. 5.º). Por último, quanto à transmissão do arrendamento por morte, enquanto a pessoa que vivia em união de facto com o arrendatário beneficia da transmissão em igualdade de circunstâncias relativamente ao cônjuge (art. 1106.º, n.º 3, CCiv), na hierarquia estabelecida no art. 1106.º, n.º 1, CCiv, as pessoas que com ele vivessem em economia comum ocupam o segundo lugar nessa hierarquia.

Quando não se verifique nenhuma das circunstâncias mencionadas no art. 3.º da Lei n.º 6/2001, as pessoas que vivem em economia comum beneficiam do regime jurídico de férias, feriados e faltas aplicável por efeito de contrato individual de trabalho equiparado ao dos cônjuges (cfr. os arts. 241.º, n.º 7, e 251.º, n.º 2, do Código do Trabalho)⁸⁹; beneficiam do regime do IRS nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados

⁸⁹ Se a vida em comum integrar mais de duas pessoas, estes benefícios só podem ser exercidos em cada ocorrência por uma delas (art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 6/2001).

de pessoas e bens (arts. 14.º, 59.º e 69.º do Código do IRS)⁹⁰; no caso de morte do proprietário da casa de morada comum, as pessoas que com ele viviam em economia comum há mais de dois anos gozam de direito real de habitação sobre a casa pelo prazo de cinco anos e de direito de preferência na venda da casa pelo mesmo prazo, se não se verificarem as circunstâncias previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 5.º da Lei n.º 6/2001; e podem suceder no direito ao arrendamento para habitação (art. 1106.º, n.º 1, al. *c*), CCiv).

Deve notar-se que expressões como “vida em comum”, “vida em economia comum”, “comunhão de mesa e habitação”, “convivência”, etc., já eram usadas na legislação portuguesa antes da Lei n.º 6/2001. Assim, p. ex., no direito do arrendamento para habitação, a lei permite que residam no prédio, além do arrendatário, “todos os que vivam com ele em economia comum” (art. 1093.º, n.º 1, al. *a*), CCiv); o arrendamento para habitação pode transmitir-se por morte do arrendatário às pessoas que com ele “residissem em economia comum” (art. 1106.º, n.º 1, al. *c*), CCiv); o art. 1040.º, n.º 3, CCiv refere-se à relação entre o locador ou o locatário e os parentes, afins ou serviçais “que vivam habitualmente em comunhão de mesa e habitação” com eles, considerando-os “familiares” para os efeitos aí previstos; na escolha do cabeça-de-casal de entre os herdeiros legais do mesmo grau de parentesco, a lei dá preferência aos que “viviam com o falecido” há pelo menos um ano à data da morte (art. 2080.º, n.º 3, CCiv); o art. 3.º do Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro, sobre a atribuição do subsídio por morte no regime geral de proteção social da função pública, dispõe que o cônjuge sobrevivente ou a pessoa que vivia com ele em união de facto só tem direito a perceber o subsídio por morte se à data do falecimento do funcionário ou agente vivia com ele “em comunhão de mesa e habitação”; etc.

⁹⁰ Cfr. *supra*, n.º 27, al. *e*).

Creemos que a Lei n.º 6/2001 deixou intocadas todas estas normas (cfr. o art. 1.º, n.º 2); em particular, não deve exigir-se que a “vida em economia comum”, a “comunhão de mesa e habitação” ou a “convivência” requeridas nos mencionados preceitos ou em outros semelhantes durem há mais de dois anos, prazo que só é necessário para que a “vida em economia comum” produza os efeitos previstos nas várias alíneas do n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 6/2001.

34. Relação entre tutor e tutelado

O tutor pode ser e é frequentemente da família do tutelado, mas também pode não o ser (art. 1931.º); não sendo uma relação de família, a *relação entre tutor e tutelado* pode todavia considerar-se parafamiliar, tanto mais que o tutor tem em princípio os mesmos direitos e obrigações dos pais (art. 1935.º, n.º 1).

35. Pessoa a cargo de outra

O facto de uma pessoa estar *ao cuidado ou a cargo de outra* cria entre ambas uma relação que, não sendo propriamente uma relação de família, tem importantes efeitos no âmbito do direito da família. Assim, é requisito da adoção que o adotando tenha estado ao cuidado do adotante durante certo prazo (art. 1974.º, n.º 2); a lei exige, para que a adoção seja decretada, o consentimento do ascendente, do colateral até ao 3.º grau ou do tutor, quando, tendo falecido os pais do adotando, tenha este a seu cargo e com ele viva (art. 1981.º, n.º 1, al. *d*)); os pais e os avós têm de estar a cargo do contribuinte à data da morte para terem direito a pensão de sobrevivência (art. 44.º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência — Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março) ou subsídio por morte (art. 14.º do Decreto-lei n.º

322/90, de 18 de outubro); o direito à pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País só é reconhecido, em princípio, às pessoas que, incluindo-se em alguma das alíneas do n.º 1 do art. 5.º e reunindo os requisitos indicados no art. 8.º do Decreto-lei n.º 466/99, de 6 de novembro, estivessem a cargo do falecido à data do óbito (art. 7.º); etc.

36. Pessoa criada e sustentada por outra

Merece ainda referência o art. 5.º, n.º 1, al. *b*), do Decreto-lei n.º 466/99, que permite seja estabelecida em benefício da pessoa que tenha *criado e sustentado* o falecido a pensão de preço de sangue, valendo regime idêntico quanto à pensão por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País (art. 6.º).

Capítulo IV. Aspectos sociológicos

Bibliografia portuguesa

A. DELGADO e K. WALL (COORD.), *Famílias nos Censos 2011. Diversidade e Mudança*, INE/Imprensa de Ciências Sociais, 2014; TORRES, Anália, *Divórcio em Portugal. Ditos e interditos*, Oeiras, Celta Editora, 1996; Id., *Sociologia do casamento*, Oeiras, Celta Editora, 2001; Id., *Casamento em Portugal*, Oeiras, Celta Editora, 2002.

37. Da “grande família” à “pequena família”

A noção jurídica de família que enunciámos no Capítulo I não corresponde porém a qualquer realidade sociológica. Como grupo social, a família é nas modernas sociedades industriais a

“pequena família” (“família nuclear”, “família-célula”), ou seja, normalmente, a família conjugal, constituída pelos cônjuges e pelos filhos menores.

Mas a composição da “família conjugal” é muitas vezes mais ampla: os filhos continuam a viver com os pais mesmo depois da maioridade, até contraírem casamento, a família integra os pais ou os sogros, a tia solteira, etc. E mesmo quando os pais ou os sogros não vivem com o casal, estão presentes no desempenho de muitas tarefas que importam no quotidiano da vida familiar; na verdade, o aumento da esperança de vida e a melhoria das condições económicas das pessoas mais velhas, através das pensões de reforma ou dos aforros privados, favorece um convívio mais longo e próximo entre as gerações⁹¹.

A “pequena família” apresenta-se outras vezes como “família incompleta” (p. ex., o cônjuge viúvo e os filhos, a mãe solteira e o filho natural). Como quer que seja, a “grande família” característica da economia agrária, em que os vínculos conjugais se diluíam e perdiam, por assim dizer, a sua individualidade própria, constitui um tipo familiar praticamente desaparecido na Europa.

38. Funções da família

A evolução da família, ao longo dos tempos, mostra-nos que esta tem perdido algumas das suas funções tradicionais. Perdeu a função política que tinha no direito romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição ao *paterfamilias* de todos os seus membros. Perdeu a função económica de unidade de produção, embora continue a ser normalmente uma unidade de consumo.

⁹¹ M. SEGALÉN, *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar, 1999, p. 17.

As funções educativa, de assistência e de segurança, que tradicionalmente pertenciam à família, tendem hoje a ser assumidas pela própria sociedade⁹². Por último, a família deixou de ser fundamentalmente o suporte de um património de que se pretenda assegurar a conservação e transmissão, à morte do respetivo titular. Pode notar-se, neste último aspeto, que a Reforma de 1977 deu uma posição sucessória mais forte ao cônjuge sobrevivente, que concorre em propriedade com os descendentes, se os houver, ou com os ascendentes, na falta dos primeiros (art. 2133.º, als. *a*) e *b*) do n.º 1); assim, os “bens de família” podem sair agora da linha consanguínea do *de cuius* para entrar na linha consanguínea do outro cônjuge.

Antes da Reforma o cônjuge sobrevivente integrava a 4.ª classe de sucessíveis, depois dos descendentes, dos ascendentes e dos irmãos e seus descendentes. Quando fossem chamados à herança os sucessíveis da 3.ª classe, o cônjuge tinha direito ao simples usufruto vitalício dos bens deixados; a raiz era atribuída aos irmãos e seus descendentes, para que aqueles bens não se desviassem da sua linha familiar.

A desfuncionalização da família reforçou porém a sua intimidade, e permitiu que se revelassem, por assim dizer, as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar: nas relações entre os cônjuges, a sua mútua gratificação afetiva, e, por outro lado, a socialização dos filhos, ou seja, a transmissão da cultura, como conjunto de normas, valores, “papéis” e modelos de comportamento dos indivíduos. Embora tal “socialização” se faça também na escola e mesmo fora desta, a família é ainda hoje o grande mediador cultural, nela se operando, como alguém escreveu, o “segundo nascimento” do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sociocultural, depois do seu “primeiro nascimento” como indivíduo físico.

⁹² Cfr., a propósito, M. N. LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony, 1981, p. 173 s.

39. Do casamento “instituição” ao casamento “relação pura”

Apesar de todas as diferenças nos tempos e nos espaços culturais, parece certo que a família, no ocidente europeu, até ao século dezanove, chamava a si o casamento dos seus membros, de tal modo que as uniões oficiais eram determinadas pelo grupo a que pertenciam os noivos e a vida matrimonial decorria no quadro desse grupo, respeitando os seus valores e as suas exigências, cumprindo um destino pré-definido, com uma relevância fundamentalmente económica e reprodutiva — o “casamento aliança”.

Assim, pode dizer-se que, em dezoito séculos de história depois de Cristo, não tinha sentido falar de uma história particular de cada casal dentro da respetiva família, ainda que isto não signifique, ao contrário do que se pensou até aos estudos da escola de Cambridge, que a humanidade vivia em famílias alargadas como a sociologia antiga fizera crer. A humanidade viveu sempre em pequenas famílias — o que não houve, até ao século dezanove, foi uma cultura particular gerada pelas pequenas famílias, diferente da cultura do grupo, autónoma e autosuficiente.

O séc. XIX impôs a generalização, em toda a Europa, do modelo de “família nuclear” — o agregado constituído por pai, mãe e filhos — formado a partir de uma nova cultura do casamento e da família. O casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respetivas famílias. Estava adquirido, nessa época, o ideal romântico do matrimónio, do casamento “por amor”.

O casamento romântico, porém, não estava menos submetido do que o anterior “casamento aliança” a um conjunto de normas rígidas “universais” acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. Este conceito de casamento que estruturava a família nuclear assentava num código de valores comuns à burguesia industrial da época e determinava um

estatuto desigual para os homens e para as mulheres. O homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado à mulher era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afetivo de que ele precisava — na frase sugestiva de Beck, o homem encarregava-se de ganhar o pão-de-cada-dia e a mulher punha-lhe a manteiga no pão⁹³. Por outro lado, o conteúdo da relação matrimonial apresentava-se “dado” pelas normas de conduta generalizadas e uniformes, e as primeiras codificações continham regras pormenorizadas acerca dos deveres pessoais dos cônjuges. Dito de outra maneira, a família nuclear era uma instituição organizada segundo códigos sociais pormenorizados, que comportava o desenvolvimento de um só projeto de individualização — uma biografia do marido. Em suma: “dois numa só carne”⁹⁴, mas a carne era a do homem⁹⁵.

Os sociólogos e historiadores da família costumam apontar os anos setenta como a época do início da modificação deste quadro de valores no casamento⁹⁶. Os ideais de democratização da família, vitoriosos nos meados do século, lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei. Os hábitos da produção de guerra e as condições económicas proporcionavam a saída do lar para o mercado e a obtenção de um salário regular; a instrução generalizada e mais sofisticada permitiu gradualmente que as mulheres ocupassem postos cada vez mais altos no sistema produtivo. Estas novas realidades estabeleceram a possibilidade de

⁹³ *El normal caos del amor*, Barcelona, El Roure, 1998, p. 253.

⁹⁴ MATEUS, 19, 5.

⁹⁵ Lord Denning, *apud* CRETNEY; MASSON, *Principles of Family Law*, 6.^a ed., London, Sweet and Maxwell, p. 123.

⁹⁶ A. BURGUIÈRE, dir., *História da Família*, vol. 4.º, Lisboa, Terramar, 1999, p. 141; M. SEGALÉN, *Sociologia da Família*, cit., p. 327; U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 138.

a mulher pretender desenhar e cumprir a sua própria biografia, em condições de igualdade com o homem.

Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjetividade⁹⁷ característico das sociedades modernas. Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder. Esta procura é tanto mais intensa quanto se tem produzido, na esfera individual, um movimento narcisista⁹⁸ de obsessão pela *fitness* do corpo e do espírito, proporcional ao sentimento de insegurança perante a sociedade moderna, de impotência perante os seus riscos, de extrema dificuldade no seio de um quotidiano de confrontação com as consequências da própria modernidade. Cada indivíduo organiza as suas “estratégias de sobrevivência” que se orientam cada vez mais intensamente para o amor, para a intimidade, para a vida a dois, que se tornou a nova esperança, a nova religião⁹⁹. Isto quer dizer que cada um exigirá da união — do outro — muito mais do que alguma vez se pretendeu¹⁰⁰; e isto passa-se num quadro em que cada um está mais sofregamente do que nunca formulando as suas próprias pretensões¹⁰¹.

A estas condições particulares acresce todo o enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição, enquanto conjunto de referências externas, “dadas” à relação particular pela tradição, pela moral, pela Igreja ou pelo Direito. Conscientemente ou não, a primeira batalha travada, com êxito, contra a legitimação externa tradicional foi a da não discriminação dos “filhos ilegítimos”,

⁹⁷ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 74.

⁹⁸ C. LASCH, *apud* A. GIDDENS, *Modernidad y identidad del yo*, Barcelona, Península, 1997, p. 218.

⁹⁹ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 312-3.

¹⁰⁰ DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.^a ed., Roma-Bari, Ed. Laterza, 1999, p. 267.

¹⁰¹ A. GIDDENS, *Modernidad y identidad del yo, cit.*, p. 219.

com o álibi perfeito da inocência dos filhos relativamente aos “pecados” dos pais. Aí terá começado a mostrar-se aquela tendência. Desde então tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes¹⁰². A “família auto-poiética” pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação¹⁰³. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de “sistemas internamente referenciais”, característico da sociedade moderna¹⁰⁴ e, assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes”¹⁰⁵ e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto — da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma “relação pura”¹⁰⁶, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos — dois “estranhos íntimos”¹⁰⁷ — de construir “a menos estável de todas as relações possíveis”¹⁰⁸, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos. “Queremos amar-nos... mas não sabemos como!”¹⁰⁹ — uma frase escrita por alguém,

¹⁰² THÉRY, IRÈNE, *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui*, Paris, Ed. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

¹⁰³ DONATI, *ob. cit.*, p. 287-8.

¹⁰⁴ A. GIDDENS, *La transformación de la intimidad*, Madrid, Catedra, 1998, p. 158.

¹⁰⁵ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 339 e 346.

¹⁰⁶ A. GIDDENS, *Modernidad y identidad del yo*, *cit.*, p. 237-8.

¹⁰⁷ RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 113.

¹⁰⁸ SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 149.

¹⁰⁹ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM – *El normal...*, p. 162.

numa parede — mostra a extrema solidão individual no quadro de uma cultura narcisista “em branco”; mostra a extrema dificuldade da empresa sentimental “a dois”, em que ambos participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes.

Deve sublinhar-se, porém, que estas características não têm estado presentes com a mesma intensidade em todos os países e, dentro de cada um, em todas as suas regiões. Esta nova forma de família — “família relacional” — encontra-se mais claramente nos países de influência protestante do que nos países de tradição católica; e mais claramente nos centros urbanos do que nas regiões rurais. No caso particular e importante da Itália, Donati falava de uma “mentalidade de compromisso” que permitia aos cônjuges italianos adotar modelos de comportamento modernos sem prejudicar a estabilidade da família¹¹⁰.

Na verdade, nessa altura, 80% dos casais casavam pela Igreja e a taxa de divórcio era a mais baixa da Europa: 6% . Mas os números parecem começar a alinhar-se com os outros países: em 2012, o casamento católico baixou para 59% e, segundo o instituto nacional de estatística italiano, “*L’istituzione familiare, in particolare, ha subito grandi cambiamenti, in rapporto all’emergere di nuovi fenomeni demografico-sociali e di nuovi modelli comportamentali,*” traduzidos numa “*crescita dell’instabilità coniugale, misurata attraverso il numero di separazioni e divorzi concessi. (...) fortemente aumentati nell’ultimo decennio, pur mantenendosi ancora al di sotto della media europea*” – cfr. *demo.istat.it*.

40. Consequências nos sistemas jurídicos

Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas “dadas” ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião, os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição

¹¹⁰ *Ob. cit.*, p. 281.

do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados “efeitos pessoais” do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los. Aos olhos de hoje, pareceria ridículo que um código civil, como o código prussiano de 1794, definisse as razões que justificam a recusa do “débito conjugal” ou estabelecesse a idade em que os cônjuges deviam retirar o filho pequeno da cama do casal¹¹¹. E nada melhor do que o sistema jurídico alemão para mostrar como, partindo daquele “panjurismo”¹¹² que pretendia impor a todos um certo modelo de comportamento, se chegou a um sistema que não define “deveres conjugais” e apenas impõe que os cônjuges adotem os comportamentos próprios de quem escolheu entrar para uma “comunhão de vida”. O que já levou os tribunais a discutir se os cônjuges têm o dever de viver juntos — com resposta negativa — e se cada um dos cônjuges tem o direito de exigir do outro que este tire a amante da casa da família — com resposta positiva¹¹³.

A ideia de que “o amor é assunto exclusivo dos amantes” e de que cada casal é o seu próprio legislador supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente da pauta matrimonial os conteúdos que outrora serviam a todos indiscutivelmente mas hoje estão, ao que parece, sujeitos a negociação, no âmbito da tal “relação pura” e do compromisso permanente. Esta ideia de que os conteúdos da relação íntima são construídos enquanto se caminha torna-se mais verosímil quando pensamos que se regista no ocidente um aumento sem precedentes de casamentos biculturais, fruto da abertura das fronteiras e da intensificação das trocas em espaços geográficos amplos e diversos¹¹⁴. Aliás, que sentido tem hoje definir uma carta de direitos e de obrigações impostos aos cônjuges nos países que têm

¹¹¹ Caso do Código Prussiano de 1794 — cfr. GLENDON, MARY ANN, *The transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, p. 32-3.

¹¹² J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 5.^a ed., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 24.

¹¹³ GLENDON, MARY ANN, *ob. cit.*, p. 93-4.

¹¹⁴ M. SEGALEN, *Sociologia da Família*, cit., p. 331.

abandonado o divórcio com base na culpa? Que relevância jurídica tem a violação de um dever conjugal se o regime do divórcio não toma em consideração as culpas de cada cônjuge?

No âmbito dos “efeitos patrimoniais” do casamento, esse movimento de individualização, que abriu às mulheres a possibilidade de desenvolverem uma biografia própria, tem forçado os sistemas jurídicos a reconhecer-lhes plena capacidade jurídica — traduzida no princípio da igualdade dos cônjuges — e, mais do que isso, tem forçado os sistemas a reconhecer a independência dos cônjuges como pressuposto da liberdade de contratação com terceiros e, sobretudo, como pressuposto da liberdade negocial entre si. De facto, no paradigma antigo expresso pelo aforismo “dois numa só carne” não havia lugar para relações bilaterais entre os cônjuges; dentro do casal só haveria “negócios consigo mesmo”. O reconhecimento crescente da autonomia individual tem-se afastado progressivamente desse paradigma mas não se passa nunca, instantaneamente, de um estado de coisas para outro. Assim, mesmo depois de os sistemas jurídicos terem dado por assente o princípio da igualdade dos cônjuges e da plena capacidade da mulher, ainda lidam mal com o estabelecimento de relações jurídicas concretas entre eles — com o estabelecimento de contratos de sociedade, compras e vendas, contrato de trabalho, responsabilidade civil. De facto, estas matérias têm sido objeto de liberalização progressiva, nos vários países, mas a evolução ainda não terminou em todos eles, isto é, ainda não está plenamente adquirido que os dois cônjuges possam manter entre si uma vida negocial como se fossem dois sujeitos jurídicos distintos. Assim, no direito português, a evolução no sentido da admissibilidade de sociedades entre cônjuges foi difícil, e ainda não foram levantadas todas as barreiras, como se vê pelo art. 8.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais; a compra e venda é proibida; houve sempre dúvidas acerca da celebração de um contrato de trabalho entre cônjuges, por ele implicar uma relação de subordinação; e ainda não é totalmente

claro que possam valer, no âmbito matrimonial, as regras gerais de responsabilidade civil extracontratual, por factos e omissões ilícitos.

Para além de tornar injustificada uma definição de deveres imperativos, a ideia de casamento como “relação pura”, baseada no compromisso privado que contém em si a possibilidade antecipada da sua dissolução, por outro lado, só pode conduzir os sistemas jurídicos para uma regulamentação minimalista do divórcio, entregue a qualquer departamento administrativo. Fala-se de uma “era do divórcio sem culpa”¹¹⁵ apenas baseado na constatação da rutura do matrimónio indiciada por causas objetivas, ou então baseada no acordo dos cônjuges. A tendência vai para formas céleres que permitam sair do casamento quase tão facilmente como se entra; desformaliza-se o processo e chega-se a remetê-lo para o âmbito de departamentos da Administração. Na maior parte dos países europeus e em vários estados norte americanos, o divórcio assenta na mera rutura do casamento ou, sobretudo, no mútuo consentimento ativo ou ainda no consentimento passivo do cônjuge que, embora não peça o divórcio, não se opõe ao pedido do outro. Quase sempre tem de se respeitar um prazo de duração mínima do casamento, mas em Portugal, na Holanda¹¹⁶ e na Suíça¹¹⁷ o divórcio pode ser obtido sem qualquer prazo de reflexão contado sobre a celebração do matrimónio; e em Portugal, Dinamarca, Rússia, Noruega e Holanda, o requerimento conjunto pode ser feito num departamento administrativo¹¹⁸.

Porém, a taxa de fracasso conhecida não afasta as suas “vítimas” da reincidência. Na verdade, quanto mais fracassam as primeiras tentativas de união e casamento mais se nota a compulsão para

¹¹⁵ GLENDON, MARY ANN, *ob. cit.*, p. 87.

¹¹⁶ LEVI, dir., *The marriage*, Milano, Giuffré, 1998, p. 348.

¹¹⁷ SANDOZ, Nouveau droit du divorce — Les conditions du divorce, in “Zeit. Schweiz. Recht”, heft 2, 1999.

¹¹⁸ *Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Anwerp/Oxford, Intersentia, 2004, p. 20-22.

novas tentativas, sempre com a esperança renovada de sucesso ou com o sentimento de que não há alternativa para a realização pessoal, no mundo cheio de riscos e abstrações incontrolláveis. “O casamento perdeu estabilidade mas não perdeu atração” e a “idolatria” do matrimónio ou da união continua¹¹⁹. É neste contexto de segundas e terceiras núpcias, e de repetidas tentativas de união de facto, que se gera o novo modelo de família que está a aumentar no ocidente — a “família recombinação”, embora esteja longe de ser a forma dominante (p. ex. atinge 7,7% em França).

“Entre 2001 e 2011, a proporção de núcleos familiares reconstituídos, face ao total de núcleos familiares de casais com filhos, aumentou em Portugal de 2,7% (46 786) para 6,6% (105 763) (...), mais do que duplicando na década censitária em análise (126%)” – Cátia Nunes, *Transformações familiares recentes: uma perspectiva territorial*, In A. Delgado e K. Wall (coord.), *Famílias nos Censos 2011 Diversidade e Mudança*, Instituto Nacional de Estatística/Imprensa de Ciências Sociais, 2014, p. 119-120.

Nas décadas de setenta, os escritos versavam a “crise da família”; as vozes dominantes, na década de noventa, eram as da exaltação do valor da família, e parece inegável que “a procura de uma vida de casal com filhos é a norma principal da nossa sociedade”¹²⁰.

Capítulo V. Princípios constitucionais do direito da família

Bibliografia portuguesa

BELEZA, M. LEONOR, *O estatuto das mulheres na Constituição*, in “Estudos sobre a Constituição”, vol. 1.º, Lisboa, Petrony, 1977, p. 63-91; CANOTILHO, J. J. GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra,

¹¹⁹ U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM, *ob. cit.*, p. 304-5.

¹²⁰ M. SEGALÉN, *ob. cit.*, p. 9 e 322.

Coimbra Editora, 2007, anots. arts. 36.º, 67.º, 68.º e 69.º; COELHO, F. Pereira, *Casamento e família no direito português*, in “Temas de direito da família”, Coimbra, Almedina, 1986, p. 3-29; Id., anot. ac. S.T.J. de 5.6.1985, *RLJ*, anos 119.º, p. 372 s., e 120.º, p. 79 s.; *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 38, 39 e 130; MELO, A. Barbosa de, *A família na Constituição da República*, in “Communio”, ano III (1986), p. 495-500; MENDES, J. Castro, *Família e casamento*, in “Estudos” cit., p. 371-4; MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, anots. arts. 36.º, 37.º, 68.º e 69.º; SOUSA, R. Capelo de, *A Constituição e o direito das sucessões*, in “Estudos” cit., p. 143-175; VIEGAS, Lia, *A Constituição e a condição da mulher*, Lisboa, Diabril, 1977.

41. Generalidades

Os arts. 36.º, 67.º, 68.º e 69.º da Constituição consagram um certo número de princípios, que delimitam, neste domínio, o âmbito em que o legislador ordinário pode mover-se.

Os princípios constitucionais do direito da família são os que se referem a seguir. Os princípios 1.º a 9.º estão inseridos no Título II (“Direitos, liberdades e garantias”) da Parte I da Constituição; são por isso diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, nos termos do art. 18.º. Pelo contrário, os princípios 10.º a 12.º inserem-se no Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”). Não têm a mesma força jurídica dos primeiros, constituindo normas de carácter “programático”, o que não quer dizer que os tribunais não devam tê-los em conta na aplicação das leis.

42. 1.º princípio: direito à celebração do casamento

O princípio está expresso no art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, mas não pode entender-se literalmente. A afirmação constitucional de que “todos têm direito a contrair casamento em igualdade de condições”, tomada à letra, levaria a que fossem consideradas

inconstitucionais quaisquer normas que estabelecessem impedimentos ao casamento, o que, sem dúvida, estava fora dos propósitos do legislador. Não deve porém a legislação ordinária (e tal será uma das aplicações do princípio) estabelecer impedimentos *que não sejam justificados por interesses públicos fundamentais*. Assim, decerto que seria inconstitucional a norma que estabelecesse impedimentos fundados na raça, na religião ou na nacionalidade dos nubentes; que proibisse ao transexual, na sua nova identidade sexual, contrair casamento, etc.

O art. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de harmonia com a qual o art. 36.º, n.º 1, CREp deve ser interpretado (art. 16.º, n.º 2, CREp), atribui aos nubentes, justamente, o direito de casar e de constituir família “sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”. Note-se que, ainda na 1.ª revisão ministerial, o Projeto do Código Civil considerava impedimentos dirimentes “as ordens maiores conferidas em harmonia com as leis canónicas e os votos solenes ou equiparados, feitos nas mesmas condições”, uma norma que, se tivesse ficado no Código, seria manifestamente inconstitucional (A. Varela, *ob. cit.*, p. 157).

Seriam ainda inconstitucionais normas que, como acontecia na legislação anterior, não permitissem o casamento de pessoas que desempenhassem certas profissões ou funções sem autorização dos respetivos superiores hierárquicos – p. ex., a norma que exigia autorização do Ministro da Educação para o casamento das professoras primárias que, aliás, foi suprimida pelo Decreto-lei n.º 49 473, de 27 de dezembro de 1969.

Do mesmo modo, seria inconstitucional a norma que exigisse o *celibato* dos interessados como condição de acesso a determinado cargo público; como seria nula (tendo em conta o art. 18.º, n.º 1, CREp, segundo o qual os preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, como o art. 36.º, são *diretamente* aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas) a cláusula do contrato de trabalho que atribuísse à entidade patronal a faculdade de despedir o trabalhador que viesse a contrair casamento.

Recorde-se o caso dos arts. 13.º e 45.º, § 2.º, do Decreto n.º 32 615, de 31 de dezembro de 1942: cfr. o Parecer n.º 8/81 da Comissão Constitucional, in “Pareceres da Comissão Constitucional”, vol. 15.º, p. 17 s. Cfr. também o ac. do TC de 3.12.1986, publ. no *DR* n.º 295, I série, de 24.12.1986, que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante da condição 3 do art. 21.º do Estatuto dos Sargentos e Praças da Armada, aprovado pelo Decreto n.º 44 884, de 18 de fevereiro de 1963, na parte em que impõe a condição de *solteiro* para ser alistado segundo o sistema de admissão por recrutamento na Armada.

Merece referência, por último, a questão de saber se o art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, concede apenas um *direito fundamental* a contrair casamento ou, mais do que isso ou ao mesmo tempo do que isso, é uma *norma de garantia institucional*¹²¹. Embora a Constituição não formule de modo explícito um princípio de “proteção do casamento” (só a família é “protegida” no art. 67.º), temos entendido que a instituição do casamento está constitucionalmente garantida, pois não faria sentido que a Constituição concedesse o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permitisse ao legislador suprimir a instituição ou desfigurar o seu “núcleo essencial”¹²².

Note-se que, segundo informa Comella, *est. cit.*, p. 167, a doutrina espanhola também interpreta o art. 32.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual “o homem e a mulher têm direito a contrair casamento com plena igualdade jurídica”, no sentido de que o preceito não só impõe ao legislador o respeito do princípio da igualdade na regulação do casamento mas também protege a instituição como tal, instituição cuja existência é necessária para que o homem e a mulher possam contrair casamento, pelo que não poderá o legislador suprimir o casamento nem pôr excessivos obstáculos à sua válida celebração.

¹²¹ Sobre a distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 397-8, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 68-71, e BANO LEÓN, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, na “Rev. Esp. de Der. Const.”, ano 8.º (1988), p. 155 s., para quem se trata apenas de duas perspectivas diferentes (subjectiva e objectiva) de um conceito amplo de direito fundamental.

¹²² F.M. PEREIRA COELHO, *Cas. e fam.*, cit., p. 5-7, e *Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual*, BFD n.º 77, 2001, p. 27. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *cit.*, p. 70.

O princípio da liberdade de contrair casamento seria necessariamente convocado se o legislador ordinário viesse exigir um exame médico pré-nupcial, à semelhança do direito francês. Tratar-se-ia de condicionar o casamento à exibição de um certificado comprovativo de que cada nubente tinha realizado um conjunto de exames destinados a rastrear doenças contagiosas ou de transmissão hereditária. A conclusão sobre a constitucionalidade desta exigência dependeria de se entender que a prevenção da saúde de cada cônjuge e dos filhos teria o valor suficiente para impor um rastreio obrigatório pré-nupcial. E, certamente, seria fundamental saber de que modo se processaria o rastreio, porque seria muito diferente impor a comunicação dos resultados ao funcionário celebrante, ou ao outro nubente, ou, pelo contrário, manter a confidencialidade dos resultados e deixar a decisão sobre o casamento e a procriação a cada um dos interessados.

O direito francês, apesar das dúvidas que o regime suscitou — até por ter tido origem num diploma da ocupação alemã — mantém hoje pacificamente o exame pré-nupcial, com a intenção de promover a informação de cada nubente acerca da sua saúde no âmbito reprodutivo, rodeado de todas as garantias de confidencialidade (cfr. Carbonnier, *cit.*, 21 éd., p. 410-1; e Guilherme de Oliveira, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, in “Temas de Direito da Medicina”, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 127-8).

43. 2.º princípio: direito de constituir família

Independentemente do “direito de constituir família” atribuído pelo art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CREp, o art. 67.º, n.º 1, concede ainda à própria família, considerada “elemento fundamental da sociedade”, um “direito à proteção da sociedade e do Estado”, tornando-a deste modo objecto de uma *garantia institucional* (cfr. *infra*, n.º 77).

É o princípio consagrado no art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CREp, o qual, obscuro como é¹²³, permite diferentes interpretações.

¹²³ Formulação semelhante é todavia utilizada tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º: “direito de casar e de constituir família”) como

Creemos que a primeira interpretação do art. 36.º, n.º 1, CRep foi a defendida por Castro Mendes. Entendia o saudoso Professor que “a conjunção *e* que une (aparentemente) *dois* direitos conferidos é um pouco estranha”, pois, em face da noção de casamento do art. 1577.º CCiv, “contrair casamento é constituir família”. E concluía que “os dois direitos se reduzem a um só e a ordem da enunciação dos aspectos do seu objecto é infeliz, pois parte do efeito — “constituir família” — para a causa — “contrair casamento”¹²⁴.

Não cremos, porém, que seja esta a melhor interpretação do art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República. Julgamos que o propósito da disposição foi o de conceder efetivamente *dois* direitos e não apenas *um*, e que, embora a formulação utilizada possa parecer menos curial, foi intencionalmente que o legislador redigiu o preceito do modo como o fez. Com efeito, parece manifesto que o art. 36.º, n.º 1, ao distinguir a “família” do “casamento”, quis deixar bem claro que se trata de realidades diversas, como na realidade acontece, pois ao lado da família *conjugal*, fundada sobre o casamento, há ainda lugar para a família *natural*, resultante do facto biológico da geração, para a família *adotiva* e, dir-se-á hoje, para a família baseada na *união de facto*. Ora a

na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 12.º: “direito a casar-se e de constituir família”) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 9.º: “direito de contrair casamento e de constituir família”). Dado o disposto no art. 16.º, n.º 2, CRep, haveria interesse em saber com que intenção a referência ao “direito de constituir família” foi acrescentada, em determinada altura, à versão inicial do art. 16.º da Declaração. Um extenso relato dos trabalhos preparatórios, que, todavia, não esclarece suficientemente a questão, pode ver-se em PH. de la CHAPELLE, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le catholicisme* (1969), p. 136 s. Sobre as várias tentativas de alteração do art. 36.º, n.º 1, CRep, cfr. a exposição minuciosa de SALTER CID, *A comunhão de vida...*, cit., p. 509, nota (18).

¹²⁴ F.M. PEREIRA COELHO, *Família e casamento*, in “Estudos sobre a Constituição”, vol. I (1977), p. 372. É a mesma a interpretação de ANTUNES VARELA, *cit.*, p. 158, e *Código Civil anotado*, vol. V (1995), p. 622.

referida interpretação do art. 36.º, n.º 1, não daria o devido relevo à distinção entre “casamento” e “família” que o preceito pretendeu estabelecer. Terá sido, inclusivamente, o propósito de distinguir entre “casamento” e “família” que levou o legislador constitucional a não utilizar formulação semelhante à dos arts. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (“direito de casar e de constituir família”) e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“direito a casar-se e de constituir família”) e 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“direito de contrair casamento e de constituir família”): o legislador terá receado que, se o art. 36.º, n.º 1, atribuísse o “direito de celebrar casamento e de constituir família”, nos termos daquelas disposições, viesse a entender-se que o direito conferido era o de celebrar casamento e, *através dessa celebração*, constituir família, o que não correspondia à sua verdadeira intenção. Por outras palavras: ao mencionar no art. 36.º, n.º 1, por esta ordem, o “direito de constituir família” e o “direito de contrair casamento”, o propósito do legislador constitucional terá sido justamente o de arredar uma interpretação do preceito como a que lhe viria a ser dada por Castro Mendes.

Interpretação diversa e, de alguma maneira, oposta à anterior é a defendida ou admitida por Gomes Canotilho e Vital Moreira. Se bem interpretamos o seu pensamento, o “direito de constituir família” que, ao lado do de “contrair casamento”, é conferido pelo art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CRep visa fundamentalmente a *união de facto*. “Conjugando, naturalmente, o direito de *constituir família* com o de *contrair casamento* — escrevem aqueles autores — a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”. Para isso apontam, não apenas a clara distinção das duas noções no texto (“constituir família” e “contrair casamento”), mas também o preceito do n.º 4 sobre a

igualdade dos filhos, nascidos dentro ou “fora do casamento” (e não: “fora da família”). O conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a “família jurídica”, havendo assim uma abertura constitucional — se não mesmo uma obrigação — para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares “de facto”. Constitucionalmente, o casal nascido da união de facto *também é família* e, ainda que os seus membros não tenham o estatuto de cônjuges, seguramente que não há distinções quanto às relações de filiação daí decorrentes”¹²⁵.

No sentido de uma maior equiparação, cfr. o ac. n.º 275/2002 da 2.ª Secção do Trib. Const. de 19.6.2002 (no *DR*, II série, de 24.7.2002, p. 12896), que decidiu “julgar inconstitucional, por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui a atribuição de um direito de indemnização por danos não patrimoniais pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges”.

Decerto que o art. 36.º, n.º 1, CRep não reduz o conceito de família à união conjugal baseada no casamento. “Família” e “casamento” são realidades distintas, como dissemos, e o legislador constitucional terá tido o propósito de marcar a distinção. Mas *não é forçoso* que dessa circunstância possa tirar-se argumento favorável à qualificação da união de facto como relação de família. Só assim seria se o direito de “constituir família” previsto no art. 36.º, n.º 1, ficasse sem conteúdo útil se não se referisse à união de facto. Mas não é o que acontece, pois além da família *conjugal* há ainda a *natural* e até a *adotiva*.

O “direito de constituir família” concedido pelo art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CRep já poderia assim abranger a própria faculdade de *adotar*, mas o ponto está expressamente previsto no n.º 7 do preceito, acrescentado pela Revisão de 1982.

¹²⁵ *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed. (2007), p. 561 e 856-7.

Note-se, porém, que o acrescentamento não terá sido desprovido de interesse, na medida em que se entenda que o n.º 7 do art. 36.º tenha ainda tornado a adoção objeto de uma *garantia institucional* (cfr. *infra*, n.º 50). Sobre a questão da inconstitucionalidade do art. 1987.º CCiv, que proíbe ao adotado estabelecer a sua filiação “natural”, cfr. vol. II, tomo I, n.º 482.

E também seria algo insólita a atribuição enfática, no art. 36.º, n.º 1, do direito de estabelecer a união de facto e do direito de contrair casamento como formas alternativas de organização da vida familiar e seria ainda estranho, até, a própria menção em primeiro lugar daquele direito, designado como “direito a constituir família”. O princípio da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento e o facto de o art. 36.º, n.º 4, CRep falar em filhos nascidos “fora do casamento” (e não em filhos nascidos “fora da família”) também parecem desprovidos de significado. Além de ser aquela, hoje, a terminologia corrente nas legislações (“hijo no matrimonial”, “enfant né hors mariage”, “nichteheliches Kind”), a designação “filho nascido fora da família” seria manifestamente incorreta. Todos os filhos nascem dentro da família, mesmo os nascidos fora do casamento, pois a relação que se estabelece entre cada um dos progenitores e os filhos que procedam de união de facto é obviamente uma relação familiar.

Nas edições anteriores do Curso, com base nestes argumentos, escrevemos que, “embora a interpretação do art. 36.º, n.º 1, continue a ser um enigma e todas as dúvidas sejam legítimas neste ponto, é outra a interpretação que temos dado àquela disposição constitucional, a qual, segundo nos quer parecer, *não pretende referir-se à união de facto mas respeita exclusivamente à matéria da filiação*. Explicitando melhor o nosso pensamento: o “direito a constituir família” conferido a todas as pessoas, casadas ou não, pelo art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CRep seria, em primeiro lugar, um *direito a procriar* e, em segundo lugar, um

direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade”.

Hoje — apesar de se manter que aquela formulação contém um direito a procriar e a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e de maternidade — deve reconhecer-se que, salva a já aludida diferença de redação, o preceito reproduz no essencial os arts. 16.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e a “nota explicativa” oficial deste art. 9.º afirma que se pretendeu “abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento”¹²⁶, o que aponta no sentido do reconhecimento da união de facto como relação de família; embora esta ideia ainda não se vislumbrasse, de qualquer modo, dos trabalhos preparatórios da Constituição da República, em 1975¹²⁷. Também Jorge Miranda considera, “num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação”, que o art. 36.º, n.º 1, não exclui do seu âmbito de aplicação “as novas relações familiares e parafamiliares do nosso tempo” e entende que o direito fundamental de “constituir família” foi concretizado, pelo legislador democrático, na Lei n.º 6/2001, que adotou medidas de proteção das pessoas que vivem em economia

¹²⁶ Jornal Oficial UE de 14.12.2007. Anotação ao artigo 9.º — Direito de contrair casamento e de constituir família. Este artigo baseia-se no artigo 12.º da CEDH, que tem a seguinte redação: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.” A redação deste direito foi modernizada de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento. Este artigo não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Este direito, é pois, semelhante ao previsto pela CEDH, mas o seu âmbito pode ser mais alargado sempre que a legislação nacional o preveja.

¹²⁷ Cfr. o *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 39, de 29 de agosto de 1975, p. 1077-1087.

comum, e na Lei n.º 7/2001, que tutelou as uniões de facto, entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo¹²⁸.

No que se refere à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, note-se que, no famoso *Caso Marckx*, a decisão do Tribunal de que “a proteção do artigo 8.º da Convenção visa tanto a família legítima como a família natural” não implica qualquer reconhecimento da união de facto como relação de família, pois a questão colocada era a de saber se a relação de filiação natural *entre a mãe solteira e a sua filha* dava lugar a uma “vida familiar” no sentido do art. 8.º da Convenção, tendo sido a esta questão que o Tribunal respondeu afirmativamente¹²⁹.

Para além da discussão apontada, seriam sem dúvida inconstitucionais, por violarem o direito de constituir família, normas que, por exemplo, impusessem a esterilização de pessoas portadoras de determinadas doenças, penalizassem as pessoas não casadas que tivessem filhos, estabelecessem, em execução de uma política demográfica malthusianista, o número máximo de filhos que os casais poderiam ter e sancionassem as pessoas, casadas ou não casadas, que tivessem filhos em número superior a esse, etc.; por outro lado, e por violarem o segundo dos aludidos direitos, seriam do mesmo modo inconstitucionais, designadamente, as normas que proibissem ao pai perfilhar ou à mãe declarar a maternidade de filho adulterino ou incestuoso.

Decerto que também seriam inconstitucionais as normas que, inversamente, proibissem ao filho nascido fora do casamento estabelecer a sua filiação intentando ação de investigação de paternidade, ou condicionassem esta ação, formulando, como na legislação anterior à Reforma de 1977, exigências não justificadas pela diversidade das condições de nascimento do filho; mas a inconstitucionalidade de tais normas resultaria mais claramente do art. 36.º, n.º 4, da Constituição da República (cfr. *infra*, n.º 75).

¹²⁸ *Constituição portuguesa anotada*, t. I, 2005, p. 400-405 e p. 692.

¹²⁹ Cfr., a este respeito, EVRIGENIS, *La jurisprudence de la Cour relative aux articles 8 et 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in “Documentação e direito comparado” n.º 7, p. 353.

Resta advertir que apesar da formulação *maximalista* do art. 36.º, n.º 1, que a todos concede “em condições de plena igualdade” o direito de constituir família, admitimos que a atribuição deste direito conheça limitações ou restrições na lei ordinária, as quais poderão até ser impostas por outros princípios constitucionais do direito da família.

Assim, por exemplo, não será inconstitucional o art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, segundo o qual só pessoas casadas e não separadas de pessoas e bens ou de facto, e as que, sendo de sexo diferente, vivam em união de facto há pelo menos dois anos, podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida, ficando pois vedado a outras pessoas o recurso a essas técnicas. A solução até pode apoiar-se no princípio constitucional da “proteção da infância” (art. 69.º), que não consentirá a criação *deliberada* de famílias monoparentais.

44. 3.º Princípio: competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração

É o princípio consagrado no n.º 2 do art. 36.º, que visa, fundamentalmente, subtrair ao direito canónico a regulamentação das matérias aí previstas.

Relativamente aos *efeitos* do casamento o princípio não levanta dificuldades, pois os efeitos do casamento católico, quer os patrimoniais quer os pessoais, já eram regulados pelo direito civil mesmo antes da Constituição.

Não assim, porém, no que se refere aos *requisitos* do casamento católico, pois o art. 1625.º CCiv, que reproduz, praticamente, o art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940, dispõe que o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é *reservado* aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes. Se só os tribunais eclesiásticos

podem conhecer das causas respeitantes à *nulidade* do casamento católico, é só a esses tribunais que cabe apreciar (e apreciar, naturalmente, em face das regras do direito canónico) os *requisitos* de cuja falta resulta a nulidade do casamento, quer a nulidade provenha de falta ou vício do *consentimento*, quer de *incapacidade* de algum dos cônjuges, sem que obste à solução, neste segundo caso, o facto de o art. 1596.º CCiv dispor que o casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida na lei civil.

Em sentido diferente, cfr. o ac. da Rel. de Coimbra de 15.12.1992 (*Col. Jur.* 1992, t. 5, p. 80), segundo o qual não está subtraída à competência do tribunal civil, nos casamentos católicos, a matéria respeitante à capacidade matrimonial (só o estaria a respeitante aos vícios do consentimento e à dispensa do casamento rato e não consumado), pelo que a circunstância de o casamento ter sido contraído por demente notório seria fundamento de anulação do casamento católico pelo tribunal civil. Manifestamente desacertado é o ac. da Rel. de Lisboa de 12.10.2000 (*Col. Jur.* 2000, t. 4, p. 113, com voto de vencido do Des. Moreira Camilo), que julgou competente o tribunal civil “para conhecer do pedido de anulação do casamento civil, resultante de casamento católico transcrito no registo civil” (sic). O acórdão parece entender que a transcrição transforma o casamento católico em casamento civil (!) e, confundindo a *constituição do vínculo* com os seus *efeitos*, funda a solução no art. 1588.º CCiv, segundo o qual o casamento católico se rege, “quanto aos efeitos civis”, pelas normas do Código Civil¹³⁰.

A conformidade do art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940 e do art. 1625.º CCiv ao art. 36.º, n.º 2, da Constituição da República foi porém controvertida.

Analizando a questão na vigência da Concordata anterior, admitimos que a constitucionalidade daqueles preceitos pudesse legitimamente pôr-se em dúvida¹³¹.

¹³⁰ Uma crítica pertinente a este ac. pode ver-se em E. M. LUCAS COELHO, *Competência dos tribunais judiciais para a anulação do casamento católico?*, in *RFDL*, vol. XLII, n.º 2 (2001), p. 1535-1559.

¹³¹ No sentido da inconstitucionalidade, G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição anotada* 3.ª ed. (1993), p. 221. Note-se que na 4.ª ed. (2007), apesar do disposto no art. 16.º da Concordata de 2004 (cfr. *infra*, n.º 142), os autores “mantêm as objecções

Na verdade, o art. 8.º, n.º 2, CRep não coloca as convenções internacionais em plano superior ou sequer idêntico ao das normas constitucionais. A norma constitucional contrária a regra convencional anterior põe decisivamente em causa a vigência desta¹³², e por isso a contradição, se contradição existisse, entre o art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940, que o art. 1625.º CCiv reproduzira, e o art. 36.º, n.º 2, CRep, teria de ser resolvida no sentido de que aqueles preceitos tinham sido revogados pela Constituição ou pelo menos, conforme as regras gerais, não podiam ser aplicados pelos tribunais (art. 207.º CRep) e a sua inconstitucionalidade podia ser declarada com força obrigatória geral (art. 281.º).

A Reforma do Código Civil de 1977, porém, mantivera o art. 1625.º, talvez porque, como dizíamos, ele se limitava a reproduzir, quase *ipsis verbis*, o 1.º par. do art. XXV da Concordata de 1940, que o art. 2.º do respetivo “Protocolo Adicional”, de 15 de fevereiro de 1975, expressamente considerara em vigor. Tendo sido convencionado esse Protocolo há tão pouco tempo, não era crível que os constituintes tivessem querido derrogar unilateralmente, e em ponto tão importante, o compromisso estabelecido, tanto mais que, se essa intenção existira, nos debates parlamentares não havia rasto dela. O elemento histórico devia prevalecer assim sobre o literal na interpretação do art. 36.º, n.º 2, CRep, o qual, na parte em que se refere aos “requisitos” do casamento, devia ser objeto de adequada interpretação restritiva¹³³. De resto, o ponto não tinha suscitado dúvidas na jurisprudência do S.T.J., a qual, tanto

quanto à constitucionalidade do regime concordatário sobre a disciplina canónica do casamento e a competência dos tribunais eclesíásticos”.

¹³² Cfr. M. GALVÃO TELES, *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa*, 1967, p. 95-101, e A. GONÇALVES PEREIRA, *O direito internacional na Constituição de 1976*, in “Estudos sobre a Constituição”, cit., p. 37-47.

¹³³ Idêntica argumentação em A. VARELA, anot. ac. do S.T.J. de 6.3.1980, *RLJ*, ano 113.º, p. 328, e LUCAS COELHO, *est. cit.*, p. 1543-5.

quanto sabíamos, sempre entendera que as causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado eram da exclusiva competência dos tribunais e repartições eclesiásticas, nos termos dos arts. XXV, 1.º par., da Concordata e 1625.º CCiv¹³⁴. Por último, notávamos ainda que o art. 40.º do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho de 29 de maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal¹³⁵, ressaltava a Concordata entre a Santa Sé e Portugal e dispunha que qualquer decisão relativa à invalidade do casamento regulada pela Concordata seria reconhecida nos Estados-Membros nas condições previstas no Capítulo III do Regulamento (sobre o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho, cfr. Lucas Coelho, *est. cit.*, p. 1552-6).

Com esta argumentação, sustentámos na vigência da Concordata anterior que o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado era reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes, nos termos dos arts. XXV, 1.º par., da Concordata e 1625.º CCiv.

Mas a questão tem de ser reapreciada em face da Concordata de 2004, a qual não contém preceito idêntico ao art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940, sem que, porém, na legislação interna, o art. 1625.º CCiv tenha sido revogado ou modificado. Sendo assim, a apreciação da validade ou nulidade dos casamentos católicos continuará a ser da exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos? Que significado atribuir à *omissão*, na Concordata de 2004, de preceito correspondente ao art. XXV, 1.º par., da Concordata

¹³⁴ Além do ac. cit. na nota anterior, cfr., p. ex., os acs. do S.T.J. de 29.6.1978, *BMJ* n.º 278, p. 228, de 22.2.1983, *BMJ* n.º 324, p. 590, e de 22.2.1994, *Col. Jur.* — *S.T.J.* 1994, t. 1, p. 115.

¹³⁵ Cfr. *infra*, n.º 281.

de 1940, que *reservava* aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes o conhecimento das causas concernentes à nulidade do casamento rato e não consumado?¹³⁶.

As decisões relativas à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado (as quais também produzem efeitos jurídicos, nos termos do art. 16.º da Concordata) são obviamente da competência exclusiva das autoridades eclesiásticas; apenas quanto às decisões relativas à nulidade do casamento se põe a questão, a seguir tratada no texto, de saber se são da competência exclusiva dessas autoridades ou também da competência dos tribunais civis.

Creemos que essa omissão, que julgamos ter sido deliberada, não pode deixar de significar que Portugal deixou de estar *vinculado* a reservar aos tribunais eclesiásticos a competência para declarar a nulidade dos casamentos católicos. Não havendo na nova Concordata norma idêntica ao art. XXV, 1.º par., da Concordata anterior, mas tendo o legislador português mantido na nossa ordem jurídica o art. 1625.º CCiv, que reproduz aquele preceito, certamente que a situação anterior a 2004 não se alterou, mas “desapareceu o obstáculo jusinternacionalístico à sua alteração, uma vez que Portugal pode agora livremente modificar o artigo 1625.º do CCiv sem receio de, ao fazê-lo, violar os seus compromissos internacionais”¹³⁷.

É claro, porém, que Portugal só pode alterar o art. 1625.º CCiv no sentido de permitir que *também* sejam propostas nos tribunais civis ações de anulação dos casamentos católicos; uma alteração no sentido de conferir aos tribunais civis competência *exclusiva* para anular esses casamentos violaria o compromisso concordatário, pois o art.

¹³⁶ As decisões relativas à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado (as quais também produzem efeitos jurídicos, nos termos do art. 16.º da Concordata) são obviamente da competência exclusiva das autoridades eclesiásticas; apenas quanto às decisões relativas à nulidade do casamento se põe a questão, a seguir tratada no texto, de saber se são da competência exclusiva dessas autoridades ou *também* da competência dos tribunais civis.

¹³⁷ Cfr. MOURA RAMOS, *A Concordata de 2004 e o direito internacional privado português*, na RLJ, ano 135.º (n.º 3938), p. 290.

16.º, n.º 1, da Concordata permite que as *decisões das autoridades eclesiásticas competentes relativas à nulidade do casamento* produzam efeitos civis, nas condições previstas no n.º 2 daquele artigo¹³⁸.

Em conclusão, cremos que a omissão na Concordata de 2004 de norma correspondente ao art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940 tem importante significado, mas não fez *cair* por si o art. 1625.º CCiv, que continua plenamente em vigor. Digamos que a Concordata deixou nas mãos do legislador nacional a opção a tomar: manter o disposto no art. 1625.º CCiv, reservando aos tribunais eclesiásticos o conhecimento das causas respeitantes à nulidade dos casamentos católicos, ou alterar esse preceito e, à semelhança do disposto nas legislações espanhola e italiana, permitir que os casamentos católicos não só possam ser declarados nulos no foro eclesiástico como possam ser anulados nos tribunais civis. Se o legislador português não modificar o art. 1625.º CCiv ou enquanto o não fizer, a Concordata de 2004 não terá alterado, neste ponto, o regime do direito anterior.

O Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho de 29.5.2000 de que falámos foi substituído pelo *Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003*, mas também este é “aplicável sem prejuízo do Tratado Internacional (Concordata) entre a Santa Sé e Portugal, assinado no Vaticano em 7 de maio de 1940” (art. 63.º, n.º 1). O facto de o Regulamento ressaltar a Concordata anterior (e só essa podia ressaltar, pois o Regulamento é de 2003) pode levantar dificuldades (v. Moura Ramos, *est. cit.*, p. 300 s.), mas cremos que o objetivo do art. 63.º do Regulamento, ao referir especialmente as concordatas ou acordos subscritos por Portugal, a Itália e a Espanha com a Santa Sé, foi o de permitir o reconhecimento nos Estados-Membros das “decisões de anulação do casamento” ressaltando a competência de cada um desses países (que tinham concordatas ou acordos com a Santa Sé e em que o casamento canónico tinha efeitos civis) para definir os termos em que as sentenças de declaração de nulidade dos casamentos católicos, proferidas pelos tribunais eclesiásticos, produziam efeitos civis e, como “decisões de anulação

¹³⁸ Sobre estas condições, que traduzem uma alteração substancial do regime da Concordata de 1940, cfr. MOURA RAMOS, *est. cit.*, p. 296-8, e *infra*, n.os 142 e 263.

do casamento”, seriam reconhecidas, ao lado das sentenças de anulação do casamento proferidas pelos tribunais civis, em todos os Estados-Membros, nos termos dos arts. 21.º e segs. do Regulamento. Note-se que as dificuldades a que nos referimos, resultantes de o Regulamento ainda ter ressalvado a Concordata de 1940, desaparecerão logo que o Estado Português comunique à Comissão a “alteração” ocorrida em 2004, como lhe é imposto pelo art. 63.º, n.º 5, al. b), do Regulamento.

O sistema português, entendido conforme a orientação defendida, é neste aspeto diferente do *espanhol*, onde as disposições do Código Civil relativas à *nulidade* do casamento se aplicam a todos os casamentos “qualquer que seja a forma da sua celebração” (art. 73.º, na redação da Lei n.º 30/1981, de 7 de julho), e, portanto, mesmo aos casamentos católicos. O acordo com a Santa Sé de 3 de janeiro de 1979 relativo aos efeitos do casamento católico na ordem civil espanhola, contrariamente ao estabelecido na Concordata de 1940 e no respetivo “Protocolo Adicional”, não *reserva* aos tribunais e repartições eclesiásticas o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado, limitando-se a dispor (art. VI) que poderão os cônjuges fazer seguir essas causas naqueles tribunais e repartições, e que, a pedido de qualquer deles, as resoluções dos tribunais eclesiásticos sobre nulidade do casamento canónico e as decisões pontifícias sobre casamento rato e não consumado terão eficácia na ordem civil se forem julgadas conformes ao direito do Estado pelo tribunal competente (art. 80.º CCiv, na redação da Lei n.º 30/1981). Sobre o sistema espanhol e algumas dúvidas que tem suscitado, cfr. Espín Cánovas, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. IV, 6.ª ed. (1981), p. 91-2, e Reina/Martinell, *Curso de Derecho Matrimonial*, 1995, p. 191-203.

Também diferente do português é o sistema *italiano*. O art. 34.º, 4.º par., da Concordata entre a Santa Sé e a Itália estipulada em 12.2.1929 correspondia ao art. XXV, 1.º par., da nossa Concordata de 1940, dispondo que as causas respeitantes à nulidade do casamento e à dispensa do casamento rato e não consumado eram “reservadas à competência dos tribunais e das repartições eclesiásticas”; mas o 2.º par. do art. 8.º do Acordo de 18.2.1984 entre a Itália e a Santa Sé, que modificou a Concordata de Latrão, pôs termo a essa *reserva*. As ações de declaração de nulidade do casamento podem correr no foro civil ou no foro eclesiástico. Além disso, as sentenças dos tribunais eclesiásticos que declarem a nulidade do casamento só se tornam executórias na ordem estadual a pedido das partes ou de uma delas e a sua executoriedade fica sujeita às condições de que depende o reconhecimento de sentenças estrangeiras na legislação do país, uma das quais é a de que a sentença não seja “contrária à ordem pública italiana” (o contrário acontece no direito português, em que, nos termos do art. 1626.º CCiv, as decisões dos tribunais eclesiásticos são transmitidas ao tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornará executórias, independentemente de revisão e confirmação, e mandará que sejam averbadas no registo civil). Por outro

lado, o instituto da dispensa do casamento rato e não consumado não é admitido no direito italiano, pois a 2.^a parte do 4.^o par. do art. 34.^o da Concordata de 1929 deve considerar-se revogada, uma vez que não foi reproduzida no Acordo de 1984 (art. 13.^o, n.^o 1, deste Acordo). Cfr. Del Giudice/Mariani, *Il nuovo concordato*, Nápoles, Simone (1984).

45. 4.^o princípio: admissibilidade do divórcio, para quaisquer casamentos

Seria inconstitucional a norma que proibisse o divórcio, em geral ou mesmo só quanto aos casamentos católicos (como acontecia antes do Decreto-lei n.^o 261/75). O art. 36.^o, n.^o 2, *in fine*, não deixa dúvidas a este respeito.

Aparentemente a Constituição apenas impõe que haja divórcio na legislação ordinária, deixando ao legislador a possibilidade de conformar o respetivo regime como lhe aprouver. Mas o ponto pode oferecer alguma dificuldade.

O TC já teve ensejo de se pronunciar sobre um caso em que fora alegada a inconstitucionalidade da al. *a*) do art. 1781.^o CCiv (que permitia a qualquer dos cônjuges, *mesmo ao culpado*, pedir o divórcio com fundamento em separação de facto) por violação do princípio da “dignidade da pessoa humana”, enunciado no art. 1.^o da Constituição. O TC não se pronunciou pela inconstitucionalidade, e a decisão mereceu-nos inteira concordância¹³⁹. Julgávamos, até, que uma norma que revogasse aquele preceito, permitindo ao cônjuge inocente *prender* o outro e impedindo-o de refazer a sua vida, porventura para sempre, seria contrária, não só ao “direito ao desenvolvimento da personalidade” (art. 26.^o, n.^o 1), mas mesmo ao “direito de contrair casamento” a todos reconhecido no art. 36.^o, n.^o 1, 2.^a parte, da Constituição.

Quanto ao divórcio por mútuo consentimento não cremos que fosse inconstitucional a norma que exigisse um prazo de duração do casamento, mais ou menos longo, para o divórcio poder ser

¹³⁹ Ac. n.^o 105/90, de 29 de março, *BMJ* n.^o 395, p. 185.

requerido, ou até suprimisse o divórcio por mútuo consentimento, admitindo apenas o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

46. 5.º princípio: igualdade dos cônjuges

O art. 36.º, n.º 3, consagra o princípio da *igualdade* dos cônjuges, que é uma aplicação do princípio geral do art. 13.º e tem o maior interesse prático, tanto no âmbito do direito matrimonial como no do direito da filiação.

No que se refere ao direito matrimonial, o princípio da igualdade dos cônjuges feriu de inconstitucionalidade as normas do Código Civil que colocavam a mulher casada em situação de desfavor relativamente ao marido, normas que a Reforma de 1977 suprimiu ou adaptou aos novos imperativos constitucionais. Assim, p. ex., o chamado “poder marital” e a proibição de a mulher exercer o comércio sem o consentimento do marido desapareceram; a mulher pode agora exercer livremente qualquer profissão ou atividade (art. 1677.º-D); pertence-lhe a administração dos bens próprios ou dos bens comuns que tenha levado para o casal ou adquirido posteriormente a título gratuito, independentemente de reserva na convenção antenupcial (art. 1678.º, n.º 1 e al. c) do n.º 2); etc.

No âmbito do direito da filiação, o princípio assume relevo sobretudo quanto às responsabilidades parentais que são exercidas por *ambos* os pais (art. 1901.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º), ao contrário do que acontecia no Código de 1966, em que o poder paternal era exercido pelo pai e a mãe apenas tinha o direito de “ser ouvida” (art. 1882.º, na redação anterior à Reforma de 1977). Outro corolário do princípio parece ser o de que a ação de *impugnação* de paternidade deverá ser concedida tanto ao

marido da mãe como à própria *mãe*, como está hoje expresso no art. 1839.º, n.º 1¹⁴⁰.

47. 6.º princípio: atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos

O princípio, formulado no art. 36.º, n.º 5, CRep, tem duas faces distintas. Trata-se, em primeiro lugar, de um poder *em relação aos filhos*, cuja educação é dirigida pelos pais (art. 1878.º, n.º 1, CCiv), embora com respeito da personalidade dos filhos (arts. 1874.º, n.º 1, e 1878.º, n.º 2); quanto à liberdade religiosa, cfr., porém, o art. 1886.º. Por outro lado, trata-se igualmente de um poder *em relação ao Estado*, ao qual pertence “cooperar com os pais na educação dos filhos” (art. 67.º, n.º 2, al. c), CRep)¹⁴¹, mas que não poderá “programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas” (art. 43.º, n.º 2). Antes da Revisão de 1982, o art. 73.º, n.º 2, parecia dar sugestão diversa¹⁴², mas a sua doutrina devia entender-se em harmonia com a do art. 43.º, n.º 2. Neste sentido podia argumentar-se com o art. 16.º, n.º

¹⁴⁰ G. OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Coimbra, Almedina, 1979, anot. art. 1839.º, p. 83.

¹⁴¹ No que respeita à educação religiosa, cfr. o Decreto-lei n.º 329/98, de 2 de novembro, que regula o ensino da disciplina de Educação Moral e Religiosa das várias confissões religiosas com implantação no País, em opção ao da disciplina de Desenvolvimento Pessoal e Social; o diploma e outra legislação respeitante à matéria, assim como o ac. do TC n.º 423/87, de 26 de novembro, que oferece muito interesse, podem ler-se na recolha de DAVID VALENTE e ALBERTO FRANCO, *Liberdade religiosa*, Lisboa, Dislivro, 2002. Veja-se ainda o estudo de CARDOSO DA COSTA, *A jurisprudência do Tribunal Constitucional Português em matéria de liberdade de consciência, de religião e de culto*, in “La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional”, Granada, Comares, 1998, p. 70-80.

¹⁴² Art. 73.º, n.º 2, antiga redação: “O Estado promoverá a democratização da educação e as condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade e para o progresso da sociedade democrática e socialista”.

2, CRep, sendo certo que o art. 26.º, n.º 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem confere aos pais a “prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos”.

48. 7.º princípio: inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores

É o princípio enunciado no art. 36.º, n.º 5, CRep, segundo o qual os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. Assim, os filhos podem ser separados dos pais, por decisão judicial, sempre que se verifique o condicionalismo previsto no art. 1915.º, n.º 1, CCiv, ou seja, quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir esses deveres; do mesmo modo, se a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor estiverem em perigo mas não for caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, nos termos do art. 1918.º, confiar o menor a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência. Mas seria inconstitucional a norma que, no processo de adoção, permitisse ao organismo de segurança social decidir a confiança administrativa do menor havendo oposição de quem exerça as responsabilidades parentais, ou, sendo a situação do menor objeto de processo de promoção e proteção ou tutelar cível, lhe permitisse decidir a confiança administrativa sem a intervenção do tribunal.

49. 8.º princípio: não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento

O princípio está expresso no art. 36.º, n.º 4, CRep e reveste grande interesse prático.

A 2.^a parte da disposição enuncia o princípio da não discriminação em sentido *formal*, não permitindo o uso de designações *discriminatórias* como as de filho “ilegítimo”, “natural”, “bastardo” ou outras que não se limitem a mencionar o puro *facto* do nascimento fora do casamento dos progenitores.

Deve ter-se em conta o disposto no art. 123.º, n.º 1 e 2, CRegCiv, que permite aos interessados eliminar do assento de nascimento as menções discriminatórias da filiação consentidas pela legislação anterior, requerendo a feitura de novo assento nos termos aí previstos. Cfr. ainda o art. 212.º, n.º 4, segundo o qual as certidões de registos que contenham menções discriminatórias de filiação são, sempre que possível, obrigatoriamente emitidas por meios informáticos, com eliminação das referidas menções, seja qual for a espécie e o fim a que se destinem, exceto se o registado, quem o representar, ou seu ascendente ou descendente, requererem por escrito certidão por fotocópia do respetivo assento.

Note-se que a circunstância de o registando ter nascido *do casamento* ou *fora do casamento* dos pais não é mencionada, inclusivamente, no assento de nascimento (e nas certidões dele extraídas), mas a lei vem afinal a revelar aquela circunstância, fazendo constar do registo o *estado* dos pais (CRegCiv, art. 102.º, n.º 1, al. *e*)) e mandando *averbar* o casamento dos pais posterior ao registo de nascimento do filho (art. 69.º, n.º 1, al. *c*)).

Mas o casamento dos pais pode ser integrado no texto do assento de nascimento, a requerimento verbal dos interessados ou dos seus representantes legais, mediante a realização de novo registo de nascimento: art. 123.º, n.º 1, CRegCiv.

A 1.^a parte do art. 36.º, n.º 4, formula o princípio da não discriminação em sentido *material*, não permitindo que os filhos nascidos fora do casamento sejam, por esse motivo, “objecto de qualquer discriminação”. Não quer isto dizer, note-se bem, que a Constituição imponha uma total identidade de regime entre as duas espécies de filhos: o que ela não permite é que os filhos nascidos fora do casamento sejam objeto de qualquer discriminação *que*

lhes seja desfavorável e que, além disso, não seja justificada pela diversidade das condições de nascimento (G. OLIVEIRA, anot. ac. do S.T.J. de 14.2.1978, na RDES 1977, p. 170). Assim, decerto que o art. 36.º, n.º 4, não feria de inconstitucionalidade o art. 1911.º, n.º 1 e 2, CCiv, que atribuía à mãe, em princípio, o exercício do poder paternal relativamente ao filho nascido fora do casamento. Tratava-se de uma diferença de regime que não pretendia *desfavorecer* os filhos nascidos fora do casamento mas até visava favorecê-los, supondo que os filhos nascidos fora do casamento estariam mais ligados à mãe e à família da mãe do que ao pai e à família deste. Por outro lado, há diferenças de regime que na verdade desfavorecem os filhos nascidos fora do casamento mas que também parecem conciliáveis com o princípio da não discriminação, enquanto sejam suficientemente justificadas pela diversidade das condições de nascimento dos filhos. É o caso, sobretudo, da presunção *pater is est* (art. 1826.º, n.º 1), que só vale em relação aos filhos nascidos do casamento, não beneficiando, compreensivelmente, os nascidos fora do casamento, mesmo de união de facto ou concubinato duradouro (cfr., porém, o art. 1871.º, n.º 1, al. c)). Igualmente justificada pela diversidade das condições do nascimento, e por isso conciliável com o princípio da não discriminação, é a solução referida no art. 1883.¹⁴³

O art. 36.º, n.º 4, teve aplicação *imediate*, revogando, designadamente, a legislação precedente (cfr. art. 293.º CRep) que dava melhores direitos sucessórios aos parentes “legítimos”, quer no sentido de uma preferência *absoluta* dos “legítimos” sobre os “ilegítimos” (os “legítimos” excluía os “ilegítimos”)¹⁴⁴, quer no sentido de uma preferência *relativa* (os “ilegítimos” concorriam com os

¹⁴³ Ou a do art. 56.º, n.os 1 e 2, relativa à determinação da lei aplicável à constituição de filiação.

¹⁴⁴ Era o princípio que valia na sucessão de irmãos e seus descendentes (art. 2144.º, na redação anterior à Reforma) e de outros colaterais (art. 2150.º, na antiga redação).

“legítimos”, mas eram desfavorecidos na partilha)¹⁴⁵. Nos primeiros anos de vigência do novo regime chegou a discutir-se se este valeria, inclusivamente, para as heranças *abertas* antes da data da entrada em vigor da Constituição mas ainda não *partilhadas* a essa data, mas a jurisprudência fixou-se, e com razão, no entendimento de que o princípio da não discriminação só se aplicava às heranças abertas depois de *25 de abril de 1976*, data em que a Constituição entrou em vigor.

Se a herança se abrisse antes, a partilha deveria fazer-se segundo a lei vigente à data da abertura da sucessão, data em que os herdeiros já haviam adquirido um *direito* a certa fração da herança, que até podiam ter alienado e que a nova lei não deveria prejudicar. Contra, mas sem razões convincentes, cfr. o ac. da Rel. de Lisboa de 17.6.1977, *RT* 1977, p. 275. No sentido do texto, R. Capelo de Sousa, *est. cit.*, p. 168 e nota (47), e na jurisprudência, entre muitos outros, o ac. do S.T.J. de 26.10.1978, *BMJ* n.º 280, p. 321.

Outra questão que o art. 36.º, n.º 4, colocou foi a de saber se o preceito não teria ferido de inconstitucionalidade o art. 1860.º CCiv, antiga redação, que sujeitava a ação de investigação de paternidade a determinados pressupostos ou condições de admissibilidade; a tese da inconstitucionalidade foi defendida por Guilherme de Oliveira (anotação citada); a jurisprudência fixou-se a princípio em sentido contrário, mas o Tribunal Constitucional veio a acolher aquela tese. É questão que perdeu interesse prático, pois a ação de investigação de paternidade não está hoje sujeita a pressupostos (art. 1871.º).

Cfr., p. ex., o ac. do TC de 5.12.1995, publ. no *DR* n.º 96, II série, de 23.4.1996, p. 5541, que julgou inconstitucionais os arts. 1860.º, al. *e*), e 1864.º, 1.ª parte, CCiv, na antiga redação. Entendeu o acórdão que o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade, corolário do direito à identidade pessoal previsto no art. 26.º, n.º 1, CREp, sendo um direito fundamental, só pode ser restringido nas condições estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º CREp, o qual não prevê a possibilidade de esse direito ficar dependente da verificação de condições materiais e permanentes como as referidas nas alíneas do art. 1860.º CCiv, deixando de poder ser exercido na falta dessa verificação.

¹⁴⁵ Era o princípio que valia na sucessão de descendentes (arts. 2139.º, n.º 2, e 2140.º, n.º 2, na antiga redação).

50. 9.º princípio: proteção da adoção

Como dispõe o n.º 7 do art. 36.º CREp, a adoção “é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”. A primeira parte da disposição foi introduzida pela Revisão Constitucional de 1982 e a segunda pela de 1997.

O princípio de que a adoção “é regulada e protegida nos termos da lei” tornou a adoção objeto de uma “garantia institucional” (para usar a linguagem dos constitucionalistas): a adoção, como instituição, é *garantida* pela Constituição, que assegura a sua existência e a sua estrutura fundamental, não podendo, pois, o legislador ordinário suprimi-la nem tão-pouco desfigurá-la ou descaracterizá-la essencialmente. Assim, p. ex., seria inconstitucional uma lei que extinguisse a adoção, ou que deixasse de considerar o adotado como filho do adotante.

O princípio de que a lei deve estabelecer formas céleres para a tramitação da adoção implicará, sobretudo, a proibição de retrocesso nesta matéria, pelo que seria inconstitucional, p. ex., a norma que revogasse o art. 32.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, segundo o qual os processos relativos ao consentimento prévio para adoção e à tramitação judicial do processo de adoção têm carácter urgente. Mas também dele resultará uma obrigação positiva de o legislador abreviar, sem prejuízo da necessária segurança e tanto quanto for possível, os prazos fixados no processo de adoção; o incumprimento dessa obrigação gerará apenas, porém, uma inconstitucionalidade por omissão, com as consequências previstas no art. 283.º CREp.

51. 10.º princípio: proteção da família

É o princípio enunciado no art. 67.º CREp o qual, como já tivemos ensejo de referir, concede à própria família — trate-se de família

*assente no casamento ou união de facto, natural ou adotiva*¹⁴⁶ — um direito à proteção da sociedade e do Estado, tornando-a, assim, objeto de uma *garantia institucional*.

É de notar que a Revisão Constitucional de 1982 modificou o teor do preceito, merecendo destaque, na nova formulação do art. 67.º, n.º 1, a afirmação enfática de que a família constitui “elemento fundamental da sociedade” e, por outro lado, a conceção individualista ou personalista vazada na parte final da disposição¹⁴⁷.

Note-se que o preceito está integrado, como os outros que mencionaremos adiante, no Capítulo II (“Direitos e deveres sociais”) do Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”) da Parte I (“Direitos e deveres fundamentais”) da Constituição da República. Não goza pois da força jurídica que o art. 18.º confere aos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, revestindo antes carácter essencialmente *programático*, como a generalidade das normas constitucionais que atribuem direitos económicos, sociais e culturais. Nesta conformidade, o n.º 2 do art. 67.º enumera nas suas várias alíneas, a título exemplificativo, algumas das ações que o Estado deverá promover em ordem à proteção da família.

O carácter “programático” do art. 67.º não significa porém que a norma não se imponha aos tribunais (como parece ter entendido o ac. da Rel. de Lisboa de 2.2.1982, *Col. Jur.* 1982, t. 1, p. 166): P. Coelho, *Cas. e fam., cit.*, p. 7-8. Quando a lei comporte vários sentidos possíveis, haja que integrar uma lacuna nos termos do art. 10.º, n.º 3, CCiv, ou simplesmente que preencher conceitos jurídicos indeterminados, devem os tribunais preferir a interpretação ou fazer a aplicação da lei que melhor realize os objetivos das normas constitucionais, mesmo que estas revistam natureza “programática”. É o que a doutrina tem chamado “interpretação conforme a Constituição”. Sobre o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, cfr. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 235-6.

¹⁴⁶ Cfr., a propósito, o ac. do S.T.J. de 5.6.1985 (*BMJ* n.º 348, p. 428), num caso em que tinha sido alegada a inconstitucionalidade do art. 2020.º CCiv por violação do art. 67.º CRep. Note-se que o acórdão recusava à união de facto a qualificação de relação de família, em conformidade com a orientação que costumava ser preconizada *supra*, n.º 20; no mesmo sentido, o ac. do S.T.J. de 21.11.1985, *BMJ* n.º 351, p. 429.

¹⁴⁷ Cfr., a este respeito, G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *cit.*, p. 351.

52. 11.º princípio: proteção da paternidade e da maternidade

Iguais observações merece o art. 68.º, que considera a paternidade e a maternidade “valores sociais eminentes” e concede aos pais e às mães, nesta qualidade, sejam ou não unidos pelo matrimónio, um direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à educação destes, para que a paternidade e a maternidade não os impeçam de se realizarem profissionalmente e de participarem na vida cívica do país.

Foi a Revisão Constitucional de 1982 que equiparou a paternidade à maternidade (na Constituição de 1976, anteriormente à Revisão, só a maternidade era considerada “valor social eminente”), mas a equiparação já tinha sido feita no Decreto-lei n.º 503/80, de 20 de outubro, que enunciou alguns princípios gerais de proteção à paternidade e à maternidade que vieram a ser desenvolvidos na Lei n.º 4/84, de 5 de abril, alterada, sucessivamente, pelas Leis n.os 17/95, de 9 de junho, 102/97, de 13 de setembro, 18/98, de 28 de abril, e 142/99, de 31 de agosto, que foi republicada pelo Decreto-lei n.º 70/2000, de 4 de maio.

53. 12.º princípio: proteção da infância

Por último, o art. 69.º CRep atribui igualmente às *crianças* um direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral. Relativamente ao disposto no n.º 2, na parte em que este concede *especial* proteção às crianças contra o exercício abusivo da autoridade na família, devem ter-se em conta as disposições respeitantes à inibição das responsabilidades parentais (art. 1915.º CCiv), às providências limitativas dessas responsabilidades (art. 1918.º) e, naturalmente, todas as disposições que integram o sistema de proteção de crianças e jovens em perigo.

54. Consequências da inconstitucionalidade. Revogação do direito anterior à Constituição

As normas que infringem os *princípios constitucionais do direito da família*, a que acabamos de fazer referência, são *inconstitucionais* (art. 277.º CRep), não podendo ser aplicadas pelos tribunais se a inconstitucionalidade for suscitada no processo (art. 280.º, n.º 1, al. *b*)) e competindo ao Tribunal Constitucional declarar a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos dos arts. 281.º e 282.º; a declaração produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a reconstituição das normas que ela eventualmente tenha revogado.

Os princípios constitucionais do direito da família (particularmente o 10.º, o 11.º e o 12.º) podem ainda ser violados por *omissão*, cumprindo ao Tribunal Constitucional, que verifique o incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, dar conhecimento ao órgão legislativo competente da inconstitucionalidade verificada (art. 283.º).

No que se refere ao direito *anterior* à entrada em vigor da Constituição, há que ter em conta o art. 290.º, n.º 2. Como aí se diz, o direito anterior mantém-se desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados; *não se mantém, portanto, se for contrário à Constituição ou a esses princípios*. Deve assim entender-se que as disposições do Código Civil de 1966 ou quaisquer outras contrárias à Constituição ou aos princípios constitucionais foram *revogadas* pelo art. 290.º CRep, tendo, pois, cessado a sua vigência em 25 de abril de 1976, data em que a Constituição entrou em vigor.

Quando a norma revogada não carecia de ser substituída por outra, a revogação do direito anterior à Constituição não trouxe dificuldades. Assim, p. ex., é evidente que a herança, aberta depois de 25 de abril de 1976, a que concorressem filhos, irmãos ou outros colaterais “legítimos” e “ilegítimos”, se repartia igualmente pelos

filhos, pelos irmãos ou pelos outros colaterais, fossem “legítimos” ou “ilegítimos”, sem que se tornasse necessária uma norma a consagrar esta doutrina. A revogação, pelo art. 36.º, n.º 4, CREp, dos preceitos do Código Civil que davam melhores direitos sucessórios aos parentes “legítimos” não abriu no sistema jurídico qualquer lacuna.

Outras vezes, porém, a revogação do direito anterior à Constituição abriu uma lacuna no sistema. P. ex., revogado pelo art. 36.º, n.º 3, CREp o art. 1678.º CCiv, na antiga redação, pelo qual o marido era o administrador dos bens do casal, salvo nos casos referidos no n.º 2 do preceito, ficou sem se saber, pois as duas soluções eram conciliáveis com o princípio da igualdade dos cônjuges, se, perante determinado ato de administração, *ambos* os cônjuges tinham de intervir no ato ou este podia ser validamente praticado por *qualquer* deles. Ficou assim a existir, *entre 25 de abril de 1976* (data em que a Constituição entrou em vigor) e *1 de abril de 1978* (data em que entrou em vigor o Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro), uma *lacuna*, que o juiz teve de integrar segundo os critérios do art. 10.º CCiv e à luz dos novos imperativos constitucionais.

O ponto está hoje regulado no n.º 3 do art. 1678.º, segundo o qual, fora dos casos previstos no número anterior, em que a administração de bens comuns é atribuída a um dos cônjuges, qualquer deles tem legitimidade para praticar *atos de administração ordinária* relativamente aos bens comuns do casal, só podendo ser praticados com o consentimento de ambos os restantes atos de administração.

Capítulo VI. Direito não civil da família

55. Observações prévias

As relações de família não assumem relevância apenas no direito da família, mas também nos outros ramos do direito civil (em

particular no direito das sucessões)¹⁴⁸ e mesmo nos outros ramos do direito, no direito não civil¹⁴⁹. Já nos referimos ao direito constitucional da família¹⁵⁰, mas cabe ainda breve alusão ao direito penal, ao direito fiscal, ao direito do trabalho e ao direito da segurança social da família. O direito internacional da família será tratado no fim do volume, em capítulo à parte¹⁵¹.

56. Direito penal

Os “crimes contra a família” estão regulados na Secção I do Cap. I (“Dos crimes contra a família, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos”) do Tít. IV (“Dos crimes contra a vida em sociedade”) da Parte especial do Código Penal.

Na delimitação dos valores que elevou à categoria de bens jurídico-penais, optou o Código, como se diz no relatório do diploma, “pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, relevando de particulares mundividências morais e culturais, não põem diretamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais”, circunscrevendo o âmbito do criminalmente punido “a um mínimo tendencialmente coincidente com o espaço de consenso ínsito em toda a sociedade democrática”. Neste espírito, o Código não pune o adultério, que era crime no Código Penal de 1886¹⁵². Como “crimes contra a família”, o Código incrimina apenas a bigamia (art. 247.º),

¹⁴⁸ Sobre a conexão do direito das sucessões com a família e o “modelo familiar” do direito das sucessões, cfr. P. COELHO, *Direito das sucessões*, polic. (1992), p. 35 s.

¹⁴⁹ Cfr. BORGETTO *et al.*, *Le droit non civil de la famille*, Paris, P.U.F., 1983, com prefácio de CARBONNIER.

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, n.os 41-54.

¹⁵¹ Cfr. *infra*, Cap. V.

¹⁵² Arts. 401.º-404.º, modificados pelo art. 61.º da “Lei do Divórcio” de 1910. Cfr. a 1.ª ed. do *Curso*, p. 231-6 e 470-3.

a falsificação de estado civil (art. 248.º), a subtração de menor (art. 249.º) e a violação da obrigação de alimentos (art. 250.º). Deve ter-se em conta também que comete o crime de violência doméstica (152.º) quem infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais ao cônjuge ou ex-cônjuge, a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou a progenitor de descendente comum em 1.º grau.

Importa referir ainda, porém, os casos em que a pena aplicável a certos crimes é agravada ou, pelo contrário, atenuada pelo facto de o agente e a vítima estarem ligados por relações de família.

Como exemplos do primeiro tipo, as penas aplicáveis aos crimes contra a liberdade sexual previstos nos arts. 163.º a 165.º e aos crimes contra a autodeterminação sexual previstos nos arts. 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente (art. 177.º, n.º 1, al. *a*)) e ainda se se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela (*b*)); e as penas também são agravadas se a vítima for menor de 14 ou 16, conforme os casos, havendo acumulação de agravantes que funcionarão sucessivamente. A circunstância de o agente ser descendente ou ascendente, adotado ou adotante da vítima é suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade e, a esse título, *qualificar* o homicídio, como tal punido com pena mais grave (art. 132.º, n.º 2, al. *a*)); e também quando o crime é praticado contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa do outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau (al. *b*)).

Como exemplos do segundo tipo, o art. 136.º pune apenas com prisão de 1 a 5 anos a mãe que mate o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora (art.

136.º)¹⁵³; no caso de furto de coisa móvel alheia (art. 203.º), assim como no de apropriação de coisa móvel que tenha sido entregue por título não translativo da propriedade (abuso de confiança - art. 205.º), o procedimento criminal depende de acusação particular se o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adotante ou adotado, parente ou afim até ao 2.º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges (art. 207.º, al. *a*)), etc.

57. Direito fiscal

Uma das incumbências do Estado para proteção da família é a de “regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares”, nos termos da al. *f*) do n.º 2 do art. 67.º CRep, inserido no Capítulo dos “Direitos e deveres sociais”; no desenvolvimento deste princípio, o art. 104.º, n.º 1, dispõe que o imposto sobre o rendimento pessoal deve ter em conta “as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”.

O sentido desta disposição e, em particular, a questão de saber se ela impõe que a unidade fiscal seja a família e não o indivíduo (ou seja, se devem tributar-se em conjunto os rendimentos das pessoas que constituem a família ou se esses rendimentos devem ser tributados em separado), são controvertidos entre os autores. Há quem entenda que o art. 104.º, n.º 1, impõe o sistema da tributação em conjunto (¹⁵⁴) e quem julgue que é compatível com o sistema da tributação em separado (¹⁵⁵).

¹⁵³ Quanto ao *aborto*, punido como “crime contra a vida intra-uterina”, regem os arts. 140.º-142.º (o art. 142.º foi alterado pela Lei n.º 90/97, de 30 de julho, que deu nova redação ao preceito, e também foi alterado pela Lei 16/2007, de 17 de abril).

¹⁵⁴ Cfr. TEIXEIRA RIBEIRO, *A unidade fiscal e A unidade fiscal na Constituição* (sep. do vol. XVII do “Boletim de Ciências Económicas”), 1984.

¹⁵⁵ Cfr. CASALTA NABAIS, *Direito fiscal*, 2.ª ed., 2003, p. 154. Sobre a matéria em apreço e outras questões relacionadas com os preceitos constitucionais relevantes

Até à recente revisão do CIRS, este consagrou o sistema da tributação do agregado familiar nestes termos: o imposto era devido pelo conjunto das pessoas que o constituíssem, considerando-se como sujeitos passivos aquelas a quem incumbisse a sua direção; reconhecendo, porém, que aplicado sem ajustamentos o sistema conduziria a penalizar a família, tratando-se de sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens, eventualmente com dependentes a cargo, o Código admitia o englobamento com divisão, não segundo a técnica do *quociente familiar*, mas segundo a técnica do *quociente conjugal* ou *splitting*, que restringia a divisão do total dos rendimentos familiares aos dois membros a quem incumbisse a direção do agregado; e determinava deduções à coleta relativas aos sujeitos passivos e a familiares destes ⁽¹⁵⁶⁾.

Muito recentemente o CIRS foi objeto de reforma profunda, operada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31.12, que o republicou em anexo ⁽¹⁵⁷⁾. Consagra agora a possibilidade de opção por tributação conjunta ou

é especialmente importante o extenso Ac. TC n.º 57/95, de 16.02, *BMJ* n.º 446 (suplemento), pp. 225-340, e *DR*, II série, n.º 87, de 12.04.1995, pp. 4041-4073 (cfr. sobretudo n.ºs 9 a 11, com as necessárias adaptações).

¹⁵⁶ Além do n.º 18 do preâmbulo do Código (relativo à versão inicial, aprovada pelo DL n.º 442-A/88, de 30.11), cfr. sobretudo arts. 13.º, 69.º, 78.º, 79.º e 82.º a 84.º na versão anterior à recente reforma; desde 2000 o Código previa a *possibilidade* de os unidos de facto optarem pelo regime de tributação dos sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens (art. 14.º-A, que em 2001 passou a 14.º), mas não a possibilidade de estes optarem pela tributação separada, salvo em caso de separação de facto (art. 59.º), solução mantida até à recente reforma apesar das críticas de que foi alvo e da intenção político-legislativa de a eliminar antes (cfr. p. ex. CASALTA NABAIS, *ibid.*, p. 155, e SALTER CID, *A comunhão de vida...*, pp. 656 s. e 675).

¹⁵⁷ A reforma teve origem na Proposta de lei n.º 256/XII (4.ª), de 16.10.2014, in *DAR*, II Série-A, n.º 22, de 23.10 (suplemento), pp. 2-52, que sofreu modificações; quanto ao processo legislativo, com especial interesse, cfr. *DAR*, I Série, n.º 24, de 27.11, pp. 19-49 (*discussão na generalidade*) e *DAR*, II Série-A, n.º 35, de 25.11, pp. 114-127 (*Nota técnica* anexa a Parecer da Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública); o texto final relativo à proposta foi aprovado com votos a favor do PSD e CDS-PP e votos contra dos restantes partidos políticos com assento parlamentar (cfr. *DAR*, I Série, n.º 27, de 06.12, p. 46). No CIRS republicado cfr. sobretudo arts. 13.º, 14.º, 59.º, 63.º, 69.º, 78.º, 78.º-A a 78.º-C, 83.º-A, 84.º e 87.º; o art. 12.º da Lei n.º 82-E/2014 previu a hipótese de aumento em 2016 e 2017 do quociente familiar e dos limites à aplicação deste.

separada do agregado familiar: na falta de opção pela 1.^a, a exercer dentro dos prazos legais por ambos os cônjuges (não separados de pessoas e bens) ou unidos de facto, aplica-se a 2.^a e o imposto é apurado individualmente em relação a cada cônjuge ou unido de facto, sem prejuízo do disposto quanto a dependentes; se for exercida a opção pela 1.^a o imposto é devido pela soma dos rendimentos das pessoas que constituem o agregado, considerando-se como sujeitos passivos aquelas a quem incumbe a sua direção, também sem prejuízo do disposto quanto a dependentes. O agregado familiar é constituído: pelos cônjuges não separados de pessoas e bens, ou pelos unidos de facto, e os respetivos dependentes; ou por cada um dos cônjuges ou ex-cônjuges e os respetivos dependentes; ou pelo pai ou mãe “solteiros” e os dependentes a seu cargo; ou pelo adotante “solteiro” e os dependentes a seu cargo. O quociente conjugal foi substituído pelo *quociente familiar* (aplicável às taxas do imposto), que difere consoante seja ou não exercida a opção pela tributação conjunta mas em qualquer caso pondera o número de dependentes e de ascendentes relevantes, embora com limites (variáveis) de redução da coleta. A esta são ainda efetuadas diversas deduções relativas aos sujeitos passivos e a familiares destes, entre as quais passaram a incluir-se “despesas gerais familiares”.

58. Direito do trabalho

O princípio constitucional de que a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes, tendo os pais e as mães direito à proteção da sociedade e do Estado (CRep, art. 68.º) ⁽¹⁵⁸⁾, traduz-se fundamentalmente, no *direito do trabalho* ⁽¹⁵⁹⁾, na atribuição de

¹⁵⁸ Cfr. *supra*, n.º 52.

¹⁵⁹ Sobre as matérias aludidas neste n.º 58, com referência ao Código do Trabalho, cfr. por todos Pedro ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013, e M.^a do Rosário PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito*

direitos aos pais e às mães trabalhadores; às mães são ainda concedidos direitos especiais de proteção relativos ao ciclo biológico da maternidade, como também impõe outra disposição constitucional (art. 59.º, n.º 2, al. c)). No Código do Trabalho (aprovado pela Lei.º 7/2009, de 12.02, e ultimamente alterado pela Lei n.º 55/2014, de 26.08) a “parentalidade” é objecto da Subsecção IV da Secção II do Capítulo I do Título II do Livro I do Código (arts. 33.º a 65.º). Deve notar-se que as normas pertinentes à matéria são aplicáveis igualmente aos trabalhadores com vínculo de emprego público (por força do art. 4.º, n.º 1, al. d), da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20.06) e que o regime jurídico do apadrinhamento civil ⁽¹⁶⁰⁾ atribui a padrinhos e afilhados o direito de beneficiar do regime de faltas e licenças equiparado ao dos pais e dos filhos.

Depois de reiterar que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes” e de sublinhar que “os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação ao exercício da parentalidade” (art. 35.º, n.os 1 e 2), o Código do Trabalho concretiza a “proteção na parentalidade” através da atribuição de numerosos direitos. Salientam-se aqui: as licenças parentais iniciais e complementares, compreendendo diversas modalidades (arts. 39.º a 43.º e 51.º); a licença por adoção e até a dispensa para a realização de avaliação para adoção (arts. 44.º e 45.º); a dispensa para amamentação ou aleitação (art. 47.º); a justificação de faltas para assistência a filho (art. 49.º) ou a neto (art. 50.º); as licenças para assistência a filho (arts. 52.º e 53.º); a redução do tempo de trabalho para assistência a filho menor com deficiência ou doença crónica (art. 54.º); o direito de trabalhar a

do Trabalho. Parte II – Situações laborais individuais, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014 (com índice ideográfico muito útil).

¹⁶⁰ () Cfr. *supra* n.º 30-a e cfr. art. 23.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 103/2009, de 11.09.

tempo parcial (art. 55.º) ou com horário flexível (art. 56.º); a dispensa de algumas formas de organização do tempo de trabalho (art. 58.º) e da prestação de trabalho suplementar (art. 59.º); e a dispensa de trabalho noturno concedida à trabalhadora antes e depois do parto ou mesmo, se necessário, durante todo o período da gravidez e da amamentação (art. 60.º). Acresce a proteção especial concedida à trabalhadora grávida, puérpera ou lactante no âmbito da segurança e saúde no trabalho (art. 62.º) e no domínio do despedimento (art. 63.º). Mas não é tudo.

Como vimos ⁽¹⁶¹⁾, a Constituição proclama a família elemento fundamental da sociedade, com direito à proteção desta e do Estado (CRep, art. 67.º, n.º 1). Ora, entre as incumbências expressamente atribuídas ao Estado para proteger a família inclui-se, desde a revisão constitucional de 2004, a de promover a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (art. 67.º, n.º 2, al. *b*)), sendo porém certo que desde a revisão de 1997 estava constitucionalmente atribuído a todos os trabalhadores o direito à organização do trabalho de modo a permitir aquela conciliação (art. 59.º, n.º 1, al. *b*)). Compreende-se, pois, que o Código do Trabalho ⁽¹⁶²⁾ determine, nomeadamente: o dever de o empregador proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a mencionada conciliação (art. 127.º, n.º 3), designadamente no tocante ao horário de trabalho (art. 212.º, n.º 2, *b*)), e, se possível e solicitado, proporcionar a trabalhadores do mesmo agregado familiar o descanso semanal em simultâneo (art. 232.º, n.º 5); o dever

¹⁶¹ () Cfr. *supra*, n.º 51.

¹⁶² () Na citada LGTFP, além da remissão genérica para o disposto no Código do Trabalho (também) em matéria de “organização e tempo de trabalho” e de “tempos de não trabalho” (art. 4.º, n.º 1, als. *g*) e *b*), e arts. 101.º, 122.º, n.º 1, e 126.º, n.º 1), cfr. arts. 69.º, n.º 2, 82.º, n.º 2, 124.º, n.º 6, 114.º, n.º 3, als. *a*) a *d*), e 134.º, n.º 2, als. *a*), *b*) e *e*), e n.º 3. Com referência às disposições pertinentes, cfr. Paulo VEIGA E MOURA e Cátia ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. 1.º Vol. – Arts. 1.º a 240.º, Coimbra, Coimbra Ed., 2014.

de os instrumentos de regulamentação do trabalho estabelecerem, para a admissão em regime de tempo parcial, preferências em favor de quem tenha responsabilidades familiares (art. 152.º, n.º 1); o dever de o direito a férias ser exercido de modo a proporcionar ao trabalhador, entre o mais, a integração na vida familiar (art. 237.º, n.º 4), podendo as férias ser gozadas em períodos cumulados quando aquele delas pretenda usufruir com familiar residente no estrangeiro (art. 240.º, n.º 2). De resto, o Código também concede o direito de faltar ao trabalho “por altura do casamento” (art. 249.º, n.º 2, *a*)), para prestar assistência a membro do agregado familiar (art. 252.º) e por motivo de falecimento de pessoa com a qual o trabalhador tivesse relação familiar ou parafamiliar (art. 251.º).

59. Direito da segurança social

As relações de família têm ainda considerável relevância nas várias eventualidades em que o *sistema e os subsistemas de segurança social* concedem prestações pecuniárias ou de outra ordem aos respetivos beneficiários ou aos familiares destes. Assim, p. ex., no âmbito da *proteção social “na parentalidade”* está prevista a atribuição de várias prestações pecuniárias (subsídios) destinadas a compensar a perda de rendimento/remuneração resultante de impedimento para o trabalho no exercício dos direitos inerentes à designada “proteção na parentalidade”, a que acima fizemos referência ⁽¹⁶³⁾;

¹⁶³ Cfr. *supra* n.º 58 e, neste domínio da *proteção social*, cfr. DL n.º 89/2009 e DL n.º 91/2009, ambos de 09.04 (ultimamente alterados pelo DL n.º 133/2012, de 27.06), o 1.º relativo aos trabalhadores beneficiários do chamado “regime de proteção social convergente” (trabalhadores em funções públicas enquadráveis no âmbito pessoal previsto no art. 11.º da Lei n.º 4/2009, de 29.01) e o 2.º relativo aos trabalhadores beneficiários do “regime geral de segurança social”, isto é, beneficiários do sistema previdencial integrados no regime (geral) dos trabalhadores por conta de outrem ou no regime (geral) dos trabalhadores independentes. Os diplomas estabelecem naturalmente regimes muito semelhantes. Com referência ao 2.º, cfr., p. ex., DIREÇÃO-

e a eventualidade de encargos familiares decorrentes de situações geradoras de despesas das famílias especialmente previstas na lei é objeto de proteção social também realizada através da atribuição de diversas prestações pecuniárias (subsídios e abonos) ⁽¹⁶⁴⁾. São proteções de que igualmente beneficiam padrinhos e afilhados, por força do regime jurídico do apadrinhamento civil ⁽¹⁶⁵⁾.

Assume também especial importância a proteção por morte dos beneficiários abrangidos pelo regime geral da segurança social e pelo denominado regime de proteção social convergente ⁽¹⁶⁶⁾, assegurada aos membros do seu agregado familiar mediante a concessão do subsídio por morte e da pensão de sobrevivência ⁽¹⁶⁷⁾. O subsídio por morte é uma prestação única destinada a compensar o acréscimo dos encargos decorrentes da morte do beneficiário e facilitar a reorganização da vida familiar; a pensão de sobrevivência, de concessão

-GERAL DA SEGURANÇA SOCIAL, *Proteção social na parentalidade*, 2013 (disponível in <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/13199/Parentalidade>).

¹⁶⁴ Cfr. DL n.º 133-B/97, de 30.05 (ultimamente alterado pelo DL n.º 176/2003, de 02.08, e pela Lei n.º 82-B/2014, de 31.12), e DL n.º 176/2003 (ultimamente alterado pelo DL n.º 133/2012, de 27.06, e republicado em anexo a este). Quanto ao subsídio de funeral, cfr. *infra*. Entre os numerosos e úteis guias práticos disponibilizados *on-line* pela Segurança Social (<http://www4.seg-social.pt/guias-praticos>), especialmente em 2014, não se inclui um que abranja e articule toda a informação pertinente, mas cfr. p. ex. o *Guia Prático – Abono de família para crianças e jovens*.

¹⁶⁵ Cfr. *supra* n.º 30-a e cfr. art. 23.º, n.º 1, al. b), e n.º 3, da Lei n.º 103/2009, de 11.09.

¹⁶⁶ Definido pela citada Lei n.º 4/2009, de 29.01 (cfr. sobretudo arts. 6.º, al. b), 11.º, 13.º, al. g), e 15.º).

¹⁶⁷ No âmbito do regime geral de segurança social, cfr. DL n.º 322/90, de 18.10 (ultimamente alterado pelo DL n.º 133/2012, de 27.06, pelo DL n.º 13/2013, de 25.01, e pela Lei n.º 82-B/2014, de 31.12); no âmbito do regime de proteção social convergente, quanto ao subsídio por morte cfr. DL n.º 223/95, de 08.09 (com última alteração introduzida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31.12), e quanto à pensão de sobrevivência cfr. DL n.º 142/73, de 31.03 (sujeito a *numerosas* alterações, as últimas introduzidas pelo citado DL n.º 133/2012). Está ainda prevista a atribuição de um subsídio de funeral, prestação única de valor fixo e baixo que cumpre articular com o subsídio por morte, não sendo em regra cumulável com este: no DL n.º 322/90 cfr. arts. 50.º, n.º 4, e 54.º; no DL n.º 223/95 cfr. art. 14.º; e no DL n.º 176/2003 cfr. sobretudo arts. 2.º, 3.º, n.º 1, al. d), e n.º 5, 13.º, n.º 2, e 24.º, n.º 5.

continuada, visa compensar os familiares do beneficiário da perda dos rendimentos do trabalho determinada pela morte deste.

No domínio vasto e complexo da proteção social, aqui naturalmente apenas aludido, cabe por fim salientar a existência de apoios concedidos no âmbito do acolhimento familiar de crianças e jovens e, bem assim, de idosos ou adultos com deficiência, com o objetivo de lhes proporcionar os benefícios desejavelmente resultantes da integração em ambiente familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades ⁽¹⁶⁸⁾.

Capítulo VII. Caracteres do direito da família

60. Predomínio de normas imperativas

O direito da família tem características particulares, suficientes para o individualizar no quadro do direito civil e em face dos outros ramos deste direito, nomeadamente do direito das obrigações. Referiremos a seguir algumas dessas características.

Assim, em primeiro lugar, pode dizer-se que o direito da família é caracterizado por um acentuado predomínio de normas imperativas e, como tais, inderrogáveis pela vontade dos particulares. É esta uma característica muito significativa que aparta o direito

¹⁶⁸ Quanto ao acolhimento de crianças e jovens, previsto nos arts. 46.º a 48.º na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei n.º 147/99, de 01.09, e alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22.08), cfr. DL n.º 11/2008, de 17.01, e art. 13.º do DL n.º 12/2008, de 17.01 (alterado pela Lei n.º 108/2009, de 14.09); quanto ao acolhimento de idosos ou adultos deficientes, cfr. DL n.º 391/91, de 10.10 (alterado pelo DL n.º 328/93, de 25.09). Relativamente à matéria em apreço é útil a consulta de dois guias práticos elaborados pelo INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL em 2014: *Acolhimento Familiar – Crianças e Jovens* e *Acolhimento Familiar – Pessoas Idosas e Adultos com Deficiência* (ambos disponíveis in <http://www4.seg-social.pt/guias-praticos>).

da família do direito das obrigações, cujas normas revestem, na sua grande maioria, carácter supletivo ou dispositivo. O *retrait du droit*, que marca a recente evolução do direito da família e as suas perspectivas de futuro, não impede que, na nossa como na generalidade das legislações, os atos e negócios familiares continuem a ser regidos em boa parte por normas imperativas, o que revela o interesse público atinente à organização da vida familiar. São imperativas, p. ex., as normas que regulam os impedimentos matrimoniais e, em geral, os requisitos de fundo e de forma do casamento; os direitos pessoais dos cônjuges; as modalidades e as causas do divórcio e da separação de pessoas e bens; os modos de estabelecimento da filiação; as presunções de maternidade e paternidade, o seu valor e o modo como podem ser impugnadas; a atribuição do exercício das responsabilidades parentais, relativamente à pessoa e aos bens dos filhos, e o seu conteúdo essencial; a organização da tutela; as condições e os efeitos da adoção; etc. Pode dizer-se, *grosso modo*, que apenas as relações familiares patrimoniais são regidas por normas de carácter dispositivo, sendo de salientar, todavia, que ainda aqui deparamos, não raramente, com normas imperativas, como as dos arts. 1699.º, 1714.º, n.º 1, 1720.º, etc.

Quanto ao exercício em concreto das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, tem porém ampla relevância a vontade dos pais, que exercem em comum aquelas responsabilidades (art. 1906.º CCiv, na redação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

Esta característica do direito da família foi exagerada ou deformada por alguns autores, para quem o direito da família nem pertenceria ao direito privado mas ao direito público, ou constituiria um ramo autónomo do direito, distinto tanto do direito privado como do direito público. Teve larga ressonância, nesta orientação, a obra

do professor italiano Antonio Cicu¹⁶⁹. E, a partir de tão diferentes pressupostos ideológicos, poderão referir-se as legislações da antiga União Soviética e dos países do leste europeu, onde o direito da família não estava integrado no Código Civil mas era objeto de um “Código da Família”. Não vamos aqui desenvolver o tema, até porque a distinção entre direito público e privado se torna cada vez mais fluida nos sistemas jurídicos contemporâneos. Decerto que há um direito constitucional da família, um direito penal da família, um direito fiscal da família, um direito processual da família, um direito da segurança social da família, e estes são direito público. Mas as relações familiares (a relação matrimonial e as relações de parentesco, afinidade e adoção), assim como as relações parafamiliares de que falámos, essas são de direito privado, pois segundo o critério mais divulgado de distinção entre direito privado e direito público — o critério dos sujeitos — não intervém nelas, *como sujeito*, nem o Estado nem qualquer entidade de direito público¹⁷⁰. E a larga intervenção de órgãos do Estado na constituição, na vida e na extinção das relações familiares¹⁷¹, quer do juiz, quer do Ministério Público, quer de órgãos da Administração como o conservador do registo civil e os organismos de segurança social, também não prova que aquelas relações não sejam de direito privado. Aliás, teríamos de excluir do direito privado todos os contratos — o contrato de arrendamento, o contrato de trabalho, os contratos bancários e tantos outros — que são regidos em muitos aspetos por normas imperativas e em que há também uma forte intervenção do Estado, em homenagem a interesses superiores ao interesse dos contraentes. Salva a diferença

¹⁶⁹ *Il diritto di famiglia* (1915); *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, na “Riv. del dir. civ.”, 1939, p. 3 s.; *Principii generali del diritto di famiglia*, na “Riv. trim. di dir. e proc. civ.”, 1955, p. 1-23.

¹⁷⁰ Já se pretendeu que o funcionário do registo civil seria *parte*, como os cônjuges, na celebração do casamento, mas a ideia não é exacta (*infra*, n.º 83).

¹⁷¹ Sobre a intervenção do Estado na família, cfr. P. Coelho, *Cas. e fam.*, cit., p. 26 s.

de grau, o que o Estado faz no casamento e nos demais negócios ou atos familiares é o mesmo que faz em todos esses contratos.

Com isto não negamos que existam no próprio direito da família verdadeiras normas de direito público (administrativo) como, p. ex., as que definem as funções do conservador do registo civil no processo de casamento ou estabelecem as sanções em que ele incorre no caso de não as cumprir.

61. Institucionalismo

Em segundo lugar o direito da família é um direito *institucional*, sendo esta uma qualificação muito corrente na doutrina¹⁷².

Sabemos como a uma concepção positivista ou normativista do direito se contrapõe uma concepção institucionalista ou ordinalista. Para aquela o direito é criado pelo legislador: a lei é a única forma de revelação do direito, que está na lei e só na lei escrita. Pelo contrário, para a segunda a lei é só uma das formas de revelação do direito, e porventura a mais infiel, pois o direito vive sobretudo nas próprias instituições ou ordens concretas.

Ora a família é, decerto, uma destas ordens ou instituições. Mais velha que o Estado, é ela um organismo natural, que preexiste ao direito escrito, e dentro do qual vive uma ordenação íntima, complexa e difícil de racionalizar. Dizemos nós que o direito da família é um direito institucional porque o legislador se limita, em alguma medida, quando regula as relações de família, a reconhecer esse “direito” que vive e constantemente se realiza na instituição familiar¹⁷³. Sem dúvida, não foi o legislador que criou as normas que impõem certas obrigações

¹⁷² Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 72-4. Sobre a noção de instituição, cfr. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, *cit.*, p. 184.

¹⁷³ LEHMANN, *Derecho de familia* (trad. esp.), p. 22, fala na atitude de *retraimento* do legislador ao regular as relações de família. E acrescenta: “O casamento em que domine uma recta intenção regula-se por si mesmo”. Cfr. também *supra* o n.º 39.

aos cônjuges (art. 1672.º) ou as que dizem quais os deveres dos pais para com os filhos e destes para com os pais (art. 1874.º); nota-se, por outro lado, que o conteúdo de tais normas é muito vago, sendo necessário, para o integrar, constantemente recorrer àquelas outras normas pelas quais se rege institucionalmente a família. Daqui o uso generalizado, no direito da família, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, um tipo de formulação legislativa que a Reforma de 1977 utilizou largamente. Assim, p. ex., a Reforma substituiu por *conceitos indeterminados* (“qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge”; “violação grave dos deveres conjugais que comprometa a possibilidade de vida em comum”; “manifesta improbabilidade da paternidade do marido da mãe”; “infração culposa dos deveres dos pais para com os filhos com grave prejuízo destes”) as *listas* que, na legislação anterior, especificavam os fundamentos da anulação do casamento civil por erro (art. 1636.º) do divórcio e da separação de pessoas e bens (art. 1779.º) da impugnação de paternidade (art. 1839.º), da inibição do poder paternal (art. 1915.º), etc.

É esta uma característica muito significativa do direito da família, mas cujo alcance não deve exagerar-se. Como é óbvio, nas normas de direito da família também pode existir, e até ser decisivo, um momento técnico e racional, pois o legislador pode querer *modificar*, num sentido ou noutro, a ordenação institucional da família. Terá sido o caso, em alguma medida, da Reforma de 1977, que em vários aspetos (*v. g.*, na não discriminação dos “papéis” dos cônjuges; na faculdade concedida ao marido de acrescentar apelidos da mulher aos seus) se adianta aos costumes sociais e pretende atuar *pedagogicamente* sobre eles. O mesmo se pode dizer da Lei n.º 61/2008, que introduziu modificações importantes no instituto do divórcio e nos seus efeitos; da Lei n.º 9/2010, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo; e da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que instituiu o apadrinhamento civil. Saber se esta atuação se justifica é uma questão controversa. Há quem julgue

que as leis devem modificar os costumes, discipliná-los, e quem pense que se não se apoiarem nos costumes as leis caem por si. Como escreve Carbonnier, “c’est un très ancien jeu de raquettes: *quid mores sine legibus? quid leges sine moribus?*”¹⁷⁴.

62. Coexistência, na ordem jurídica portuguesa, do direito estadual e do direito canónico na disciplina da relação matrimonial

Não é esta uma característica geral do direito da família, mas apenas uma característica do direito matrimonial português. Vimos já que o art. 1625.º CCiv se deve julgar conforme à Constituição e continua em vigor, mesmo depois da Concordata de 2004, pelo que o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes. Os arts. 1627.º-1646.º CCiv não são assim aplicáveis aos casamentos católicos, os quais, por outro lado, conhecem ainda uma causa de dissolução própria deles (a “dispensa do casamento rato e não consumado”)¹⁷⁵. O legislador português como que terá renunciado à sua soberania, devolvendo para o direito canónico e, portanto, para uma outra ordem jurídica a regulamentação de determinados aspetos do regime dos casamentos católicos. Estes casamentos, que até 2006 foram a maioria dos que se celebraram no país¹⁷⁶, não são regidos nesses aspectos pelo direito matrimonial português, mas pelas normas correspondentes do *Codex Iuris Canonici*.

¹⁷⁴ *Droit civil 2 — La Famille*, 13.ª ed. (1989), p. 23.

¹⁷⁵ Cfr. *infra*, n.os 262-263.

¹⁷⁶ Em 2006 celebraram-se em Portugal 47.857 casamentos, 24.954 católicos e 22.903 civis; em 2013, os números foram, respetivamente, 31.693, 11.576 e 19.920 (www.pordata.pt)

63. Permeabilidade do direito da família às transformações sociais

Para caracterizar o direito da família lembraremos ainda que ele é, como o direito das sucessões, um ramo do direito civil muito permeável às modificações das estruturas políticas, sociais, económicas, etc. Característica que ressalta quando se confronta o direito da família com o direito das obrigações, pois é sabido que este, se não é inteiramente insensível a essas modificações, também não é grandemente afetado por elas¹⁷⁷. A solução a dar a problemas como o da confessionalidade ou inconfessionalidade do casamento, o da admissibilidade do divórcio, o da posição da mulher casada em face do marido, o da situação dos filhos nascidos fora do casamento, etc., depende naturalmente do condicionalismo sócio económico e das opções de cada Estado em matéria política e religiosa. O facto é notório e pode ser observado em diversos planos. Pode notar-se como, p. ex., o direito da família foi profundamente afetado pela Revolução francesa ou pela Revolução soviética¹⁷⁸, que todavia não alteraram o esquema fundamental do direito das obrigações. E, guardadas as devidas proporções, o facto pode comprovar-se, inclusivamente, na evolução que o nosso direito da família registou ao longo do século passado. Assim, não é difícil ver como as leis da 1.^a República (os Decretos n.º 1 e 2 e a chamada “Lei do Divórcio”) são fruto das conceções político-sociais do legislador de 1910, como a ditadura influenciou significativamente, em vários aspetos, as leis da família de 1940 e 1966, e como, por último, a restauração da

¹⁷⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 13-5.

¹⁷⁸ Sobre a evolução e as características do antigo direito matrimonial soviético, cfr. FRIDIEFF, *Le mariage et le divorce d'après la législation actuelle de l'URSS*, na “Rev. int. de droit comparé”, vol. II (1960), p. 347 s., e, para maiores desenvolvimentos, DAVID e HAZARD, *Le droit soviétique* (1954), II, p. 293 s., e, sobretudo, MEDER, *Das Sowjetrecht* (1971).

democracia teve os seus reflexos no direito da família: a modificação do art. XXIV da Concordata e consequente revogação do art. 1790.º CCiv¹⁷⁹ e, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade dos cônjuges e da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento, princípios que a Reforma de 1977 aplicou e desenvolveu na legislação do país. Daqui se tem partido, por vezes, para afirmar o carácter *nacional* do direito da família — uma ideia exata, sem dúvida, mas em que não quereríamos pôr demasiada insistência. Decerto que há divergências assinaláveis, nesta matéria, entre as legislações dos vários países e que uma tentativa de unificação do direito da família não seria realista na conjuntura atual. Se tivermos presente, contudo, a lição do direito comparado e a evolução verificada nas últimas décadas, teremos de concluir que, neste como em tantos outros aspetos, o mundo é cada vez mais *um só*: princípios como o da secularização do casamento (sem prejuízo da sua celebração sob forma religiosa), o da liberdade de celebração do casamento, o da igualdade dos cônjuges, no plano pessoal como no patrimonial, o da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento, a abertura à verdade biológica no estabelecimento da filiação, a conceção do divórcio como constatação da “rutura” do casamento e a do “bem do filho” como critério decisivo nas questões respeitantes às responsabilidades parentais, para só referirmos alguns princípios mais gerais, constituem, se podemos exprimir-nos assim, uma espécie de novo direito natural das relações familiares, direito natural que vai impregnando cada vez mais as legislações dos vários países, mesmo dos que pareceriam mais fechados, ainda há poucos anos, ao reconhecimento desses

¹⁷⁹ A redação do art. 1790.º CCiv era a seguinte: “Não podem dissolver-se por divórcio os casamentos católicos celebrados desde 1 de Agosto de 1940, nem tão-pouco os casamentos civis quando, a partir dessa data, tenha sido celebrado o casamento católico entre os mesmos cônjuges”.

princípios. Nem pode esquecer-se o papel das *organizações internacionais* em vista da harmonização das legislações dos Estados membros, sendo numerosas as *convenções* em que se contêm princípios respeitantes ao direito das pessoas e da família. Note-se que o cumprimento dessas convenções é assegurado, por vezes, por *tribunais* internacionais cujas *decisões* os Estados se comprometem a acatar.

É o que se passa com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois o art. 53.º da Convenção obriga os Estados membros a aceitar as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que são transmitidas ao Comité de Ministros para fins de execução (art. 54.º); se o Tribunal tiver entendido que houve violação da Convenção, o Comité de Ministros convida o Estado parte no processo a “informar quais as medidas que tomou face ao decidido”, sendo uma dessas medidas, naturalmente, a modificação do direito interno em quanto seja necessário para o harmonizar com as disposições da Convenção. Cfr. Pinheiro Farinha, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada* (1981).

Note-se ainda que uma Resolução do Parlamento Europeu, em 1994, solicitou à Comissão que fossem feitos trabalhos sobre a possibilidade de elaboração de um “Código Europeu Comum de Direito Privado”, Código de que não fica excluído o direito da família. Sobre a viabilidade da unificação do direito da família europeu, do ponto de vista da legislação portuguesa, cfr. Guilherme de Oliveira, *Um direito da família europeu?*, na *RLJ*, ano 133.º, p. 105-111.

64. Ligação a outras ciências humanas

Característica do direito da família é ainda a sua estreita ligação a outras ciências humanas: como teremos oportunidade de verificar, o direito da filiação é largamente tributário da *biologia* e a sua evolução é marcada significativamente pelos progressos científicos, a compreensão e a própria aplicação prática de numerosas soluções legais, respeitantes, designadamente, às responsabilidades parentais e à adoção, requerem conhecimentos adequados de *psicologia* e *pedagogia*, e não é por acaso que os *sociólogos* do direito encontram

em matérias de direito da família algumas das áreas privilegiadas dos seus estudos.

65. Afetação de certas questões de direito da família a tribunais de competência especializada: os tribunais de família e menores

A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) atribui a secções de competência especializada “de família e menores”, competência para preparar e julgar as questões de direito da família que vêm referidas nos arts. 122.º (competência relativa a cônjuges, ex-cônjuges, união de facto e economia comum), 123.º (competência relativa a menores e a filhos maiores) e 124.º (competência em matéria tutelar educativa e de proteção); nas comarcas onde não haja tribunal de família e menores, é competente o tribunal de comarca¹⁸⁰. São pois secções de família e menores que julgam as ações de divórcio e separação judicial de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges¹⁸¹ e as ações de declaração de inexistência ou de anulação do casamento civil, que constituem o vínculo de adoção e decidem da confiança judicial do menor com vista à adoção; que regulam o exercício das responsabilidades parentais e conhecem das questões a este respeitantes, que procedem à averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade, que decidem, em caso de desacordo dos pais, sobre o nome e os apelidos do menor, etc.

¹⁸⁰ Sobre a competência dos tribunais de família e menores em matéria tutelar cível, cfr. ainda os arts. 146.º e 147.º OTM.

¹⁸¹ E ainda as de divórcio e separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, se os cônjuges acordarem em se divorciar por mútuo consentimento no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges ou não conseguirem formular um acordo, digno de homologação, sobre os temas definidos no art. 1775.º, n.º 1 (*infra*, n.º 228).

Capítulo VIII. Caracteres dos direitos familiares

66. Observações prévias

Várias características, que importa evidenciar, permitem distinguir os direitos familiares dos restantes direitos privados, nomeadamente dos direitos obrigacionais. Referiremos em seguida umas quantas dessas características, que nos parecem as mais significativas.

Antes de o fazermos, porém, convirá lembrar que só temos em vista os direitos familiares *pessoais* na exposição que vai seguir-se. Quanto aos chamados direitos familiares *patrimoniais*, trata-se de relações que são originária e estruturalmente obrigacionais ou reais, e que portanto não podem distinguir-se das relações destes tipos. Se as estudamos no direito da família é só porque, sendo os sujeitos dessas relações, ao mesmo tempo, sujeitos de uma relação familiar, tais relações obrigacionais ou reais são influenciadas no seu regime por essa circunstância, e de tal maneira que perdem — pode dizer-se — a sua autonomia, constituindo-se e desenvolvendo-se na dependência daquela relação de família. Foi uma ideia a que já aludimos atrás, mas em que convém insistir pela sua grande importância. Na verdade, iremos estudar ao longo do curso numerosas relações obrigacionais e reais. No capítulo relativo aos efeitos patrimoniais do casamento, estudaremos, p. ex., o regime das dívidas dos cônjuges entre si e em face de terceiros, os poderes de disposição e de administração dos cônjuges em relação aos bens de cada um deles e aos bens comuns, etc. Ora, não é tudo isto matéria de obrigações e de direitos reais? Sem dúvida; simplesmente, trata-se de obrigações e direitos reais cujo regime é diverso do que seria se não fosse a relação matrimonial a que se encontram subordinados. Veremos, com efeito, que a matéria das dívidas dos cônjuges oferece importantes especialidades em relação ao direito comum das obrigações; que os poderes que integram

os direitos reais dos cônjuges, sobretudo os que recaem sobre bens imóveis, mas não só esses, sofrem importantes limitações; etc. Tudo isto justificará, assim, a orientação tradicional, que é a de estudar, como “direitos familiares patrimoniais”, aquelas relações obrigacionais e reais que se subordinam a relações de família.

Só há pois que tratar aqui dos direitos familiares *personais*, e dizíamos que eles revestem várias características que importa referir agora.

67. Os direitos familiares pessoais como poderes funcionais

A primeira, e com certeza a mais importante de todas elas, é que os direitos familiares pessoais não são direitos subjetivos propriamente ditos mas poderes funcionais, poderes-deveres, e como tais irrenunciáveis, indisponíveis, etc.¹⁸².

A contraposição entre *direitos subjetivos* e *poderes funcionais* é muito corrente na literatura jurídica.

Como sabemos, o conceito tradicional de direito subjetivo é este: o direito subjetivo é um poder de exigir de outrem um certo comportamento (direito subjetivo propriamente dito), ou então de produzir certas consequências jurídicas (direito potestativo). É uma noção *estrutural*, em que o direito subjetivo se define como poder. Não se nega que os direitos subjetivos sejam concedidos em vista da satisfação de certos interesses, mas nega-se que o direito e o interesse coincidam ou correspondam um ao outro. Com efeito, e por um lado, há interesses juridicamente protegidos por outros meios (diferentes da atribuição de direitos): a atribuição de direitos subjetivos não é o único processo técnico de que o legislador

¹⁸² Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 75-9. Sobre a natureza dos direitos familiares pessoais, em particular dos direitos “sexuais” à fidelidade e à coabitação como comunhão de leito, cfr. a larga exposição de DUARTE PINHEIRO, *O núcleo infrangível da relação conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 313 s.

se serve para tutelar interesses. Por outro lado, diz-se também, o direito não tem necessariamente de ser exercido em vista do interesse para que foi concedido e na estrita medida desse interesse. O titular do direito *escolhe* livremente o modo do seu exercício; pode exercê-lo *como queira*, em vista da satisfação de qualquer interesse seu, por mais diverso que seja do interesse que a ordem jurídica quis tutelar quando lhe atribuiu o direito.

Pode até não o exercer; o não exercício é ainda um modo de exercício do direito. Como sabemos, é esta uma das justificações tradicionais da imprescritibilidade do direito de propriedade.

A esta doutrina, que é a tradicional, podem fazer-se contudo dois reparos.

Em primeiro lugar, se muitos direitos subjetivos, principalmente os de crédito, se conseguem definir melhor ou pior prescindindo da sua função, já outros, e são cada vez mais numerosos, não podem definir-se satisfatoriamente de um ponto de vista estrutural: justamente a sua *função* é que os define, enquanto é ela que vai determinar o próprio conteúdo do direito. *Assim, claramente, os direitos familiares pessoais.* Definir, p. ex., as responsabilidades parentais como o poder que tem o pai de exigir certos comportamentos dos filhos, é ficar sem ideia nenhuma acerca do que seja tal direito. Os direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjetivo. Não são direitos que o seu titular possa exercer *como queira*¹⁸³. Pelo contrário, o seu titular é *obrigado* a exercê-los; e é obrigado a exercê-los *de certo modo*, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve. Os direitos familiares pessoais são irrenunciáveis, intransmissíveis (*inter vivos e mortis causa*), e são direitos cujo exercício é controlado objetivamente (legalmente).

¹⁸³ Neste sentido não são direitos *subjetivos* (no sentido de que não são do seu titular, não são coisa sua, coisa que lhe pertença).

Não é esta uma característica exclusiva dos direitos familiares, mas ainda de muitos outros direitos subjetivos. Tratar-se-á, principalmente, de certos direitos que tradicionalmente se integram na teoria da representação legal: os direitos do tutor, do curador, do testamenteiro, do depositário judicial de bens penhorados, etc. Alguns autores italianos utilizam, para explicar estas figuras, o conceito de *ofício*. Ser tutor, ser testamenteiro, ser depositário são ofícios (cargos, funções); os poderes do tutor, do testamenteiro, do depositário, são poderes que integram um ofício. E na verdade estes direitos também são irrenunciáveis, intransmissíveis, e também são direitos cujo exercício não é livre, mas que devem ser exercidos de acordo com a sua função. Como os direitos familiares, assim os direitos do tutor, do testamenteiro, do depositário, etc., são poderes-deveres, poderes funcionais.

Note-se que a afirmação da intransmissibilidade dos direitos familiares pessoais não é inteiramente rigorosa em face das normas que permitem a adoção ou o apadrinhamento civil e, portanto, uma espécie de “transferência” das responsabilidades parentais dos pais naturais para os adotantes ou para os padrinhos.

Em segundo lugar, o que acabamos de expor tende a ser exato, não só em relação aos direitos a que acabamos de referir-nos, mas ainda, em certa medida, em relação a todos os direitos subjetivos, em consequência da teoria do *abuso do direito*. Como se sabe, a teoria está consagrada no art. 334.º, que considera ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito: se, nos termos do art. 334.º, o exercício do direito for *abusivo*, a ordem jurídica deverá intervir, para tratar o titular do direito como se *não tivesse direito* ou para o obrigar a *indemnizar* a pessoa prejudicada¹⁸⁴.

Deste segundo reparo, que fizemos à doutrina tradicional, poderia até concluir-se que todos os direitos são hoje, ou tendem a ser, poderes funcionais. Mas, sem dúvida, essa conclusão importaria grande exagero. Um direito de crédito, ou mesmo um direito real, por mais longe que

¹⁸⁴ Só neste 2.º caso a noção de abuso do direito terá autonomia: ANDRADE, *cit.*, p. 65-6.

se vá no sentido da sua funcionalização, nunca poderá equiparar-se a um direito pessoal de família. A verdade é que há direitos subjetivos e direitos subjetivos. O relevo da função do direito é mais nítido nuns casos e mais apagado noutros. Há direitos subjetivos cujo exercício, em princípio, é *livre*, só em caso de flagrante contraste entre o exercício do direito e a sua função intervindo uma reação da ordem jurídica. E há direitos subjetivos que o seu titular deve exercer *de certo modo*, do modo que for exigido pela sua *função*. Para os primeiros podemos guardar a designação tradicional de direitos subjetivos; podemos chamar aos segundos poderes-deveres ou poderes funcionais.

Ora, postas assim as coisas, torna-se manifesto que os direitos familiares cabem, inequivocamente, nesta segunda categoria. São mesmo dos mais característicos poderes funcionais. A sua função — para empregarmos uma conhecida formulação de Enneccerus — é a de favorecer e garantir o cumprimento dos particulares deveres morais que incumbem ao seu titular para com a pessoa contra quem se dirigem. Isto enquanto os direitos de crédito e, em geral, os direitos patrimoniais se destinam a servir — salvos os limites que eventualmente sejam postos pela doutrina do abuso do direito — quaisquer interesses do respetivo titular¹⁸⁵.

68. Fragilidade da garantia

Bibliografia portuguesa

CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; HÖRSTER, H. Ewald, *A respeito de responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, in “Scientia Iuridica”, t. 44 (n.os 253-255), p. 113-124; PINHEIRO, J. Duarte, *O núcleo infrangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 529 s.

¹⁸⁵ Cfr. M. ANDRADE, *cit.*, p. 72.

Segundo a doutrina tradicional, outra característica dos direitos familiares pessoais seria a de que estes teriam uma garantia mais frágil que a dos direitos de crédito, pois não existiria uma *sanção* organizada para o não cumprimento dos deveres respetivos¹⁸⁶. Com efeito, essa sanção não poderia ver-se no divórcio ou na separação de pessoas e bens em si mesmos, nem tão-pouco nos efeitos previstos nos arts. 1790.º e 1791.º CCiv anterior a 2008; e as regras gerais da responsabilidade civil (art. 483.º CCiv) não teriam aplicação à violação dos deveres familiares pessoais, devendo fazer-se, em conformidade, uma interpretação *restritiva* dessas regras gerais.

Na verdade, o divórcio, como a separação de pessoas e bens, não pretendia ser *sanção* contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas *remédio* para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exatamente, *constatação da rutura do casamento* (*infra*, n.º 233). Por outro lado, o art. 1790.º só tinha aplicação quando vigorava entre os cônjuges o regime da comunhão geral e, na generalidade dos casos, não havia lugar à aplicação do art. 1791.º por o cônjuge declarado único ou principal culpado não ter recebido qualquer dos “benefícios” aí referidos (*infra*, n.º 257).

Em edição anterior do Curso¹⁸⁷ aceitámos em princípio esta doutrina tradicional, a favor da qual poderia argumentar-se com a já referida atitude de *retraiamento* do legislador em face da família, a qual não resultaria protegida, antes pelo contrário, se se abrissem amplamente aos tribunais as portas do santuário familiar. Admitimos, porém, que o caso tivesse solução diversa se fosse pedido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, pois a consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado na vida da família, razões que poderiam justificar uma interpretação restritiva do art.

¹⁸⁶ Abstraímos aqui, naturalmente, das sanções *penais* estabelecidas nos arts. 247.º e segs. do Código Penal para algumas violações mais graves dos deveres conjugais e parentais.

¹⁸⁷ Ed. de 1965, p. 21.

483.º em termos de nele se não abrangerem os direitos familiares pessoais, essas razões já não tinham peso depois de um dos cônjuges intentar contra o outro uma ação de divórcio ou separação¹⁸⁸.

Pensámos depois, até, que o art. 483.º não excluía a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais causados pela violação dos deveres do art. 1672.º — isto embora a situação raramente se verifique, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se e pretenda obter do outro uma indemnização desses danos. Será nesta impossibilidade ou dificuldade *prática* que radicará, de alguma maneira, a *fragilidade* da garantia que assiste aos direitos familiares pessoais. A aplicação das regras da responsabilidade civil à violação dos deveres conjugais no âmbito de uma ação de divórcio ou separação deixou de suscitar dúvidas na jurisprudência, que permitia ao cônjuge pedir o divórcio ou a separação de pessoas e bens, em ação ou reconvenção, e ainda uma indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que tivesse sofrido em consequência das violações dos deveres conjugais invocadas como causas de divórcio ou separação.

A Lei n.º 61/2008 pretendeu esclarecer, no art. 1792.º, que há lugar para o recurso às regras da responsabilidade civil; porém, ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância da culpa, deixou os deveres conjugais sem garantia. A responsabilidade civil que o art. 1792.º menciona é apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado; é, pois, a responsabilidade extracontratual¹⁸⁹.

¹⁸⁸ P. 541-3.

¹⁸⁹ No mesmo sentido C. P. CORTE-REAL e J. Silva PEREIRA, *Direito da Família...*, cit, p. 17-19.

69. Carácter duradouro: os “estados de família”

Uma outra ideia será esta: os direitos ou relações de família são duradouros, em flagrante contraste com as relações obrigacionais, que são em regra transitórias¹⁹⁰. Ideia que não pode exagerar-se, pois é certo que também há relações obrigacionais de longa duração. As relações familiares, de todo o modo, essas são sempre duradouras, e a tal ponto — costuma dizer-se — que geram verdadeiros *estados* da pessoa: o estado de casado, o estado de filho, o estado de parente ou afim, o estado de adotado, etc. Porque assim é, existe nas relações familiares uma grande necessidade de certeza e segurança, ainda maior do que no domínio das relações obrigacionais, o que explica que, como veremos, o casamento, o estabelecimento da maternidade e da paternidade, o divórcio e a separação de pessoas e bens, a reconciliação dos cônjuges separados, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, a adoção, etc. sejam objeto de registo civil obrigatório, o qual constitui, em princípio, a única prova legalmente admitida desses atos. E é ainda essa particular necessidade de certeza e segurança que explica que não seja permitido apor ao casamento ou à perfilhação condição ou termo, pois seria intolerável que houvesse dúvidas acerca de estados da pessoa tão importantes como esses.

70. Carácter relativo. Casos em que, excecionalmente, os direitos familiares gozam de proteção absoluta

Note-se ainda que, embora os direitos familiares pessoais sejam *relativos*, por vezes os respetivos estados gozam de proteção *absoluta*, como se mostra, designadamente, nos arts. 495.º, n.º 3,

¹⁹⁰ Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 79-84.

e 496.º, n.º 2, CCiv. No caso de “lesão de que proveio a morte”, os familiares do lesado que lhe podiam exigir alimentos (cfr. art. 2009.º) ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural (cfr. art. 402.º) têm direito de pedir ao lesante indemnização dos *danos patrimoniais* sofridos. E os familiares referidos no art. 496.º, n.º 2, podem exigir-lhe indemnização dos *danos não patrimoniais* que a morte do seu familiar lhes causou.

Temos entendido os art. 495.º, n.º 3, e 496.º, n.º 2, como excepcionais; o carácter *relativo* dos direitos familiares pessoais não permite a sua oponibilidade *erga omnes* fora dos casos aí previstos. A favor da responsabilidade do terceiro cúmplice no adultério, cfr., porém, Duarte Pinheiro, *ob. cit.*, p. 714 s., com largo desenvolvimento. Cfr. ainda o ac. da Rel. do Porto de 26.6.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 3, p. 200), que, considerando a mulher *diretamente lesada* em acidente de viação causado por culpa do condutor do veículo e de que resultara a impotência sexual do marido, concedeu à mulher indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos. A solução não seria pois excluída pelo art. 496.º, n.º 2, CCiv, que só no caso de *morte* da vítima permite às pessoas *indiretamente* lesadas aí referidas pedir indemnização por danos não patrimoniais. De todo o modo cremos que, quando assim se não entenda e se julgue que só o marido foi *diretamente lesado* e pode pedir indemnização pela impotência sexual de que ficou a padecer, a indemnização que lhe seja atribuída pelo dano não patrimonial daí resultante deverá considerar-se bem comum do casal e não bem próprio do marido nos termos do art. 1733.º, n.º 1, al. *d*), CCiv. Cfr. também o ac. do STJ de 09.08.2009 e ainda o ac. de uniformização de jurisprudência, do STJ, de 01.16.2014.

71. Tipicidade dos direitos familiares

Para terminar, lembraremos só que existe um *numerus clausus* de direitos e negócios familiares, valendo pois aqui princípio idêntico ao que vale nos direitos reais e diverso do que rege quanto aos direitos obrigacionais¹⁹¹. Assim, p. ex., não seria válido o contrato, feito por duas pessoas, em que estas assumissem uma para com a

¹⁹¹ Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 65-7.

outra as obrigações que a lei impõe aos verdadeiros cônjuges mas sem quererem recorrer à forma matrimonial. Como não poderão duas pessoas fazer um contrato, submetido ao regime geral dos contratos, pelo qual uma delas fique na situação de filha, irmã ou sobrinha da outra. Só se admitem aqui determinados negócios ou atos (casamento, perfilhação, adoção, etc.) que a lei revestiu de garantias particulares.

(Página deixada propositadamente em branco)

DIREITO MATRIMONIAL

(Página deixada propositadamente em branco)

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL: O CASAMENTO COMO ATO

72. Observações prévias. A questão da unidade do instituto matrimonial

O estudo do casamento como *ato* constitutivo da relação matrimonial, a que vamos proceder nas páginas seguintes, obriga-nos a colocar desde já uma questão fundamental: a questão da *unidade* do instituto matrimonial no nosso direito. Podendo o casamento ser “católico ou civil”, nos termos do n.º 1 do art. 1587.º CCiv, importa esclarecer o *sentido* desta dualidade, que é um dado essencial do direito matrimonial português. Tratar-se-á apenas de duas *formas* de celebração do casamento ou o casamento civil e o casamento católico serão *institutos* diferentes, regidos por distintas normas jurídicas? O problema reveste para nós, e já neste momento, uma grande importância. No 1.º caso, o casamento conservará a sua unidade e poderemos expor a matéria abstraindo, em princípio, da dualidade casamento católico-casamento civil¹; só quando se trate da *forma* da celebração do ato é que haverá que distinguir entre a forma civil e a religiosa. Pelo contrário, no 2.º caso designar-se-ão afinal

¹ Empregamos doravante a expressão *casamento católico* para designar o *casamento concordatário*, ou seja, o casamento católico admitido pela legislação concordatária e celebrado nos termos desta legislação.

por “casamento” dois institutos diferentes, que por isso haverá que estudar em separado. Antes de iniciarmos o estudo do casamento, e até para sabermos, desde logo, como havemos de sistematizar a matéria, cumpre pois tomar partido nesta questão preliminar, que já foi posta, de resto, na Introdução anterior².

Antes da Constituição de 1976, não se duvidava de que o casamento civil e o casamento católico fossem institutos diferentes³, conforme a “segunda modalidade” do sistema do casamento civil facultativo que adiante caracterizaremos⁴.

Mas em face do art. 36.º, n.º 2, CREp, que atribui competência à lei civil para regular os *requisitos* do casamento católico, podia pôr-se em dúvida a constitucionalidade do art. 1625.º CCiv e do art. XXV, 1.º par., da Concordata de 1940, que o art. 1625.º reproduzira, pois na hierarquia das fontes não pode dar-se à Concordata valor supraconstitucional ou sequer constitucional: como os demais acordos internacionais, a Concordata tem valor supralegal, mas *infraconstitucional*.

Como vimos, porém, a ideia de que a Constituição tenha revogado o art. 1625.º não é defendida pela doutrina e pela jurisprudência dominantes e não tem apoio na história da lei. E a Concordata de 2004 também não fez cair o preceito⁵.

Nesta conformidade, parece aconselhável expor a matéria no pressuposto de que as causas respeitantes à nulidade do casamento católico são da competência exclusiva dos tribunais eclesiásticos e as duas modalidades de casamento são regidas em certa medida por distintas normas jurídicas.

² Cfr. *supra*, n.º 44.

³ Sobretudo antes do Decreto-lei n.º 261/75, quando o casamento católico não podia dissolver-se por divórcio; mas mesmo posteriormente a esse diploma, que não pôs em causa a vigência do art. 1625.º CCiv.

⁴ Cfr. *infra*, n.º 81.

⁵ Cfr. *supra*, n.º 44.

73. Ordem de estudo

Vamos pois estudar separadamente o casamento civil e o casamento católico — como institutos diferentes um do outro —, mas não abriremos já essa divisão.

Sendo diferentes, o casamento civil e o casamento católico têm muitas características comuns. O casamento civil do direito português tem fundas analogias com o casamento do direito canónico, como as tem com o casamento civil de todos os países que pertencem à mesma matriz cultural do nosso.

Esta circunstância aconselha que comecemos por estudar o *conceito* e os *caracteres gerais do casamento*, o que faremos numa 1.^a Divisão. Será uma espécie de introdução ao estudo do casamento, em que apontaremos umas quantas características mais significativas do ato matrimonial, e que são comuns, em princípio, ao casamento civil e ao casamento católico. Numa 2.^a Divisão, e ainda antes de versarmos diretamente a matéria do casamento, estudaremos a *promessa de casamento*, a qual é exclusivamente regida pelo direito civil, quer os nubentes pretendam celebrar casamento civil, quer pretendam celebrar casamento católico, quer nada tenham resolvido ainda sobre a modalidade do futuro matrimónio. Enfim, numa 3.^a Divisão estudaremos o *casamento civil*, e depois o *casamento católico* numa 4.^a Divisão. É o plano que vamos desenvolver neste 1.º Capítulo.

Só queremos advertir, por último, que a matéria do casamento católico, na parte em que este é regido pelo direito canónico, vai ser versada de modo muito esquemático. Prescindiremos nessa parte de quaisquer desenvolvimentos doutrinários, limitando-nos, praticamente, a mencionar os *cânones* do Código de Direito Canónico onde as respetivas matérias (divergências entre a vontade e a declaração, vícios da vontade, etc.) encontram a sua regulamentação legal.

O direito canónico está compilado no *Codex iuris canonici* promulgado em 25 de janeiro de 1983 e que entrou em vigor em 27 de novembro seguinte. O *Codex* consta de 1752 *cânones*, tendo interesse para nós, sobretudo, os câns. 1055 a 1165, que constituem o Título VII (“De matrimonio”) da Parte I (“De sacramentis”) do Livro IV (“De Ecclesiae munere sanctificandi”), e os câns. 1671 a 1707, que constituem o Título I (“De processibus matrimonialibus”) da Parte III (“De quibusdam processibus specialibus”) do Livro VII (“De processibus”). Uma excelente exposição do direito matrimonial canónico é a de Cantón, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid, Tecnos, 9.^a ed. (1998).

Divisão I. Conceito e caracteres gerais do casamento

Bibliografia portuguesa

CAMPOS, Leite de, *A invenção do direito matrimonial. A institucionalização do casamento*, no “Bol. Fac. Dir.”, vol. 62 (1986), p. 1-139; Id., *La désinstitutionnalisation du mariage*, na “Révue gén. de droit” (Otava), 18 (1987), p. 445-459.

Secção I. Conceito de casamento

74. Noção geral de casamento

Poucas legislações definem o casamento. P. ex., nem no Código francês, nem no espanhol, nem no italiano, nem no alemão encontramos uma definição do ato matrimonial. E a verdade é que esta omissão não costuma ser censurada pela doutrina. As características do casamento — diz-se — são de tal modo conhecidas que não será possível confundi-lo com uma união de facto.

Realmente todos temos ideia do que o casamento é, mas não se torna fácil resumir os seus caracteres essenciais. De resto, um conceito que quisesse abarcar todas as formas matrimoniais seria meramente

formal e destituído de interesse, pois a noção de casamento não é comum a todos os direitos e a todas as épocas históricas⁶. Não havendo um conceito universal de casamento, até há pouco tempo parecia possível descobrir uma ideia comum aos sistemas jurídicos que se inserem no mesmo espaço cultural do nosso: a ideia de casamento como *acordo entre um homem e uma mulher feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre eles*⁷. Porém, a permissão crescente de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, dentro do nosso espaço cultural, leva-nos a reformular aquela frase dizendo que o casamento é o acordo entre *duas pessoas, feito segundo as determinações da lei... etc.*. Se, considerado agora o casamento como *estado*, acrescentarmos que esta comunhão de vida deve ser *exclusiva*, isto é, que nenhum dos cônjuges pode fazer igual acordo com terceira pessoa enquanto o anterior vigorar, e *não livremente dissolúvel*, teremos apontadas as características fundamentais do casamento em vasto número de sistemas jurídicos a que subjaz o mesmo ou idêntico substrato cultural.

75. Conceito de casamento civil

No direito português, o art. 1577.º CCiv define o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir

⁶ Pense-se, p. ex., que há ainda hoje países (Marrocos, Argélia, Senegal, Camarões, Síria, Iraque, Paquistão) que admitem a poligamia, embora esta já seja proibida em alguns países muçulmanos (Tunísia, Guiné, Costa do Marfim). Cfr. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, Paris, Economica, 1990, p. 179-180. Pense-se também no chamado “casamento de facto”, não sujeito a registo, que foi admitido, p. ex., no direito soviético, entre o Código de 1926 e o Decreto de 8 de julho de 1944 (cfr. MEDER, *cit.*, p. 185-6 e 369). A própria heterossexualidade como característica do casamento não é hoje reconhecida em várias legislações, que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo (*infra*, n.º 84).

⁷ Expressão que tem de entender-se em sentido particular no chamado casamento *in articulo mortis*, de que falaremos oportunamente.

família⁸ mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

A Reforma de 1977 retocou ligeiramente a primitiva noção do Código. Em primeiro lugar, onde se dizia “comunhão plena de vida” pôs o adjetivo “plena” a preceder o substantivo “comunhão”; e, em segundo lugar, substituiu o advérbio “legitimamente” pela perífrase “nos termos das disposições deste Código”. Antunes Varela criticava as alterações introduzidas na lei, mas ambas pareciam justificadas. Quanto à primeira, que Varela considerava “verdadeiramente especiosa, senão sibilina” (*Código Civil anotado*, IV, 2.^a ed., p. 25), e “enigmática” (p. 26), tratou-se apenas de corrigir a defeituosa redação do preceito. Claro que o que o legislador queria dizer não era que as pessoas que casam pretendem constituir família mediante uma comunhão plena de vida (cheia de vida), mas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (uma comunhão de vida em que os cônjuges assumem um e outro os deveres enunciados no art. 1672.º); o adjetivo “plena” referia-se manifestamente ao substantivo “comunhão” e devia precedê-lo, numa boa formulação legislativa. Foi esta, de resto, a primeira das explicações excogitadas pelo ilustre Professor. No que se refere à segunda alteração mencionada, pode dizer-se que ela era recomendada ou, até, exigida pelo n.º 4 do art. 36.º CRep. Não podendo a lei usar designações discriminatórias (como a de “ilegítimo”) relativas à filiação, entendia-se mal que o Código dissesse que o fim do casamento era o de constituir “legitimamente” a família, do que poderia depreender-se que era “ilegítima” a família não fundada no casamento e a filiação dela resultante. O termo “legitimamente” só poderia aceitar-se se com ele apenas se quisesse dizer “em conformidade com a lei”, e foi por isso que a Reforma o substituiu pela perífrase que utilizou. Nem se diga que, na nova redação do preceito, a união de facto ficou equiparada ao casamento como forma de constituição da família. No casamento, as pessoas pretendem constituir família “nos termos das disposições do Código Civil”; é isso que não acontece na união de facto, em que, pelo contrário, querem manter-se à margem dessas disposições.

Por sua vez, a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, reconheceu os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o que implicou a eliminação do requisito da heterossexualidade que constava da definição do casamento (“...duas pessoas de sexo diferente...”).

O que seja esta *plena* comunhão de vida não o diz a lei de modo explícito, mas a noção infere-se de outras disposições do

⁸ A constituição da família é o *fim do ato* (como que a sua *causa* ou *função*); não tem de ser, claro está, o *fim dos nubentes* ao celebrar o matrimónio. Este pode ser o mais diverso, mas os fins ou motivos dos contraentes são em princípio irrelevantes, como nos negócios jurídicos em geral.

Código. Trata-se de uma comunhão de vida em que os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672.º), comunhão de vida exclusiva (al. c) do art. 1601.º) e não livremente dissolúvel (art. 1773.º). Reconheça-se, no entanto, que a eliminação recente da relevância da culpa para a dissolução do casamento e a simplificação progressiva do regime do divórcio tornam frágeis os deveres recíprocos e permitem uma dissolução relativamente fácil do vínculo.

Importa notar que a procriação, sendo um fim normal ou natural, não é, todavia, um fim absolutamente essencial do casamento civil, pelo que não deve entrar na respetiva definição.

Isto revela-se fundamentalmente em duas coisas. A primeira é que a *impotência* não é no direito português impedimento matrimonial — diversa era a solução do Projeto, ainda na 1.ª revisão ministerial: cfr. o art. 1596.º, al. c); a impotência de um dos cônjuges só pode servir de fundamento à anulação do casamento quando *ignorada* do outro cônjuge, nos termos do art. 1636.º, sendo, portanto, a anulabilidade do ato simples medida de proteção do interesse deste. A segunda é que o direito português não dá relevo à *consumação* do matrimónio (através da cópula), podendo dizer-se que o casamento civil não vale mais depois de consumado que antes da consumação. Não conhece o nosso direito instituto semelhante ao da “dispensa do casamento rato e não consumado”, consagrado no direito canónico (cân. 1142 CICan) e de que falaremos oportunamente (*infra*, n.os 262-263).

O Projeto do Código Civil dispunha que a “comunhão plena de vida”, mediante a qual se constitui a família, tinha “como fim primário a procriação e educação da prole” (conceção tradicional do direito canónico), parecendo considerar a procriação, por consequência, como fim *essencial* do casamento, mas a noção não ficou no Código.

76. Conceito de casamento católico

Também o casamento católico, regulado no direito canónico, corresponde fundamentalmente à noção geral de casamento que

enunciámos⁹. É o que se depreende do cân. 1057, § 2, CICan, que define o casamento (casamento *in fieri*) como “ato da vontade¹⁰ pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente a fim de constituírem o matrimónio” (*actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*).

O casamento católico é um *sacramento* ao mesmo tempo que um ato ou contrato (cân. 1055, § 2, CICan), sendo desta ideia (da ideia de que o *próprio contrato* constitui um sacramento e as duas coisas são indissociáveis) que a Igreja parte para chamar também para si a regulamentação do *ato* matrimonial¹¹.

É de notar que o Código de Direito Canónico de 1917 considerava fim *primário* do casamento, a “procreatio atque educatio prolis” e fim *secundário* o “mutuum adiutorium” e o “remedium concupiscentiae” (cân. 1013, § 1)¹², admitindo embora que o casamento visasse o fim secundário, e só ele, no caso de o fim primário não poder ser alcançado¹³. Não assim no Código de 1983 (cân. 1055, § 1), que define o casamento (casamento *in facto esse*) como “comunhão íntima de toda a vida, ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole” (*consortium totius vitae, índole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum*) — uma definição em que

⁹ Sobre o conceito e os caracteres do casamento católico, cfr. CANTÓN, *cit.*, p. 22 s., e, na doutrina portuguesa, GONÇALVES DE PROENÇA, *Relevância do direito matrimonial canónico no ordenamento estadual* (1955), p. 319 s.

¹⁰ Segundo o direito canónico, com efeito, sujeitos do casamento são os nubentes e só eles (o casamento é, pois, um sacramento ministrado por leigos). Característica esta que faremos ressaltar quando falarmos da contratualidade do matrimónio.

¹¹ Cfr. *infra*, n.º 78.

¹² Note-se que já havia, porém, escritores católicos que reagiam contra esta posição tradicional e valorizavam a comunhão de vida entre os cônjuges, em si mesma, como fim do casamento. Muito significativa, nesta orientação, é a obra do teólogo alemão HERBERT DOMS, *Du sens et de la fin du mariage* (trad. fr.), 1937.

¹³ Por esta razão, já se entendia que era válido o casamento no caso de esterilidade, que eram válidos os casamentos *in articulo mortis*, etc.

o “bem dos cônjuges” e a “procriação e educação da prole” são postos lado a lado como fins do casamento, podendo notar-se, até, que o “bem dos cônjuges” está aí mencionado em primeiro lugar¹⁴.

De todo o modo, a consumação continua a ter no casamento católico um relevo que não possui no casamento civil. Não é que seja necessária para a perfeição do ato (como pretendeu a chamada *copulatheoria*) pois o casamento canónico é um contrato *consensual* e não *real*¹⁵. Mas a consumação como que torna o ato mais estável, pois só depois de consumado é que o casamento católico goza de indissolubilidade, não apenas *intrínseca*, mas também *extrínseca*.

Na verdade, o casamento não consumado pode dissolver-se por graça ou dispensa pontifícia (“dispensa do casamento rato e não consumado”), nos termos do cân. 1142 CICan. Tenha-se presente, por outro lado, que no direito canónico a impotência é impedimento dirimente (cân. 1084), o que também mostra como o espírito do direito canónico é diverso, neste ponto, do do direito civil.

Por outro lado, e agora já não como ato mas como estado (casamento *in facto esse*), o casamento católico ostenta patentemente aquelas mesmas características gerais do casamento que referimos acima e que são suas “propriedades essenciais”: a unidade ou exclusividade e, por outro lado, a indissolubilidade (cân. 1056). Sob este último aspeto, a vocação de perpetuidade do casamento católico é mesmo muito mais forte que a do casamento civil, pois são extremamente raros os casos, previstos nos cân. 1141-1150, em que o direito canónico permite a dissolução do vínculo matrimonial.

Às propriedades e características essenciais do casamento como ato e como estado correspondem na formulação tradicional os três “bens do matrimónio” (*bona matrimonii*): o *bonum prolis* (procria-

¹⁴ Sobre os fins do casamento católico e a hierarquia dos fins em face do Código de 1983, cfr. CANTÓN, *cit.*, p. 32-7.

¹⁵ Cfr. DEL GIUDICE, *Il matrimonio*, *cit.*, p. 5 s., CANTÓN, *cit.*, p. 26, e PROENÇA, *cit.*, p. 338 s.

ção e educação dos filhos), o *bonum fidei* (mútua fidelidade) e o *bonum sacramenti* (indissolubilidade). Os elementos essenciais que individualizam o casamento exprimem-se em direitos e deveres recíprocos dos cônjuges, e se estes têm intenção de *não assumir* esses deveres (*animus non assumendi*)¹⁶, excluindo um ou alguns daqueles “bens”, o casamento é inválido por falta de consentimento matrimonial. Como diz o cân. 1101, § 2, CICan, “se uma ou ambas as partes, por um ato positivo de vontade, excluïrem [...] algum elemento essencial do matrimônio ou alguma propriedade essencial, contraem-no invalidamente”¹⁷. É o que os canonistas chamam “simulação parcial”. Os cônjuges *declaram* querer casar, mas o que *querem*, verdadeiramente, é um casamento desfigurado ou descaracterizado em aspetos que lhe são essenciais.

Secção II. Caracteres gerais do casamento

77. Indicação da sequência

Referiremos agora alguns caracteres do casamento mais significativos, e que são comuns, em principio, ao casamento civil e ao casamento católico. Para darmos uma ideia geral do que o casamento seja, e embora nesta parte do curso estudemos apenas o casamento como ato, abriremos na presente secção duas subsecções, em que analisaremos, sucessivamente, as características do *ato* e as do *estado* matrimonial.

¹⁶ Não apenas a intenção de *não os cumprir* (*animus non adimplendi*). A distinção entre o direito e o seu exercício, entre a obrigação e o seu cumprimento, assume grande relevo no direito canónico.

¹⁷ Sobre o alcance da exclusão de cada um dos “bens do matrimônio”, cfr. CANTÓN, *cit.*, p. 176 s., e REINA/MARTINELL, *cit.*, p. 429 s.

Subsecção I. Caracteres do casamento como ato

§ 1.º O casamento como ato por que se interessam o Estado e as Igrejas

Bibliografia portuguesa

Adragão, P. Pulido, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, Almedina, 2002; Id., *Comentário crítico — liberdade religiosa: o anteprojeto de proposta de lei de 1998*, in “Rev. Fac. Dir. Lisboa”, vol. 40 (1999), p. 693-708; Lopes, J. Almeida, *A Concordata de 1940 entre Portugal e a Santa Sé na lei de liberdade religiosa de 2001*, in “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado”, vol. XVIII (2002), p. 39-93; Machado, Jonatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996 [recensão de P. Adragão, in *RFDL*, vol. 38, n.º 2 (1997), p. 561 s.]; Miranda, Jorge, *A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997*, in “Direito e Justiça”, vol. 12 (1998), t. 2, p. 3-24; *Parecer da Câmara Corporativa acerca do projeto de proposta de lei n.º 6/X sobre liberdade religiosa* (relator, Antunes Varela), in “Bol. Fac. Dir.”, vols. 47 (1971), p. 331-428, e 48 (1972), p. 487-567; Silva, J. Pereira da, *Dualismo e pluralismo nos acordos entre as confissões religiosas e o Estado*, in “Brotéria”, n.º 151 (2000), p. 401-413

78. O casamento, contrato e sacramento. Causas da secularização do casamento

A primeira característica do casamento que merece referência, e que no direito português tem especial interesse, é a de que o casamento é *um ato por que se interessam profundamente não só o Estado como também as Igrejas*.

A ligação do casamento com a religião é muito antiga e aparece em todos os povos. Mas assume significado particular para a Igreja Católica, que considera como um dos sacramentos o casamento entre batizados. E como o próprio contrato foi elevado à ordem sobrenatural, e o contrato não pode separar-se do sacramento, pretende a

Igreja católica que lhe cabe — e não ao Estado — a disciplina do ato matrimonial. Segundo a doutrina da Igreja católica o casamento deve estar sujeito à legislação e à jurisdição eclesiásticas, salvo no que toca aos seus efeitos *mere civiles* (ou seja, às relações patrimoniais entre os cônjuges), esses sim da competência de cada Estado (cân. 1059 CICan).

A Igreja católica apenas chama para si a regulamentação do casamento *entre batizados*, pois só este constitui inquestionavelmente um sacramento (cân. 1055). Quanto ao casamento *entre não batizados* validamente celebrado (a que a doutrina canonista chama “matrimônio legítimo”), admite a Igreja que o Estado, relativamente aos seus súbditos “infiéis”, regule ele próprio o casamento desde que o faça com normas conformes ao direito natural. Se o “casamento legítimo” adquire a natureza de sacramento no caso de os cônjuges se batizarem ou converterem à Igreja católica, é ponto discutido entre os canonistas (embora prevaleça a opinião afirmativa no caso de *ambos* os cônjuges se terem batizado ou convertido); como é igualmente discutida a questão de saber se o casamento *entre batizado e não batizado*, no caso de ter sido pedida e obtida a dispensa do impedimento de *disparitas cultus*, quer se trate de *casamento misto stricto sensu* (contraído entre batizado na Igreja católica e batizado em Igreja cristã não católica — cân. 1124), quer se trate de *casamento de culto dispar* (contraído entre batizado na Igreja católica e não batizado — cân. 1086, § 1), também constituirá um sacramento, naturalmente, em relação à parte fiel (neste caso prevalece a opinião negativa, mas o casamento tornar-se-á sacramento se o não batizado, depois de casar, receber o sacramento do batismo). Sobre tudo isto, v. Cantón, *cit.*, p. 29. Seja como for quanto a este ponto, o casamento entre batizado e não batizado é para todos os efeitos casamento católico, a que, como tal, tem inteira aplicação a disciplina do casamento concordatário que adiante estudaremos.

Com esta doutrina se conformaram os Estados durante muito tempo, podendo dizer-se que desde o séc. X, e ao longo de vários séculos, a Igreja pôde reivindicar a disciplina do casamento sem que a sua competência na matéria fosse recusada ou posta em dúvida.

As coisas começaram a modificar-se com a Reforma, quando Lutero negou a natureza sacramental do matrimônio, considerando-o “questão terrena, questão mundana”. Estava dado o primeiro passo para a criação de um direito matrimonial estadual e não confes-

sional. Mas outras causas vieram juntar-se àquela. Uma delas foi a doutrina dos teólogos galicanos¹⁸ do séc. XVI, que começaram a distinguir entre o contrato e o sacramento, vendo naquele só a matéria deste. O Estado poderia, pois, sem legislar sobre o sacramento, regular ele próprio o contrato. E estas ideias não tardaram a difundir-se, pois sabe-se como os Estados modernos eram ciosos de afirmar a sua plena soberania sobre os súbditos. As doutrinas galicanas inspiraram, por outro lado, os escritos dos filósofos do direito natural e dos enciclopedistas do séc. XVIII, que também consideravam o matrimónio como simples “contractus civilis”. Por sua influência veio o casamento civil a ser reconhecido em França¹⁹, donde depois irradiou para outras nações. Pode dizer-se, porém, que o reconhecimento de um casamento civil se impôs desde que o catolicismo deixou de ser a religião do Estado e os princípios da inconfessionalidade do Estado e da liberdade religiosa foram consagrados, em muitos países, como princípios constitucionais. Admitidos estes princípios, que entre nós têm assento expresso no art. 41.º da Constituição e na Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º

¹⁸ Por *galicanismo* designa-se, em sentido próprio, uma conceção das relações entre a Igreja e o Estado que assumiu relevo em França nos tempos modernos, e que afirmava a independência do poder temporal em face do poder espiritual, permitindo ao Estado, porém, uma intervenção muito profunda na vida da Igreja em França. Mas *galicanismo* é por assim dizer o nome francês de um movimento cultural e político que se estendeu à Europa, e a que entre nós, como bem se sabe, se tem chamado *regalismo*. Sobre o regalismo em Portugal, cfr. LUIS GONZAGA DE AZEVEDO, *O regalismo e a sua evolução em Portugal até ao tempo do P. Francisco Suarez*, na “Brotéria”, XXIV, p. 292 e 481, e, em especial sobre o regalismo na administração pombalina, FORTUNATO DE ALMEIDA, *História da Igreja em Portugal*, tomo IV, Parte III (1922), p. 18 s. Na bibliografia mais recente merece referência VÍTOR NETO, *O Estado, a Igreja e a sociedade em Portugal (1832-1911)*, Lisboa, Imprensa Nacional, p. 27-41.

¹⁹ Cfr. o art. 7.º da Constituição de 1791: “La loi ne considère le mariage que comme contrat civil”. Mas o casamento civil já tinha sido reconhecido nos Países Baixos, em 1580, por obra dos reformados holandeses, e depois na Inglaterra de Cromwell, em 1653. Sobre a secularização do casamento e suas causas, cfr. KNECHT, *Derecho matrimonial católico* (trad. esp.), p. 82 s., e REINA/MARTINELL, *cit.*, p. 115 s.

16/2001, de 22 de junho²⁰, a necessidade de um direito matrimonial estadual e não confessional e, portanto, do casamento civil estava suficientemente justificada.

De resto, mesmo num Estado confessional (como o espanhol antes da Constituição de 1978, ou o italiano antes da Constituição republicana de 1948) em que o catolicismo seja a “religião do Estado” o casamento civil deve ser admitido, para o caso de os nubentes não estarem batizados e, portanto, segundo o direito canónico, não poderem casar catolicamente. Conforme já dissemos, a própria Igreja católica admite que o Estado regule em certos termos o casamento dos seus súbditos “infiéis” (“casamento legítimo”).

79. Os sistemas matrimoniais: sistema de casamento religioso obrigatório, sistema de casamento civil obrigatório, sistema de casamento civil facultativo e sistema de casamento civil subsidiário

Duvidoso é só em que termos e para que casos se deve admitir o casamento civil. E aqui vários sistemas são possíveis, e na verdade praticados nas legislações. A classificação mais corrente é a que distingue entre o sistema de casamento religioso obrigatório, o sistema de casamento civil obrigatório, o sistema de casamento civil facultativo e o sistema de casamento civil subsidiário.

a) O sistema de *casamento religioso obrigatório*, em que não se admite o casamento civil, foi o que vigorou na Grécia até 1982. A forma religiosa do casamento segundo os ritos da Igreja ortodoxa grega era a única permitida, independentemente da religião e da nacionalidade dos nubentes. O regime só foi modificado pela Lei

²⁰ Cfr. ainda a Resolução da Assembleia da República n.º 40/2000, publ. no *DR*, I série, de 28.4.2000, que afirma “o empenhamento do Estado Português no respeito e promoção da liberdade religiosa no Mundo”.

n.º 1250/82, que deu nova redação a vários artigos do Código Civil e permitiu que o casamento fosse celebrado perante a autoridade civil competente ou perante o ministro da Igreja ortodoxa grega ou de qualquer outro culto reconhecido no país²¹.

b) Segundo o sistema de *casamento civil obrigatório*, o Estado não admite outra forma de casamento senão o casamento civil, celebrado segundo as suas leis e regulado por elas; o direito matrimonial do Estado é *obrigatório* para todos os cidadãos, independentemente da religião que professem. Não reconhece, pois, o Estado à Igreja Católica²² o direito de disciplinar o casamento dos seus membros. Claro que, admitida que seja a liberdade de culto²³, o Estado dará inteira liberdade aos nubentes para casarem segundo as normas da sua confissão religiosa, mas não atribuirá à respetiva celebração quaisquer efeitos jurídicos. Apenas o casamento civil é que será válido. O sistema de casamento civil obrigatório é o que vale em numerosos países²⁴. Ele oferece, sobre os outros que vamos referir em seguida, a vantagem de sujeitar todos os nacionais do país ao mesmo direito matrimonial, vantagem sobretudo apreciável em países muito divididos sob o ponto de vista religioso. Em contrapartida pode dizer-se que o sistema força a *dupla* cele-

²¹ Cfr. G. KOUMANTOS, *Le nouveau droit de la famille en Grèce*, in “Documentação e direito comparado”, n.º 16 (1983), p. 143 s.

²² Ou, bem entendido, às outras confissões religiosas.

²³ Há quem entenda que o sistema de casamento civil obrigatório “contradiz radicalmente a liberdade de consciência, substituindo a antiga obrigatoriedade do casamento eclesial pelo novo do casamento civil”. São palavras de KNECHT, *cit.*, p. 95, e esta opinião é seguida por alguns escritores católicos; para outros, porém, e muito pelo contrário, a laicidade do Estado e das instituições civis é “condição jurídica da liberdade do ato de fé”. Veja-se a exposição desta tese em VIALATOUX e LATREILLE, *Christianisme et laïcité*, in “Esprit”, ano 17.º (1949), p. 520 s., e ano 18.º (1950), p. 387 s., e sobre o problema, em geral, do laicismo ou laicidade, *La laïcité* (obra colectiva publicada pelo Centro de Ciências Políticas do Instituto de Estudos Jurídicos de Nice), 1960. Cfr. ainda TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de L’Eglise Catholique et de L’Etat Républicain*, 1961, e o estudo de L. DE NAUROIS sobre a liberdade religiosa adiante referido (nota 38).

²⁴ França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, Rússia e países do leste europeu, etc.

bração os nubentes que professem qualquer confissão religiosa. Por exemplo, os católicos, para a sua união ser legítima perante o Estado e a Igreja, terão de celebrar, sucessivamente, casamento civil e casamento católico.

O que o Estado pode fazer e às vezes faz é proibir que o casamento religioso seja celebrado *antes* do casamento civil. Isto para evitar que os nubentes só celebrem aquele, e assim fiquem em situação concubinária em face da lei civil, se bem que legítima à face das normas da sua confissão religiosa. É o que acontece em França (Carbonnier, *cit.*, p. 458) e o que acontecia entre nós enquanto vigorou o sistema de casamento civil obrigatório (arts. 312.º CRegCiv de 1911 e 220.º CRegCiv de 1932). Não é esta, todavia, uma nota que sirva para caracterizar o sistema — p. ex., o Código italiano de 1865 não considerava obrigatória a precedência do casamento civil. É interessante observar que o Projeto de lei n.º 25 apresentado à Assembleia Nacional em 6 de fevereiro de 1935 pelo deputado J. M. Braga da Cruz, e que propunha que o casamento civil pudesse ser “livremente precedido ou seguido do casamento realizado de harmonia com os princípios da religião dos nubentes” (*Diário das Sessões*, 1935, p. 1753), teve, com uma exceção para os casamentos *in extremis*, parecer desfavorável da Câmara Corporativa (relator, J. G. Pinto Coelho; cfr. o mesmo *Diário das Sessões*, Suplemento ao n.º 32), ainda que tivesse sido defendido no parecer elaborado pela 15.ª secção daquela Câmara (relator, Abel de Andrade).

c) Este inconveniente é evitado pelo *sistema de casamento civil facultativo*, segundo o qual os nubentes podem escolher livremente entre o casamento civil e o casamento católico ou celebrado segundo os ritos de outra religião, atribuindo o Estado efeitos civis ao casamento em qualquer caso.

Como p. ex., em Inglaterra, Estados Unidos, países escandinavos, Grécia e Brasil (que consagram a primeira das duas modalidades do sistema referidas no texto) e ainda em Portugal, Itália e Espanha (onde o sistema é admitido na segunda modalidade, mas em termos diferentes em cada um dos países).

Assim, em *Portugal* o casamento civil é facultativo, não só para os católicos (como acontecia antes da Lei da Liberdade Religiosa de 2001), mas também para os que celebrem casamento perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País; mas enquanto o casamento civil sob *forma* religiosa é para todos os efeitos um casamento civil o casamento católico é admitido como *instituto* diferente do casamento civil, pois o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato

e não consumado é reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes (art. 1625.º CCiv).

Do mesmo modo, em *Espanha* o casamento civil não é facultativo apenas para os católicos, pois a lei reconhece igualmente efeitos civis aos casamentos celebrados perante os ministros do culto das Igrejas evangélica, israelita e islâmica, nos termos dos Acordos com a Federação das Entidades Evangélicas de Espanha, a Federação das Comunidades Israelitas e a Comissão Islâmica de Espanha, aprovados, respetivamente, pelas Leis n.os 24, 25 e 26/1992, de 10 de novembro (v. o texto dos Acordos em Reina/Martinell, *cit.*, p. 240-1). Enquanto, porém, o casamento evangélico, israelita e islâmico é apenas outra *forma* de celebração do casamento, que fica inteiramente sujeito à lei espanhola, o casamento católico é um instituto diferente do casamento civil, pois a nulidade do casamento católico, embora possa ser declarada nos tribunais civis (ao contrário do que acontece em Portugal), também o pode ser nos tribunais eclesiásticos, e as sentenças destes tribunais, assim como as decisões pontifícias sobre dispensa do casamento rato e não consumado, têm eficácia civil, a pedido de qualquer das partes, se se mostrarem conformes ao direito do Estado em sentença proferida pelo juiz competente (art. 80.º do Cód. civ. esp.).

Semelhante ao espanhol mas algo diferente dele é o direito *italiano*. Ao lado do casamento católico, o direito italiano conhece igualmente o “casamento acatólico” (art. 83.º do Cód. civ. ital.), o qual, porém, é só outra *forma* de celebração do casamento. Por outro lado, admite que os casamentos católicos sejam declarados nulos nos tribunais civis ou nos eclesiásticos, e permite que as sentenças destes tribunais (mas não as decisões pontifícias sobre dispensa do casamento rato e não consumado) tenham efeitos civis, quando tal seja pedido por uma ou por ambas as partes e o tribunal de apelação competente certifique, em particular, que estão preenchidas “as condições requeridas no direito italiano para a declaração de eficácia de sentenças estrangeiras” (art. 8.º, n.º 2, do Acordo entre a Itália e a Santa Sé de 18.2.1984).

Relativamente ao direito *brasileiro*, há a notar que a lei reconhece efeitos civis ao casamento religioso (art. 226.º, § 2.º, da Constituição), quando, tendo os nubentes promovido o processo de habilitação *prévia* perante o oficial do registo civil, o casamento seja inscrito no registo civil a requerimento de qualquer interessado no prazo legal, ou ainda quando, tendo o casamento sido celebrado sem *prévia* habilitação civil, os cônjuges façam habilitação *posterior* e requeiram a inscrição do casamento no registo civil (Código civil, art. 1516.º). Note-se, porém, que embora a lei dê efeitos civis ao casamento religioso, nos termos expostos, a generalidade da população brasileira continua a praticar a *dupla celebração* do casamento, civil e religioso, sendo crescente, em números relativos, a parcela dos que se utilizam apenas do religioso nos dois efeitos, eclesiástico e civil (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, vol. V, Direito de família*, 22.ª ed., 2014, p. 97).

Vários países seguem este sistema, cuja noção geral é a que ficou exposta. A verdade, porém, é que o chamado “sistema de casamento civil facultativo” abrange *duas modalidades distintas*, muito diversas no seu espírito e nas respectivas consequências práticas, embora correntemente referidas sob a mesma designação²⁵.

Segundo uma delas, o Estado permite que os seus nacionais celebrem casamento católico (evangélico, judaico, etc.) e dá a esse casamento efeitos legais, mas dá-lhe os *mesmos efeitos* e sujeita-o ao *mesmo regime* do casamento laico ou civil. O casamento civil e o casamento católico, p. ex., são apenas *duas distintas formas de celebração do matrimónio*; tal como no sistema de casamento civil obrigatório, o casamento continua a ser um instituto único, regido por uma só lei — pela lei do Estado —, salvo no que respeita à sua forma de celebração. A lei (pode talvez dizer-se assim) permite que as atribuições do funcionário do registo civil sejam desempenhadas pelo respetivo ministro do culto. O sistema de casamento civil facultativo, nesta modalidade, oferece, em confronto com o sistema de casamento civil obrigatório, a vantagem de evitar aos nubentes uma dupla celebração, e ao mesmo tempo conserva a vantagem substancial desse sistema, que é a de haver um único direito matrimonial, válido para todos os nacionais do país.

Segundo a outra modalidade do sistema de casamento civil facultativo, quando o Estado admite como válido e eficaz o casamento católico admite-o *como tal*, ou seja, como é regulado pelo direito da Igreja. Portanto, o Estado não reconhece apenas a *forma* de celebração religiosa; o Estado reconhece a própria legislação (e até a jurisdição) eclesiástica sobre o casamento, como que renunciando nessa medida à sua soberania. O casamento civil e o casamento católico não são pois apenas *duas formas diversas de celebração*

²⁵ Sobre a distinção, cfr. CARBONNIER, *cit.*, 21^{éd.}, p. 397.

do casamento, mas dois institutos diferentes, um regulado pelo direito civil, o outro pelo direito canónico, direito reconhecido ou recebido genericamente pelo Estado²⁶. Nesta modalidade, o sistema de casamento civil facultativo também poupa aos nubentes uma dupla celebração do matrimónio, mas agora à custa da unidade do direito matrimonial, que é sacrificada. Este é o maior inconveniente do sistema. Pode notar-se ainda que ele não consegue harmonizar as duas ordens jurídicas (o direito civil e o direito canónico) em termos de as uniões legítimas à face da Igreja também o serem à face do Estado e inversamente.

d) Já esta vantagem é plenamente conseguida pelo *sistema de casamento civil subsidiário*.

Agora o Estado subordina-se inteiramente à Igreja e como que faz seu o direito matrimonial canónico. Por isso, e em princípio, o casamento católico é o único que o Estado reconhece; o casamento civil só é admitido *subsidiariamente*, isto é, para os casos em que é considerado legítimo pelo próprio direito canónico. Todas as pessoas que estão obrigadas, em face da Igreja, ao casamento católico, também, e *por isso mesmo*, estão obrigadas ao casamento católico em face do Estado. E, assim, como deve observar-se a forma canónica se ao menos uma das partes contraentes tiver sido batizada ou recebida na Igreja Católica e dela não tiver saído por um ato formal (cân. 1117 CICan), o Estado apenas admite que celebrem casamento civil os que não tenham recebido batismo válido segundo a Igreja Católica ou, embora batizados, tenham posteriormente *apostatado*. Compreende-se, pois, que todas as uniões legítimas em face da Igreja sejam agora legítimas em face

²⁶ E note-se que o Estado reconhece, tanto o direito canónico atualmente em vigor, como todas as futuras e eventuais modificações que venham a ser-lhe introduzidas.

do Estado e, ao contrário, todas as uniões legítimas em face do Estado o sejam igualmente em face da Igreja. É esta a vantagem do sistema de casamento civil subsidiário. O que não se vê, porém, é como ele possa conciliar-se com o princípio da liberdade religiosa, que em muitos países, como o nosso, tem foros de regra constitucional (art. 41.º CRep). Com efeito, segundo este sistema, o Estado vai *obrigar* os cidadãos à prática de um ato religioso, como é o casamento católico, e isto mesmo que os nubentes, apesar de batizados, se tenham apartado da religião católica e professem outra religião ou não professem nenhuma²⁷.

Era o sistema que valia em *Espanha* antes da Lei n.º 30/1981, de 7 de julho, pois o casamento civil só era admitido quando se provasse que nenhum dos contraentes professava a religião católica (art. 42.º CCiv, na antiga redação). Acerca do sentido desta fórmula, há a notar que a questão já se punha de modo diferente depois da “Lei da liberdade religiosa” (Lei n.º 44/1967, de 28 de junho) e do Decreto de 22 de maio de 1969, que, em conformidade com essa lei, modificara os arts. 244.º a 248.º do Código do Registo Civil (Lacruz-Sancho, *Derecho de familia*, I, 2.ª ed., 1974, p. 29-33). Já não se tornava necessária, relativamente aos que “abandonassem a fé católica”, a comunicação do funcionário do registo civil à autoridade eclesiástica diocesana, comunicação que, na legislação anterior, suspendia o processo de casamento por certo tempo a fim de que aquela autoridade pudesse ordenar as diligências que julgasse úteis em ordem à *prova* da religião dos nubentes; bastava que estes comunicassem ao pároco do seu domicílio que tinham abandonado a religião católica. Em face destes dados legais, a qualificação do sistema era discutida na doutrina do país. Havia quem falasse de um sistema “quase facultativo”, mas parecia mais correto falar ainda de casamento civil *subsidiário* (enquanto a faculdade, concedida aos nubentes, de celebrarem casamento civil ficava *condicionada* à sua comunicação ao pároco de que não professavam a religião católica), embora, sem dúvida, o sistema já tivesse perdido a sua rigidez inicial.

²⁷ Sobre o conteúdo do direito à liberdade religiosa, importa ter presente a fórmula do art. 18.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de harmonia com o qual o art. 41.º CRep deve ser interpretado e integrado (art. 16.º, n.º 2). Nos termos do art. 18.º, o “direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião” implica “a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”. Veja-se também NAUROIS, *Aux confins du droit privé et du droit public: la liberté religieuse*, na “Rev. trim. de droit civil” 1962, p. 241 s.

Devemos notar (e igual observação poderíamos ter feito quanto à “segunda modalidade” do sistema de casamento civil facultativo) que o sistema de casamento civil subsidiário se define no texto com referência ao casamento católico, pois só assim tem sido praticado, segundo cremos, mas, abstratamente, é concebível relativamente a qualquer outra confissão religiosa.

A crítica do texto podia dirigir-se ao sistema *espanhol* mesmo após a liberalização a que nos referimos acima, pois a *liberdade religiosa* implica, necessariamente, a faculdade de *retardar* e, até, a de *não revelar* a opção tomada.

80. Evolução do direito português

Antes de vermos qual é o sistema consagrado no nosso direito, convém fazer uma pequena história do problema.

O sistema do *Código Civil de 1867*²⁸ era confuso e contraditório²⁹. Os arts. 1057.º e 1072.º pareciam admitir o casamento civil só para os não católicos (sistema de casamento civil subsidiário); mas como não podia haver inquérito prévio acerca da religião dos contraentes (art. 1081.º, *in fine*), e o casamento civil não podia ser anulado por motivo da sua religião (art. 1090.º), vinha a reconhecer-se, afinal,

²⁸ Sobre a questão, vivamente debatida entre os nossos historiadores, da existência de um casamento civil antes do Código e já na Idade Média, v. ALEXANDRE HERCULANO, *Estudos sobre o casamento civil* (1866), ARAÚJO E GAMA, *O casamento civil estudado em face da doutrina católica, da filosofia social e da legislação portuguesa* (1881), e CABRAL DE MONCADA, *O casamento em Portugal na Idade Média*, nos “Est. de Hist. do Dir.”, I, p. 37-82. Ver ainda as referências de PAULO MERÊA, no *Bol. da Fac. de Dir.*, vol. 34.º (1958), p. 168 s., e JAIME CORTESÃO, *O sentido da cultura em Portugal no séc. XIV*, p. 22-3 e nota (6).

²⁹ A explicação do facto é de ordem histórica. A intenção de SEABRA era a de consagrar o sistema de casamento civil subsidiário, admitindo, pois, o casamento civil só para os não católicos, mas a comissão revisora, conservando algumas normas do projeto, introduziu nele outro sistema, organizado sobre as bases propostas por HERCULANO em 1864. Cfr. ARAÚJO E GAMA, *ob. cit.*, p. 154-162, MARNOCO E SOUSA, *Impedimentos do casamento no direito português*, p. 47 s., CABRAL DE MONCADA, nos *Est. de Hist. do Dir.*, II, p. 341 e 350. A “questão do casamento civil” foi objeto por essa época de abundante bibliografia, em geral de pouco valor. Para uma extensa indicação bibliográfica cfr. as *Noções Fundamentais de Direito Civil* de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, vol. I, 6.ª ed., p. 130-1. Na bibliografia mais recente, vejam-se SAMUEL RODRIGUES, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, INIC, 1987, e VÍTOR NETO, *ob. cit.*, p. 234 s.

que o Código consagrava o sistema de casamento civil facultativo. E consagrava este sistema na sua “segunda modalidade”, atrás caracterizada, ainda que o art. 1070.º pudesse sugerir uma ideia diferente. Na verdade, as leis canónicas eram recebidas no país (arts. 1069.º e 1086.º), e o casamento católico só podia ser declarado nulo no juízo eclesiástico e nos casos previstos nas leis da Igreja (arts. 1086.º e 1087.º). O sistema do Código tinha, pois, os mesmos inconvenientes que tem aquela segunda modalidade do sistema de casamento civil facultativo, e que resultam de o casamento civil e o casamento católico serem admitidos como dois institutos diferentes, regidos por duas ordens jurídicas também diferentes, sendo, portanto, diverso o seu regime quanto à capacidade, quanto ao consentimento e aos seus vícios, quanto à nulidade do ato, quanto à forma, quanto à prova, etc. Todavia, o Código atenuou alguns destes inconvenientes. Em primeiro lugar, com a ideia de aproximar os dois sistemas de impedimentos, aplicou também ao casamento católico os impedimentos impedientes do casamento civil (art. 1058.º), responsabilizando severamente o ministro da Igreja que celebrasse casamento não obstante a existência de um desses impedimentos (art. 1071.º). Em segundo lugar, e no sentido de unificar o registo dos casamentos, o Código ordenou aos párocos que enviassem ao respetivo oficial do registo civil³⁰ a ata do assento paroquial, a fim de ser registada (art. 2476.º). Foi este o sistema que vigorou até à República.

A disposição referida, porém, e talvez por falta de uma sanção verdadeiramente eficaz, parece nunca ter chegado a ser cumprida: Pires de Lima e Braga da Cruz, *Direitos de Família*, vol. 1.º, 3.ª ed. (1949), p. 182. De resto, em face do art. 4.º da Carta de Lei de 1 de julho de 1867 (que aprovou o Código Civil), tinha de entender-se que a execução dos preceitos relativos ao registo civil (arts. 2445.º e segs.) ficava dependente da condição de serem organizados os serviços e repartições competentes, os quais só muito mais tarde (em 1911) vieram a ser criados.

³⁰ As funções de “oficial do registo civil” eram desempenhadas nesse tempo pelo administrador do concelho.

Com o *Decreto n.º 1*, de 25 de dezembro de 1910, as coisas modificaram-se radicalmente. Logo no art. 2.º, o Decreto considerava o casamento como contrato “puramente civil”. E esta ideia era confirmada no art. 3.º: “Todos os portugueses celebrarão o casamento perante o respectivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil, e só esse é válido”³¹. Também as causas de nulidade ou anulação do casamento ficariam competindo, doravante, exclusivamente ao foro civil (art. 65.º). Era, pois, em toda a sua pureza, o sistema de casamento civil obrigatório. E, para evitar que os nubentes se limitassem à cerimónia religiosa, ficando assim em situação concubinária perante a lei civil, o art. 312.º CRegCiv de 1911 estabelecia a *precedência* obrigatória do casamento civil sobre qualquer casamento religioso. Foi este durante trinta anos o sistema matrimonial do direito português.

O sistema só se modificou com a *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, assinada na cidade do Vaticano em 7 de maio de 1940³². As disposições da Concordata relativas ao casamento (arts. XXII-XXV) foram executadas e regulamentadas pelo Governo português na primeira parte do Decreto-lei n.º 30 615, de 25 de julho de 1940.

Através da legislação concordatária veio a admitir-se de novo o sistema de casamento civil facultativo, na “segunda modalidade” aludida no n.º 105, mas em versão diferente, sob vários aspetos, da que o Código de 1867 consagrara. Em alguma medida, e como muitas vezes tem sido dito, o sistema concordatário representou uma *transação*: o Estado e a Igreja tinham interesses diferentes em relação ao casamento e de parte a parte houve transigências. Vemos o Estado a reconhecer efeitos civis aos casamentos católicos,

³¹ Cfr. também o art. 63.º

³² A Concordata foi confirmada e ratificada em 1 de junho e publicada no *Diário do Governo* de 10 de julho de 1940. Mas a legislação matrimonial concordatária só entrou em vigor em 1 de agosto seguinte (arts. XXXI da Concordata e 62.º do Decreto-lei n.º 30 615).

em certos termos (art. XXII da Concordata), a não permitir aos seus tribunais aplicar o divórcio aos casamentos católicos (art. XXIV) e a reservar ao foro eclesiástico a apreciação da validade ou nulidade dos mesmos casamentos (art. XXV): e tudo isto, do ponto de vista do Estado, foram concessões que ele fez à Igreja. Por outro lado, vemos o Estado a aplicar o seu sistema de impedimentos ao casamento católico, a regular o processo preliminar e o registo e a permitir aos seus tribunais decretar a separação de pessoas e bens relativamente aos casamentos católicos: e agora, do ponto de vista da Igreja, tudo isto foram concessões que ela fez ao Estado.

O *Código Civil de 1966* manteve a legislação concordatária, praticamente sem alterações. Uma inovação polémica que ainda constava do Projeto (a introdução do impedimento dirimente de “ordens maiores conferidas em harmonia com as leis canónicas” e “votos solenes ou equiparados, feitos nas mesmas condições” — art. 1601.º, al. d)) foi eliminada na 1.ª revisão ministerial³³.

Não obstante o espírito de *compromisso* da legislação concordatária, uma das suas soluções mais significativas — a da indissolubilidade por divórcio dos casamentos católicos, solução expressa no art. XXIV da Concordata e inserida, mais tarde, no art. 1790.º CCiv — tornou-se objeto de contestação generalizada em largos sectores da opinião pública³⁴, contestação que a queda da ditadura veio reforçar.

³³ A publicação do Projeto e, depois, do Código Civil suscitou na oportunidade o aparecimento de vária bibliografia sobre a matéria. Cfr., p. ex., ANTUNES VARELA, *Do Projeto ao Código Civil*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1966, p. 47-57; ANTÓNIO LEITE, *O Projeto de Código Civil à luz da doutrina católica*, Lisboa, União Gráfica, 1966, *Concordata, sim ou não?*, Coimbra, Casa do Castelo, 1971, e *O casamento canónico concordatário*, sep. da “Scientia Iuridica”, tomo XX, n.os 112-113; URBANO DUARTE, *Mentalidade católica e o Projeto do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1966; SIMÕES PATRÍCIO, *Em volta do casamento concordatário*, nos “Estudos”, ano XLVI, p. 18 s.

³⁴ Inclusive nos sectores católicos: SÁ CARNEIRO (Francisco), *A proibição de dissolução dos casamentos canónicos por divórcio no novo Código Civil*, na “Rev. dos Tribunais”, 85.º (1967), p. 13 s., e SIMÕES PATRÍCIO, *est. cit.*, p. 29-30.

Não surpreende, por isso, que logo se tenha posto com insistência a questão da revisão da Concordata quanto ao ponto referido.

Tendo sido conduzidas negociações com a Santa Sé em vista dessa revisão³⁵, foi assinado na Cidade do Vaticano, a 15 de fevereiro de 1975, o *Protocolo Adicional à Concordata* de 7 de maio de 1940 (aprovado para ratificação pelo Decreto n.º 187/75, de 4 de abril), que deu outra redação ao art. XXIV da Concordata: o novo texto salienta o “grave dever” dos cônjuges que celebram casamento católico de não pedirem o divórcio; trata-se agora, porém, de um simples *dever de consciência* que lhes incumbe, de um dever *perante a Igreja* e não *perante o Estado*.

Alterado o art. XXIV da Concordata estavam criadas condições para se modificar neste ponto o direito interno, e foi isso que fez o Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio, que, no art. 1.º, revogou o art. 1790.º CCiv, que não permitia aos tribunais civis decretar o divórcio nos casamentos católicos.

Note-se, porém, que o “Protocolo Adicional” (art. 2.º) *manteve expressamente em vigor todos os outros artigos da Concordata*, e, portanto, tanto o art. XXII, segundo o qual “o Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que a ata do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil”, como o art. XXV, em face do qual “o conhecimento das causas concernentes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes”.

Assim, o direito português continuou a consagrar, mesmo depois do Protocolo Adicional, a “segunda modalidade” do sistema do casamento civil facultativo referida no n.º 105, *embora tivesse dado um passo muito significativo no sentido da “primeira moda-*

³⁵ O Programa do Movimento das Forças Armadas impunha aliás ao Governo Provisório o respeito dos “compromissos internacionais decorrentes dos tratados em vigor”.

lidade” indicada³⁶. Com efeito, quanto ao aspeto fundamental da sua dissolução por divórcio, o casamento, civil ou católico, passou a ser regido por uma única lei — pela lei do Estado — qualquer que tenha sido a forma da sua celebração.

O marco seguinte da evolução do direito português é a *Constituição de 1976*, que no art. 36.º, n.º 2, atribui competência à lei civil para regular “os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração”. A referência aos *requisitos* do casamento, como uma das matérias em que a lei civil seria exclusivamente competente, sugere a ideia de que a Constituição tenha querido derrogar os arts. XXV da Concordata e 1625.º CCiv, mas, como vimos, tal intenção não transparece dos debates parlamentares nem tem sido atribuída ao legislador constitucional, continuando a entender-se, na prática, que o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes.

Há a referir ainda a *Lei da Liberdade Religiosa* (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), regulamentada, no que se refere ao casamento, pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que introduziu alterações ao Código do Registo Civil. O diploma ressalva expressamente a Concordata com a Santa Sé de 1940, o Protocolo Adicional de 1975 e a legislação aplicável à Igreja católica, à qual não são extensivas, em princípio, as disposições da Lei da Liberdade Religiosa relativas às igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País (art. 58.º). Assim, mesmo depois de a Lei n.º 16/2001 ter sido regulamentada, o nosso sistema matrimonial continuou a ser para os católicos, como veremos em seguida, o de casamento civil facultativo na “segunda modalidade” referida no número anterior. Passaram a existir, porém, casamentos civis celebrados por forma

³⁶ P. COELHO, no *BMJ* n.º 251, p. 31.

religiosa, perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País (art. 19.º), os quais constituem, esses sim, apenas outra forma de celebração do casamento, que fica sujeito, à parte a questão da forma, às mesmas disposições por que se regem os casamentos civis celebrados perante o conservador do registo civil.

Mencione-se por último a *Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé*, assinada na Cidade do Vaticano em 18 de maio de 2004³⁷, que introduziu no regime do casamento concordatário alterações significativas. A Concordata já não vincula o Estado Português, como a anterior, a *reservar* aos tribunais eclesiásticos o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico. Por outro lado, as decisões das autoridades eclesiásticas relativas à nulidade do casamento e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado deixaram de ser recebidas no direito português de forma automática, independentemente de revisão e confirmação, só produzindo efeitos civis a requerimento de qualquer das partes e após revisão e confirmação pelo competente tribunal da Relação, quando estejam preenchidas as condições enumeradas no art. 16.º

81. Caracterização do sistema atual

Traçada esta evolução histórica, estamos agora em condições de caracterizar com mais precisão o sistema matrimonial do direito português.

³⁷ A Concordata foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 80/2004, publicados no *DR*, II série-A, de 16.11.2004, onde o texto da Concordata nas versões autenticadas nas línguas portuguesa e italiana vem publicado em anexo àquela Resolução. A Concordata de 2004 entrou em vigor, substituindo a de 1940 (art. 33.º), em 18.12.2004, quando foram trocados os instrumentos de ratificação (cfr. o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 23/2005, no *DR*, I série-A, de 26.1.2005).

Tendo em conta a Lei da Liberdade Religiosa e as alterações introduzidas no Código do Registo Civil pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, o sistema matrimonial do nosso direito pode caracterizar-se assim:

a) *para os católicos*, continua a ser um sistema de casamento civil facultativo na “segunda modalidade”, referida no n.º 79, em que o casamento católico não é apenas outra *forma* de celebração do casamento, mas um *instituto* diferente, disciplinado em vários aspetos por normas diversas das que regem o casamento civil;

b) *para os que pertençam a igrejas ou comunidades religiosas que se considerem ou venham a considerar-se “radicadas no País”*, é igualmente um sistema de casamento civil facultativo mas na “primeira modalidade” indicada, ou seja, um sistema em que o casamento religioso é apenas uma forma de celebração do casamento, o qual, à parte a forma, fica sujeito em todos os aspetos às mesmas normas por que se rege o casamento civil;

Também aconteceu assim na *Itália*, onde os não católicos podem celebrar casamento segundo as normas da sua confissão religiosa (casamento, porém, que é tido como civil para todos os efeitos, sendo, portanto, não um *instituto* diferente, mas só uma *forma* de celebração distinta da forma civil). É o chamado casamento *acatólico*, a que se refere o art. 83.º do Código italiano. Regime idêntico vale hoje em *Espanha* (arts. 59.º-60.º CCiv, na redação da Lei n.º 30/1981, de 7 de julho) e no *Brasil*, onde é válido e pode ter efeitos civis, em princípio, o matrimónio oficiado por ministro de qualquer confissão religiosa conhecida (católico, protestante, muçulmano, israelita), embora não se admitindo, como escrevia Caio Mário, *cit.*, 3.ª ed., p. 48, “o que se realize em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas ou outras formas de credences populares que não tragam a configuração de seita religiosa conhecida como tal”.

c) *para os que pertençam a outras igrejas ou comunidades religiosas, não “radicadas no País”*, é um sistema de casamento civil obrigatório, pois a lei não dá qualquer valor à respetiva cerimónia religiosa.

O enunciado precedente requer algumas observações complementares.

a) Note-se, em primeiro lugar, que os católicos³⁸ podem e sempre puderam, mesmo antes da revisão da Concordata e da Lei da Liberdade Religiosa, optar indiferentemente pelo casamento católico ou pelo civil³⁹. É esta circunstância, de a porta do casamento civil estar aberta mesmo para eles, que nos mostra que o sistema do direito português não é o de casamento civil subsidiário. O art. 1587.º não deixa dúvidas a este respeito nem elas se levantaram alguma vez. O casamento civil não é *subsidiário* do casamento católico. Nem, em caso de eventual conflito entre os dois matrimónios, o nosso direito conhece qualquer princípio de *preferência* do casamento católico sobre o civil ou deste sobre aquele. Trata-se de duas modalidades de casamento igualmente admitidas e igualmente válidas⁴⁰.

b) Quanto a saber se o casamento católico é admitido, no direito português, como *outra forma* de celebração ou, mais que isso, como um instituto diferente, regulado, quanto à *forma* e quanto ao *fundo*, por normas distintas das que regem o casamento civil, nada acrescentaremos agora ao que já dissemos nas páginas anteriores. Se se entender, como temos entendido, que o art. 1625.º é conforme à Constituição e não foi derogado pela Concordata de 2004, o *direito português consagrará ainda hoje a “segunda modalidade”*

³⁸ *Rectius*: os batizados na Igreja católica e os que se converteram a ela, se não se tiverem separado da Igreja por um ato formal (cân. 1117). Sobre o âmbito pessoal da obrigatoriedade da forma canónica para contrair casamento católico, cfr. CANTÓN, *ob. cit.*, p. 212-3.

³⁹ Isto perante o Estado: perante a Igreja estão naturalmente obrigados à forma canónica, não podendo optar pelo casamento civil (art. 1.º da “Instrução da Santa Sé para a aplicação da Concordata”).

⁴⁰ A ideia tem expressão no art. 1590.º; mas cfr. o art. 1624.º, n.º 1, al. *d*).

do sistema de casamento civil facultativo a que fizemos referência. Com efeito, se é ao foro eclesiástico que compete julgar — segundo as normas do direito canónico, naturalmente — da validade ou nulidade do casamento católico, será o direito canónico que dirá, p. ex., se o casamento pode ser declarado nulo com fundamento em erro ou outro vício da vontade, se o casamento simulado é válido ou nulo, etc. O Estado dá pois efeitos civis ao casamento católico *como tal*, e reconhece ou *recebe*, não só as normas do direito canónico que regem o ato matrimonial, como inclusivamente a aplicação que dessas normas seja feita pelos órgãos jurisdicionais da própria Igreja.

c) Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que “o casamento canónico, instituído pela Concordata de 1940 e reafirmado pela Concordata de 2004 que a substituiu, *na medida que não seja de todo incompatível com a Constituição*, apenas pode existir como forma diferente de celebração do casamento”⁴¹, *admitindo* assim, parece, que não só seria inconstitucional a “segunda modalidade”, como o seria até, porventura, a “primeira modalidade” do sistema de casamento civil facultativo⁴². E a tese da inconstitucionalidade da legislação concordatária, quer o casamento católico se admita como *instituto* diferente do casamento civil, quer apenas como outra *forma* de celebração do casamento, foi defendida na nossa doutrina por Marques dos Santos⁴³.

Não é a nossa opinião.

⁴¹ *Const. anot.*, cit., p. 563.

⁴² Sobre a caracterização da “primeira” e da “segunda” modalidade do sistema de casamento civil facultativo, cfr. *supra*, n.º 79, al. c).

⁴³ *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 504, e, sobretudo, *Constituição e direito internacional privado — O estranho caso do artigo 51.º, n.º 3, do Código Civil*, in “Perspectivas constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976”, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 378-382.

A favor da tese da inconstitucionalidade do casamento católico (contra a qual parece estar, desde logo, o art. 36.º, n.º 2, *in fine*, CRep, que admite, implicitamente, *várias formas* de celebração do casamento), invocam-se o princípio da separação da Igreja, ou das Igrejas, do Estado (arts. 41.º, n.º 4, e 288.º, al. *c*), CRep), o princípio da liberdade religiosa (art. 41.º, n.os 1-3) e ainda o da igualdade (art. 13.º, n.os 1 e 2), que não permite discriminações em razão da religião.

Quanto ao princípio da *inconfessionalidade do Estado*, cremos, porém, que não deve ele ser entendido de modo tão radical. Nem a lição do direito comparado abona esse entendimento. À parte alguns Estados muçulmanos, aquele princípio vale na generalidade das legislações, o que não impede que em muitas delas o casamento religioso seja admitido como forma de celebração do casamento, como acontece nos países anglo-saxónicos e escandinavos, na Grécia, no Brasil, etc.

Também não cremos que o sistema concordatário ofenda o princípio constitucional da *liberdade religiosa*. O que este princípio exige é que qualquer pessoa que professe um credo religioso possa celebrar casamento segundo os ritos da sua religião⁴⁴, e que, por outro lado, as pessoas que não professam qualquer credo não sejam obrigadas a celebrar casamento religioso; o princípio não exige que o casamento religioso seja reconhecido pelo Estado, em qualquer caso, como forma de celebração do casamento. E, assim, não vemos que o sistema de casamento civil obrigatório ofenda a liberdade religiosa dos católicos ou das pessoas que professem qualquer outro credo religioso (alguns escritores católicos têm opinião diferente), como não vemos em que é que o sistema de casamento civil facultativo, que permite aos católicos optarem pelo casamento civil ou pelo casamento católico, contrarie a liberdade religiosa reconhecida no art. 41.º CRep.

⁴⁴ Cfr. o art. 10.º, al. *b*), da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho.

Note-se que, embora o art. 10.º, al. *b*), da Lei da liberdade religiosa disponha que a liberdade de religião e de culto compreende “o direito de celebrar casamento [...] com os ritos da própria religião”, apenas são reconhecidos efeitos civis aos casamentos celebrados perante ministro do culto de igrejas ou comunidades religiosas radicadas no País. Aos outros casamentos religiosos (celebrados perante ministro do culto de igrejas ou comunidades religiosas *não radicadas no País*) não são pois reconhecidos efeitos civis, devendo considerar-se esses casamentos inexistentes, nos termos gerais (CCiv, art. 1628.º, al. *a*)).

O que pode dizer-se é que, concedendo essa opção aos católicos e só a eles, o sistema anterior à Lei da Liberdade Religiosa contrariava o princípio constitucional da *igualdade*, que exclui qualquer “privilégio” em função da religião; neste aspeto, a objeção de inconstitucionalidade era muito de ponderar. Isto embora recusemos, também, um entendimento *maximalista* do princípio da igualdade, segundo o qual, não podendo distinguir-se entre as numerosas religiões ou seitas existentes, que seriam todas *iguais*, e não podendo o Estado, obviamente, reconhecer o casamento celebrado segundo os ritos de qualquer delas, não poderia ele reconhecer *nenhum* casamento religioso, o que importaria a aceitação do sistema de casamento civil obrigatório, até por esta razão. Decerto que as religiões ou seitas são todas iguais no sentido de que deve ser permitido livremente o culto de qualquer delas (salvo eventuais restrições que a ordem pública possa impor), mas, como é óbvio, não têm todas o mesmo grau de organização nem a mesma relevância social. O princípio da igualdade não deve obrigar o Estado a tratar como igual o que é diferente; deve permitir-lhe *escolher*, embora a escolha possa oferecer dificuldades, as Igrejas a que se justifique, dado o seu grau de organização e a sua implantação social, estender o privilégio concedido à Igreja católica, reconhecendo igualmente, sob condições análogas, o casamento celebrado segundo os ritos dessas religiões.

Nesta orientação, cabe referir a solução da lei espanhola. A “Lei orgânica de liberdade religiosa” (Lei n.º 7/1980, de 5 de julho) exigia, para que certa confissão religiosa pudesse celebrar um Acordo de cooperação com o Estado espanhol, que essa confissão estivesse inscrita no “Registo de Entidades Religiosas”, e que, além disso, tivesse alcançado em Espanha um “notório arraigo” (sobre a aplicação deste conceito, v. Reina/Martinell, *cit.*, p. 235-236); tendo as confissões evangélica, israelita e islâmica cumprido estes requisitos, foram subscritos os Acordos com a Federação das Entidades Evangélicas de Espanha, a Federação das Comunidades Israelitas e a Comissão Islâmica de Espanha, aprovados, respetivamente, pelas Leis n.os 24, 25 e 26/1992, de 10 de novembro, já atrás referidas.

Foi esta a orientação seguida em Portugal pela Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho)⁴⁵, regulamentada, no respeitante ao casamento, pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que introduziu alterações ao Código do Registo Civil. A Lei reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados por forma religiosa perante ministro do culto de qualquer igreja ou comunidade religiosa radicada no País (art. 19.º, n.º 1), qualificação (de igreja ou comunidade religiosa “radicada no País”) que deve ser *atestada* pelo Ministro da Justiça⁴⁶ em vista do número de crentes e da história da existência da igreja ou comunidade em Portugal, e depois de ouvida a Comissão da Liberdade Religiosa, cujo regime consta do Decreto-lei n.º 308/2003, de 10 de dezembro. A atestação só pode ser requerida depois de 30 anos⁴⁷ de presença social organizada da igreja ou comunidade no País, salvo se se tratar de igreja ou comunidade religiosa fundada no estrangeiro há mais de 60 anos, o que constitui garantia de duração (art. 37.º, n.os 1 e 2);

⁴⁵ A fonte do diploma foi o Projeto de lei n.º 27/VIII, apresentado pelo Partido Socialista à Assembleia da República e publ. no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 6, de 3.12.1999, p. 108-2 s.

⁴⁶ Membro do Governo competente em razão da matéria, nos termos do art. 37.º, n.º 1. Quanto ao *processo* de atestação de igreja ou comunidade religiosa “radicada no País”, regem os arts. 37.º, n.º 3, e 38.º

⁴⁷ Sobre o tempo de presença social organizada no País necessário para requerer o *atestado* referido no texto, cfr., porém, a norma transitória do art. 67.º

inscrita a igreja ou comunidade no registo das pessoas coletivas religiosas a que se refere o art. 33.º, registo criado pelo Decreto-lei n.º 134/2003, de 28 de junho, a atestação de “radicação no País” é *averbada* à inscrição da igreja ou comunidade nesse registo (art. 37.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2001 e art. 6.º do Decreto-lei n.º 134/2003).

O art. 19.º, n.º 4, regula a celebração do casamento, em que devem estar presentes os nubentes ou um deles e o procurador do outro, o ministro do culto devidamente credenciado e ainda duas testemunhas. Celebrado o casamento, deve o ministro do culto lavrar assento em duplicado no livro de registo da igreja ou comunidade religiosa e enviar o duplicado do assento à conservatória do registo civil competente, nos três dias seguintes, a fim de ser transcrito no livro de assentos de casamento; o conservador deve efetuar a transcrição nos dois dias seguintes e comunicá-la ao ministro do culto até ao termo do dia imediato àquele em que foi feita (art. 19.º, n.º 5 e 6). Cfr. *infra*, n.º 125.

Acrescentaremos apenas que, afastado pela Lei da liberdade religiosa o argumento que poderia tirar-se do art. 13.º CREp a favor da tese da inconstitucionalidade do casamento católico, não existe hoje, segundo nos quer parecer, qualquer pressão da opinião pública para alterar o sistema matrimonial instituído pela Concordata com a Santa Sé de 1940. Uma forte pressão da opinião pública foi a que se verificou no sentido de alterar a disposição da Concordata que não permitia se dissolvessem por divórcio os casamentos católicos; resolvida a questão do divórcio pelo Protocolo Adicional à Concordata de 15 de fevereiro de 1975, o regresso ao sistema de casamento civil obrigatório representaria uma opção *voluntarista* do legislador, não reclamada pela opinião maioritária do país.

d) Outro aspeto a destacar é o seguinte: consagrando a “segunda modalidade” do sistema de casamento civil facultativo, o direito português procurou, todavia, evitar os inconvenientes do sistema em alguns pontos fundamentais.

Há aqui três notas a salientar.

Em primeiro lugar, e na ideia de aproximar o mais possível os dois sistemas de impedimentos, o art. 1596.º — como, já antes dele, o Decreto-lei n.º 30 615 — exige *capacidade civil* para a celebração do casamento católico, aplicando a este casamento, em princípio, todo o sistema de impedimentos do casamento civil. Isto é: o que o Código de Seabra já fizera quanto aos impedimentos impeditivos (art. 1058.º), fê-lo a legislação concordatária (e, depois, o Código Civil de 1966) quanto a todos os impedimentos matrimoniais. Todos os impedimentos ao casamento civil, os dirimentes como os impeditivos, são também impedimentos ao casamento católico⁴⁸. E, para dar valor prático ao princípio, proíbe a lei ao pároco, sob pena de graves sanções (art. 296.º, al. *a*) do n.º 1, CRegCiv), a celebração de casamento católico sem que lhe seja presente *certificado*, passado pelo conservador do registo civil, a declarar que os nubentes podem contrair casamento (arts. 1598.º, n.º 1, CCiv e 146.º e 151.º CRegCiv)⁴⁹.

E se o pároco celebrou o casamento sem lhe ser presente o certificado e havia impedimentos civis ao casamento católico? Já sabemos que este não pode ser *anulado*, em caso algum, pelos tribunais civis, só podendo ser declarado nulo pelos tribunais eclesiásticos, que decerto não declararão a nulidade nessa hipótese. O que o Estado pode fazer, porém, é *recusar a transcrição* do casamento católico. A solução da lei, como veremos, é a de recusar a transcrição se houver impedimento *dirimente* à celebração do casamento, mas já não se o impedimento for meramente *impeditivo* (art. 174.º, n.º 1, al. *d*), CRegCiv). A existência de impedimentos impeditivos, assim como não pode, tratando-se de casamento civil, fundar a anulação do casamento, assim também não autoriza, tratando-se de casamento católico, a recusa da transcrição. Tudo isto quanto aos casamentos *comuns*, pois, sendo o casamento *urgente*, o conservador só pode recusar a

⁴⁸ *Rectius*: ao casamento concordatário. Pois o sistema de impedimentos do casamento católico *em si mesmo* é exclusivamente, claro está, o estabelecido no *Codex Iuris Canonici*.

⁴⁹ Só não é assim quanto aos casamentos urgentes, que o pároco é autorizado a celebrar independentemente de processo preliminar e da passagem do certificado (arts. 1599.º CCiv e 151.º, n.º 2, CRegCiv), mas o processo de casamento corre após a celebração e só depois é que a transcrição se efetua (art. 173.º CRegCiv).

transcrição no caso de averiguar a existência, no momento da celebração, dos impedimentos de falta de idade nupcial, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica reconhecida por sentença com trânsito em julgado ou casamento civil anterior não dissolvido, desde que, em qualquer dos casos, o impedimento ainda subsista (art. 174.º, n.º 1, al. e), CRegCiv).

Decerto que não se conseguiu, mesmo assim, a unidade dos dois sistemas de impedimentos, pois o casamento católico está sujeito, também e até antes de mais nada, ao sistema de impedimentos do direito canónico. Continua a haver casamentos que podem celebrar-se civilmente e não podem celebrar-se catolicamente. Mas, em princípio, todos os casamentos católicos que se celebram também podiam ser celebrados civilmente.

Em segundo lugar, para conseguir uma unificação do registo do casamento, e tal como já fizera, ainda, o Decreto-lei n.º 30 615, o CRegCiv impôs ao pároco, sob cominação das sanções previstas no art. 296.º, al. c) do n.º 1, a obrigação de enviar à conservatória do registo civil competente o duplicado do assento paroquial, a fim de ser transcrito no livro de casamentos (arts. 1655.º, n.º 1, CCiv e 169.º CRegCiv). Já sabemos que o Código de Seabra tinha imposto aos párocos obrigação semelhante, no art. 2476.º, mas que, por falta de sanção verdadeiramente eficaz, a norma nunca chegara a ser cumprida. De modo que a prova do casamento fazia-se, ora com base no registo civil, ora com base no registo paroquial, conforme se tratasse de casamento civil ou católico. Outro é o sistema que a legislação concordatária introduziu no nosso direito. A *transcrição* do duplicado do assento paroquial nos livros do registo civil é agora *condição legal de eficácia civil* do casamento, não permitindo o Estado que o casamento seja *invocado* — segundo o princípio geral do art. 1669.º — enquanto não for lavrado o assento respetivo.

Finalmente, o terceiro aspeto em que o direito português evitou o inconveniente, conatural à “segunda modalidade” do sistema de

casamento civil facultativo, de uma *dualidade* de regimes entre o casamento civil e o casamento católico é o do *divórcio*, desde o Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio. Sabemos como anteriormente os tribunais civis só podiam decretar o divórcio nos casamentos civis ou nos casamentos católicos anteriores a 1 de agosto de 1940, por força dos arts. XXIV da Concordata e 1790.º CCiv; os casamentos católicos posteriores a essa data não podiam ser dissolvidos por divórcio. Tão estranha dualidade de regimes, que, segundo parece, só existia em Portugal e algures na América Latina, desapareceu com o Decreto-lei n.º 261/75, podendo agora o casamento civil e o casamento católico ser dissolvidos por divórcio, nos tribunais civis, com os mesmos fundamentos e nos mesmos termos.

e) Aproximado do casamento civil sob estes três aspetos, o casamento católico continua a ser, todavia, diferente do casamento civil e regido por outras normas jurídicas. Ora, para caracterizarmos com precisão o sistema matrimonial português, interessa justamente saber *por que normas — de direito civil ou de direito canónico — se rege o casamento católico em cada um dos seus aspetos*. É o que, finalmente, vamos procurar averiguar.

Assim, quanto à *promessa de casamento*, parece claro que os arts. 1591.º e segs. se aplicam, quer à promessa de casamento civil, quer à promessa de casamento católico, quer ao caso, que é igualmente possível, de os nubentes, tendo prometido casamento um ao outro, nada terem decidido sobre a respetiva modalidade de celebração.

Quanto aos *requisitos de fundo* do casamento católico há uma distinção a fazer. No que respeita aos vários problemas relativos ao *consentimento* (divergências intencionais e não intencionais entre a vontade e a declaração, vícios da vontade, casamento sob condição ou a termo, etc.), é o direito canónico que se aplica segundo a orientação que defendemos nas páginas anteriores. Com efeito, trata-se

de requisitos de validade do ato e já sabemos que os tribunais civis não podem pronunciar-se sobre a validade ou nulidade do casamento católico (art. 1625.º CCiv). Se este preceito não for revogado ou enquanto o não for, é matéria reservada aos tribunais eclesiásticos, que naturalmente só aplicam o seu próprio direito. Quanto à *capacidade*, ou seja, quanto aos *impedimentos matrimoniais*, vimos que se aplicam as duas ordens jurídicas. Claro que o casamento católico está sujeito, em primeiro lugar, ao sistema de impedimentos do direito canónico, mas também o está ao sistema de impedimentos do direito civil, por força do art. 1596.º, já atrás referido.

A *forma* do casamento é regida, em geral, pelo direito civil e pelo direito canónico. Assim, quanto às *formalidades preliminares*, há ao mesmo tempo formalidades canónicas (o pároco deve ler os proclamas na igreja, etc.) e formalidades civis a cumprir. O chamado processo preliminar de casamento, civil ou católico, corre na conservatória do registo civil, e a lei (CRegCiv, arts. 134.º-148.º) regula-o minuciosamente. No que toca à *celebração* do casamento católico é que não há formalidades civis. Já quanto ao *registo*, porém, o direito civil (CRegCiv, arts. 167.º-179.º) e o direito canónico têm os dois intervenção. Vemos o CRegCiv a regular, até, o modo como o pároco deve lavrar o assento paroquial (art. 167.º), o que se compreende, pois o duplicado do assento vai ser transcrito na conservatória (art. 172.º) e é da transcrição que depende o reconhecimento de efeitos civis ao casamento católico.

Quanto às causas de *nulidade* do casamento e ao regime processual das respetivas ações, já vimos que só o direito e o foro eclesiástico são competentes (art. 1625.º CCiv). Mas é ao direito civil que pertence, uma vez declarada a nulidade do casamento católico pelo tribunal eclesiástico, regular os efeitos da nulidade e a eventual aplicação ao caso do instituto do *casamento putativo*. Aplicar-se-ão pois aqui os arts. 1647.º-1648.º CCiv e não as normas correspondentes do direito canónico. É matéria que não se abrange na reserva feita no art. 1625.º

No que se refere aos *efeitos do casamento*, tanto pessoais como patrimoniais, é o direito civil que se aplica. Antes do Código de 1966 o ponto era discutido quanto aos efeitos *pessoais*, mas a dúvida ficou resolvida no art. 1588.º, segundo o qual o casamento católico se rege pelas normas comuns do Código “quanto aos efeitos civis” — portanto quanto a todos eles. E a aplicação do direito civil aos efeitos *patrimoniais* do casamento, incluindo aqui a *simplex separação judicial de bens*, nunca suscitou dificuldades. São questões que o direito canónico nem regula, pois a Igreja sempre confiou à legislação secular a disciplina dos efeitos *mere civiles* do matrimónio.

As disposições da lei civil relativas a *separação de pessoas e bens* são igualmente aplicáveis aos casamentos católicos.

Finalmente, no que respeita à *dissolução* do casamento católico aplicam-se as duas ordens jurídicas. A disciplina da dissolução por *morte*⁵⁰ ou *divórcio* compete exclusivamente à lei civil, nos termos do art. 36.º, n.º 2, CRep, mas o casamento católico admite ainda uma causa de dissolução própria dele, a *dispensa do casamento rato e não consumado*, a que se refere o art. 1625.º e de que falaremos oportunamente.

§ 2.º. Outros caracteres do casamento como ato

Bibliografia portuguesa

Albuquerque, Pedro, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986.

⁵⁰ Incluída aqui a *morte presumida*, pois a Reforma de 1977 (art. 11.º) revogou o n.º 2 do art. 116.º CCiv, antiga redação, segundo o qual, sendo católico o casamento do ausente, o seu cônjuge só podia celebrar novo matrimónio *se as leis canónicas o permitissem*. Cremos, de resto, que o preceito já fora revogado pelo art. 36.º, n.º 2, CRep.

82. O casamento como negócio jurídico

Cumprindo agora estudar as outras características do casamento, destacaremos em primeiro lugar o seu carácter *negocial*.

Sabemos o que é o negócio jurídico: uma declaração de vontade *dirigida* a certos efeitos⁵¹ e que a ordem jurídica tutela em si mesma e na sua direção determinada, atribuindo-lhe efeitos jurídicos em geral correspondentes aos fins que o declarante ou os declarantes têm em vista. Sabemos também que o negócio jurídico é o instrumento por excelência da autonomia da vontade privada, autonomia que se manifesta sobretudo no domínio do direito das obrigações, mas se afirma ainda, embora mais restritamente, no campo dos direitos reais, familiares e sucessórios.

Ora o casamento é um dos *negócios familiares* e decerto o mais importante de todos eles⁵². É certo que é muito limitada a margem de autonomia concedida às partes neste domínio⁵³. Os efeitos pessoais do casamento, em particular os direitos e deveres dos cônjuges, são fixados imperativamente na lei, sem que as partes possam introduzir desvios ou derrogações no respetivo regime (art. 1699.º, n.º 1, al. *b*), CCiv). Não podem os nubentes, p. ex., inserir no contrato de casamento condição ou termo ou modificar os efeitos legais do ato (art. 1618.º, n.º 2). A liberdade dos nubentes não é só, porém,

⁵¹ Efeitos *práticos, jurídicos* ou *prático-jurídicos*? O ponto é debatido na doutrina: ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1960, p. 28 s., e MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 380-2. Sobre as várias concepções da declaração negocial, v., por todos, MOTA PINTO, *cit.*, p. 413-6.

⁵² Outros negócios familiares serão a perfilhação, a promessa de casamento e a adoção — esta última no sentido que deixámos expresso *supra*, n.º 40. Como negócio familiar *patrimonial* pode ainda referir-se a convenção antenupcial. Sobre o tema dos negócios familiares, ver, na doutrina portuguesa, PEDRO ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, 1986.

⁵³ Tão limitada que não falta, realmente, quem negue ao casamento natureza negocial: cfr., p. ex., FERRI, *L'autonomia privata* (1959), p. 163 e 288 s.

a de casarem ou não⁵⁴, mas ainda a liberdade de casarem com uma pessoa ou outra, a liberdade de escolherem entre casamento civil e casamento católico, a liberdade de casarem pessoalmente ou por intermédio de procurador, etc.⁵⁵. Por outro lado, embora os cônjuges não possam alterar os deveres que o art. 1672.º lhes impõe, a lei permite-lhes decidir livremente sobre o modo de cumprimento de alguns desses deveres. Assim, os cônjuges devem acordar sobre a orientação da vida em comum (art. 1671.º, n.º 2); além disso, são os cônjuges que escolhem de comum acordo a residência da família (art. 1673.º) e a forma como cada um cumpre o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, optando entre as várias possibilidades que o art. 1676.º permite⁵⁶.

83. O casamento como contrato

Como negócio jurídico, o casamento é um *contrato*, tanto o casamento católico como o civil. A qualificação não suscita dúvidas quanto ao casamento *católico*⁵⁷, pois embora este exija, em geral, para ser válido, a intervenção do pároco, os ministros do sacramento do matrimónio são os próprios contraentes e não o sacerdote, o

⁵⁴ Se fosse só essa o casamento não seria negócio jurídico, pois este supõe que o sujeito tenha a liberdade de *conformar* em alguma medida os efeitos do negócio, efeitos correspondentes à vontade que manifestou. Aliás ficaríamos sem critério para distinguir os negócios jurídicos dos simples atos jurídicos (“quase negócios jurídicos”, na terminologia de MANUEL DE ANDRADE — p. ex., a interpelação do devedor) que também supõem uma manifestação de vontade do autor do ato mas cujos efeitos se produzem *ex lege*, independentemente da sua vontade, e aos quais só são aplicáveis as disposições dos negócios jurídicos na medida em que a analogia das situações o justificar (art. 295.º CCiv).

⁵⁵ E também, claro está, a liberdade de escolherem o seu regime de bens; trata-se aí, porém, de um efeito, não propriamente do casamento, mas da convenção antenupcial, que, ela sim, é inquestionavelmente um negócio jurídico.

⁵⁶ Sobre a natureza e o regime jurídico destes “acordos”, cfr. *infra*, n.º 145.

⁵⁷ Cfr., p. ex., DEL GIUDICE, *Il matr.*, cit., p. 9.

qual é só uma testemunha pública que, em nome da Igreja, recebe o consentimento dos nubentes⁵⁸. E no que se refere ao casamento *civil*, do mesmo modo a qualificação do casamento como contrato é a que melhor corresponde aos dados da lei. Sabemos que no nosso direito o conceito de contrato não é de aplicação restrita aos negócios patrimoniais⁵⁹, e o art. 1577.º define o casamento como “contrato”, não podendo subestimar-se o valor desta indicação.

A contratualidade do casamento civil tem sido todavia contestada.

Não valerá a pena desenvolver as doutrinas anti-contratualistas que qualificam o casamento como *acordo*⁶⁰, ou como *instituição*⁶¹; mas já importa apreciar a doutrina que nega a contratualidade do matrimónio por ele não ser um ato de direito privado, mas também, ou exclusivamente, um *ato administrativo*.

É uma ideia que se tem desenvolvido de modos diferentes⁶².

⁵⁸ Cfr., por todos, BACCARI, *La volontà nei sacramenti* (1941), p. 166 s. Claro que uma tal ideia — de que os ministros do sacramento do matrimónio são os próprios nubentes — só acentua a absoluta *compenetração*, na doutrina da Igreja, do sacramento e do contrato.

⁵⁹ Não assim no direito italiano (CCiv, art. 1321.º). Sobre o problema da admissibilidade de contratos não patrimoniais, cfr. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, p. 52.

⁶⁰ Por os nubentes não terem interesses contrários e as suas declarações de vontade terem o *mesmo* conteúdo (e não, como nos contratos, conteúdos *opostos*, embora convergentes). Assim, JEMOLO, *cit.*, p. 30. Mas o conceito de acordo é mal conhecido na nossa doutrina (cfr. M. ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 41); nem resulta muito líquido o interesse prático da distinção entre os acordos e os contratos.

⁶¹ A ideia explicaria, nomeadamente, a não aplicação ao casamento dos princípios gerais dos contratos e, em particular, a indissolubilidade do vínculo. São razões pouco convincentes. Decerto que o casamento é um contrato *outro*, distinto dos demais e a que muitas disposições dos contratos não têm aplicação (PEREIRA COELHO, anot. ac. do S.T.J. de 17.2.1983, na *RLJ*, ano 117.º, p. 93-4); mas negada a contratualidade do casamento também ficaria por explicar que se lhe aplicassem — como na realidade se aplicam — outras regras gerais dos contratos. Quanto à indissolubilidade, pode dizer-se que a ideia de instituição não lhe dá justificação suficiente pois as instituições devem dissolver-se quando não sejam capazes de realizar os seus fins (cfr. CARBONNIER, *cit.*, 21 éd., p. 397). Muito significativa, dentro da doutrina do casamento-instituição, é a obra de GEORGES RENARD. Vejam-se *La théorie de l'institution* (1930) e, ainda do mesmo RENARD, os artigos publicados nos *Studi filos.- giur. dedic. a G. DEL VECCHIO*, II (1931), p. 346 s., e em *La crise du mariage* (1932), p. 101 s.

⁶² Seguimos de perto o esquema de CARIOTA-FERRARA, *cit.*, p. 174 s.

Uma orientação extrema é a que vê na declaração do funcionário do registo civil o elemento verdadeiramente *constitutivo* do casamento, sendo o consentimento das partes um simples *pressuposto* dessa declaração (Cicu). Assim, o casamento seria um puro ato do poder estadual, um puro ato administrativo. Mas pensar que o núcleo essencial do casamento é constituído pela declaração do conservador é inverter a ordem das coisas. Nem se compreenderia, reduzido o consentimento das partes à função de simples *pressuposto* da declaração do funcionário, o empenho da lei em que os nubentes sejam capazes, em que o seu consentimento seja livre e isento de vícios, etc.

Há porém orientações mais moderadas.

Segundo uma delas o casamento seria um *negócio plurilateral*, com três partes: os cônjuges e o conservador do registo civil. É uma doutrina que, ao contrário da anterior, já põe a declaração do funcionário *ao lado* das declarações dos nubentes. Mas a declaração do conservador não está no mesmo plano das dos nubentes; não é sequer uma declaração de vontade. De toda a evidência, o conservador não é *parte* no casamento e não é atingido pelos seus efeitos. Assim, p. ex., o casamento simulado é anulável (art. 1635.º, al. *d*)) mesmo que o conservador seja estranho ao acordo simulatório (como normalmente será), o que não se compreendia se ele fosse parte no ato⁶³.

Já foge a esta crítica a doutrina que concebe o casamento como *ato* complexo (Vassalli), ou, talvez melhor, como *complexo de atos* (Cariota-Ferrara): um conjunto integrado por um negócio bilateral (formado pelas declarações dos nubentes) e por um ato do poder estadual, um ato administrativo (a declaração do conservador do registo civil). É uma fórmula que quebra a unidade do instituto e faz do casamento uma figura híbrida, em parte do direito privado,

⁶³ Cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 185.

em parte do direito público. Mas não é tanto por isso que a rejeitamos. É que não vemos razões para abandonar a doutrina tradicional que vê no casamento um simples contrato de direito privado, não sendo a intervenção do conservador senão a *forma* desse ato. Uma forma *constitutiva*, decerto, pois as declarações de vontade dos nubentes devem ser prestadas perante o conservador, quando não se trate de casamento urgente. Mas assim como, p. ex., uma compra e venda de imóveis não deixa de ser um contrato porque nela intervém o notário que lavra a escritura, assim também não deixa de o ser o casamento porque nele tem de intervir o conservador. Não cremos que haja diferença essencial entre as duas hipóteses⁶⁴. O conservador limita-se a assistir ao ato, a suscitar as declarações dos nubentes, a declarar que o casamento se realizou e a registá-lo no livro próprio; a sua atividade é semelhante à do notário, e é em toda a linha, como a do notário⁶⁵, uma atividade estritamente vinculada por critérios legais.

Observe-se finalmente que a orientação defendida é a que melhor se ajusta às soluções do nosso direito. Como dissemos atrás, pode invocar-se a favor dela, desde logo, o art. 1577.º CCiv, que define o casamento como “contrato”. Por outro lado, há casamentos em cuja celebração não intervém necessariamente o funcionário do registo civil, os chamados casamentos *urgentes* (arts. 156.º e segs. CRegCiv), cujo regime estudaremos no lugar apropriado⁶⁶. De resto, em geral e

⁶⁴ Pode objetar-se (CARIOTA-FERRARA) que sem a escritura a venda é *nula* ao passo que o casamento que não é celebrado na presença do conservador é *inexistente*, o que faz supor que a intervenção do conservador seja mais necessária no casamento do que a do notário na compra e venda. Mas não cremos que a objeção seja decisiva no plano do nosso direito, onde o regime da inexistência do casamento (art. 1630.º) corresponde ao da nulidade do direito comum (art. 286.º).

⁶⁵ Ou até mais que a do notário, a quem cabe sempre apreciar se o ato para que é rogado, e que pode revestir o conteúdo mais diverso, não será *nulo*, designadamente por ser contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes (art. 280.º, n.º 2, CCiv), hipótese em que deve recusar a prática do ato (CNot, art. 173.º, n.º 1, al. *a*)).

⁶⁶ Do art. 155.º, n.º 2, CRegCiv não pode hoje tirar-se argumento a favor da contratualidade do casamento, pois o preceito não diz (como dizia a disposição análoga

também em face da lei, cremos que o *consentimento dos nubentes* é que constitui o núcleo essencial e verdadeiramente fundamental do matrimónio, devendo repudiar-se a tendência para o desvalorizar ou diminuir o seu alcance e função. Se a noção de contratualidade serve para exprimir esta ideia, devemos conservá-la e defendê-la ciosamente.

84. O casamento e a diversidade de sexo

Bibliografia portuguesa

Ascensão, J. de Oliveira, *O casamento de pessoas do mesmo sexo*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 71, 2011, Abr./Jun., p. 391-411; Côrte-Real, C. Pamplona; Moreira, Isabel; D’Almeida, Luís Duarte, *O Casamento entre pessoas do mesmo sexo - Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577.º e 1628.º, al. e) do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008; Lima, J. Coelho de, *Transexualidade, identidade e casamento — Alguns problemas*, in “Scientia Iuridica”, t. 50, 2001, n.º 289, p. 125 s.; Marques, J. Remédio, *Transexualidade: o reconhecimento judicial da mudança de sexo e o direito português — Alguns problemas*, in “Tribuna da Justiça”, n.º 36, p. 11 s.; Múrias, Pedro; Brito, M. Nogueira de, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sim ou não*, Lisboa, Entrelinhas, 2008; Patto, P. Vaz; Almada, G. P. de, *Porque Não. Casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Lisboa, Alêtheia Editores, 2009; Pinheiro, J. Duarte, *O estatuto do cidadão homossexual no Direito da Família. O lugar de Portugal no movimento internacional*, in “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas”, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 377-390; Xavier, Rita Lobo, *A garantia institucional do casamento, o legislador democrático e o Tribunal Constitucional: Cuis custodiet ipsos custodes?* in “Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional”, vol. 3, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 601-612.

Até há pouco tempo, a heterossexualidade era outra característica indiscutível do casamento, tanto civil como católico, e a sua justificação parecia elementar. A diversidade de sexos era exigida pelo fim do matrimónio, que é o de estabelecer entre os cônjuges uma *plena* comunhão de vida, nos termos do art. 1577.º Se

dos Códigos de 1958 e 1978) que prestado o consentimento dos contraentes o casamento se considera celebrado. Mas cremos que ainda hoje é assim: *infra*, n.º 121.

os cônjuges fossem do mesmo sexo, o casamento era inexistente (art. 1628.º, al. e))⁶⁷.

Mas já não assim no caso de simples falta (ou defeituosa ou anormal conformação) dos órgãos genitais, caso em que o casamento só poderia, se puder, ser anulado com fundamento em impotência. Não pode, pois, deixar de ter-se como desacertada a doutrina do ac. do S.T.J. de 3 de novembro de 1961 (no *BMJ* n.º 111, p. 450), que, num caso em que apenas se provara que o nubente carecia de órgãos sexuais masculinos normais, decidiu que o casamento não podia celebrar-se por falta de diversidade de sexos.

A heterossexualidade continua a ser requisito de validade ou, até, de existência do casamento na maior parte das legislações. Há porém a notar a evolução verificada nos últimos vinte anos⁶⁸. O casamento entre pessoas do mesmo sexo é hoje admitido na Holanda (1.4.2001)⁶⁹, na Bélgica (1.6.2003), na Espanha (art. 44.º do Código Civil, na redação que lhe deu o n.º 1 do artigo único da Lei n.º 13/2005, de 1.7), na Suécia, (1.4.2009), na Noruega (1.1.2009), na Islândia (27.6.2010), em Portugal (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio), na Dinamarca (15.6.2012), em França (17.5.2013), Inglaterra e País de Gales (13.3.2014), Luxemburgo (17.7.2014) e Escócia (16.12.2014); e ainda, fora da Europa, no Canadá (20.7.2005), nos Estados Unidos da

⁶⁷ Cfr. GANGI, *Il matrimonio*, 1947, p. 62.

⁶⁸ Note-se que a Recomendação do Parlamento Europeu aprovada em 8 de fevereiro de 1994 instou a Comissão a “apresentar um projeto de recomendação relativa à igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais”, recomendação que “deveria procurar pôr termo” [...] à “exclusão de pares homossexuais da instituição do casamento ou de um enquadramento jurídico equivalente, devendo igualmente salvaguardar todos os direitos e benefícios do casamento, incluindo a possibilidade de registo de uniões” e a “todas e quaisquer restrições impostas aos direitos que assistem aos homens e mulheres homossexuais à paternidade, à adoção ou à educação de crianças”.

⁶⁹ O “Same-Sex Marriage Act” holandês entrou em vigor em 1 de abril de 2001. Note-se que o casamento (aberto a homossexuais) e a *registered partnership* existem na Holanda lado a lado, podendo esta ser convertida naquele e aquele nesta, embora sejam de pouco significado as diferenças de regime entre um instituído e o outro (p. ex., o casamento só pode ser dissolvido pelo tribunal; o princípio de que qualquer casamento religioso é obrigatoriamente precedido pelo casamento civil dos cônjuges não se aplica à *registered partnership*).

América (em 19 estados), na África do Sul, na Argentina (22.7.2010), no Uruguai (5.8.2013), na Nova Zelândia (19.8.2013), no Brasil (Resolução do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013). Por outro lado, há países que admitem a união de facto registada entre pessoas do mesmo sexo (*registered partnership*, *partenariat enregistré*, *eingetragene Lebenspartnerschaft*), com efeitos idênticos ou quase idênticos aos do casamento. É o que acontece nos países escandinavos⁷⁰, na Alemanha (“*Lebenspartnerschaftsgesetz*” de 16.2.2001)⁷¹, na Suíça (“*Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe*” de 18.6.2004) e no Reino Unido (“*Civil Partnership Act*” de 18.11.2004). Não é o caso da França, onde são muito diferentes os efeitos do casamento e os do “*pacte civil de solidarité*” (*pacs*). Também em Portugal, a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, equiparou a união de facto entre pessoas do mesmo sexo à união de facto entre pessoas de sexo diferente, mas o regime da união de facto continua a ser diferente do do casamento em muitos aspetos fundamentais⁷².

Acrescentando a “orientação sexual” às circunstâncias referidas no art. 13.º, n.º 2, CREp, a Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho, levantou a dúvida sobre se a heterossexualidade teria deixado de ser condição de validade ou, até, de existência do casamento (arts. 1577.º e 1628.º, al. *e*), CCiv). Criamos que a dúvida não tinha razão de ser. O acrescentamento daquela expressão apenas visava esclarecer (o que talvez nem fosse necessário em face do art. 13.º,

⁷⁰ Sobre as *registered partnerships* dos direitos dinamarquês, norueguês e sueco e a *confirmed cohabitation* do direito islandês, e com referências a decisões das instâncias europeias e a leis e projetos legislativos de outros países, cfr. SALTER CID, *Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar*, cit., p. 207 s. À legislação dos países nórdicos aí referida pode agora acrescentar-se o “*Act on Registered Partnerships*” da Finlândia, que entrou em vigor em 1 de março de 2002.

⁷¹ Cfr. D. SCHWAB, *Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein Überblick*, in “*Zeits. f. das ges. Familienrecht*”, 2001, p. 385 s., e C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in “*Família*”, n.º 2 (abril-junho 2002), p. 501 s.

⁷² *Supra*, n.º 19 e n.os 26 e segs.

n.º 1; mas assim ficou mais claro), que os homossexuais⁷³ *não podem ser discriminados em relação aos outros cidadãos ou privados de quaisquer direitos por motivo da sua homossexualidade*. Seria pois inconstitucional uma lei que vedasse ou dificultasse aos homossexuais o acesso à função pública ou aos benefícios da segurança social, à universidade, à magistratura, às Forças Armadas, ou que os impedisse de aceder a determinados postos ou lugares mais elevados, por exemplo que não permitisse que um homossexual fosse professor catedrático, general, juiz do Supremo Tribunal de Justiça, ministro ou Presidente da República. Do mesmo modo no âmbito do direito da família, seria inconstitucional uma lei que não permitisse ao homossexual casar-se, perfilhar ou declarar a maternidade, adotar⁷⁴, ou que lhe recusasse, só por ser homossexual, o exercício das responsabilidades parentais ou o direito de visita. Mas do acrescentamento da “orientação sexual” ao art. 13.º, n.º 2, CRep não podia retirar-se mais do que isto. Como o mostra inequivocamente o processo legislativo de que resultou a alteração do texto⁷⁵, não podia retirar-se a conclusão de que o legislador tivesse pretendido modificar a estrutura do casamento como união entre um homem e uma mulher.

Podia até pensar-se que estaria ferida de inconstitucionalidade a lei que viesse a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁷⁶, admitindo que o art. 36.º CRep não só concede o *direito fundamental* de contrair casamento como torna o casamento objeto de uma *garantia institucional*, que não permitiria ao legislador

⁷³ Ou, obviamente, os bissexuais.

⁷⁴ Cfr. o que escrevemos no vol. II, t. I, do *Curso*, p. 269.

⁷⁵ Uma descrição minuciosa deste processo pode ver-se em SALTER CID, *A comunidade de vida...*, cit., p. 564 e nota (108). A alteração foi aprovada na Assembleia da República quase por unanimidade, sem ideia de que assim se modificasse a estrutura essencial do casamento.

⁷⁶ F.M. PEREIRA COELHO, *Cas. e fam.*, cit., in “Temas de direito da família”, Coimbra, Almedina, 1984, p. 6.

ordinário suprimir o instituto ou desfigurar o seu “núcleo essencial”⁷⁷. Deste “núcleo essencial” fariam parte a heterossexualidade, a monogamia, a proibição do incesto e a contratualidade⁷⁸; assim, a lei que permitisse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tanto como a que permitisse o casamento com duas ou mais pessoas, o casamento entre pai e filha, mãe e filho ou entre irmãos, ou a lei que fixasse a idade núbil em sete ou oito anos ou permitisse que o consentimento matrimonial fosse prestado por outrem (p. ex. pelos pais dos nubentes) seria inconstitucional. Mas também pode pensar-se, na esteira de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que “a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjetivamente na comunidade como *instituição* não permitia retirar da Constituição um reconhecimento direto e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo”, mas não proibia necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação ao casamento⁷⁹.

A Assembleia da República não se sentiu limitada pelo texto constitucional e adotou a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que alterou o art. 1577.º CCiv, suprimindo as palavras “de sexo diferente”, e revogou a al. e) do art. 1628.º, que determinava a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁷⁷ No mesmo sentido, JORGE MIRANDA entende que o casamento não é garantido na Constituição “como uma realidade abstrata, completamente manipulável pelo legislador e suscetível de livre conformação pela lei” e considera a heterossexualidade entre “as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa” (*Constituição portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 397).

⁷⁸ E ainda, porventura, uma exigência *mínima* de estabilidade (cfr., a este respeito, J. MIRANDA, *cit.*, p. 412), que tornaria de duvidosa constitucionalidade a lei que permitisse a qualquer dos cônjuges, a todo o tempo, dissolver o casamento por simples comunicação ao outro em carta registada com aviso de receção, por telefonema ou *e-mail*.

⁷⁹ *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 568.

Antes de 2010, era uma questão complexa a de saber *quid iuris* se o transexual casado se submetesse a operação cirúrgica de que resultasse mudança de sexo. Entendíamos que o casamento do transexual se tornava *inexistente*: se o casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo era inexistente, devia, logicamente, deixar de ter existência jurídica se os cônjuges passassem a ter o mesmo sexo, embora fossem de sexo diferente à data da celebração do casamento. Claro que o regime desta inexistência *sucessiva* ou *superveniente* não corresponderia inteiramente ao da inexistência *originária*, única que a lei previu no art. 1630.º, pois o casamento do transexual mantinha todos os efeitos que produzira desde a data em que fora celebrado até à do trânsito em julgado da sentença que reconhecesse a mudança de sexo. À parte isso, porém, valia aqui o que diremos adiante acerca do regime da inexistência do casamento⁸⁰. A inexistência podia em princípio ser invocada por qualquer pessoa e a todo o tempo, independentemente de declaração judicial; mas se o casamento estivesse registado e a inexistência não resultasse do próprio contexto do registo este não era inexistente (art. 85.º, n.º 1, al. *a*), CRegCiv), tornando-se necessária uma ação judicial em que se pedisse a declaração de inexistência do casamento e, acessoriamente, o cancelamento do registo.

A dissolução por *divórcio* também foi sugerida, mas não parecia um expediente apropriado. É certo que o comportamento do cônjuge, que, sem o consentimento do outro, se faz submeter a operação cirúrgica de mudança de sexo, podia vir a dar origem ao divórcio nos termos gerais. Não só, porém, a operação cirúrgica pode ter sido acordada entre os cônjuges, como não se justificaria que a sorte de um matrimónio considerado pela lei de então como inexistente ficasse na dependência da vontade do outro cônjuge, mantendo-se o casamento entre cônjuges do mesmo sexo no caso de não ser requerido o divórcio.

O ac. da Rel. de Lisboa de 17.1.1984 parecia só considerar admissível o pedido de reconhecimento judicial de mudança de sexo se o transexual *não fosse casado*, mas cremos que a limitação não se justificava em face das disposições legais em que pode fundamentar-se e o próprio acórdão fundamenta a viabilidade do pedido (arts. 26.º, n.º 1, CRep. e 70.º CCiv). Por outro lado, cremos que a lei que proibisse o transexual, na sua nova identidade sexual, de contrair casamento com pessoa de sexo oposto seria contrário ao art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, CRep (*supra*, n.º 42). Note-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em dois acórdãos de 11.7.2002 (Christine Goodwin contra o Reino Unido n.os 25 680/94 e 28 957/95, respetivamente), julgou que a disposição do direito inglês que não permite ao transexual, agora do sexo feminino, contrair casamento com um homem viola o art. 12.º da Convenção Europeia.

⁸⁰ Cfr. *infra*, n.º 129.

Depois da admissão dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo pela Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a mudança de sexo de um dos cônjuges não torna o casamento inexistente nem gera qualquer causa de invalidade.

Nestas condições, se é verdade que o casamento católico continua a ter como característica a heterossexualidade, já não pode dizer-se o mesmo acerca do casamento civil.

85. O casamento como negócio pessoal

Pode dizer-se que esta nota já foi aludida implicitamente na exposição anterior. Na verdade, dissemos que o casamento é um negócio familiar e sabe-se como os negócios familiares são negócios pessoais dos mais típicos e característicos⁸¹. *Pessoais* (no sentido em que empregamos agora o termo) dizem-se os negócios que não se destinam a constituir, modificar ou extinguir relações de carácter patrimonial, mas a influir no estado das pessoas, familiar ou de outra ordem; os restantes chamam-se *patrimoniais*. Como negócio pessoal, o casamento ostenta as conhecidas características dos negócios pessoais em geral. Uma delas já foi referida, a de que estes negócios são regidos em grande parte por normas imperativas. Outra, igualmente muito significativa, é a de que os negócios pessoais só podem ser concluídos ou celebrados pessoalmente, não admitindo representação propriamente dita. Também assim acontece com o casamento⁸².

⁸¹ Claro que quando dizemos no texto que os negócios familiares constituem negócios pessoais abstraímos dos chamados “negócios familiares patrimoniais” (*v. g.*, a convenção antenupcial, a doação entre esposados ou entre casados, etc.), que são verdadeiros negócios patrimoniais (obrigacionais, reais ou sucessórios).

⁸² Sobre a natureza do procurador *ad nuptias*, *v. infra*, n.º 96.

86. O casamento como negócio solene

Enfim, o casamento é um negócio *solene*⁸³, tanto o casamento católico como o civil.

O carácter solene do casamento não é universal, nem no tempo nem no espaço. Assim, no direito romano, se o “*matrimonium confarreatum*” revestia carácter formal e religioso, a partir do Principado verificou-se um processo de deslegalização e secularização que transformou o casamento em uma pura *relação de facto*, assente na coabitação e no *consensus* (“*affectio maritalis*”) continuado; uma relação que, ao contrário do que acontecia com a *confarreatio*, que exigia um ato de *difarreatio*, não criava qualquer vínculo jurídico entre os cônjuges, podendo ser livremente interrompida por ambos ou por um deles (sobre o tema, Navarro-Valls, *Matr. y der.*, cit., p. 16). Também o direito canónico pré-tridentino admitia que o casamento se formava *solo consensu*. A Igreja não exigia, pois, a intervenção do sacerdote, se bem que já a recomendasse, para assim se evitarem as dificuldades da prova do casamento. Só com o Concílio de Trento (findo em 1563) é que o casamento católico passou a ser um contrato solene, celebrado perante o ministro da Igreja. De certo modo, porém, constitui exceção a este princípio o instituto da *sanatio in radice*, admitido no direito canónico e de que falaremos oportunamente (*infra*, n.º 142). Não sujeito a forma de qualquer espécie era igualmente o chamado “casamento de facto”, que o direito soviético admitiu entre 1926 e 1944 e a que já nos referimos. Finalmente, é interessante observar que em alguns Estados norte-americanos, nos quais ainda hoje rege o *common law*, parece admitir-se um casamento resultante da simples coabitação acompanhada da posse de estado. É o que se chama *marriage by living and repute*.

É o casamento, com efeito, um daqueles negócios em que a vontade dos contraentes não pode manifestar-se ou exprimir-se de qualquer modo — de acordo com o princípio geral da liberdade de forma, ou consensualidade —, mas só *através de certa forma*, determinada pela lei. Simplesmente, ainda sob este aspeto

⁸³ Ou *formal*, como também se diz muitas vezes. Mas será preferível dizer *solene*, pois a declaração de vontade, qualquer que seja, tem sempre uma *forma*. Além disso, negócio *formal* usa-se igualmente como sinónimo de negócio *abstrato*, por oposição a negócio *causal*. Cfr. M. ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, II, p. 47.

o casamento apresenta características particulares. Enquanto a forma exigida para os outros negócios solenes consiste no *documento* escrito a que as respetivas declarações de vontade devem ser reduzidas, a forma requerida para a validade⁸⁴ do casamento consiste na *cerimónia* da celebração do ato⁸⁵. As formalidades da celebração do casamento católico são regidas pelo direito canónico e não reveste interesse o seu estudo. Mas já importa conhecer as formalidades do casamento civil, o qual tem de ser celebrado, como sabemos, perante o funcionário do registo civil. Estas formalidades estão descritas no art. 155.º CRegCiv e serão indicadas oportunamente.

As finalidades que a lei teve em vista ao exigir para o casamento determinada *forma* são as finalidades genéricas do formalismo negocial⁸⁶; além disso, e com a particular forma aqui exigida, pode dizer-se que a lei pretendeu acentuar aos olhos dos nubentes e até das outras pessoas o alcance e a significação do ato matrimonial.

Deve ainda ter-se presente que as formalidades da celebração do casamento civil se inspiraram largamente nas normas correspondentes do direito canónico. Suprimindo, designadamente, a leitura pelo conservador do registo civil das disposições legais referidas no n.º 2.º do art. 305.º do CRegCiv. de 1932 e a proclamação final do casamento “Em nome da Lei e da República Portuguesa...”, o CRegCiv de 1958 parecia ter querido tornar *seca*, o mais possível, a cerimónia da celebração do casamento civil; o Código de 1995 e as revisões de 1997 e

⁸⁴ Ou, até, para a *existência*, pois o casamento civil celebrado perante quem não tinha competência funcional para o ato — ou seja, o casamento que não seja celebrado perante conservador do registo civil ou quem exerça as suas funções — é *juridicamente inexistente*, salvo tratando-se de casamento urgente (art. 1628.º, al. a)).

⁸⁵ E não propriamente no documento escrito (*assento* ou *registo*) que deve ser lavrado *após* a celebração do casamento: CRegCiv, art. 180.º. Cfr. M. ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 49, nota (1). Pode assim dizer-se que o casamento é um contrato *verbal solene*.

⁸⁶ Para uma indicação destas finalidades, cfr. M. ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, II, p. 143 s.

2007, porém, procuraram conferir maior dignidade e solenidade ao ato, voltando a impor ao conservador a proclamação do casamento nos aludidos termos (art. 155.º, n.º 2) e a obrigação de “explicar o conteúdo dos artigos 1577.º, 1600.º, 1671.º e 1672.º do Código Civil” (na versão inicial do art. 155.º, n.º 1, al. *d*)) ou “referir os direitos e deveres dos cônjuges, previstos na lei civil” (na sua versão atual).

Subsecção II. Caracteres do casamento como estado

87. Unidade

Apontados os caracteres do casamento como *ato*, importa referir agora as características do *estado* matrimonial. São duas as que se costumam indicar.

A primeira é a da *unidade* ou *exclusividade*, e quer dizer que uma pessoa não pode estar casada ao mesmo tempo com duas ou mais. Nem a *poliandria* nem a *poligamia* são, pois, admitidas. É esta uma característica do casamento católico como do casamento civil, na nossa como na generalidade das legislações⁸⁷. No que respeita ao casamento civil, a característica ressalta da al. *c*) do art. 1601.º CCiv, que inclui o “casamento anterior não dissolvido” no elenco dos impedimentos dirimentes absolutos do casamento. E deve notar-se ainda que a bigamia é um *crime*, previsto e punido no art. 247.º do Código Penal. Advirta-se, porém, que só não é permitida a poligamia *simultânea*, pois a poligamia *successiva* (as segundas núpcias), essa é livremente admitida, tanto

⁸⁷ Como se sabe, fazem exceção alguns países muçulmanos (*supra*, n.º 74, em nota). No que se refere aos países africanos de expressão francesa, ver as indicações de KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, in “Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines”, Bruxelas, Bruylant (1978), p. 210 s.

pelo direito civil como pelo direito canônico⁸⁸. A morte dissolve o vínculo matrimonial⁸⁹.

88. Vocação de perpetuidade?

A doutrina tradicional falava em *perpetuidade* do casamento para exprimir a ideia de que este só se dissolve quando algum dos cônjuges falecer. Como veremos em seguida o casamento não é perpétuo, neste sentido, nem o casamento civil nem mesmo o católico.

Até à “Lei do Divórcio” de 1910 o casamento era mesmo *perpétuo*, pois o Código de Seabra não admitia o divórcio mas só a separação judicial de pessoas e bens. Passou a ser apenas *presuntivamente perpétuo* com a legislação da 1.^a República, que veio permitir o divórcio, aliás em termos muito amplos para a época. A força da presunção de perpetuidade do casamento adquiriu novo vigor com a Concordata de 1940, que proibiu os tribunais civis de decretar o divórcio relativamente aos casamentos católicos celebrados depois de 1 de agosto desse ano; e, mais ainda, com o Código Civil de 1966, que manteve o regime concordatário e, quanto ao casamento civil, introduziu significativas alterações na legislação. O divórcio por mútuo consentimento não podia pedir-se diretamente, tendo de passar pela antecâmara da separação judicial de pessoas e bens, e na delimitação das causas do divórcio litigioso o Código consagrou o sistema do divórcio-sanção, eliminando, em conformidade, todas as causas de divórcio objetivas. Com a Reforma de 1977 (e,

⁸⁸ É curioso notar que o Código de Direito Canônico de 1917 ainda admitia as segundas núpcias com alguma reserva (cfr. cân. 1142: “licet casta viduitas honorabilior sit”), mas tal reserva já não aparece no Código de 1983. Sobre a atitude da Igreja perante as segundas núpcias, ao longo da história, cfr. KNECHT, *cit.*, p. 596 s., e ESMEIN, *cit.*, II, p. 119 s. Cfr. ainda BOSQUET-DENIS, *Le remariage*, na “Rev. trim. de droit civ.” 1979, p. 524 s.

⁸⁹ Sobre a questão da *morte presumida*, cfr. *infra*, n.º 220.

já antes dela, com a legislação de 1975-76), o divórcio foi porém outra vez facilitado. Embora condicionado à homologação de certos acordos, o divórcio por mútuo consentimento passou a poder ser pedido diretamente, sem a mediação da separação de pessoas e bens. E aceitaram-se de novo causas objetivas de divórcio litigioso, concebido como simples constatação da rutura do casamento. A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, facilitou ainda mais o divórcio por mútuo consentimento, permitindo que este fosse pedido “a todo o tempo”, mesmo ato contínuo à celebração do casamento. Por último, a Lei n.º 61/2008, que admitiu o divórcio por mútuo consentimento ainda que os cônjuges não consigam resolver as questões enunciadas no art. 1775.º, n.º 1, que eliminou a importância da culpa e que alargou os fundamentos relevantes da rutura do matrimónio (art. 1781.º, al. *d*) CCiv), tornou ainda mais simples a dissolução.

Em face da legislação atual, falar em *vocação de perpetuidade* ainda fará sentido? Certamente que sim, relativamente ao casamento católico. Quanto ao casamento civil, talvez deva antes falar-se em *dissolubilidade condicionada*, e não *livre*, no sentido em que não possam ser apostos ao casamento condição ou termo resolutivos, haja um *numerus clausus* de causas do divórcio e não seja permitido estipular outras além das previstas no art. 1781.º CCiv.

Divisão II. Promessa de casamento

89. O regime da promessa de casamento: descrição geral e justificação

Antes de começarmos a estudar o instituto matrimonial ocorre fazer breves considerações sobre a promessa de casamento, descrevendo, em traços gerais, o regime da promessa no nosso direito e dizendo como este regime se justifica.

Estudaremos apenas os esponsais *civis*, pois, conforme dissemos, a matéria da promessa de casamento é exclusivamente regida pelo direito civil. Não tem pois interesse conhecer o regime dos esponsais canônicos, previsto no cân. 1062 CICan, embora possa referir-se que o direito canônico também não admite uma *actio ad petendam matrimonii celebrationem*, mas só uma *actio ad reparationem damnorum* (§ 2), e que, ao lado da promessa *bilateral*, o cân. 1062 admite expressamente a validade de uma promessa *unilateral* de casamento.

Nos termos do art. 1591.º CCiv, o contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimônio *não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indenizações que não sejam as previstas no art. 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.*

Para esclarecer o alcance deste preceito podemos pôr assim a questão: qual seria o regime da promessa de casamento no silêncio da lei, ou seja, se valesse aqui o regime que vale, em geral, para os contratos-promessa? Se colocarmos o problema desta maneira, veremos que a especialidade da promessa de casamento está nisto apenas: o contraente que não cumpre a promessa de casamento⁹⁰ não responde pela totalidade dos prejuízos causados, nos termos gerais do direito dos contratos, ou pela cláusula penal convencionada: *responde só por certas despesas, sem que as partes possam estipular cláusula penal de montante superior.*

Com efeito, ainda que a promessa de casamento fosse plenamente eficaz (tão eficaz como qualquer outra promessa de contratar), nunca dela resultaria uma obrigação de casar cujo cumprimento fosse exigível judicialmente. Pois embora o art. 830.º admita, em geral, a execução específica das obrigações derivadas de contratos-promessa, “a natureza da obrigação assumida” — a natureza *pessoal*

⁹⁰ A promessa *bilateral*, pois só a essa o art. 1591.º parece atribuir efeitos. Não assim no direito canônico: cfr. a nota anterior.

que reveste, patentemente, a obrigação de casar — excluiria desde logo, neste caso, a possibilidade de execução específica.

A especialidade do regime da promessa de casamento não está, por conseguinte, na inexecutibilidade *em espécie* das obrigações que resultam do contrato-promessa, mas só, e como dissemos, na menor extensão do dever de indemnizar que deriva do não cumprimento dessas obrigações.

Se nos interrogarmos agora sobre as razões por que a lei não quer que vá muito longe o dever de indemnizar resultante da violação da promessa de casamento, a resposta não parece difícil: é que o consentimento para o matrimónio seria menos livre — ou a lei receou que o fosse — se a promessa de casamento fosse plenamente eficaz, como os outros contratos-promessa. Para não ter de indemnizar a totalidade dos prejuízos causados, para não ter de pagar uma indemnização porventura muito avultada, o contraente que estivesse na disposição de romper a promessa preferiria talvez... casar. Ora é isso que a lei não deseja. Claro que os outros contratos-promessa têm inconveniente semelhante e a lei admite-os em geral. P. ex., se uma compra e venda foi anteriormente prometida, já não será tão livre, porventura, o consentimento que se presta para a venda: o promitente-vendedor talvez só faça a venda para não ter de indemnizar o promitente-comprador⁹¹. Se em relação à generalidade dos contratos, porém, tal limitação da liberdade não repugna ao sistema jurídico, já em matéria de casamento a lei tem especial empenho em que o consentimento dos nubentes seja *livre*, tanto quanto possível, até ao momento da celebração do

⁹¹ Tanto mais que, tendo havido *tradição* da coisa, o promitente-comprador poderá exigir-lhe o dobro do sinal ou o valor da coisa à data do incumprimento (com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago) ou, em alternativa, tratando-se de promessa relativa à celebração de contrato de compra e venda de prédio urbano ou de sua fração autónoma, requerer a execução específica do contrato nos termos do art. 830.º É a solução do art. 442.º, n.º 2 e 3, na redação do Decreto-lei n.º 379/86, de 11 de novembro.

casamento. *Matrimonia libera esse debent*. E a tal ponto que vale mais — segundo a lei — assegurar o consentimento livre e espontâneo dos nubentes do que impor-lhes até ao fim o rígido princípio do respeito pela palavra dada. Pode dizer-se que é este o fundamento ou a explicação *prática* da doutrina do art. 1591.º

Claro que, conquanto limitada a certas despesas, a obrigação de indemnizar do art. 1594.º já fará com que seja menos livre o consentimento dos nubentes para o matrimónio. Mas, na ideia da lei, a sua liberdade não será sensivelmente afetada, dada a pequena extensão que terá normalmente aquela obrigação de indemnizar.

É de notar que o direito à liberdade matrimonial, o qual constitui uma das manifestações do direito à *liberdade* (De Cupis, *I diritti della personalità*, 1959, p. 207), goza hoje de proteção constitucional, nos termos do art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, CREp, a que nos referimos oportunamente (*supra*, n.º 42). Porque a lei não permite que se *disponha* desse direito, é que a rutura dos esponsais só obriga a indemnizar nos termos restritos do art. 1594.º E é ainda a mesma razão que justifica que seja nula, em princípio e com as restrições do art. 2233.º, n.º 2, CCiv, a *condição* de casar ou não casar ou de casar ou não casar com determinada pessoa: *RLJ*, ano 66.º, p. 408 s., Andrade, *ob. e vol. cits.*, p. 371, e Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 561-3. Note-se que a Reforma de 1977 revogou o n.º 2 do art. 2233.º, antiga redação, que permitia ao cônjuge ou seus ascendentes ou descendentes, em termos amplos, sujeitar a deixa testamentária a favor do viúvo ou viúva, com filhos do casal, à condição de o beneficiado não voltar a casar, só sendo hoje admitida a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra *prestação contínua ou periódica* para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário.

90. Natureza jurídica: a promessa como negócio jurídico

Mas cumpre agora dar-lhe também uma explicação *teórica*, construindo as soluções da lei e definindo, ainda que em termos sumários, a *natureza jurídica* da promessa de casamento.

Em edição anterior do *Curso*⁹² fizemos análise detalhada da questão, que se colocava de maneira diferente em face da legislação vigente

⁹² Ed. de 1965, p. 73 s.

a esse tempo. O art. 24.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, considerava “nulos” os esponsais (embora lhes ligasse efeitos idênticos aos referidos nos arts. 1592.º-1594.º CCiv), o que fazia supor que a responsabilidade decorrente da violação da promessa de casamento não fosse *contratual* mas *extracontratual*⁹³ ou *pré-contratual*: a estas várias posições fazemos referência naquele lugar.

O Código de 1966, porém, utilizou formulação diversa, não considerando “nulos” os esponsais⁹⁴ e limitando-se a dispor que o contrato não dá direito a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no art. 1594.º

A conceção, que já defendíamos em face da legislação precedente, de que os efeitos previstos nos arts. 1591.º-1595.º são efeitos da promessa como verdadeiro *negócio jurídico válido* é assim a que melhor se adapta aos novos dados legais.

Se fossem *nulas* as obrigações resultantes da promessa, nulas seriam também (e por que razão haviam de sê-lo?) as *garantias* constituídas à sua segurança. E também a *cláusula penal* convencionada seria nula, por ser nula a obrigação principal (art. 810.º, n.º 2); não se vê, porém, porque não há de admitir-se uma cláusula penal que não exceda o montante das despesas autorizadas e indemnizáveis.

É a explicação, não diremos a única possível, mas a menos artificiosa da aplicação à promessa de casamento das regras gerais dos negócios jurídicos, aplicação que suscita todavia algumas dificuldades.

Assim, quanto à *capacidade*, pode discutir-se se a capacidade requerida para os esponsais será a mesma que se exige para o matrimónio (como nos parece mais razoável) ou se será a que é necessária, em geral, para os negócios jurídicos.

⁹³ Note-se que, no silêncio da lei, é esta conceção (da responsabilidade extracontratual) que tem dominado na doutrina e na jurisprudência francesas, onde se admite, inclusivamente, a reparação dos danos não patrimoniais sofridos: CARBONNIER, *cit.*, 21.ª ed., p. 402.

⁹⁴ Cfr., porém, a epígrafe do art. 1591.º, que, aliás sem grande rigor, se refere à “ineficácia dos esponsais”.

No que toca ao *consentimento*, temos como certo que a promessa pode ser anulada se o consentimento estiver viciado, segundo as regras gerais dos negócios jurídicos, mas há problemas que a lei não resolve, como, p. ex., os de saber se os esponsais admitem representação, se lhes pode ser aposto termo ou condição, etc. E também o *objeto* dos esponsais deve ser possível: só se pode prometer validamente a celebração de um casamento admitido por lei. Quanto à *forma*, há a notar que o nosso direito não exige (como o espanhol ou o italiano) qualquer forma escrita para os esponsais. Nem é corrente que a promessa de casamento se faça por escrito. A prova da promessa pode, pois, fazer-se por qualquer meio, de acordo com as circunstâncias, os usos e a condição dos nubentes. (Cfr. o ac. da Rel. de Lisboa de 3.3.1971, *BMJ* n.º 205, p. 256).

Por outro lado, e em conformidade com a conceção aludida, a responsabilidade em que incorra o nubente que se retrate ou dê justo motivo à retratação do outro, embora circunscrita nos limites do art. 1594.º, não deverá ter-se como responsabilidade extracontratual ou pré-contratual mas como responsabilidade *contratual*, para todos os efeitos em que essa qualificação assuma relevância jurídica⁹⁵.

91. Efeitos

Concebida a promessa de casamento como verdadeiro negócio jurídico, dela resultarão, em princípio, os mesmos efeitos que derivam de qualquer outra promessa de contratar. Resultarão dela, se ela for válida, duas *obrigações de casar* igualmente válidas. Mas, pelas razões que já foram expostas, a garantia destas obrigações é ainda mais frágil do que a garantia que a lei dá às obrigações que resultam dos outros contratos-promessa. Não só está aqui excluída a execução em forma específica, como o dever de indemnizar que resulta do não cumprimento daquelas obrigações é agora circunscrito a certas obrigações e despesas. É justamente esta *obrigação*

⁹⁵ P. ex., para efeitos de ónus da prova (art. 799.º, n.º 1, CCiv), de aplicação das regras de competência territorial (art. 71.º, n.os 1 e 2, CProcCiv), etc.

de indemnizar determinadas despesas e obrigações que constitui o efeito mais saliente da promessa de casamento e que sobretudo cumpre estudar no presente número.

No que se refere aos *sujeitos* da obrigação de indemnizar, o art. 1594.º, n.º 1, não levanta dificuldades. A indemnização pode ser pedida pelo esposado *inocente*, pelos pais deste ou por terceiros que tenham agido em nome dos pais. E pode ser pedida ao nubente *culpado*, que rompeu a promessa sem justo motivo ou que, por culpa sua, deu lugar a que o outro se retratasse.

À hipótese de um dos esposados romper a promessa sem justo motivo equi-para o art. 1594.º, n.º 2, a de o casamento não se realizar por *incapacidade* de algum dos esposados, se o esposado incapaz ou os seus representantes tiverem procedido com *dolo*. Suponha-se, p. ex., que um dos esposados escondeu ao outro que estava ligado por vínculo matrimonial ainda não dissolvido.

Como é natural, não define a lei o que seja “justo motivo”. Trata-se de um conceito indeterminado, que pertenceria à jurisprudência determinar na sua aplicação aos casos concretos. Não havendo, praticamente, jurisprudência sobre a matéria⁹⁶, poderá dizer-se, de um modo geral, que há *justo motivo* quando, segundo as concepções que dominam a esfera social dos nubentes, a continuação do noivado e a celebração do casamento *não podem razoavelmente ser exigidas* a um ou a ambos os esposados⁹⁷. Há de tratar-se de causas *anteriores* à própria retratação, mas que poderão ser posteriores ou anteriores à promessa de casamento. Neste último caso, porém, não deve tratar-se, ao menos em regra, de circunstâncias que já fossem

⁹⁶ À parte um acórdão já antigo do S.T.J. (ac. de 14.3.1939, *RLJ*, ano 72.º, p. 204), só temos conhecimento da sentença do Juiz de Ponta Delgada de 21.12.1979, *Col. Jur.* 1980, t. 5, p. 241. Para a caracterização da promessa de casamento em face do simples *namoro*, tem ainda interesse, porém, a jurisprudência pertinente à matéria da investigação de paternidade, de que pode ver-se notícia em SANTOS SILVEIRA, *Investigação de paternidade ilegítima* (1971), p. 144 s.

⁹⁷ Haverá assim causas de retratação invocáveis por ambas as partes ou só por uma delas.

conhecidas do nubente que se retratou. Como dissemos, a prova do justo motivo pertence ao réu (ao devedor); é a solução mais razoável e que decorre da aplicação das regras gerais (art. 799.º, n.º 1).

Note-se que o justo motivo tanto pode ser invocado pelo réu, a quem seja pedida indemnização nos termos do art. 1594.º, como pelo esposado que pretenda retratar-se, tomando a iniciativa de *denunciar* o contrato com fundamento em justo motivo. Trata-se de uma declaração de vontade unilateral e que a lei não sujeita a forma; a retratação pode ser expressa ou tácita, deduzindo-se de factos concludentes (p. ex., do casamento do esposado com terceira pessoa).

A obrigação de indemnizar suscita também alguns problemas no que respeita ao seu *objeto* e há vários pontos do regime legal que convém fixar.

Já conhecemos o mais significativo, que é este: o dever de indemnizar que resulta do rompimento dos sponsais não se estende à totalidade dos prejuízos causados, nos termos gerais do direito dos contratos, mas é restrito às *despesas* feitas e às obrigações contraídas na previsão do casamento (art. 1594.º, n.º 1)^{98 99}. Ficam pois de fora os lucros cessantes, os restantes danos emergentes, que não se reconduzam a despesas feitas ou obrigações contraídas, e, por último, os danos não patrimoniais.

A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, nos termos do art. 1594.º, n.º 3, devendo atender-se no seu cálculo, “não só à medida em que as despesas e obrigações se mostrem razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar”. Note-se que a atendibilidade destas circunstâncias já resultava, de alguma

⁹⁸ Não serão indemnizáveis, portanto, os gastos feitos antes dos sponsais, ou os que, embora feitos depois, não se fizeram por causa da promessa e em vista do casamento projetado.

⁹⁹ Às despesas feitas e às obrigações contraídas se refere igualmente o art. 81.º do Código italiano.

maneira, das regras gerais da responsabilidade civil: uma despesa que se não mostre “razoável” não será consequência adequada (o respetivo desaproveitamento) do rompimento da promessa; por outro lado, se as despesas (ou os bens adquiridos através delas) ainda proporcionam vantagens ao nubente inocente o dano sofrido por este será menor.

O art. 1591.º, *in fine*, parece excluir aqui a validade da *cláusula penal*, mas nada obsta, segundo cremos, a que as partes fixem por acordo a indemnização a prestar desde que esta não exceda o montante das despesas e obrigações a que o art. 1594.º se refere.

Uma última questão que deve pôr-se é a de saber se ao lado da *actio ex sponsu*, que deriva do art. 1594.º, não concederá a lei também uma *actio ex delicto*, fundada nos princípios gerais da responsabilidade extracontratual. A solução afirmativa já foi defendida entre nós¹⁰⁰ mas não se afigura correta. Nem se percebia que o legislador circunscrevesse, nos termos referidos, o âmbito do dever de indemnizar resultante da promessa de casamento, se, afinal, e por força de outros princípios, esse dever de indemnizar pudesse estender-se à totalidade dos prejuízos causados. A solução contrariaria decisivamente a razão da lei, que, pelos motivos já expostos, não quer que vá muito longe a obrigação de indemnizar derivada da violação dos esponsais. O que pode acontecer (mas isso é outra ordem de ideias) é que um dos nubentes, ao mesmo tempo que rompe a promessa de casamento, pratique um outro ato, constitutivo, nos termos gerais, de responsabilidade civil extracontratual. Será, sobretudo, o caso de um dos esposados *difamar* ou *injuriar* o outro esposado (arts. 180.º-181.º CPen), ou, sendo este menor entre 14 e 16 anos, lhe prometer casamento e, abusando da sua inexperiência, cometer na pessoa do outro o crime contra

¹⁰⁰ Cfr. J. TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, I (1922), p. 714.

a autodeterminação sexual previsto e punido no art. 173.º Decerto que ele é então obrigado a indemnizar o ofendido, e que a sua responsabilidade, nascida do delito cometido, pode ir muito além do montante das despesas e obrigações que o art. 1594.º prevê. Uma tal responsabilidade, todavia, não resultará, patentemente, do rompimento da promessa de casamento.

Outro efeito dos esponsais é a obrigação de restituir os *donativos* feitos em virtude da promessa e na expectativa do casamento, nos termos dos arts. 1592.º e 1593.º

Não seriam indemnizáveis, portanto, os presentes de aniversário ou oferecidos como lembranças de Natal ou da Páscoa, etc. A verdade, porém, é que estes presentes, que os esposados troquem entre si, também podem ter sido oferecidos (e muitas vezes assim será) por causa dos esponsais e em vista do casamento projetado.

Embora para outros efeitos¹⁰¹, e dado que não existe neles um verdadeiro *animus donandi*, o regime dos donativos seja diferente do das doações¹⁰², a lei sob este aspeto não fez distinção: assim como as doações matrimoniais caducam pela não realização do casamento, assim do mesmo modo caducam e devem ser restituídos os donativos.

O art. 1592.º impõe a obrigação de restituir em termos amplos: tanto no caso de retratação como no de incapacidade, tanto ao esposado culpado como ao inocente, e tanto em relação aos donativos recebidos do outro esposado como aos recebidos de terceiro.

A imposição ao próprio esposado *inocente* da obrigação de restituir os donativos suscitava dúvidas em face da legislação anterior ao Código, mas a solução consagrada afigura-se a mais correta. A favor dela pode dizer-se que, a ser doutro modo, o esposado que tivesse feito

¹⁰¹ P. ex., para efeitos de redução por inoficiosidade (arts. 2168.º e segs.).

¹⁰² Cfr. o art. 940.º, n.º 2, que não considera doações os “donativos conformes aos usos sociais”.

ao outro valiosos donativos e quisesse retratar-se poderia dispor-se a casar para não perder esses donativos. Ficaria assim prejudicado o interesse de que o consentimento para o casamento seja *livre*, tanto quanto possível, interesse que constitui, como vimos, o fundamento do regime restritivo da promessa de casamento no nosso direito, onde ela não tem outros efeitos além dos que ficam enunciados¹⁰³.

Dir-se-ia, até, que a norma que obriga a restituir os donativos é de ordem pública, pelo que não poderia validamente convencionar-se a não restituição ou renunciar-se antecipadamente ao direito de exigir os donativos. Simplesmente, uma tal convenção ou renúncia significará, em geral, que se quis fazer uma doação pura e simples, independente dos esposais e não condicionada à futura celebração do casamento.

É de notar que o dever de restituir também abrange as *cartas* e os *retratos pessoais* do outro esposado, como dispõe o art. 1592.º, n.º 2 (que resolve as dúvidas que, no silêncio da lei, poderiam suscitar-se a este respeito)¹⁰⁴, mas não as coisas que hajam sido *consumidas* antes da retratação ou da verificação da incapacidade.

Sendo este o regime geral da restituição de donativos, o art. 1593.º estabelece, porém, um regime particular para o caso de o casamento não se celebrar em razão da *morte* de algum dos promitentes. O esposado sobrevivente tem neste caso uma opção: de harmonia com as regras gerais, pode exigir aos herdeiros do outro esposado os donativos que tenha feito restituindo os que recebeu; mas pode também (e é esta a especialidade do regime) conservar os donativos do falecido, perdendo, neste caso, o direito de exigir os que por sua parte lhe tenha feito. Isto quanto à generalidade dos

¹⁰³ Nos termos do art. 1871.º, n.º 1, al. *d*), um dos casos em que a paternidade se presume é o de o pretense pai ter seduzido a mãe, no período legal da concepção, tendo o consentimento dela sido obtido por meio de *promessa de casamento*. Não se trata aqui, porém, de um efeito atribuído à própria promessa em si mesma ou ao rompimento da promessa.

¹⁰⁴ Na verdade, não se tratando aqui de verdadeiros *donativos*, poderia entender-se que o destinatário das cartas não estaria obrigado a restituí-las mas só a guardar *reserva* sobre o seu conteúdo, nos termos do art. 75.º

donativos, pois quanto à correspondência e aos retratos pessoais do falecido o sobrevivente pode reter o que tenha recebido e exigir a restituição do que tenha dado, *ficando, pois, com tudo*. A solução compreende-se dado o caráter *pessoal* dos “donativos” oferecidos: entende a lei que deve ser o sobrevivente o depositário do *patrimônio moral* que as cartas e os retratos constituem.

O fundamento e os termos da obrigação de restituir os donativos decorrem do preceituado no art. 1592.º. Verdadeiramente, o *fundamento* da obrigação de restituir reside na *ineficácia* dos donativos (por não se ter verificado a condição *si nuptiae sequantur* a que eles se subordinavam), mas a lei equipara a ineficácia, sob este aspeto, à nulidade ou anulabilidade, obrigando os nubentes a restituir os donativos segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. O art. 1592.º remete assim para o que se dispõe no art. 289.º. Ora, segundo o art. 289.º, não pode dizer-se que a obrigação de restituir derivada da declaração de nulidade ou da anulação do negócio jurídico se funde no princípio do enriquecimento sem causa e se meça por este enriquecimento, pois cada um dos contraentes, declarado nulo ou anulado o negócio, deve restituir “tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”. Se não pode dizer-se que o fundamento da obrigação de restituir os donativos seja o princípio do enriquecimento sem causa¹⁰⁵, cumpre reconhecer, todavia, que é este princípio que explica alguns aspetos daquela obrigação de restituir. Assim, se o nubente que recebeu os donativos os alienar gratuitamente, e não puder tornar-se efetiva contra o alienante a restituição do seu valor, fica o adquirente obrigado a restituir, mas só na medida do seu enriquecimento (art. 289.º, n.º 2, aplicável por

¹⁰⁵ Tratar-se-ia da chamada *condictio ob causam non secutam*, a que se refere o art. 473.º ao mandar restituir o que for recebido “em vista de um efeito que não se verificou”.

força do art. 1592.º). Por outro lado, será ainda o princípio do enriquecimento sem causa que explica que a obrigação de restituir não abranja, como vimos, as coisas que hajam sido consumidas antes da retratação ou da verificação da incapacidade (art. 1592.º, n.º 2)¹⁰⁶.

Por último, cabe referir que o Código marca o prazo de caducidade de *um ano*, a contar da data do rompimento da promessa ou da morte do promitente, para a ação destinada a exigir a restituição dos donativos ou as indemnizações previstas no art. 1594.º (art. 1595.º).

Divisão III. Casamento civil

92. Generalidades. Casamentos civis celebrados por forma civil e casamentos civis celebrados por forma religiosa. Ordem de estudo

A presente Divisão tem por objeto o estudo do casamento civil como ato jurídico.

Começaremos, naturalmente, por estudar os *requisitos* do casamento (a capacidade das partes, o consentimento e o objeto possível); subordinámos a este esquema, na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil, o estudo do negócio jurídico e poderíamos utilizar aqui um esquema idêntico.

Convém todavia ter presentes as particularidades do instituto matrimonial.

Assim, e por um lado, decerto que mal se justificaria, em relação ao casamento, um estudo autónomo do requisito da possibilidade

¹⁰⁶ Note-se, porém, que o princípio não explica a solução sempre que o nubente que consumiu os bens oferecidos tenha *poupado*, em consequência disso, determinadas despesas que aliás teria feito.

do objeto. Claro que também o objecto do casamento deve ser *possível*, no sentido de que devem ser possíveis (legalmente) os efeitos jurídicos a que ele tende¹⁰⁷. Como estes efeitos, porém, são fixados em geral pela própria lei, não se vê como o casamento possa ser nulo em razão da impossibilidade do seu objeto. É a razão por que, dos três requisitos do negócio jurídico a que aludimos, estudaremos em seguida apenas o consentimento e a capacidade.

Por outro lado, sendo muito complexo o formalismo do casamento, justifica-se que o seu estudo se faça em capítulo separado, e não, como na teoria geral do negócio jurídico, no mesmo capítulo em que se estuda o consentimento ou a declaração negocial.

Em face do que precede, estudaremos adiante os requisitos de fundo (consentimento e capacidade) e as formalidades do casamento. Finalmente, e para completar a exposição da matéria, estudaremos a teoria das invalidades que podem ferir o casamento como ato jurídico, matéria em que não são poucas, como veremos, as especialidades que o regime do casamento oferece em relação aos negócios jurídicos em geral.

Aos *requisitos de fundo (consentimento e capacidade)*, às *formalidades* e à *invalidade* do casamento civil serão pois dedicadas as três secções em que a presente Divisão se repartirá.

Queremos advertir, por último, que os casamentos civis, cujo regime vamos estudar nesta Divisão III, tanto são os casamentos celebrados por forma civil, perante o conservador do registo civil, como os casamentos celebrados por forma religiosa, perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País, a que se refere o art. 19.º da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de

¹⁰⁷ Estes efeitos é que constituem o objeto do casamento, o seu objeto imediato (ou conteúdo). Distinta desta é a noção de objeto mediato (no casamento, as próprias pessoas dos cônjuges), o qual também há de ser possível, física e juridicamente. Sobre a noção de objeto do negócio jurídico, assim entendida, cfr. M. ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 327.

junho). Também estes são casamentos civis, aos quais, salvo quanto à forma, se aplicam por inteiro as disposições legais que ao casamento civil se referem. Por esta razão, apenas na Secção II, relativa às formalidade do casamento, teremos necessidade de estudar em separado as formalidades dos casamentos celebrados por forma civil, perante o conservador do registo civil (n.º 119-124), e as formalidades dos casamentos celebrados por forma religiosa, perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País (n.º 125).

Secção I. Requisitos de fundo

Subsecção I. Consentimento

Bibliografia portuguesa

Dias, Cristina, *Algumas reflexões sobre a anulação do casamento civil simulado*, in “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas”, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 267-292; Pacheco, A. Carneiro, *Do erro acerca da pessoa como causa de nulidade do casamento*, Coimbra, França & Arménio, 1918; Ribeiro, L. Silva, *Condições de validade do casamento civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1924.

§ 1.º Generalidades

93. Necessidade do consentimento e modo como deve ser prestado

Dizer que o consentimento é necessário no casamento, valerá a pena? Decerto que o casamento exige o consentimento dos nubentes, tanto ou mais do que qualquer contrato exige o mútuo consenso e qualquer negócio jurídico, em geral, exige uma declaração de

vontade. A defesa, que fizemos nas páginas anteriores, da ideia de contratualidade do matrimônio é a defesa da necessidade do consentimento. Sem *vontade de casar*, da parte de ambos os nubentes, e sem que esta vontade tenha sido *manifestada*, nos termos da lei, não pode haver casamento válido. Verdadeiramente, é o consentimento dos nubentes que *faz* o casamento, e não a coabitação¹⁰⁸, a qual, não sendo *suficiente* para constituir a relação conjugal¹⁰⁹, também não é *necessária* para que se produzam os respetivos efeitos.

A desnecessidade de coabitação encontra por assim dizer o seu paroxismo na permissão de casamentos *in articulo mortis*, tanto católicos (art. 1599.º) como civis (art. 1622.º). Cfr. ainda, p. ex., o art. 1106.º, n.º 1, al. *a*), CCiv, que, por morte do arrendatário, defere ao cônjuge sobrevivente a sucessão no direito ao arrendamento para habitação independentemente de qualquer exigência de coabitação por certo tempo.

Sabe-se como hoje, na teoria geral do negócio jurídico, o princípio da vontade tende a ser temperado por ideias de responsabilidade e de confiança; em matéria de casamento, porém, a tendência da doutrina é para respeitar em maior medida e dar maior valor ao princípio da vontade, sendo difícil admitir aqui, ainda mais do que em relação aos negócios jurídicos em geral, a validade de um casamento *sem vontade*. A esta tendência se contrapõe, todavia, uma outra, que é a de dar, o mais possível, estabilidade e certeza aos efeitos do casamento. Não tardaremos em encontrar exemplos próprios para mostrar como estas duas tendências atuam e se chocam no direito matrimonial¹¹⁰.

¹⁰⁸ Salienta CARBONNIER a este propósito (*cit.*, 21 éd., p. 421) que a conceção que faz do elemento *psicológico*, da vontade dos nubentes, o centro de gravidade da instituição do casamento era a mais conforme à filosofia individualista e espiritualista do *Code Civil*.

¹⁰⁹ Sobre a relevância da *união de facto*, cfr. *supra*, Div. I do Cap. III da Introdução. Note-se que os efeitos atribuídos à *posse de estado* de casado não prejudicam a afirmação do texto, pois a ideia da lei, no caso previsto no art. 1653.º, é a de que se tenha celebrado efetivamente um casamento, do qual, porém, não seja fácil fazer prova.

¹¹⁰ Sobre o casamento a termo ou sob condição, *infra*, n.º 97, e sobre o casamento simulado, *infra*, n.º 99.

As questões respeitantes ao consentimento estão reguladas nos arts. 1617.º e segs. O art. 1617.º enuncia o princípio da *atualidade* do mútuo consentimento e a ideia de que a vontade de contrair casamento reveste carácter *pessoal* está expressa no art. 1619.º Por sua vez, o art. 1631.º, al. *b*), considera anulável o casamento celebrado, por parte de um ou de ambos os nubentes, com falta de vontade ou com a vontade viciada por erro ou coação; o regime da anulabilidade consta dos arts. 1634.º e segs.

Já sabemos que o casamento é um contrato verbal, mas solene. O consentimento dos nubentes exprime-se em palavras, e a lei vai ao ponto de dizer em que palavras deve ele exprimir-se¹¹¹. Palavras que os nubentes deverão pronunciar na cerimónia da celebração. Mas, não dizendo a lei que estas palavras sejam *sacramentais*, cremos que poderão ser substituídas por outras, desde que igualmente claras e inequívocas, sem que isso prejudique a validade do casamento.

No caso de algum dos nubentes ser mudo, surdo-mudo ou não saber falar a língua portuguesa, regem os arts. 41.º-42.º CRegCiv. Como se vê, só os mudos e os surdos-mudos que saibam ler e escrever exprimem a sua vontade por *escrito* (art. 41.º, n.º 2); aos mudos ou surdos-mudos analfabetos e aos que não conhecerem a língua portuguesa (se o funcionário não dominar o idioma em que se exprimirem) deve ser nomeado *intérprete* idóneo, nos termos dos arts. 41.º, n.º 1, e 42.º

Outras formas de manifestação da vontade, outros meios de expressão como, *v. g.*, uma carta, um telegrama ou telefonema, um fax ou e-mail, não são, pois, admitidos.

94. Caracteres que deve revestir o consentimento

O consentimento matrimonial deve possuir certas propriedades ou características, umas gerais, comuns a todos os negócios

¹¹¹ Cfr. o art. 155.º, n.º 1, al. *e*), CRegCiv.

jurídicos, outras especiais, tratando-se agora de exigências particulares que a lei faz em relação ao casamento. Conjugando as primeiras com as segundas, poderemos resumi-las neste enunciado: o consentimento deve ser *pessoal, puro e simples, perfeito e livre*.

Destas características ou propriedades do consentimento matrimonial nos ocuparemos nos parágrafos seguintes.

§ 2.º. Carácter pessoal do consentimento

95. Princípio geral

Em primeiro lugar, o consentimento deve ser *pessoal*, isto é, há de ser expresso pelos próprios nubentes, pessoalmente, no ato da celebração. Como dispõe o art. 1619.º, “a vontade de contrair casamento é estritamente pessoal em relação a cada um dos nubentes”. A ideia de que o casamento é um *negócio pessoal* (*supra*, n.º 85), tem aqui uma das suas mais importantes manifestações.

Note-se que o instituto do casamento por procuração não abre exceção ao princípio da *atualidade* do mútuo consenso, pois o consentimento do nubente que se faz representar é prestado nesse caso no próprio ato da celebração (através do procurador) e não na data (anterior) em que foi passada a procuração, a qual pode ser livremente revogada até à celebração do casamento. Por outro lado, refira-se ainda que não admite o nosso direito o chamado *casamento póstumo*, o qual, verificado certo condicionalismo, é autorizado no direito francês (art. 171.º CCiv, introduzido pela Lei n.º 59-1583, de 31.12.1959) para atingir certos efeitos limitados do casamento (*maxime*, a legitimação dos filhos; o casamento não dá ao sobrevivente direitos sucessórios nem se considera que tenha existido qualquer regime matrimonial), efeitos que se retrotraem ao dia anterior ao do falecimento.

96. Casamento por procuração

A lei admite, porém, o chamado casamento por procuração, o qual constitui, de alguma maneira, uma exceção ao princípio enunciado¹¹².

O instituto do casamento por procuração está regulado no art. 1620.º CCiv e nos arts. 43.º e 44.º CRegCiv, que põem aqui determinadas limitações ou exigências. Uma é de carácter formal: a procuração deve ser outorgada por documento assinado pelo representado, com reconhecimento presencial da assinatura, por documento autenticado ou por instrumento público¹¹³. As outras duas são, pode dizer-se, de carácter substancial. Por um lado, só um dos nubentes pode fazer-se representar por procurador (arts. 1620.º, n.º 1, CCiv e 44.º, n.º 1, CRegCiv). Por outro lado, há de tratar-se de procuração em que se confirmam poderes especiais para o ato¹¹⁴, se individualize a pessoa do outro nubente e se indique a modalidade do casamento (arts. 1620.º, n.º 2, CCiv e 44.º, n.º 2, CRegCiv).

Deve ainda ter-se presente a disposição do art. 1628.º, al. *d*), CCiv, segundo a qual o casamento por procuração é inexistente quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o ato ou de designação expressa do outro contraente; a falta de indicação da *modalidade* do casamento (cfr. art. 1620.º, n.º 2) não parece determinar, portanto, a nulidade da

¹¹² É de notar que há muitos países (França, Inglaterra, Alemanha, etc.) em que o casamento por procuração não é admitido ou só o é em casos excepcionais. Para algumas indicações de direito comparado, com referências ao *wali*, uma espécie de “tutor matrimonial” que, nos países muçulmanos, “representa” a mulher na celebração do casamento, v. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 1, Paris, Economica, 1990, p. 141 s. Cfr. também RAYMOND CHARLES, *Le droit musulman*, Paris, P.U.F., 6.ª ed., 1982, p. 44.

¹¹³ Como qualquer procuração, salvo se for passada a advogado ou solicitador, em que é suficiente documento assinado pelo representado (art. 43.º, n.os 2 e 3, CRegCiv).

¹¹⁴ À procuração em que se especifique o próprio ato para que se outorgam poderes representativos chama a doutrina procuração *especialíssima*.

procuração e a inexistência do casamento que venha a ser celebrado. E, em face do art. 1621.º, n.º 1, *cessam* todos os efeitos da procuração pela revogação dela¹¹⁵, pela morte do constituinte ou do procurador ou pela interdição ou inabilitação de qualquer deles em consequência de anomalia psíquica. Note-se que o art. 1621.º, n.º 1, na parte em que faz cessar os efeitos da procuração pela simples revogação dela (independentemente de esta revogação ser levada ao conhecimento do procurador), constitui desvio à regra do art. 224.º: como declaração de vontade *recetícia*, a revogação da procuração só se aperfeiçoaria no momento em que “chegasse ao poder ou fosse conhecida” do procurador. A revogação da procuração *ad nuptias*, porém, torna-se eficaz no momento da mesma revogação. Este entendimento da lei é confirmado, de resto, pelo n.º 2 do art. 1621.º, que permite ao constituinte revogar a procuração *a todo o tempo* e, portanto, mesmo que já não haja tempo de levar a revogação ao conhecimento do procurador e se evitar a celebração do casamento¹¹⁶. Neste caso, porém, se o constituinte for culpado de ter revogado a procuração tão tardiamente, será responsável pelos prejuízos que venha a causar.

É, sobretudo, em face do sentido a dar às exigências do art. 1620.º, n.º 2, que cumpre resolver a questão fundamental que a doutrina discute acerca do casamento por procuração: a de saber se o procurador *ad nuptias* é um *representante na vontade* ou um *representante na declaração*, ou, por outras palavras e como costuma dizer-se, um verdadeiro *representante* ou um simples *núncio*.

São conhecidos os termos da distinção (cfr., por todos, M. Andrade, *ob. e vol. cit.*, p. 291). O representante emite uma declaração de vontade própria, no

¹¹⁵ Parece que a revogação da procuração só pode fazer-se por qualquer das formas a que se refere o art. 43.º, n.º 2, CRegCiv, apesar de o art. 43.º, n.º 5, ter sido revogado pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro.

¹¹⁶ Claro, porém, que a revogação deve ter lugar antes da celebração do casamento.

lugar e em nome do representado; a sua vontade *substitui-se* à vontade deste, em maior ou menor medida. Pode o representante decidir, até, sobre as condições do negócio e sobre a índole dos negócios a praticar; de todo o modo, e ainda que as condições do negócio estejam todas preordenadas pelo representado, sempre o representante fica, em último termo, com a faculdade de decidir sobre a conclusão ou não conclusão do mesmo negócio. Sempre ele, portanto, pondera e decide alguma coisa por si. Pelo contrário, o mandato que o núncio recebe é absolutamente especificado e imperativo em todos os seus aspectos, não lhe sendo deixada margem para qualquer apreciação e resolução pessoal. O núncio não declara a sua vontade, mas transmite a vontade do principal. É um mensageiro, um porta-voz, que transmite a declaração — uma declaração de vontade já completamente formada — como quem leva um recado. É com base nesta ideia que costuma fazer-se a distinção, e é nela que se radicam as respetivas diferenças de regime jurídico.

Um ponto é certo: em face do art. 1620.º, n.º 2, CCiv, não pode a vontade do constituinte ser uma vontade incompleta, lacunosa e que o procurador integrará. Assim, embora tal procuração contenha a “designação expressa do outro nubente” exigida no art. 1620.º, n.º 2, decerto que não será suficiente para o casamento, como dizia Manuel de Andrade, uma procuração em que o constituinte abertamente exprima “a sua intenção de conferir ao procurador um mandato não imperativo, dizendo, por exemplo, que lhe dá poderes para em seu nome casar com determinada pessoa *se assim o achar conveniente* ou *se lhe reconhecer as qualidades apropriadas*, pessoais ou outras”¹¹⁷. Perante uma procuração passada nesses termos, deverá o conservador recusar-se a celebrar o casamento, pois não pode ser deixada ao procurador *ad nuptias* qualquer liberdade de *decisão* pessoal; assim, a solução do caso considerado não requer, de modo algum, a qualificação do procurador como verdadeiro representante.

Na hipótese, porém, de o conservador celebrar o casamento parece que este será *válido* (neste sentido, P. Lima e A. Varela, *cit.*, p. 113). É a solução que

¹¹⁷ *Ob. e vol. cit.*, p. 299.

resultará do art. 1618.º, n.º 2 (o constituinte terá *condicionado* o casamento, na procuração, a um juízo favorável do procurador), ainda que a validade do casamento nos mereça *de iure condendo* as maiores reservas (*infra*, n.º 97). Note-se que não parece possível fundar a nulidade do casamento no art. 271.º, n.º 1, dado o princípio expresso no art. 1627.º

Outra dúvida que pode colocar-se, porém, é a de saber se o procurador *ad nuptias* não poderá recusar-se legitimamente a celebrar o casamento quando saiba de qualquer circunstância superveniente, ou em todo o caso ignorada (ao que ele supõe) do constituinte, e que seja tal que o procurador, em face dela, tenha sérias dúvidas sobre se o constituinte ainda quereria celebrar o casamento se conhecesse essa circunstância¹¹⁸. Não restará ao procurador, ao menos e em último termo, a possibilidade de decidir, na hipótese mencionada, sobre a conclusão ou não conclusão do matrimónio? E se resta, que pode inferir-se daí sobre a qualificação do procurador *ad nuptias*?

A solução da dúvida depende, segundo nos quer parecer, dos termos do acordo entre procurador e constituinte.

Este acordo pode obrigar o procurador a celebrar o casamento em todo o caso e sejam quais forem as circunstâncias: se assim for, não podendo recusar a conclusão do matrimónio em qualquer hipótese o procurador *ad nuptias* será simples nuncio e nada mais.

Mas também pode ter sido concedida ao procurador a faculdade (ou, até, imposta a obrigação) de recusar a celebração do casamento em certos termos. Pode, igualmente, uma tal faculdade não ter sido expressamente concedida ao procurador no acordo feito entre este e o constituinte, e será o que normalmente acontecerá. Em qualquer caso, cremos que o procurador pode, e deve, recusar a conclusão do matrimónio naquela hipótese que referimos atrás. E, em face disto, supomos que a mais exata qualificação do

¹¹⁸ A dúvida é posta igualmente nas lições de ANDRADE, p. 299.

procurador *ad nuptias* deve ser ainda a de *representante*, embora com escassíssimos poderes, como se vê.

De resto, cremos que é assim (através da aplicação do respetivo regime jurídico) que se chega aos resultados mais razoáveis. Mal se entenderia, p. ex., que para o desempenho de tarefa tão delicada como a do procurador *ad nuptias* nos contentássemos com a restritíssima capacidade que se exige ao nuncio, ainda inferior à capacidade, já não muito grande, que a lei exige ao representante¹¹⁹. E não poderá dizer-se que a lei admitiu o casamento por procuração (quando não admitiu, v. g., o casamento por carta) porque justamente quis que o procurador pudesse, em princípio, decidir sobre a conclusão do matrimónio, embora só nos termos limitados que referimos?¹²⁰.

O casamento por procuração foi sempre muito praticado em Portugal. A nossa população está espalhada pelo continente e ilhas e pelo estrangeiro, e a ausência dos nubentes constitui justamente a principal (embora não a única) situação que, não obstante os seus inconvenientes, justifica o instituto *de lege ferenda*. A maior vantagem do casamento por procuração está precisamente em possibilitar os casamentos de pessoas ausentes, que de outro modo (dadas as dificuldades, despesas e incómodos de uma deslocação porventura muito grande) às vezes não se chegariam a realizar. Notaremos ainda que, dado o disposto no art. 1621.º, n.º 1, CCiv, não vale argumentar contra a admissibilidade do casamento por procuração (como se fazia antes da Reforma de 1930, com base nos n.os 2 e 3 do art. 1369.º do Código de Seabra) dizendo que ele torna possíveis casamentos *com pessoas mortas*. Mais consistência tem o argumento de que o consentimento prestado pelo procurador pode já não corresponder à vontade *atual* do representado. É certo que os efeitos da procuração cessam pela revogação dela e a procuração é livremente revogável, mas a *forma* exigida para o ato pode tornar difícil ou impossível a oportuna revogação da procuração.

¹¹⁹ O representante voluntário não precisa de ter plena capacidade legal, mas só a capacidade natural de querer e entender exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar (art. 263.º); quanto ao nuncio, bastará a capacidade natural para transmitir a declaração de vontade. Cfr. MOTA PINTO, *cit.*, p. 543.

¹²⁰ Cfr., a este respeito, as observações de Bo, *Il matrimonio per procura* (1934), p. 51. Para este autor o procurador *ad nuptias* está numa zona fronteira, sendo um tipo anómalo de nuncio ou representante na declaração (p. 53).

§ 3.º Carácter puro e simples do consentimento

97. O casamento como negócio incondicionável e inaprazável

Em segundo lugar o consentimento deve ser *puro e simples*, o que quer dizer, nomeadamente, que não podem ser apostos ao casamento uma *condição* ou um *termo*. A solução está expressa no art. 1618.º, n.º 2¹²¹, que proíbe ainda que os efeitos do casamento fiquem submetidos à *preexistência* de algum facto¹²², sendo indiferente, em qualquer das hipóteses aludidas, que a estipulação seja feita em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro ato.

São soluções que já valiam, embora no silêncio da lei, antes do Código de 1966 e para as quais não é difícil dar uma justificação racional¹²³. Pode invocar-se aqui a própria dignidade¹²⁴ da instituição matrimonial e, sobretudo, a ideia de que o casamento é um negócio que afeta o estado das pessoas (o qual interessa, não só às relações entre os cônjuges, como às relações entre estes e terceiros) e que, por isso, não pode ficar na dependência de acontecimento futuro, incerto (condição) ou mesmo certo (termo). São razões genéricas, que valem quer para a condição ou termo suspensivo quer para a condição ou termo resolutivo. Mas também podem invocar-se razões específicas para cada

¹²¹ Cfr. também o CRegCiv, art. 155.º, al. e) do n.º 1 e n.º 2, que indicam as palavras que os nubentes e o funcionário devem proferir na cerimónia da celebração do casamento, palavras que traduzem uma declaração pura e simples de vontade.

¹²² Sobre a condição referida ao presente ou ao passado (*conditio in praeteritum vel praesens collata*), cfr. ANDRADE, *cit.*, p. 358, e CASTRO MENDES, *Condição referida ao passado e ao presente* (sep. da “Scientia Iuridica”, 1976).

¹²³ Cfr. ANDRADE, *cit.*, p. 362.

¹²⁴ Ou *santidade* (ANDRADE, *cit.*, p. 299).

um destes casos. Como razões específicas, e vista a questão no plano da lei, poderá referir-se aqui uma analogia tirada, respetivamente, do princípio da “ineficácia” dos esponsais, nos termos do art. 1591.º, e da “vocação de perpetuidade” do casamento, ou melhor, da dissolubilidade condicionada.

A hipótese de casamento a termo ou sob condição é quase académica, salvo tratando-se de casamento urgente, mal se concebendo que o funcionário celebre o casamento contra a proibição expressa do art. 1618.º, n.º 2. Pode todavia perguntar-se se o casamento, caso ocorra a hipótese aludida, seria nulo ou se consideraria válido, tendo-se o termo ou a condição como não escritos. Na 1.ª ed. do *Curso*¹²⁵ preferia-se a solução da nulidade, por ser de rejeitar, numa perspectiva voluntarista, a validade de um casamento *não querido*; mas outra foi a solução que o Código deu ao problema no art. 1618.º, n.º 2. As cláusulas aí referidas “consideram-se não escritas”, donde se conclui que o casamento é *válido* como se tivesse sido *puro e simples* o consentimento prestado.

A solução da nulidade é a da lei *alemã* do casamento (§§ 13 e 17), embora o § 17, 2, admita que o casamento se convalide *ex tunc* se os cônjuges *coabitarem* durante 5 anos, ou, caso um deles tenha falecido antes desse prazo, até à data da morte e por um período mínimo de 3 anos, salvo se, antes de decorrido o prazo de 5 anos ou da ocorrência do falecimento, tiver sido proposta ação de declaração de nulidade.

É interessante registar a proposta de Marie Thérèse Calais-Auloy, no sentido, não só de suprimir os deveres conjugais de fidelidade e assistência, mas também de permitir a opção entre um casamento “perpétuo” e um casamento “a termo”, que só duraria o tempo necessário para a educação dos filhos (p. ex., vinte anos)¹²⁶.

¹²⁵ Ed. de 1965, p. 92-4.

¹²⁶ *Pour un mariage aux effets limités*, “Rev. trim. de droit civ.”, 87.º, p. 255-266.

§ 4.º Perfeição do consentimento

98. A divergência entre a vontade e a declaração e suas formas: princípios gerais

Perfeito dizemos nós que deve ser o consentimento. E o consentimento deve ser perfeito, não só no sentido de que devem ser concordes uma com a outra as duas declarações de vontade que o integram, como também (e é esta a ideia que sobretudo queremos exprimir) no sentido de que em cada uma dessas declarações de vontade deve haver concordância entre a vontade e a declaração. Uma concordância que a lei *presume*, pois, nos termos do art. 1634.º, a declaração da vontade, no ato da celebração, constitui presunção de que os nubentes quiseram contrair o matrimónio. Todavia nem sempre assim acontece. Por vezes conscientemente, inconscientemente outras vezes, pode ocorrer que a vontade manifestada ou declarada seja diferente da vontade efetiva ou real. Então o consentimento é imperfeito. E o problema que se põe é o de saber se o declarante ficará vinculado, e em que termos, à *declaração* que prestou sem embargo de ser outra a sua *vontade*¹²⁷.

Os casos de divergência entre a vontade e a declaração estão regulados no art. 1635.º CCiv, que enumera quatro hipóteses em que o casamento pode ser anulado por “falta de vontade”, devendo entender-se, dado o disposto no art. 1627.º, que o casamento só é anulável com fundamento na mencionada divergência em casos que se reconduzam a alguma dessas hipóteses típicas.

¹²⁷ Sobre as várias soluções que têm sido dadas a este problema (doutrinas da vontade, da culpa *in contrabendo*, da responsabilidade, da confiança e da aparência eficaz), podem consultar-se GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 155 s., e as lições já citadas de MANUEL DE ANDRADE e MOTA PINTO.

Na exposição subsequente consideraremos, todavia, um pouco à margem da casuística legal, as várias hipóteses de divergência “intencional” e “não intencional” entre a vontade e a declaração que a doutrina tem identificado, e, em particular, as questões do casamento simulado e do erro na declaração.

As restantes questões não suscitarão dificuldades apreciáveis. Assim, quanto ao casamento em que tenha havido *reserva mental* de um dos nubentes cremos que a solução a aplicar será a mesma que vale em relação aos negócios jurídicos em geral: a reserva mental é irrelevante e o casamento será, portanto, válido. Solução imposta por óbvias razões de justiça, de tal modo que, como sabemos, é aceite, embora contraditoriamente, pelos próprios adeptos da doutrina da vontade. Ora, o mesmo elementar princípio de responsabilidade (do declarante em face da declaratário) que a justifica em relação à generalidade dos negócios jurídicos, cremos que a justifica igualmente em relação ao casamento; aliás, a relevância da reserva mental poderia permitir, na prática, uma resolução unilateral do vínculo, com inteira negação do princípio da indissolubilidade. Só não será assim — e tal como, ainda, em relação aos negócios jurídicos em geral — se a reserva mental do declarante for *conhecida* (e não somente *cognoscível*) do declaratário. O casamento será anulável nessa hipótese (como na de simulação: *infra*, no texto), embora, de certo, a anulação não possa ser oposta a terceiros de boa fé. Nem à anulabilidade do casamento fará aqui obstáculo o princípio geral do art. 1627.º, pois a reserva mental *conhecida* do declaratário é expressamente equiparada à simulação no art. 244.º, n.º 2, e o casamento simulado é anulável (al. *d*) do art. 1635.º). A hipótese de *declarações não sérias* no casamento é naturalmente bastante teórica, dada a forma que a lei exige para o ato matrimonial. Mas pode colocar-se o problema, que não oferecerá dificuldades: o princípio do art. 1627.º não obstará, também aqui, à anulabilidade do casamento nos termos do art. 1635.º, al. *a*), só podendo a *incognoscibilidade*, pelo declaratário, da não seriedade da declaração fundamentar uma obrigação de indemnizar os prejuízos sofridos (art. 245.º, n.º 2). Por fim, na hipótese de *coação absoluta* ou *física* (uma hipótese que só parece viável, na prática, tratando-se de casamento urgente) o casamento é anulável nos termos do art. 1635.º, al. *c*), que constitui desvio à regra do art. 246.º

99. Casamento simulado

Cremos que a questão do casamento simulado (“*mariage blanc*”) — a questão de saber se o casamento simulado será inválido, como

os restantes negócios jurídicos simulados — raramente foi posta aos tribunais portugueses. Mas é muito debatida na doutrina e na jurisprudência de alguns países e parece ter ganho ultimamente um interesse particular.

Simulam-se casamentos para adquirir uma nacionalidade estrangeira, para obter uma autorização de residência ou de trabalho em país estrangeiro e, assim, evitar uma expatriação, para adquirir uma situação vantajosa decorrente do estado de cônjuge ou até para contornar uma disposição legal.

P. ex., para suceder no direito ao arrendamento para habitação (art. 1106.º, n.º 1, al. *a*)); para contornar a lei que limitava o número de jogadores estrangeiros nas equipas de futebol; ou para beneficiar da exceção à nulidade prevista no art. 2194.º CCiv, dado que no art. 2195.º, al. *b*), se abrange o caso de o testador ser casado com o beneficiário da disposição¹²⁸.

Note-se que a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, dispõe que “a autorização de residência emitida ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar é cancelada quando o casamento, a união de facto ou a adopção teve por fim único permitir à pessoa interessada entrar ou residir no País” (art. 108.º), e que “quem contrair casamento com o único objectivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição de nacionalidade é punido com pena de prisão de um a quatro anos (art. 186.º).

Decerto que qualquer destes motivos pode determinar as pessoas a casar e os motivos dos contraentes são irrelevantes, no casamento como nos negócios jurídicos em geral¹²⁹. Se embora determinados por um desses motivos os nubentes têm disposição de fazer e fazem realmente vida em comum, não há simulação e o casamento é válido. Mas se apenas pretendem prosseguir o fim visado e recusam a “comunhão de vida” que constitui a essência do casamento, este

¹²⁸ Cfr., a este respeito, BELEZA DOS SANTOS, *A simulação no direito civil*, I, p. 167 s.

¹²⁹ M. ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, p. 341 s.

é *simulado*: a *declaração* que prestam perante o conservador do registo civil de que querem casar um com o outro (CRegCiv, art. 155.º, n.º 1, al. e)) não corresponde à sua *vontade* real.

A solução da validade do casamento simulado era a tradicional¹³⁰, mas veio a prevalecer na doutrina a orientação contrária¹³¹ e foi esta que o Código consagrou, com boas razões, no art. 1635.º, al. d).

A anulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges e por quaisquer pessoas prejudicadas com o casamento (art. 1640.º, n.º 1), dentro dos 3 anos subsequentes ou, se o casamento era ignorado do requerente, nos 6 meses seguintes à data em que dele teve conhecimento (art. 1644.º).

Note-se que a possibilidade de os próprios cônjuges arguirem a simulação não era admitida na versão inicial do art. 1640.º, n.º 1, que só permitia que a anulação fosse requerida pelas pessoas prejudicadas com o casamento *mas não pelos cônjuges*, solução que a particular natureza do casamento justificaria¹³².

Não cremos, porém, tendo em conta as razões em que se funda a anulabilidade do casamento simulado¹³³, que a natureza do casamento exigisse semelhante desvio à regra geral do art. 242.º, n.º 1, mal se entendendo que a subsistência do casamento simulado ficasse na dependência de haver ou não terceiros prejudicados que se dispusessem a requerer a anulação do ato.

Julgamos de aplaudir, por isso, a inovação introduzida nesta matéria pela Reforma de 1977, ao conceder aos próprios cônjuges simuladores legitimidade para a ação.

¹³⁰ Cfr., na doutrina portuguesa, BELEZA DOS SANTOS, *cit.*, p. 175, e PIRES DE LIMA e BRAGA DA CRUZ, *Direitos de família*, I (1949), p. 58 s.

¹³¹ Cfr., p. ex., DE LUCA, *Sull'invalidità del matrimonio civile per simulazione*, no "Foro italiano", 1950, I, cols. 1393 s., e CONSOLI, *La simulazione assoluta nel ordinamento matrimoniale italiano*, na "Riv. del dir. matr. e dello stato delle persone", 1958, p. 23 s. Nesta orientação, também JEMOLO, *cit.*, p. 91.

¹³² Cfr. P. LIMA e A. VARELA, *cit.*, p. 164.

¹³³ Fizemos uma exposição destas razões na 1.ª ed. do *Curso*, p. 101 s.

Não poderão os cônjuges, porém, provar por testemunhas (art. 394.º, n.º 2) ou por presunções (art. 351.º) o acordo simulatório¹³⁴. A solução não resultaria do art. 371.º, pois o assento do casamento só faz prova plena de que os nubentes declararam perante o conservador que queriam contrair casamento e não de que essa declaração correspondia à sua vontade real. Mas já resultaria do art. 394.º, n.º 1, aplicável às convenções contrárias ao conteúdo de documentos autênticos na parte em que estes não têm força probatória plena, e está consagrada *expressis verbis* no n.º 2 do preceito. O recurso à prova testemunhal não está todavia vedado a terceiros que pretendam anular o casamento simulado (n.º 3).

Note-se, por último, que a anulação do casamento simulado, como, em geral, a nulidade proveniente de simulação e pelas mesmas razões¹³⁵, não poderá ser oposta aos terceiros que acreditaram, de boa fé, na validade do casamento (cfr. art. 243.º).

Queremos notar que tudo o que se diz no texto se refere tão-só à simulação *total* ou *absoluta*. Já deve ser outra a solução no caso de simples simulação *relativa* ou *parcial* — *simulatio partialis*, na linguagem dos canonistas, que enquadram neste conceito o caso de os nubentes terem a intenção de excluir algum dos *bona matrimonii* (*supra*, n.º 76): p. ex., o *bonum prolis* ou o *bonum fidei*. Quando os cônjuges querem casar mas desfiguram ou descaracterizam *essencialmente* o casamento, estaremos ainda em presença — dizem os canonistas — de uma simulação que, conquanto só parcial, será igualmente causa de nulidade do casamento. Não cremos, porém, que a solução possa ser transposta para o casamento civil, no qual os três *bens* do matrimónio da doutrina canonista não possuem o mesmo carácter de essencialidade. Neste sentido, Jemolo, *cit.*, p. 97, e De Luca, *ob. e loc. cit.*, cols. 1399 s. No caso de *simulatio partialis* o casamento será, portanto, válido. Notar-se-á, por último, que às vezes pode ser difícil saber se se está em face de uma verdadeira simulação total ou de uma simples simulação parcial. Para esclarecer a dúvida será importante saber qual foi a *causa simulandi*, ou seja, o motivo que levou os cônjuges a simular o casamento, e bem

¹³⁴ Sobre outros meios de prova a que os simuladores podem recorrer, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed. (1987), p. 343-4.

¹³⁵ Vejam-se estas razões em ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, p. 206, e já na *RIJ*, ano 72.º, p. 70 e nota (1).

assim qual foi o comportamento das partes depois da celebração do casamento e, em particular, depois de ter desaparecido o motivo que os induziu à simulação: De Luca, *cit.*, cols. 1402-1403.

100. Erro na declaração

Não faremos mais do que uma referência ao problema, que, como até se mostra pelos exemplos que vamos apresentar, raramente oferecerá interesse prático.

Note-se que as hipóteses de *erro na declaração* são diferentes umas das outras¹³⁶, podendo distinguir-se, com Andrade¹³⁷, entre os casos em que falta ao declarante a própria vontade da ação, os casos em que lhe falta a vontade da ação como declaração e os casos de simples desvio na vontade negocial.

Se falta ao declarante a própria vontade da ação¹³⁸, ou até a vontade (ou mesmo só a consciência) da declaração¹³⁹, o casamento é anulável nos termos do art. 1635.º, al. *a*)¹⁴⁰, que constitui desvio à regra do art. 246.º, segundo a qual a declaração “não produz qualquer efeito” nessas hipóteses.

¹³⁶ Sobre as noções de vontade da ação, vontade da declaração e vontade negocial, que vamos referir em seguida, e, em geral, sobre os vários elementos e subelementos que se podem distinguir na declaração de vontade negocial, cfr. ANDRADE, *cit.*, II, p. 125 s.

¹³⁷ P. 220.

¹³⁸ Exemplo: o casamento foi celebrado, por algum dos nubentes, no estado de sonambulismo. Poderão ainda inserir-se aqui os exemplos, referidos em A. VARELA (p. 306), de ação hipnótica, influência de drogas, embriaguez e acesso de febre, se, nas circunstâncias do caso, o declarante não tiver tido sequer a *consciência* da declaração que prestou.

¹³⁹ Exemplo: um dos nubentes disse que *sim*, mas para responder a outra pergunta que lhe foi feita por um dos presentes.

¹⁴⁰ Note-se que mesmo neste caso o declarante pode ter culpa, se *devia* ter a consciência da declaração. Mas a culpa do declarante só poderá justificar uma obrigação de indemnizar o declaratário, e nunca a validade do negócio, que seria, na presente hipótese, uma excessiva violência à vontade do declarante.

A lei distingue, no direito comum, entre as hipóteses em que o declarante não tinha sequer a consciência de fazer uma declaração negocial, hipóteses em que a declaração *não produz qualquer efeito* (art. 246.º), e aquelas em que o declarante tinha essa consciência, mas, por qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido da declaração que prestou ou não tinha o livre exercício da vontade, hipóteses em que a declaração é *anulável* nos termos do art. 257.º, verificado o condicionalismo aí previsto. Em matéria de casamento, porém, a lei não parece dar relevo à distinção, integrando-se umas e outras hipóteses no art. 1635.º, al. *a*). Sobre o regime da “incapacidade acidental”, ver também *infra*, n.º 108.

Diferentes destes são os casos em que existe um simples desvio na vontade negocial, e em que, portanto, o sujeito executa voluntariamente o comportamento declarativo e tem vontade de realizar um negócio jurídico, mas não o negócio jurídico de conteúdo correspondente ao significado exterior da declaração. Como o casamento é um negócio de conteúdo *fixo*, são aqui todavia dificilmente concebíveis estes casos de erro na declaração. A hipótese a considerar será fundamentalmente a de erro acerca da *identidade física* do outro nubente, uma hipótese, de resto, que só em casos de casamento por procuração aparece como verosímil e que a lei especificamente referiu na lista dos casos em que o casamento é anulável por falta de vontade (art. 1635.º, al. *b*)).

Outro caso a ponderar seria o de erro acerca da natureza do negócio. P. ex., um dos nubentes supunha que o casamento civil só valia como promessa de casamento. Não cremos, porém, que seja caso de erro na declaração o exemplo referido nas lições de PIRES DE LIMA (*cit.*, p. 60), de a noiva ir coberta com um véu que completamente lhe oculta a cara, casando por isso o noivo, sem o saber, com pessoa diferente daquela com quem queria celebrar o casamento. Dado o modo como o conservador deve dirigir-se aos nubentes e estes devem responder-lhe (CRegCiv, art. 155.º, als. *d*) e *e*) do n.º 1), o que existe aqui é uma declaração sob o nome de outrem, pelo que não há encontro de vontades e o casamento é inexistente (art. 1628.º, al. *c*)). E julgamos que idêntico é o caso de uma pessoa usurpar os documentos de outra e casar sob o seu nome. Em sentido diferente, PIRES DE LIMA, *cit.*, p. 62, que entende ser este um simples caso de erro-vício.

Em qualquer das hipóteses aludidas a anulação só pode ser requerida pelo cônjuge cuja vontade faltou (art. 1640.º, n.º 2),

dentro dos 3 anos subsequentes à celebração do casamento ou, se este era ignorado do requerente, nos 6 meses seguintes à data em que dele teve conhecimento (art. 1644.º); mas pode ser continuada pelos seus parentes, afins na linha reta, adotantes ou herdeiros se o autor falecer na pendência da causa.

§ 5.º Liberdade do consentimento

101. Vícios do consentimento: princípios gerais

Por último o consentimento deve ser *livre*, o que a lei *presume* também (art. 1634.º).

E, para que o consentimento seja verdadeiramente livre, é preciso que a vontade dos nubentes, em primeiro lugar, tenha sido *esclarecida*, ou seja, formada com exato conhecimento das coisas, e, em segundo lugar, se tenha formado com *liberdade exterior*, isto é, sem a pressão de violências ou ameaças. Com o primeiro aspeto relaciona-se, como se sabe, a doutrina do *erro*; com o segundo a da *coação*. Estes dois vícios do consentimento¹⁴¹ é que iremos estudar em seguida.

Na verdade, em face do princípio do art. 1627.º, só são relevantes em matéria de casamento os vícios da vontade previstos especialmente na lei, justamente o erro e a coação, e não os restantes. Não assumem significado, pois, quanto ao casamento, nem o dolo, nem, em geral, o estado de necessidade.

¹⁴¹ Vícios do consentimento dizem-se as circunstâncias que, nos contratos, obstam a que a vontade, por menos esclarecida ou menos livre, se forme “do modo julgado normal e são”: ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 227, onde podem recordar-se as noções gerais que vamos agora aplicar ao casamento. Ver também GALVÃO TELLES, *cit.*, p. 81 s., e MOTA PINTO, *cit.*, p. 500 s.

A irrelevância do dolo deve ser entendida, porém, em termos hábeis. Claro que o dolo também releva no casamento, mas releva como erro e não como dolo. Sabe-se que a má fé alheia é capaz de tornar relevante, ou de fazer relevar em condições diferentes, um erro que, se não fosse essa má fé, seria irrelevante ou relevaria de outra maneira; ora, é isto que não acontece no casamento. Só a relevância *específica* do dolo é que está, pois, excluída. Qual seja a razão desta irrelevância, é duvidoso. A ideia mais corrente é a de que, sendo o dolo muito vulgar no casamento (*en mariage trompe qui peut*), dar relevância ao dolo seria, na prática, permitir a anulação da maior parte dos casamentos que se celebram. Uma justificação muito superficial e muito... pessimista. O que será vulgar no casamento será a tendência para cada um dos nubentes se fazer crer ao outro o que não é, exagerando as suas qualidades e escondendo os seus defeitos; mas a irrelevância deste *dolus bonus* já resultaria do art. 253.º, n.º 2. O que se pergunta, porém, é a razão por que não releva o verdadeiro dolo, o *dolus malus*, que não cremos seja mais vulgar no casamento do que nos outros negócios jurídicos. Uma justificação mais exata da irrelevância do dolo pode talvez achar-se na linha desta consideração: é que o fundamento da invalidade por dolo está em que o comportamento ilícito do declaratório é capaz de tornar justo, em certos termos, facultar ao declarante a anulação do negócio; mas, em relação ao casamento, não é tomada em conta a boa fé do declaratório, tudo se resumindo em saber, e isto à luz dos interesses gerais, se existe um suficiente substrato de vontade sã onde, apesar do erro do declarante, a validade do casamento possa fundar-se ou justificar-se. Não se trata, no casamento, de encontrar um justo equilíbrio entre os interesses do declarante e do declaratório; daí que não releve o dolo, cujo significado está, precisamente, em tornar a posição do declaratório menos digna de proteção. Será, no fundo, uma razão semelhante àquela por que, no casamento, não se exige o condicionalismo do art. 247.º (cfr. art. 251.º) ou não se admite o sucedâneo do art. 257.º, n.º 1, *in fine*, aplicável ao caso do art. 150.º Note-se, porém, que a irrelevância do dolo como motivo de invalidade do casamento não exclui a possibilidade de o *deceptor* exigir uma indemnização ao *deceptor* fundada no mesmo dolo como facto ilícito, nos termos gerais.

Como resulta dos próprios termos dos arts. 282.º-283.º, a disciplina do estado de necessidade aí prevista, segundo a qual o negócio concluído em estado de necessidade pode ser *anulado* ou *modificado* sob certas condições, visa exclusivamente os negócios patrimoniais. O estado de necessidade só releva no casamento na hipótese do art. 1638.º, n.º 2 (que, todavia, a lei *equipara* à coação e sujeita ao respetivo regime): a hipótese de alguém, consciente e ilicitamente, extorquir ao nubente a declaração de vontade mediante a promessa de o libertar de um mal fortuito ou causado por outrem.

Outra consequência do princípio do art. 1627.º é a de que o erro e a coação só são relevantes, em matéria de casamento, nos

apertados termos e condições dos arts. 1636.º e segs. Quer isto dizer que os requisitos especiais que aí se põem para a relevância do erro e da coação excluem aquelas outras exigências feitas no Código Civil para a relevância do erro e da coação nos negócios jurídicos em geral: como lei especial, as primeiras normas substituem e, nessa medida, afastam a aplicação das últimas. Esta ideia deve, porém, ser convenientemente entendida. É que, havendo ainda condições ou pressupostos gerais que a lei ou a doutrina exigem para a relevância do erro e da coação como motivos de anulação do negócio jurídico¹⁴², decerto que tais pressupostos ou condições ainda se aplicam ao casamento. Aquele espírito de *restrição*, longe de contrariar, só favorece um tal resultado. O que não se justificaria, precisamente, seria que a *porta* da anulação ficasse mais aberta para o casamento do que para outro negócio qualquer.

Postas estas ideias gerais, vamos então ver em que termos é que o erro e a coação relevam em matéria de casamento.

102. Erro

O erro¹⁴³ releva nos termos do art. 1636.º Deve recair sobre a pessoa com quem se realiza o casamento e versar sobre uma qualidade essencial dessa pessoa. O regime *restritivo* dos vícios da vontade, em matéria de casamento, traduz-se, quanto ao erro, nestas duas e tão importantes limitações. Em primeiro lugar, de todas as possíveis modalidades que o erro pode revestir só releva

¹⁴² É o que se passa, p. ex., com os requisitos da *propriedade* do erro e da *essencialidade* da coação, como veremos na exposição subsequente.

¹⁴³ Empregamos a expressão em sentido amplo, de modo a abranger também o dolo. É claro, por outro lado, que o erro de que vamos falar é só o erro-vício ou erro-motivo, distinto do erro-obstáculo ou erro na declaração, que já estudámos (*supra*, n.º 100). Nem será preciso recordar agora a distinção entre os dois, que é suficientemente conhecida.

uma delas: o erro sobre a pessoa do outro contraente, sobre as suas qualidades; em segundo lugar, não são quaisquer qualidades que se tomam em conta para o efeito, mas só as qualidades essenciais.

Quer se trate de qualidades *naturais* (sejam elas físicas, morais, intelectuais, etc.), quer de qualidades *jurídicas*. Estará pois aqui incluído o *erro sobre a identidade civil ou jurídica* do outro nubente, ou seja, sobre o seu *estado civil*, o qual constitui um erro sobre as qualidades jurídicas da pessoa. Hipótese distinta é a de *erro sobre a identidade física* do outro nubente, em que, segundo a lei, o casamento é anulável por falta de vontade (art. 1635.º, al. *b*)). Cfr. *supra*, n.º 100.

Não releva, pois, o *erro sobre a pessoa de terceiro* (a não ser que redunde em erro sobre a pessoa do outro contraente). Nem qualquer outro *erro sobre os motivos* — quer de direito, quer de facto —, que constitui a modalidade residual e, por isso, a mais frequente na prática de erro-vício. Quanto ao *erro sobre a natureza do negócio* (que julgamos ser um caso de erro na declaração: *supra*, em nota), cremos que também é irrelevante, a não ser na hipótese quase irreal de algum dos nubentes casar ignorando a natureza e os fins essenciais do matrimónio e com intenção de que se produzam os efeitos correspondentes a negócio jurídico diverso, hipótese em que o casamento será anulável por falta de vontade (art. 1635.º, al. *a*)). Como irrelevante será também, por último, o *erro acerca do regime legal do casamento* em qualquer dos seus aspetos. P. ex., um dos cônjuges pensava que a lei lhe permitia divorciar-se com certo fundamento ou que o casamento lhe conferia a plena disposição dos bens do outro ou a administração de todos os bens do casal.

São estas as condições *especiais* de relevância do erro, às quais acrescentam porém as condições *gerais*, conforme a orientação que referimos.

Conjugando umas e outras condições, pode dizer-se que a relevância do erro no casamento depende dos seguintes pressupostos: é necessário que o erro recaia sobre qualidade essencial *da pessoa do outro cônjuge, que seja próprio, que seja desculpável e que a circunstância sobre a qual o erro versou tenha sido determinante da vontade de contrair casamento, tanto subjetiva como objetivamente*.

Em primeiro lugar, o erro só é relevante se versar sobre qualidade *essencial* da pessoa do outro cônjuge; não há de recair sobre qualidade *não essencial*. É a solução da Reforma de 1977, que, neste aspeto, alterou o preceituado na legislação precedente, em que se enumeravam

taxativamente as qualidades sobre que o erro deveria recair. Trata-se de um conceito indeterminado, que pertence à jurisprudência aplicar e que só se determina através dessa aplicação. Como diretiva geral, poderá dizer-se que são essenciais as qualidades particularmente significativas, que, *em abstracto*, sejam idóneas para determinar o consentimento. O estado civil ou religioso do outro cônjuge, a nacionalidade, a prática de crime infamante, vida e costumes desonrosos, a impotência, deformidades físicas graves, doenças incuráveis e que sejam hereditárias ou contagiosas¹⁴⁴ serão circunstâncias que, entre outras, poderão assumir relevância para este efeito.

Quer se trate de impotência *instrumental* (falta, mutilação ou conformação anormal dos órgãos sexuais), quer de impotência *funcional* (os órgãos sexuais existem e têm a sua conformação normal, mas não são aptos para a cópula), e quer a impotência seja *absoluta* ou *relativa* (ou seja, quer se manifeste em relação a qualquer pessoa ou só em relação a certas pessoas e, em particular, à pessoa do outro cônjuge).

Em segundo lugar o erro deve ser *próprio*, ou seja, não há de recair sobre qualquer requisito legal de existência ou de validade do casamento. Assim, se um dos cônjuges supunha erradamente que o outro já atingira a idade nupcial, ou que o outro era divorciado quando ainda era casado, o erro será impróprio. O casamento será anulável, não propriamente por erro, mas sim, *e independentemente do erro*, por falta do requisito legal a que o erro diz respeito. A exigência da *propriedade* do erro não é feita expressamente na lei, mas resulta dos princípios gerais sobre o concurso de normas: as normas sobre o erro são *consumidas* pelas normas referentes ao requisito legal em questão.

O erro deve ainda ser *desculpável*. Trata-se de uma exigência que não se faz na generalidade dos negócios jurídicos¹⁴⁵ mas resulta

¹⁴⁴ Algumas das qualidades mencionadas constavam expressamente da *lista* do art. 1636.º, na antiga redação do preceito.

¹⁴⁵ Cfr. MOTA PINTO, *cit.*, p. 510-2.

expressamente do art. 1636.º O erro indesculpável ou grosseiro, em que não teria caído uma pessoa normal perante as circunstâncias do caso, não pode pois ser invocado como motivo de invalidade do casamento.

Finalmente, o erro há de versar sobre uma circunstância que tenha sido decisiva ou determinante na formação da vontade, de tal maneira que, se o erro não existisse e o sujeito tivesse um conhecimento exato dessa circunstância, não teria querido celebrar o casamento.

O erro que definimos no texto é o erro *absolutamente* essencial, único que releva segundo a doutrina corrente. Não releva, pelo contrário, o erro *incidental*, mesmo que seja *relativamente* essencial, isto é, mesmo que tenha levado o errante a concluir o negócio, não em si mesmo, mas nos termos em que foi celebrado. A hipótese de um erro relativamente essencial concebe-se mal no casamento, mas sempre pode conceber-se (p. ex., o nubente casaria de qualquer modo, mas noutro regime de bens).

A exigência do carácter *determinante* da circunstância sobre a qual o erro versou deve aqui fazer-se todavia em termos particulares. É que não basta que o erro tenha sido determinante *subjetivamente*, como na generalidade dos negócios jurídicos (cfr. arts. 247.º e 251.º); não basta que a circunstância sobre que recaiu o erro tenha sido essencial *para o nubente* na determinação da sua vontade de contrair casamento. A esta essencialidade subjetiva há de acrescer uma essencialidade *objetiva*, ou seja, há de ser legítimo, *razoável, em face das circunstâncias do caso e à luz da consciência social dominante*, que na determinação da vontade de casar tenha sido decisiva a circunstância sobre que versou o erro. Não tem pois aqui a essencialidade objetiva simples função de índice ou *meio de prova* da essencialidade subjetiva: tem verdadeiramente relevo *autónomo*, constituindo, por isso, um requisito novo a colocar ao lado da essencialidade subjetiva. A exigência de que o erro tenha sido *objetivamente* determinante da vontade de casar está expres-

samente formulada no art. 1636.º, segundo o qual é preciso que se mostre que sem o erro, “razoavelmente”, o casamento não teria sido celebrado.

Por exemplo: um estudioso da história do fabrico do papel compra um autógrafo dum escritor célebre por causa da qualidade do papel em que pensa, erradamente, que o autógrafo está escrito. Na generalidade dos negócios jurídicos, o negócio pode ser anulado se se fizer a prova do condicionalismo do art. 247.º (art. 251.º).

Quando se exige que o erro tenha sido *objetivamente* determinante, um problema que pode pôr-se é o de saber que circunstâncias serão atendíveis neste juízo: as circunstâncias atuais ou só as contemporâneas da celebração do matrimónio? Não se tratando de dissolver o casamento com base numa causa *superveniente* mas de o anular com fundamento num vício *originário* (a defeituosa formação da vontade), cremos que a solução mais lógica é a segunda. Nem seria justo que tendo um dos cônjuges escondido ao outro, por largos anos, qualquer facto gravemente desonroso que houvesse praticado em solteiro, precludesse assim ao outro cônjuge o pedido de anulação do casamento por esse pedido já não aparecer *agora* como razoável, tendo em conta os anos de vida matrimonial entretanto decorridos (neste sentido, cfr. o ac. da Rel. do Porto de 22.5.2001, *Col. Jur.* 2001, t. 3, p. 193). Em sentido em parte diferente, A. Varela, *cit.*, p. 213, nota (166), que, aceitando a solução *de lege lata*, a critica todavia *de lege ferenda*, entendendo (o que não nos parece muito claro) que a Reforma de 1977 teria alterado neste ponto o regime do art. 1637.º, n.º 2, do Código de 1966.

103. Coação

O casamento também pode ser anulado com fundamento em *coação*, nos termos do art. 1638.º

A figura da coação é conhecida mas convém recordar agora o respectivo conceito: enquanto vício da vontade, reconduz-se ao *receio ou temor ocasionado no declarante pela cominação de um mal, dirigido à sua própria pessoa, honra ou fazenda ou de um terceiro*. O receio da consumação ulterior do mal cominado é que constitui propriamente a coação como vício da vontade. Interessará referir ainda que o mal que se receia há de ter sido cominado precisamente

com intenção de extorquir o consentimento do declarante para o negócio de que se trata (cfr. art. 255.º, n.º 1) — o negócio que se diz celebrado sob coação.

A noção do texto é moldada na exposição de ANDRADE, *cit.*, p. 267. É desnecessário dizer que só nos referimos no texto à coação-vício (também chamada *moral*, relativa ou meramente compulsiva), distinta da coação absoluta ou física, que também importa a simples anulabilidade do casamento mas por *falta* de vontade, e, por isso, fica sujeita a regime diverso (art. 1635.º, al. *c*). Outra ideia que convém recordar é a de que a coação supõe um medo ou receio derivado duma ameaça, da cominação de um mal (um *metus ab extrinseco*: cân. 1103 CICan); um simples *metus ab intrinseco*, que não derive duma ameaça efetiva, não constitui coação. Exemplo de *metus ab intrinseco* é o *metus reverentialis* a que se refere o art. 255.º, n.º 3, o receio de desgostar ou desagradar às pessoas a quem se deva submissão ou respeito (Andrade, *cit.*, p. 278). Assim no caso de os filhos casarem para fazer a vontade aos pais: tais casamentos serão, pois, plenamente válidos. Note-se, por último, que o nosso direito não dá específico relevo ao *rapto* (como o direito canónico, que o considera impedimento matrimonial: cân. 1089). O casamento celebrado em seguida ao rapto pode ter sido contraído sob coação (relativa ou, até, absoluta), mas também pode a raptada (ou o raptado...) ter prestado livremente o seu consentimento. É pois este um problema que não tem autonomia, tanto podendo o casamento ser anulável como plenamente válido.

Cabe definir antes de mais nada as condições *gerais* de relevância da coação, que também se exigem para o casamento segundo a orientação defendida.

Há que distinguir, no regime do direito comum, conforme a coação é exercida pelo outro contraente ou proveniente de terceiro.

No que se refere à coação exercida pelo outro contraente, aquelas condições são três. Em primeiro lugar, a coação deve ser *essencial* ou *determinante* da vontade. Não há de ser puramente incidental. Já conhecemos o sentido destes termos: é preciso que o negócio nunca tivesse sido concluído se não fora o temor ou receio do mal cominado. Em segundo lugar, há de haver *intenção de extorquir a declaração*. Finalmente deve a cominação ser *injusta*, ilícita — uma exigência cujo sentido não é muito fácil de precisar. A ideia fundamental que convém fixar é a de que o mal ameaçado pode

corresponder ao *exercício de um direito* do cominante e, todavia, a cominação ser injusta; será injusta se o cominante quiser obter uma vantagem *anormal*, desproporcionada ou sem qualquer relação com o seu direito¹⁴⁶.

Não exige pois a lei, na generalidade dos negócios jurídicos, que o mal cominado seja grave. Nem que o mal seja iminente. Nem a gravidade da própria ameaça em si mesma. Exigências que não são feitas em todas as legislações mas correspondem à tradição romanista, constituindo um vestígio ou uma sobrevivência dela¹⁴⁷.

Tratando-se de coação proveniente de terceiro, exige ainda a lei mais dois requisitos: que seja *grave* o mal cominado e *justificado* o receio da sua consumação.

Pelo que respeita ao casamento, não se distingue entre as hipóteses de a coação provir do outro contraente ou de terceiro.

Nos termos do art. 1638.º, n.º 1, é anulável o casamento celebrado sob coação moral, contanto que seja grave o mal com que o nubente é ilicitamente ameaçado e justificado o receio da sua consumação.

Como se vê, formulam-se aqui duas exigências que apenas são postas, relativamente à generalidade dos negócios jurídicos, quando a coação seja proveniente de terceiro (art. 256.º, 2.ª parte): a exigência da gravidade¹⁴⁸ do mal cominado e a do receio justificado da consumação desse mal, a qual implica, obviamente, as exigências da iminência do mal e da gravidade da própria ameaça¹⁴⁹. Note-se, porém, que, ao contrário do que acontecia na legislação anterior

¹⁴⁶ Exemplo: o credor ameaça requerer a execução contra a devedora se esta não casar com ele.

¹⁴⁷ Cfr. ANDRADE, *cit.*, p. 274, em nota.

¹⁴⁸ Gravidade que — segundo cremos — deverá apreciar-se tomando em conta as forças, a idade, o sexo, etc. do coagido, mas segundo um critério *objetivo*.

¹⁴⁹ Quanto à apreciação da gravidade da ameaça, cabe observação idêntica à da nota anterior.

ao Código, a coação é relevante mesmo que a ameaça vise interesses patrimoniais, e, quando se dirija a terceiro, qualquer que seja a relação, familiar ou outra, entre esse terceiro e o declarante coagido. Basta que a cominação do mal a causar ao terceiro, dada aquela relação, tenha determinado — como se lhe fosse dirigida — a vontade do declarante¹⁵⁰.

104. Anulabilidade por erro ou coação; seu regime

Quando o consentimento for prestado por erro ou coação e se verifiquem as respectivas condições de relevância, que acabamos de estudar, o casamento é *anulável* (art. 1631.º, al. *b*)).

A ação de anulação só pode ser *intentada* pelo cônjuge enganado ou coato, dentro dos seis meses subseqüentes à cessação do vício (art. 1645.º), ou seja, subseqüentes à data em que o cônjuge teve conhecimento da circunstância sobre que versou o erro ou em que cessou a coação; mas podem *prosseguir* nela os seus parentes, afins na linha reta, herdeiros ou adotantes se o autor falecer na pendência da causa (art. 1641.º). Além disso, a anulabilidade é sanável mediante *confirmação*, nos termos gerais do art. 288.º. A confirmação pode ser expressa ou tácita¹⁵¹, como nos negócios jurídicos em geral (art. 288.º, n.º 3).

E, independentemente de confirmação, também aqui é possível uma *convvalidação objetiva* do casamento, resultante de a anulação não ter sido pedida no prazo do art. 1645.º

¹⁵⁰ Cfr. ANDRADE, *cit.*, p. 272.

¹⁵¹ No Código italiano (art. 122.º) a ação de anulação não pode ser intentada tendo havido coabitação dos cônjuges por um mês depois de o cônjuge coato ou enganado ter readquirido a liberdade ou conhecido a circunstância sobre que versou o erro. Mas entre nós, e no silêncio da lei, cremos que a coabitação não implica uma confirmação tácita do casamento.

Subsecção II. Capacidade

Bibliografia portuguesa

Sousa, J. Marnoco e, *Impedimentos do casamento no direito português* (1896).

§ 1.º Generalidades

105. Conceito de impedimento matrimonial

Expostas as questões respeitantes ao consentimento, vamos ver qual é a *capacidade* exigida para o ato matrimonial. A matéria oferece igualmente muitas especialidades em face do direito comum, especialidades que talvez possam reconduzir-se às duas ideias gerais que vamos desenvolver em seguida.

Uma primeira ideia é esta: a natureza particular do casamento faz com que sejam diferentes, agora, o *número* e, de certa maneira, a própria *qualificação* das incapacidades nupciais.

Designamos as incapacidades para contrair casamento por incapacidades *nupciais* ou *matrimoniais* (expressões que empregamos indiferentemente). Distintas são as incapacidades (*rectius*: ilegitimidades) que resultam do casamento, a que chamaremos *conjugais* e que estudaremos, como efeitos patrimoniais do casamento, no lugar apropriado (*infra*, n.os 158-161). É claro, porém, que a incapacidade *nupcial* do art. 1601.º, al. *c*), é, ao mesmo tempo, uma incapacidade *conjugal*.

As incapacidades nupciais não são, de facto, as mesmas que a lei admite para os negócios jurídicos em geral. A natureza particular do casamento tem as suas exigências, logo sob este aspeto, podendo dizer-se que dela partem solicitações em dois sentidos diferentes. O casamento tem por fim a constituição da família, o

estabelecimento de uma *plena* comunhão de vida entre os cônjuges, no sentido que já definimos; supõe, por isso, uma capacidade *natural*¹⁵² e contende com interesses eugénicos, morais e sociais muito importantes. A tutela destes interesses é capaz de justificar aqui especiais incapacidades, como as dos arts. 1601.º, al. *c*), e 1602.º, als. *a*), *b*), *c*) e *d*), incapacidades que não têm correspondência na generalidade dos negócios jurídicos. Isto por um lado. Mas, por outro, diversa solicitação pode tirar-se do favor com que a lei trata o casamento, que pretende encorajar e promover. Daqui pode resultar, e de facto resulta, que não valham para o casamento incapacidades negociais admitidas na lei para os outros negócios jurídicos¹⁵³, e ainda que, contra o que resultaria da regra geral do art. 294.º, a lei não fira com a sanção da invalidade a infração de todas as proibições legais de contrair casamento. As normas que estabelecem essas proibições revestem, muitas delas¹⁵⁴, carácter de *leis imperfeitas*¹⁵⁵, não podendo dizer-se que consagrem verdadeiras incapacidades¹⁵⁶. Se, portanto, sob o primeiro aspeto, da natureza do casamento se tira uma solicitação no sentido de as incapacidades nupciais serem *mais*, já neste segundo aspeto dela se colhe uma outra no sentido de essas incapacidades serem *menos*.

¹⁵² Capacidade que se traduz, não só na capacidade de querer e entender os efeitos do casamento, mas também na capacidade sexual (devendo ter-se aqui presente, porém, que a impotência não constitui impedimento matrimonial no nosso direito). Uma e outra são *indiciadas* pela idade nupcial.

¹⁵³ Como a dos interditos ou inabilitados por surdez-mudez ou cegueira e a dos inabilitados por habitual prodigalidade ou pelo uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes.

¹⁵⁴ As que estabelecem impedimentos *simplesmente impeditores*: *infra*, n.º 132.

¹⁵⁵ Sobre o conceito de *leis imperfeitas* e, em geral, sobre a classificação que pode fazer-se das leis proibitivas de negócios jurídicos com base no critério das consequências que advêm da sua infração, ver a referência de ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 336-337.

¹⁵⁶ Reportamo-nos aqui à noção corrente de incapacidade negocial, como proibição absoluta (incapacidade de gozo) ou não absoluta (incapacidade de exercício) de realizar negócios jurídicos *sob pena de invalidade*: ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 70.

Não é só, porém, o número das incapacidades nupciais que é diferente, mas também a respetiva *qualificação*. Note-se que a ideia de que a qualificação das incapacidades é diversa no casamento e nos negócios jurídicos em geral era mais nítida em face da legislação anterior ao Código de 1966, na qual, p. ex., o casamento de um interdito por anomalia psíquica era *nulo*, enquanto eram simplesmente *anuláveis* a venda ou o arrendamento que ele fizesse. Não assim na legislação atual, em que o casamento de um interdito por anomalia psíquica ou de um menor de 16 anos é *anulável*, como qualquer outro negócio jurídico que eles celebrem. Deve ter-se em conta, todavia, que havendo vários regimes de anulabilidade esta tem aqui um regime muito severo, bem diverso do da anulabilidade de direito comum (arts. 287.º-288.º). Conforme veremos adiante, a anulação fundada em impedimento dirimente pode ser pedida, não só pelo incapaz ou seu representante legal, como ainda pelo outro cônjuge, por qualquer parente dos cônjuges na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, pelos herdeiros ou adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639.º). E compreende-se que seja assim, pois enquanto na generalidade dos negócios se trata de proteger o *interesse particular* do próprio menor ou demente, a lei visa no casamento a proteção de *interesses públicos*, os interesses eugénicos, morais e sociais a que fizemos referência.

Outra ideia geral a ter em conta é a seguinte: no casamento, organiza a lei uma averiguação *prévia* da capacidade matrimonial que não tem paralelo nos demais negócios jurídicos. Quanto aos outros negócios a lei estabelece abstratamente as incapacidades e, depois, se algum incapaz conclui determinado negócio, faculta ao interessado a respetiva ação de anulação. Ora não acontece assim com o casamento. Sendo a anulação do casamento sempre um *mal*, a lei procura aqui, não só salvar os efeitos já produzidos dos casamentos invalidamente celebra-

dos¹⁵⁷, como também — e é este aspeto que tem agora interesse para nós — atalhar preventivamente aquele mal, evitando que cheguem a celebrar-se esses casamentos. Era para o conseguir que, na legislação anterior ao Decreto-lei n.º 324/2007, se dava ao projeto de casamento larga publicidade¹⁵⁸, acreditando a lei¹⁵⁹ que, deste modo, as pessoas que tivessem conhecimento de alguma incapacidade viriam denunciá-la e o casamento não se celebraria. E embora a lei tenha sido alterada, e a *publicidade* do processo preliminar de casamento só seja hoje garantida pelo modo previsto no art. 140.º, n.º 2, CRegCiv, continua a poder dizer-se que o empenho da lei está aqui em *evitar*, em *impedir* os casamentos concluídos por incapazes — e que poderiam ser anulados se se celebrassem.

Assim nos surge o conceito de *impedimento* matrimonial.

Impedimentos matrimoniais dizem-se as circunstâncias que, de qualquer modo, *impedem* a celebração do casamento, as circunstâncias verificadas as quais o casamento não pode celebrar-se, sob pena de anulabilidade do ato ou de sanções de outra natureza.

É sob a designação e dentro da técnica dos *impedimentos* que se estudam tradicionalmente as incapacidades matrimoniais. Os impedimentos não são propriamente incapacidades, mas as circunstâncias onde elas se originam. São as *causas* das incapacidades ou das outras proibições legais de concluir matrimónio, sob pena de sanções distintas da anulabilidade e menos severas do que ela. Tais incapacidades e proibições são os efeitos que os impedimentos matrimoniais produzem ainda *antes* de o casamento

¹⁵⁷ O que se consegue através do instituto do *casamento putativo*, que não tem paralelo nos outros negócios jurídicos (*infra*, n.os 132-135).

¹⁵⁸ Cfr. a 3.º ed. do *Curso*, p. 323.

¹⁵⁹ Um pouco ingenuamente, deve reconhecer-se, pois nas condições atuais da vida, sobretudo nas grandes cidades, a publicação de *editais* era completamente inapta para conseguir o seu fim.

se celebrar; *depois* da celebração, os impedimentos determinam a anulabilidade do casamento ou outras sanções: a imposição de um regime particular de administração de bens ao cônjuge que casou infringindo a proibição legal (art. 1649.º), incapacidades de adquirir por sucessão ou doação (art. 1650.º), sanções para o pároco ou para o funcionário que celebrou o casamento (CRegCiv, arts. 296.º, als. *a*) e *b*) do n.º 1, e 297.º, al. *c*)), sanções criminais (CPen, art. 247.º), etc. Estas sanções, de resto, podem acrescer à da anulabilidade do casamento.

Advirta-se, por último, que a apreciação dos impedimentos matrimoniais se reporta naturalmente ao *momento da celebração do casamento*. O princípio, que já resultaria das regras gerais e tem expressão no art. 174.º, n.º 1, als. *d*) e *e*), CRegCiv, assume relevo, designadamente, no que toca aos impedimentos de carácter *temporário*. Assim, p. ex., a demência posterior à celebração do casamento não constitui impedimento matrimonial e não é causa de anulabilidade, nos termos do art. 1631.º, al. *a*); do mesmo modo, a cessação da demência, posteriormente à celebração, não retira aos interessados a possibilidade de anular o casamento nos termos gerais.

Veremos, porém, que neste segundo aspeto o sistema da lei não é muito rígido, pois os impedimentos referidos no art. 174.º, n.º 1, al. *e*), CRegCiv só são fundamento de recusa da transcrição do casamento católico urgente se *ainda subsistirem* à data da decisão do funcionário do registo civil, parecendo que doutrina idêntica deve valer quanto à homologação do casamento civil urgente (*infra*, n.º 123).

106. Classificações dos impedimentos matrimoniais

Dos impedimentos matrimoniais podem fazer-se várias *classificações*.

A mais importante é a que a lei faz nos arts. 1601.º-1602.º e 1604.º, distinguindo entre impedimentos *dirimentes* e *simplesmen-*

*te impediētes*¹⁶⁰. É uma distinção fundamental, pois no primeiro caso é anulável o casamento que for contraído não obstante a existência do impedimento (art. 1631.º, al. *a*)), ao passo que no segundo não o é, só se aplicando outras sanções daquelas a que fizemos referência¹⁶¹.

Classificação diferente é a que distingue entre impedimentos *absolutos* e *relativos*. Os primeiros são verdadeiras incapacidades, filiam-se numa *qualidade* (ou numa deficiência) da pessoa e impedem-na de casar seja com quem for; os segundos são mais propriamente *ilegitimidades*, que se fundam numa *relação* da pessoa de que se trata com outra ou outras e só lhe proíbem o casamento com essa ou essas pessoas. O Código distingue, relativamente aos impedimentos dirimētes, entre os impedimentos absolutos e os relativos, que enumera, respetivamente, nos arts. 1601.º e 1602.º Os impedimentos impediētes absolutos e relativos, porém, estão todos misturados no art. 1604.º

Distingue-se ainda entre impedimentos *dispensáveis* e *não dispensáveis*, sendo, como é evidente, aqueles os que admitem e estes os que não admitem dispensa. *Dispensa* diz-se o ato pelo qual uma autoridade, atendendo às circunstâncias do *caso concreto*, autoriza o casamento nesse caso não obstante a existência de determinado impedimento. Não é esta uma classificação com grande interesse no nosso direito¹⁶², onde só se consideram dispensáveis os impedimentos referidos no art. 1609.º, n.º 1 (parentesco no terceiro grau da linha colateral, e os vínculos de tutela, curatela ou administração legal de bens se as respetivas contas estiverem

¹⁶⁰ Dizemos *simplesmente impediētes* porque todos os impedimentos, por definição, são impediētes. Uns só impedem; os outros impedem e dirimem. Mas, por brevidade de expressão, falaremos doravante em “impedimentos impediētes” para designar os impedimentos simplesmente impediētes.

¹⁶¹ Cfr. também os arts. 160.º, n.º 1, al. *c*), 174.º, n.º 1, al. *d*), e 246.º, n.º 2, CRegCiv.

¹⁶² Não assim no direito canónico, onde há muitos impedimentos dispensáveis (cân. 1078 CICan).

já aprovadas. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a dispensa compete ao conservador do registo civil, que a concederá quando haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento; se algum dos nubentes for menor, o conservador ouvirá, sempre que possível, os pais ou o tutor (n.º 3). O «processo de dispensa de impedimentos» é um dos processos especiais regulados no CRegCiv (arts. 253.º-254.º).

Por fim, aludiremos à distinção entre impedimentos *de direito civil* e *de direito canónico*, cujos termos será desnecessário esclarecer. Recordaremos apenas que, sendo diferentes os dois sistemas de impedimentos, a distinção não apresenta grande interesse no nosso sistema matrimonial, em que os impedimentos ao casamento civil (os dirimentes como os impedientes) são também impedimentos ao casamento católico (art. 1596.º CCiv)¹⁶³.

§ 2.º Impedimentos dirimentes

107. Falta de idade nupcial

A falta de idade nupcial é o primeiro dos impedimentos dirimentes absolutos que a lei refere. O casamento é anulável se algum dos nubentes ainda não tinha atingido ao concluir o matrimónio a *idade nupcial*, ou seja, aquela idade *mínima* que indicia suficiente maturidade física e psíquica e que a lei exige para que se possa celebrar casamento válido.

Pode notar-se que nem a nossa nem a generalidade das legislações fixam para a idade nupcial limite *máximo* (e a lei que o fixasse seria contrária ao art.

¹⁶³ Cfr. *supra*, n.º 81.

36.º, n.º 1, 2.ª parte, da Constituição). O que bem se compreende para o casamento civil, onde a impotência não é impedimento matrimonial. Mas também o direito canónico não estabelece aqui um limite máximo e mesmo isso se compreende. É certo que não se admite aí que o casamento vise apenas o *mutuum adiutorium*; mas, além de que a capacidade sexual pode ir até muito tarde e a fixação de um limite máximo ofereceria dificuldades, a lei canónica terá sido sensível à consideração de que os casamentos de pessoas de idade avançada se destinam quase sempre a legitimar situações já existentes.

Segundo o art. 1601.º, al. *a*), é impedimento dirimente absoluto “a idade inferior a dezasseis anos” seja qual for o sexo do nubente.

Nem sempre foi assim. No CCiv de 1867 (art. 1073.º, n.º 4) a idade nupcial era de 14 e 12 anos, respetivamente para os indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino. O Decreto n.º 1 elevou estas idades para 18 e 16 anos. Depois, o CRegCiv de 1932 — como já certa legislação anterior — veio tornar possível o casamento aos menores com mais de 16 anos (sendo do sexo masculino) ou 14 (sendo do sexo feminino), mas só em hipóteses particulares, quando se tratasse de “casamento de reparação”. Nos termos do art. 294.º, podia o juiz autorizar o casamento às maiores de 14 anos e menores de 16 ocorrendo motivos ponderosos respeitantes à honra da contraente; e o art. 295.º dava idêntica faculdade ao juiz quanto ao casamento dos maiores de 16 e menores de 18 anos nos casos do § 3.º do art. 400.º do Código Penal, ou seja, nos casos de estupro e violação, em que a responsabilidade penal do autor do crime cessava pelo seu casamento com a ofendida. Depois, em 1940, e na ideia de fazer coincidir as idades nupciais do direito civil com as do direito canónico, o Decreto n.º 30 615 veio a fixar a idade núbil em 16 anos (para os nubentes do sexo masculino) e 14 (para os nubentes do sexo feminino), solução que o Código de 1966 manteve (art. 1601.º, al. *a*), na redação anterior à Reforma de 1977).

Foi a Reforma de 1977 que elevou a idade nupcial da mulher de 14 para 16 anos; o relatório do diploma justifica a alteração, não só pelo princípio constitucional da igualdade dos sexos, mas também pela necessidade de obstar a que, por ter casado em idade muito baixa, a mulher visse comprometidas as possibilidades da sua ulterior formação profissional, o que seria fonte de futuras discriminações.

No que se refere à legitimidade para a ação de anulação e respetivos prazos, regem os arts. 1639.º e 1643.º. Têm legitimidade para propor a ação ou prosseguir nela os cônjuges ou qualquer parente

deles na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, bem como os herdeiros e adotantes dos cônjuges e o Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1); o tutor do menor também pode intentar a ação de anulação ou continuá-la (n.º 2).

Quanto aos *prazos*, distingue a lei consoante a ação é proposta pelo próprio menor ou por outras pessoas: no primeiro caso, o menor deve propor a ação até *seis meses* depois de atingir a maioridade; no segundo deve a anulação ser requerida dentro dos *três anos* seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois da maioridade (art. 1643.º, n.º 1, al. *a*)).

Note-se, porém, que a anulabilidade se considera sanada, *convalidando-se* o casamento desde a data da celebração, se antes de transitar em julgado a sentença de anulação o menor *confirmar* o casamento perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de atingir a maioridade (art. 1633.º, n.º 1, al. *a*)).

108. Demência

Nos termos do art. 1601.º, al. *b*), são impedimentos dirimentes absolutos “a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica”.

Importa ter em conta que o conceito jurídico de demência não coincide com o psiquiátrico: demência, para o direito civil, é simplesmente o mesmo que anomalia mental ou psíquica¹⁶⁴. Não se trata, portanto, apenas daquela particular doença mental que se chama “demência” no foro psiquiátrico, mas de qualquer anomalia, quer se projete no domínio da inteligência quer no da vontade, que impeça o indivíduo de reger convenientemente a sua pessoa e os seus bens.

¹⁶⁴ Para maiores desenvolvimentos, FERRER CORREIA e EDUARDO CORREIA, *Fundamento da interdição por demência*, in *RLJ*, ano 86.º, p. 289 s.

As *razões* do impedimento depreendem-se do respetivo regime jurídico, que versaremos adiante. Mas cumpre já advertir que a lei não visa aqui, como na generalidade dos negócios jurídicos, a proteção do interesse *particular* do próprio cônjuge psiquicamente anormal; os interesses que se querem proteger com o impedimento de demência são interesses *públicos*. Pretende-se evitar que as doenças se transmitam para os filhos e defender sob este aspeto a própria sociedade (razão de saúde pública); por outro lado (razão de ordem social), quer a lei evitar que se constituam famílias que não sejam, no corpo social, células sãs e úteis, como decerto não o seriam as famílias em que algum dos cônjuges fosse portador de anomalia psíquica.

É tendo presentes estas razões que importa considerar a *extensão* do impedimento, analisando as várias questões que se colocam.

a) Em primeiro lugar, está bem claro no art. 1601.º, al. b), que o impedimento tanto abrange a demência *de direito*, reconhecida em sentença de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, como a simples demência *de facto*.

O impedimento de *interdição* ou *inabilitação* por anomalia psíquica só existe desde a data do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas a sentença que decreta a interdição ou inabilitação deve fixar, sempre que possível, a *data* do começo da incapacidade, nos termos do art. 901.º, n.º 1, CProcCiv, *presumindo-se* que a incapacidade já existia desde essa data¹⁶⁵. Assim, o casamento que tenha sido celebrado posteriormente à data que a sentença tenha fixado como a do começo da incapacidade poderá ser anulado, com fundamento no art. 1601.º, al. b), sem que o requerente tenha de fazer *prova* da anomalia psíquica invocada.

Não assim no caso de demência *de facto*, em que importará fazer prova, não apenas da *demência*, mas também da *data* em que ela se manifestou. Como decorre das regras gerais, a demência só releva se

¹⁶⁵ Cfr. ANDRADE, *cit.*, p. 91.

já existia à data da celebração do casamento; a demência *posterior* não é impedimento nem pode fundar uma ação de anulação, mas só uma ação de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, nos termos do art. 1781.º, al. *b*), como veremos no lugar apropriado.

Note-se que, tratando-se de demência de facto, requer ainda a lei a *notoriedade* da demência, podendo suscitar-se dúvidas sobre o sentido da exigência formulada. O Código dá uma noção de facto notório no art. 257.º, n.º 2. Se o autor da declaração, por qualquer causa accidental, não era capaz de entender o sentido da declaração ou não tinha o livre exercício da vontade, a declaração pode ser anulada se o facto era notório ou conhecido do declaratório, considerando-se o facto notório “quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”¹⁶⁶. Não cremos porém que a demência, como impedimento matrimonial, tenha de ser *notória* no sentido do art. 257.º, n.º 2, dada a diferente *função* que a exigência da notoriedade desempenha nas duas hipóteses. No caso de incapacidade accidental essa exigência é posta para defender os interesses do declaratório e, reflexamente, os interesses gerais da contratação: a lei permite a anulação do negócio no interesse do incapaz, mas entende que só é razoável permiti-la se o declaratório *sabia* ou *devia saber*, por o facto ser *notório*, da incapacidade da outra parte. Ora não acontece assim no casamento, em que não se trata, de modo nenhum, de ponderar os interesses das duas partes e achar um *ponto de equilíbrio* entre eles: a lei não visa aqui proteger o interesse de uma das partes, mas proteger interesses públicos, os interesses eugénicos e sociais a que fizemos referência. Na perspectiva em que a lei aqui se coloca, e como até se mostra por não se admitir neste caso o *sucedâneo* do art. 257.º, n.º 1, *in fine*, não se vê que interesse teria agora a “notoriedade”

¹⁶⁶ Porque o facto fosse *de per se evidente* ou porque fosse *geralmente conhecido*: cfr., a este respeito, ANDRADE, *cit.*, p. 89.

da demência no sentido do art. 257.º, n.º 2: não se vê que o pedido de anulação do casamento fosse mais ou menos justificado por a demência ser ou não “de per si evidente” ou “geralmente conhecida”, em termos de uma pessoa de normal diligência a poder notar. O que importa à lei é que a demência exista, que ela seja *certa, inequívoca, não duvidosa*, sendo este o sentido que tendemos a dar à “notoriedade” exigida no art. 1601.º, al. *b*).

b) A questão dos intervalos lúcidos, que era discutida na legislação anterior ao Código, está hoje expressamente resolvida na lei (art. 1601.º, al. *b*)), no sentido de que a demência constitui impedimento à celebração do casamento *mesmo durante esses intervalos*. É a solução lógica a partir das razões que justificam o impedimento, razões de ordem eugénica e social que ainda continuam a valer nessa hipótese. De resto, e relativamente à generalidade dos negócios jurídicos, a lei rejeita igualmente a doutrina dos intervalos lúcidos quando tenha sido decretada a interdição ou inabilitação, não admitindo a prova de que o ato do interdito ou inabilitado foi praticado em intervalo de lucidez (cfr. arts. 148.º e 156.º).

Note-se que é este um dos pontos de divergência entre o direito civil e o direito canónico, que não conhece o impedimento de demência e integra o caso na matéria do *consentimento*, considerando válido, em conformidade, o casamento celebrado em intervalo lúcido desde que o facto se prove¹⁶⁷. A razão da divergência estará em que o direito canónico não é tão sensível como o direito civil às aludidas razões de ordem eugénica e social, privilegiando neste aspeto o valor da liberdade matrimonial se o nubente tinha o livre exercício da vontade no momento da prática do ato.

¹⁶⁷ Deve ter-se em conta, porém, que o regime do direito canónico se aproxima hoje na prática do da legislação civil, na medida em que, continuando embora a não admitir o *impedimento* de demência, o Código de 1983 (cân. 1095) considera *incapazes* de contrair matrimónio, por não poderem prestar *consentimento* válido, os que se encontrem em qualquer das três situações aí previstas (*infra*, n.º 137).

c) Por último, há a referir que o art. 1601.º, al. b), haja ou não sentença de interdição ou inabilitação, concebe a demência como um estado *permanente* ou *habitual*, não se abrangendo no preceito, portanto, os casos de demência *acidental* ou, dizendo com mais rigor, os casos de privação acidental, por qualquer causa, das faculdades mentais do nubente. O tratamento destes casos já foi considerado noutra oportunidade¹⁶⁸. Se o nubente, no momento da celebração, não tinha *consciência* do ato que praticava, o casamento é anulável por “falta de vontade” nos termos do art. 1635.º, al. a)¹⁶⁹; mas o regime da anulabilidade é aí muito menos severo do que caberia no caso de demência, só podendo, designadamente, a ação de anulação ser proposta pelo cônjuge cuja vontade faltou (art. 1640.º, n.º 2). E o casamento será válido (cfr. art. 1627.º) se a alteração das faculdades mentais não retirava ao nubente a consciência do ato. Salvo tratando-se de casamento urgente, as hipóteses de incapacidade acidental são todavia dificilmente verificáveis, até porque o art. 297.º, al. d), CRegCiv sujeita à sanção prevista no artigo anterior o funcionário do registo civil que realize o casamento “quando algum dos nubentes reconhecidamente se encontre em estado de não poder manifestar livre e esclarecidamente a sua vontade”.

A ação de anulação com fundamento em impedimento de demência, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica pode ser proposta ou continuada por qualquer dos cônjuges ou pelos seus parentes na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1), assim como pelo tutor ou curador do interdito ou inabilitado (art. 1639.º, n.º 2).

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, n.º 100.

¹⁶⁹ Note-se que o art. 1635.º, al. a), permite a anulação do casamento independentemente do condicionalismo do art. 257.º, importando, nesta medida, uma derrogação significativa das regras do direito comum. Para a justificação da diferença de regime, terão interesse as observações formuladas *supra*, n.º 101 e nota (190).

No que se refere aos *prazos* de propositura da ação, distingue a lei duas hipóteses: sendo a ação proposta pelo próprio demente, deve este intentá-la até *seis meses* depois de lhe ter sido levantada a interdição ou inabilitação ou de a demência ter cessado; se a ação for proposta por outras pessoas, deverá sê-lo dentro dos *três anos* subsequentes à celebração do casamento, mas nunca depois do levantamento da incapacidade ou da cessação da demência (art. 1643.º, n.º 1, al. *a*)).

A lei admite, porém, a *convalidação* do casamento se, antes de transitar em julgado a sentença de anulação, o casamento for confirmado pelo demente, perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de lhe ter sido levantada a interdição ou inabilitação ou, tratando-se de demência notória, depois de ter feito verificar judicialmente o seu estado de sanidade mental (art. 1633.º, n.º 1, al. *b*)).

109. Vínculo matrimonial anterior não dissolvido

O impedimento de *vínculo*, a que se refere a al. *c*) do art. 1601.º, é um dos que se revestem de mais interesse prático. Nos termos da referida disposição, constitui impedimento dirimente absoluto o *casamento anterior não dissolvido*, católico ou civil, ainda que o respetivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil.

Um casamento — naturalmente — que seja *válido*. Claro que o impedimento subsiste ainda que o casamento anterior seja nulo ou anulável, pois a invalidade do casamento não opera *ipso iure* (art. 1632.º); porém, se o primeiro casamento for declarado nulo ou anulado já a validade do segundo não pode ser impugnada, pois tudo se passa — graças à eficácia retroativa da declaração de nulidade ou anulação — como se o primeiro casamento não tivesse sido celebrado. É a solução expressa do art. 1633.º, n.º 1, al. *c*), devendo notar-se ainda que a ação de anulação fundada na existência de casamento anterior não dissolvido não pode ser instaurada, nem prosseguir,

enquanto estiver pendente ação de declaração de nulidade ou anulação do primeiro casamento do bigamo (art. 1643.º, n.º 3).

Visou a lei com este impedimento evitar a *bigamia*, assegurando proteção, no plano civil, ao bem da *unidade* matrimonial, que constitui, como vimos, um dos caracteres essenciais do casamento como estado.

Quem for casado não pode pois contrair matrimónio sem que se ache *dissolvido*, *declarado nulo* ou *anulado* o seu casamento anterior. É indiferente a causa da dissolução: o casamento anterior pode ter-se dissolvido por morte, divórcio ou, tratando-se de casamento católico, dispensa do casamento rato e não consumado.

Não importa que o assento do casamento anterior não esteja lavrado no registo do estado civil, como diz o art. 1601.º, al. c). É doutrina que já vem do CRegCiv de 1958 (art. 158.º, n.º 3), que resolveu no melhor sentido as dúvidas que se suscitavam a este respeito, na legislação anterior, relativamente aos casamentos celebrados no estrangeiro e aos casamentos católicos não transcritos¹⁷⁰.

No que se refere à *morte presumida*¹⁷¹ deve ter-se em conta o preceituado nos arts. 115.º-116.º A morte presumida *não dissolve o casamento* (art. 115.º), como bem se compreende, dado que a respetiva declaração pode ser requerida por qualquer dos interessados a que se refere o art. 100.º (art. 114.º, n.º 1)^{172 173}. Decorrido um ano sobre a data das últimas notícias, o cônjuge do ausente pode todavia pedir o *divórcio* com o fundamento da al. c) do art.

¹⁷⁰ Cfr. a 1.ª ed. do *Curso*, p. 141-2.

¹⁷¹ A declaração de morte presumida pode ser requerida decorridos 10 anos sobre a data das últimas notícias, ou passados 5 anos se entretanto o ausente tiver completado 80 anos de idade (art. 114.º, n.º 1).

¹⁷² Sobre a legitimidade em ação de declaração de morte presumida, cfr. o ac. da Rel. de Lisboa de 30.5.1980, *Col. Jur.* 1980, t. 3, p. 177.

¹⁷³ Em sentido diferente, A. VARELA, *cit.*, p. 171, que considera “menos afortunada” a alteração introduzida no art. 115.º pela Reforma de 1977, sem tomar em conta, porém, a observação formulada no texto.

1781.º. Se não usar desta faculdade, e embora decorram os prazos fixados no art. 114.º, n.º 1, o casamento manter-se-á. Mas a declaração de morte presumida torna-o *dissolúvel*, podendo o cônjuge do ausente contrair novo casamento e dissolvendo-se o primeiro pela celebração do segundo.

Em sentido diferente, A. Varela, *cit.*, p. 235, que entendia que o cônjuge do ausente, celebrando segundas núpcias como o art. 116.º lhe permite, continua *casado* com o seu primeiro cônjuge dado o disposto no artigo anterior, pelo que a Reforma de 1977 teria criado uma situação de *bigamia*. Supomos, porém, que o inciso do art. 115.º, *in fine* (“sem prejuízo do disposto no artigo seguinte”), não permite semelhante interpretação: a declaração de morte presumida *não dissolve o casamento*, nos termos do art. 115.º, mas isto *sem prejuízo da dissolução decorrente da celebração de segundas núpcias*, que o art. 116.º permite ao cônjuge do ausente.

O art. 116.º atribui esta faculdade ao cônjuge do ausente *casado civilmente*, mas a mesma doutrina valerá se o casamento for católico. Trata-se de um lapso da Reforma de 1977, a qual, tendo revogado o n.º 2 do art. 116.º, antiga redação (que aliás já parecia estar revogado pelo art. 36.º, n.º 2, CREP), não teve o cuidado de corrigir em conformidade a redação do n.º 1, que corresponde ao atual art. 116.º Em sentido diferente, A. Varela, *cit.*, p. 236.

Não regressando o ausente, o primeiro casamento considerar-se-á dissolvido por morte; se o ausente regressar ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida (art. 116.º). São, estas últimas, as soluções do Código de 1966, que a Reforma de 1977 manteve apesar das reservas que merecem.

Na verdade, compreende-se mal que o cônjuge do ausente possa celebrar segundo casamento não estando dissolvido o primeiro, assim como parece insólita a conversão *automática e legal* da dissolução por morte em dissolução por divórcio se o ausente regressar ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias (não tão insólita, em todo o caso, como no Código de 1966, em que a ausência sem notícias nem sequer era reconhecida como causa do divórcio). Cremos que o sistema mais *limpo* era ainda o da legislação de 1910: a

declaração de morte presumida não dissolvia o casamento (como parecia resultar das disposições do Código de Seabra), mas o cônjuge do ausente podia requerer o divórcio com fundamento em ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos (art. 4.º, n.º 6.º, da “Lei do Divórcio” de 1910) e, uma vez dissolvido o 1.º casamento por divórcio, celebrar então o 2.º casamento.

Problema que já se tem colocado é o de saber se constituirá impedimento o vínculo matrimonial anterior entre os mesmos cônjuges que pretendam casar de novo um com o outro¹⁷⁴. Aparentemente sem sentido a questão pode revestir interesse, tratando-se, designadamente, de casamento celebrado no estrangeiro e em que demorem ou sejam difíceis de obter os documentos necessários à transcrição: em casos destes, a celebração de segundo casamento entre os cônjuges pode aparecer como o expediente mais prático a utilizar. E não se veem razões para lhes negar essa possibilidade, excluída como está aqui, obviamente, a *bigamia* que o *impedimentum ligaminis* pretende evitar¹⁷⁵.

Note-se que a hipótese visada no texto é apenas a de serem *civis* tanto o 1.º como o 2.º casamento que os cônjuges pretendam celebrar. Os casos de o 1.º casamento ser civil e o 2.º católico ou, inversamente, o 1.º ser católico e o 2.º civil estão expressamente regulados na lei, que permite no primeiro caso (arts. 1589.º, n.º 1, CCiv e 179.º CRegCiv) mas não no segundo (art. 1589, n.º 2, CCiv) o 2.º casamento entre os mesmos cônjuges.

A ação de anulação com fundamento em impedimento de vínculo pode ser intentada pelos cônjuges ou por qualquer parente deles na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges e pelo Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1), e bem assim pelo 1.º cônjuge do bigamo (art. 1639.º, n.º 2), até *seis*

¹⁷⁴ Cfr. o ac. da Rel. de Coimbra de 8.6.1962, *BMJ* n.º 119, p. 485, e a *anotação* de PIRES DE LIMA ao mesmo acórdão, *RLJ*, ano 95.º, p. 285. Cfr. ainda MANSO-PRETO, *Pareceres do Ministério Público* (1964), p. 347.

¹⁷⁵ Claro, porém, que não poderão os cônjuges dar ao 2.º casamento efeitos retroativos com ofensa dos direitos de *terceiros*, acautelados no art. 1670.º, n.º 2.

meses depois da dissolução do casamento (art. 1643.º, n.º 1, al. c))¹⁷⁶. Mas não poderá ser instaurada nem prosseguir estando pendente ação de declaração de nulidade ou anulação do 1.º casamento do bigamo (art. 1643.º, n.º 3), convalidando-se o 2.º casamento se o 1.º vier efetivamente a ser declarado nulo ou anulado (art. 1633.º, n.º 1, al. c)).

110. Parentesco e afinidade

No elenco dos impedimentos dirimentes relativos menciona o Código o *parentesco na linha reta* (art. 1602.º, al. a)) e no *segundo grau da linha colateral* (art. 1602.º, al. c)), assim como a *afinidade na linha reta* (art. 1602.º, al. d)).

São estes os únicos vínculos familiares que constituem impedimentos *dirimentes*¹⁷⁷, devendo ter-se em conta, porém, que o impedimento de parentesco também compreende, no caso de adoção, quer a relação entre adotante e adotado e as relações entre os descendentes do adotado e o adotante ou entre os ascendentes do adotante e o adotado (al. a)), quer as relações entre o adotado e os outros filhos do adotante, se os houver (al. c)), dado o princípio expresso no art. 1986.º

Não se tornará necessário explicitar as *razões* dos impedimentos de parentesco e afinidade, os interesses ou valores que eles defendem. Trata-se fundamentalmente, quanto ao *parentesco* (excluídas, claro está, as relações de adoção), de proteger o valor da proibição do *incesto*, com todas as razões de ordem ética, eugénica

¹⁷⁶ O Ministério Público só pode todavia propor a ação até à dissolução do casamento (art. 1643.º, n.º 2), decerto por se entender que, podendo haver um interesse particular relevante, não haverá porém interesse público em anular um casamento *já dissolvido*.

¹⁷⁷ Ao impedimento *impediente* de parentesco no terceiro grau da linha colateral (art. 1604.º, al. c)) faremos referência no lugar apropriado (*infra*, n.º 115).

e social que fazem dessa proibição “um dos tabus mais profundos da humanidade”¹⁷⁸; no que se refere aos impedimentos de *afinidade* e *adoção*, poderá dizer-se que não valendo agora, obviamente, considerações de ordem eugénica, são aqui decisivas razões de moral familiar, além do respeito devido às convenções sociais, que censurariam fortemente casamentos celebrados entre as pessoas que aqueles impedimentos abrangem.

Note-se que os impedimentos de parentesco e afinidade valem mesmo que a maternidade ou paternidade não se encontre *estabelecida* (art. 1603.º), admitindo a lei que a respetiva prova se faça no processo de impedimento do casamento, nos termos dos arts. 245.º e segs. CRegCiv, ou, se o casamento tiver sido celebrado, em ação de declaração de nulidade ou anulação do casamento¹⁷⁹.

Em qualquer caso, porém, o reconhecimento do parentesco *não produz qualquer outro efeito* e não vale sequer como começo de prova em ação de investigação de maternidade ou paternidade, como diz o art. 1603.º, n.º 1, o que constitui claro desvio à regra da *indivisibilidade* do estado: a lei admite que uma pessoa seja tida como filha de outra *só para o efeito de não poder casar com ela*, atendendo às ponderosas razões que justificam os impedimentos em questão.

Se o impedimento de parentesco não reconhecido for declarado em processo de impedimento de casamento, os interessados poderão limitar-se a impugnar o impedimento declarado, nos termos do art. 247.º CRegCiv. O art. 1603.º, n.º 2, CCiv faculta-lhes ainda, porém, o recurso aos meios ordinários a fim de obterem a declaração de inexistência do impedimento, em ação proposta contra as pessoas que teriam legitimidade para requerer a declaração de nulidade ou

¹⁷⁸ CARBONNIER, *cit.*, 21 éd., p. 446.

¹⁷⁹ A questão era muito discutida antes do Código de 1966, como pode ver-se na 1.ª ed. do *Curso*, p. 127 s.

anulação do casamento (cfr. art. 1639.º, n.º 1) com base no impedimento reconhecido.

O casamento celebrado com impedimento de parentesco na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral, ou de afinidade na linha reta, é *anulável* (art. 1631.º, al. *a*)) podendo a ação de anulação ser intentada pelos cônjuges ou por quaisquer parentes deles na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1), até *seis meses depois da dissolução do casamento* (art. 1643.º, n.º 1, al. *c*)).

Depois da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (“lei do divórcio”), é necessário ter em consideração que a afinidade cessa com a dissolução, por divórcio, do casamento que lhe dá origem; e deste modo cessa o impedimento.

110-a. A relação anterior de responsabilidades parentais

A lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, acrescentou um novo impedimento dirimente relativo que agora figura na al. *b*) do art. 1602.º: *a relação anterior de responsabilidades parentais*. Isto é, o cônjuge de um pai ou mãe, ou unido de facto com estes que, nos termos daquela lei, tenha assumido responsabilidades parentais relativamente ao filho desse pai ou mãe, fica impedido de casar com esse filho.

Se o novo titular de responsabilidades parentais for casado com o pai ou mãe do filho, o impedimento de afinidade na linha reta já seria obstaria ao casamento, como impedimento dirimente (1602.º, al. *d*)); e poderia haver lugar a um impedimento impediante quando o novo titular das responsabilidades parentais fosse “alguém da família” do progenitor (art. 1903.º, n.º 1, al. *b*)) parente no terceiro grau da linha colateral (1604.º, al. *c*)). Mas o regime do novo impedimento tem relevo mesmo nesses casos, designadamente, o impedimento novo não cessa apesar de cessar a afinidade pelo divórcio dos cônjuges; nem pode ser dispensado como o vínculo de parentesco da linha colateral (art. 1609.º, n.º 1, al. *a*)).

Não se trata aqui de um impedimento de parentesco, como é óbvio, e portanto não valem para aqui as razões eugénicas, e da proibição do incesto, que costumam justificar o impedimento de parentesco. Valerão agora outras razões de carácter social. Pode notar-se, porém, que não é o mero vínculo resultante do exercício das responsabilidades parentais que justifica a proibição com o nível de um impedimento dirimente; afinal, a tutela, o apadrinhamento civil, (e a revogada adoção restrita), também supõem um vínculo igual, mas só fundamentam um impedimento impediante, aliás dispensável. Por outro lado, esses outros vínculos destinados ao exercício das responsabilidades parentais deixam de fundamentar a proibição depois de extintos, (respeitadas certas condições quanto à tutela – art. 1608.º); enquanto, pelo contrário, o exercício das responsabilidades parentais previsto na lei n.º 137/2005 continua a fundamentar um impedimento mesmo depois de o filho atingir a maioridade e de se extinguirem, portanto, as responsabilidades parentais. É de crer que estas duas diferenças de regime pretenderam valorizar o estatuto e o desempenho do titular das responsabilidades parentais no contexto da lei, colocando-o ao nível de um pai ou mãe, como um prenúncio para a admissão anunciada da co-adoção e, em geral, da adoção por casais do mesmo sexo; na verdade, o previsível vínculo de adoção será idêntico ao do parentesco – fundamentará um impedimento dirimente, que não é dispensável, nem cessa.

O casamento celebrado com impedimento de relação anterior de responsabilidades parentais é *anulável* (art. 1631.º, al. a)) podendo a ação de anulação ser intentada pelos cônjuges ou por quaisquer parentes deles na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1), até *seis meses depois da dissolução do casamento* (art. 1643.º, n.º 1, al. c)).

111. Condenação por homicídio

Constitui ainda impedimento dirimente relativo a “condenação anterior de um dos nubentes, como autor ou cúmplice, por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro” (art. 1602.º, al. *d*))¹⁸⁰.

Trata-se de uma *sanção* imposta ao autor ou cúmplice do homicídio, embora não consumado, homicídio que a lei *suspeita* tenha sido cometido com intenção de permitir o casamento do agente com o cônjuge da vítima. Note-se, porém, que a lei só exige que o homicídio seja doloso; não requer que tenha sido praticado com uma intenção específica de posterior casamento com o cônjuge da vítima¹⁸¹.

Conforme se depreende do art. 1602.º, al. *d*), o impedimento de condenação por homicídio só existe a partir da data do trânsito em julgado do respetivo *acórdão condenatório*; como se frustraria, porém, o objetivo da lei se a sentença demorasse tempo suficiente para os interessados contraírem casamento, admitiu o Código de 1966 um impedimento *impediente* de *pronúncia*¹⁸² por homicídio, nos termos do art. 1604.º, al. *f*), dando

¹⁸⁰ Pode suscitar dúvidas a conformidade do preceito com o art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, e ainda com o art. 30.º, n.os 4, da Constituição da República - JORGE MIRANDA, *Constituição portuguesa anotada*, t. I, Coimbra, 2005, p. 395.

¹⁸¹ O impedimento tinha fisionomia diversa na legislação anterior ao Código de 1966, onde só se admitia um impedimento de “conjugicídio”, que obstava ao casamento do cônjuge condenado como autor ou cúmplice do crime de homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte com qualquer dos condenados como autores ou cúmplices do mesmo crime (art. 4.º, n.º 5, do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910). Cfr. a 1.ª ed. do *Curso*, p. 138 s. Note-se que o homicídio, consumado ou não, é o único *crime* que constitui impedimento matrimonial no nosso direito, que, designadamente, não conhece o impedimento de *adultério* (cfr., a este respeito, a *RLJ*, ano 44.º, p. 38 s.); aliás, a norma que estabelecesse esse impedimento seria inconstitucional, por violação do art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, CRep (*supra*, n.º 42).

¹⁸² À *pronúncia* deve hoje equiparar-se, se o processo for remetido para julgamento sem ter havido instrução e despacho de pronúncia, o *despacho* a que se refere o art. 312.º, n.º 1, CProcPen: *infra*, n.º 118.

valor prático a uma proibição que, de outro modo, poderia facilmente iludir-se.

Note-se que a condenação por homicídio *negligente* não constitui impedimento, como resulta da letra e do espírito da lei. Mas o impedimento vale mesmo que se trate de homicídio doloso “não consumado” e, portanto, mesmo no caso de *tentativa*.

A ação de anulação com fundamento em impedimento de condenação por homicídio pode ser intentada pelos cônjuges ou por qualquer parente deles na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges e pelo Ministério Público (art. 1639.º, n.º 1), nos *três anos* subsequentes à celebração do casamento (art. 1643.º, n.º 1, al. *b*)).

§ 3.º Impedimentos impedientes

112. Generalidades

Já demos uma noção de impedimentos impedientes — ou simplesmente impedientes, como seria preferível dizer se a expressão não fosse mais incómoda. São circunstâncias que apenas impedem o casamento, mas não o tornam anulável se ele chegar a celebrar-se. Não originam pois verdadeiras *incapacidades*, mas simples *proibições legais* de contrair casamento, sob pena de sanções distintas da anulabilidade e menos severas do que ela.

Se a proibição não resultar da *lei* mas de *negócio jurídico* haverá um simples impedimento de *facto*, o qual, se a respetiva cláusula for válida, poderá obstar praticamente à realização do casamento mas não impedirá juridicamente a sua celebração. Sobre a condição de casar ou não casar aposta em doação ou testamento, cfr. *supra*, n.º 89.

113. Falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores

Nos termos do art. 1604.º, al. *a*), constitui impedimento impeditivo “a falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, quando não suprida pelo conservador do registo civil”¹⁸³.

O impedimento refere-se apenas, claro está, aos menores de 18 anos *mas maiores de 16*; os menores de 16 anos estão feridos de *incapacidade de gozo* em relação ao casamento, constituindo a falta de idade núbil impedimento dirimente e não simplesmente impeditivo, como vimos no lugar apropriado¹⁸⁴.

O regime do consentimento para casamento de menores foi muito modificado pela Reforma de 1977, cuja ideia fundamental foi a de *valorizar* a autorização dos pais ou do tutor em dois aspetos muito importantes. Por um lado, enquanto no direito anterior só constituía impedimento a *oposição* dos pais ou do tutor ao casamento do menor, não se tornando necessária uma expressa autorização para o casamento¹⁸⁵, hoje é a simples *falta de autorização* que constitui impedimento matrimonial, devendo a autorização para o casamento ser expressamente concedida pelas pessoas a quem pertence outorgá-la. Por outro lado, e relativamente ao suprimento da autorização dos pais ou do tutor para o casamento do menor, formulam-se agora exigências mais rigorosas que na legislação anterior para que a autorização possa ser suprida (suprida pelo

¹⁸³ Foi o Decreto-lei n.º 163/95, de 13 de julho, que deferiu ao conservador do registo civil o poder de decisão sobre o pedido de suprimento da autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores; na legislação anterior a decisão pertencia ao tribunal.

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, n.º 107.

¹⁸⁵ Note-se que a lei *presumia*, inclusivamente, que os pais ou o tutor consentiam no casamento do menor, desde que, tendo sido devidamente notificados, não deduzissem oposição ao casamento no prazo legal (art. 185.º, n.º 2, CRegCiv de 1958).

tribunal, antes do Decreto-lei n.º 163/95, e, agora, pelo conservador do registo civil).

A autorização deve ser concedida pelos progenitores que exerçam as responsabilidades parentais, ou pelo tutor¹⁸⁶ (art. 149.º, n.º 1, CRegCiv), antes da celebração do casamento ou no próprio ato da celebração.

Trata-se de um dos casos, ressalvados no art. 1902.º, n.º 1, CCiv, em que a lei exige o consentimento de *ambos* os progenitores, uma exigência que também resulta explicitamente do art. 256.º, n.º 2, CRegCiv; é claro, porém, que se só um deles exercer as responsabilidades parentais, porque, p. ex., o outro está impedido de o exercer (art. 1903.º) ou foi inibido do respetivo exercício (art. 1915.º), só àquele cumpre conceder autorização para o casamento do filho.

No primeiro caso pode ser dada por qualquer das formas previstas no art. 150.º, n.º 1, CRegCiv, em documento que deve identificar o outro nubente e indicar a modalidade de casamento (n.º 2); se o menor já tiver obtido o consentimento dos pais ou do tutor à data da instauração do processo preliminar de casamento, o documento comprovativo da autorização ou do seu suprimento é junto ao processo (art. 149.º, n.º 2).

Não tendo sido prestado o consentimento dos pais ou do tutor até à celebração do casamento, nem tendo sido suprido esse consentimento pelo conservador do registo civil, deve o conservador interpelar para o efeito as pessoas que o devem prestar (art. 155.º, n.º 1, al. *b*)), as quais poderão conceder no próprio ato a autorização exigida, pessoalmente ou através de procurador, o que deve ser mencionado no assento do casamento (arts. 150.º, n.º 3, e 181.º, al. *d*)).

Como dissemos, pode o menor pedir o *suprimento* da autorização para casamento que lhe seja negada pelos pais (ou por um dos pais), em *processo* que segue os termos dos arts. 255.º e segs. CRegCiv.

¹⁸⁶ O menor está obrigatoriamente sujeito a tutela nos casos previstos no art. 1921.º

O pedido de suprimento é formulado em *petição* dirigida ao conservador do registo civil e apresentada em qualquer conservatória (art. 255.º); autuada a petição com os documentos que lhe respeitem, o conservador faz *citar* os pais ou o tutor para *responderem*, no prazo de oito dias (art. 256.º, n.º 1)¹⁸⁷, e, concluída a instrução, decide sobre o pedido, suprimindo a autorização dos pais ou do tutor se verificar que o menor tem suficiente maturidade física e psíquica e há razões ponderosas que justifiquem a celebração do casamento (art. 257.º, n.º 1)¹⁸⁸; a decisão, que é da exclusiva competência do conservador (n.º 2), deve ser notificada aos interessados e dela cabe recurso para o juiz da comarca (n.º 3)¹⁸⁹.

Se o menor contrair casamento sem autorização dos pais ou do tutor ou o respetivo suprimento, não fica plenamente emancipado (cfr. art. 132.º CCiv). Nos termos do art. 1649.º, que o art. 133.º tem o cuidado de ressaltar, continua a ser considerado menor quanto à administração dos bens que tenha levado para o casal ou que lhe advenham por título gratuito até à maioridade, bens cuja administração não é confiada ao outro cônjuge, como o seria segundo as regras gerais (art. 1678.º, n.º 2, al. *f*)), e que se mantêm até à maioridade sob administração dos pais, do tutor ou do administrador legal. Mas dos rendimentos desses bens, que não respondem,

¹⁸⁷ Nos termos do art. 256.º, n.º 2, se o pedido de suprimento tiver sido deduzido apenas relativamente a um dos pais aquele que tiver autorizado o casamento do menor deverá ser ouvido em auto de declarações, sempre que possível.

¹⁸⁸ Não conhecemos decisões nem jurisprudência sobre a matéria (antes do CRegCiv de 1995 a decisão cabia ao juiz). Uma coabitação juvenil de modo algum justifica, só por si, que o conservador defira o pedido de suprimento da autorização dos pais; razão ponderosa, porém não decisiva, é a gravidez da nubente. Sobre estas e outras situações, v. A. VARELA, *cit.*, p. 250.

¹⁸⁹ O art. 330.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código de 1958 dispunha que o tribunal podia “ouvir previamente as partes em audiência, ou determinar a realização de diligências complementares da instrução do processo”; a disposição foi eliminada na norma que lhe corresponde no Código de 1995 (art. 257.º, n.º 1), mas, segundo cremos, apenas porque se terá julgado desnecessária e não porque não se tenham querido conceder iguais poderes ao conservador do registo civil.

em caso algum, pelas dívidas contraídas pelos cônjuges ou por qualquer deles durante a menoridade, serão arbitrados ao menor os alimentos necessários ao seu estado.

114. Prazo internupcial

Outro impedimento impediante é o de *prazo internupcial*^{190 191}.

Nos termos do n.º 1 do art. 1605.º, “o impedimento do prazo internupcial obsta ao casamento daquele cujo matrimónio anterior foi dissolvido, declarado nulo ou anulado, enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação, cento e oitenta ou trezentos dias, conforme se trate de homem ou mulher”.

As razões do prazo internupcial são duas. Trata-se em primeiro lugar de um *tempus lugendi*, de um *luto* de cento e oitenta dias que a lei impõe a ambos os cônjuges para fazer respeitar as convenções sociais; por outro lado, e em relação à mulher, o *maior* prazo internupcial pretende evitar a *turbatio sanguinis*, ou seja, as dúvidas que poderiam suscitar-se sobre a paternidade do filho nascido depois do 2.º casamento. Na verdade, se um 2.º casamento imediato fosse possível o filho que nascesse dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução, declaração de nulidade ou anulação do 1.º casamento seria havido como filho do 1.º e do 2.º marido (art. 1826.º, n.º 1) — filho do 1.º marido por ter sido *concebido* durante o 1.º casamento, filho do 2.º marido por ter *nascido* na constância

¹⁹⁰ Ou *prazo de viduidade* (como também se diz); mas a expressão é incorreta pois os prazos do art. 1605.º não valem só no caso de viuvez, mas também nos de divórcio, declaração de nulidade e anulação do casamento.

¹⁹¹ Note-se que a Reforma de 1977 introduziu várias alterações na matéria, alterações inspiradas por certa legislação que a precedeu e que deve considerar-se revogada pela Reforma na parte correspondente (Decretos-leis n.º 261/75, de 27 de maio, 6/76, de 10 de janeiro, e 561/76, de 17 de julho). Podem ver-se indicações sobre esta legislação em F. PITA, *Legislação anotada sobre o divórcio*, Coimbra, 1976.

do 2.º matrimónio da mãe. E se o filho nascesse decorridos mais de 180 dias sobre a celebração do 2.º casamento as duas presunções valeriam com a mesma força¹⁹². É certo que a lei prevê a possibilidade de semelhante *conflito de presunções de paternidade*, definindo um critério para a respetiva solução (art. 1834.º), mas há interesse em evitar que o conflito surja e a exigência de um prazo internupcial serve esse interesse; poderá dizer-se que, afinal, a ideia da lei não terá sido só a de evitar a *turbatio sanguinis* (pois as dúvidas sobre a paternidade do filho do 2.º casamento sempre se resolveriam através dos critérios legais), mas também a de evitar, por compreensíveis escrúpulos de ordem moral, que a mulher contraísse segundas núpcias estando grávida do 1.º marido.

Já vimos que o prazo internupcial é de 180 ou 300 dias conforme se trate do marido ou da mulher (art. 1605.º, n.º 1). É a *regra* geral, que comporta, porém, as três *exceções* que consideraremos em seguida.

A primeira está prevista no art. 1605.º, n.º 2, 1.ª parte, que permite à mulher contrair novas núpcias decorridos 180 dias sobre a data da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior se fizer prova de que não está grávida¹⁹³ ou tiver tido algum filho depois daquela data.

Ao caso de parto deve equiparar-se o de *aborto* quando o tempo de gestação do feto seja de 22 semanas ou mais e, por isso, deva ser apresentado e depositado em qualquer conservatória do registo civil o respectivo *certificado médico* (art. 209.º CRegCiv), certificado que só é dispensado quando ocorra a

¹⁹² Nascendo o filho dentro dos 180 dias subsequentes à celebração do 2.º casamento, a presunção de paternidade do 2.º marido seria mais frágil, dado que poderia ser impugnada nos termos do art. 1840.º; note-se, porém, que enquanto a presunção não fosse impugnada *prevaleceria*, em caso de colisão, sobre a presunção de paternidade do 1.º marido (art. 1834.º).

¹⁹³ Juntando à declaração para casamento atestado de médico especialista em ginecologia ou obstetrícia comprovativo da não gravidez (art. 15.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro); junto o atestado à declaração, o conservador declara a dispensa de prazo internupcial (do maior prazo internupcial exigido): art. 12.º, n.º 1, al. c), e 3.

interrupção voluntária da gravidez prevista na al. c) do n.º 1 do art. 142.º CPen, bem como, até às 24 semanas da gestação, quando a interrupção da gravidez seja espontânea (art. 209.º-A). Ao depósito do certificado médico de morte fetal são aplicáveis os preceitos relativos ao assento de óbito, com as necessárias adaptações (art. 209.º, n.º 2).

São casos em que deixa de valer a razão de evitar a *turbatio sanguinis*, só ficando de pé a razão de decoro social, que não exige, mesmo em relação à mulher, prazo internupcial superior a 180 dias.

Aos casos previstos no art. 1605.º, n.º 2, 1.ª parte, parece que a lei deveria ter equiparado (pois também não existirá aí o receio de *turbatio sanguinis*) o de se provar que o marido, por qualquer motivo, esteve fisicamente impedido de coabitar com a mulher nos 300 dias que precederam a dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou até o de a mulher, por já ter atingido idade muito avançada, ser seguramente incapaz de gerar; mas compreende-se que se tenha querido evitar as dificuldades de *prova* que se suscitariam nesses casos. Uma hipótese, porém, deveria ter sido equiparada às visadas na lei: a de o casamento ter sido anulado com fundamento em impotência do marido, nos termos do art. 1636.º

Outra exceção é a do art. 1605.º, n.º 2, 2.ª parte. Se os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens¹⁹⁴ e o casamento se dissolveu por morte do marido, pode a mulher celebrar 2.º casamento *decorridos 180 dias sobre a data em que transitou em julgado a sentença de separação*¹⁹⁵ se, da mesma maneira, fizer prova de que não está grávida ou tiver tido algum filho depois dessa data. A lei entende que o decurso de 180 dias sobre a data da separação já satisfaz a aludida razão de decoro social, e que,

¹⁹⁴ O preceito só refere a separação judicial, única que existia ao tempo; mas claro que vale do mesmo modo para a separação por mútuo consentimento “administrativa”, decidida pelo conservador do registo civil; ainda que o art. 1794.º continue a referir-se apenas à separação “judicial”.

¹⁹⁵ Ou a decisão do conservador do registo civil, que transita quando não seja suscetível de recurso ou reclamação (art. 628.º CProcCiv) ou, tendo havido recurso para o Tribunal da Relação (art. 274.º, n.º 1, CRegCiv), quando a respetiva decisão transite em julgado.

afastado como está o receio de *turbatio sanguinis*, não haverá razões para impedir a mulher de celebrar 2.º casamento se o 1.º entretanto se dissolver. O prazo internupcial torna-se assim mais curto, havendo que deduzir dos 180 dias o tempo decorrido entre a data da separação e a do falecimento do marido. Assim, p. ex., se o marido faleceu dois meses depois de ter transitado em julgado a sentença que decretou a separação judicial de pessoas e bens, o prazo *internupcial*, ou seja, o prazo que deve *mediar* entre a dissolução do 1.º casamento e a celebração de um 2.º casamento, fica reduzido a quatro meses apenas.

Não prevê a lei o caso de o casamento se dissolver por *morte da mulher*, mas cremos que o princípio se lhe aplica *mutatis mutandis*, devendo deduzir-se dos 180 dias de prazo internupcial, que a lei em princípio impõe ao marido, o tempo decorrido entre a data do trânsito em julgado da sentença de separação e a do falecimento da mulher. É a solução que, além do mais, melhor corresponde ao art. 1605.º, n.º 5, sendo certo que a lei não impõe ao marido qualquer prazo internupcial se à data da morte da mulher já tinham decorrido 180 dias sobre o trânsito em julgado da sentença de separação.

Finalmente, há a considerar os casos em que o 2.º casamento se pode celebrar imediatamente após a dissolução, declaração de nulidade ou anulação do 1.º, *não havendo, pois, prazo internupcial*. São os casos em que a coabitação já cessara entre os cônjuges quando o casamento se dissolveu, como acontece se, tendo-se dissolvido o casamento por morte, os cônjuges estavam separados de pessoas e bens e os prazos do art. 1605.º, n.º 1, já tinham decorrido desde a data em que a separação fora decretada por sentença transitada em julgado (art. 1605.º, n.º 5)¹⁹⁶; se, tendo-se dissolvido o casamento por divórcio, a sentença fixou a data em que cessou a coabitação dos cônjuges e os prazos do art. 1605.º, n.º 1, já haviam decorrido

¹⁹⁶ Ou em que a separação por mútuo consentimento fora decretada por decisão do conservador do registo civil (cfr. nota anterior).

desde essa data (art. 1605.º, n.º 4, 1.ª parte); ou ainda se houve divórcio por *conversão* e os prazos do art. 1605.º, n.º 1, já tinham decorrido (cfr. art. 1795.º-D) desde a data em que transitou em julgado a sentença que decretou a separação (art. 1605.º, n.º 4, 2.ª parte). Trata-se de casos em que, dada a cessação da coabitação dos cônjuges, não valem nem uma nem outra das referidas razões que justificam o prazo internupcial, e em que não teria sentido, portanto, que a lei exigisse o decurso desse prazo.

Vejamos agora *a partir de que data se conta o prazo internupcial*, matéria regulada no art. 1605.º, n.º 3, e em que cumpre distinguir entre os vários modos de extinção da relação matrimonial previstos no art. 1605.º: dissolução, declaração de nulidade e anulação do casamento.

O caso de dissolução por *morte* não suscita dificuldades: o prazo conta-se a partir da data do óbito, como é óbvio. Tendo havido *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges*, há que distinguir conforme a sentença tenha fixado ou não a data em que cessou a coabitação dos cônjuges. No primeiro caso já vimos que não há prazo internupcial, desde que os prazos do art. 1605.º, n.º 1, já tenham decorrido desde a data que a sentença fixou como a da cessação da coabitação. Caso a sentença não tenha fixado qualquer data o prazo internupcial corre a partir da data do trânsito em julgado da sentença de divórcio, parecendo que o mesmo princípio vale tratando-se de *divórcio por mútuo consentimento* (art. 1605.º, n.º 3), embora, como já tivemos ensejo de escrever¹⁹⁷ as soluções não se afigurem muito coerentes com o preceituado no art. 1829.º, n.º 2.

Considerando-se finda a coabitação na data da citação do réu, se se trata de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e a sentença não fixou a data em que a coabitação cessou, ou na data da conferência, tratando-se de divórcio por mútuo consentimento, mal se compreende, à luz das razões que justificam o

¹⁹⁷ *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil*, in “Reforma do Código Civil” (1981), p. 47.

prazo internupcial, que o prazo só corra nessas hipóteses a partir do trânsito em julgado da sentença e não das datas em que a coabitação se considera finda em face do art. 1829.º, n.º 2. Note-se que, tratando-se de divórcio por mútuo consentimento, a prática seguida nas conservatórias parece ser a de contar o prazo internupcial a partir da data da conferência, conforme a orientação do despacho ministerial (aliás de duvidosa legalidade — cfr. art. 1789.º) de 4.8.1981¹⁹⁸.

Havendo dissolução do casamento católico por *dispensa do casamento rato e não consumado*, o prazo conta-se a partir do registo da decisão proferida pelas autoridades eclesiásticas, nos termos do art. 1605.º, n.º 3, que aplica o mesmo princípio ao caso de *declaração de nulidade* do casamento católico, correndo o prazo internupcial, neste caso, desde a data do registo da sentença do tribunal eclesiástico competente¹⁹⁹. Por último, no caso de *anulação* do casamento civil o prazo conta-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença (art. 1605.º, n.º 3).

Note-se, finalmente, que aquele que contrair novo casamento sem respeitar o prazo internupcial perde todos os bens que tenha recebido por doação ou testamento do seu primeiro cônjuge (art. 1650.º, n.º 1), sendo esta a única *sanção* que a lei comina para a infração do disposto na al. b) do art. 1604.º

115. Parentesco no 3.º grau da linha colateral

Também é impedimento impediante “o parentesco no terceiro grau da linha colateral” (art. 1604.º, al. c)), não podendo casar, portanto, os tios com as sobrinhas nem as tias com os sobrinhos.

¹⁹⁸ A. A. ALVES e M. A. PEREIRA, *Código do Registo Civil anotado*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1982, p. 234.

¹⁹⁹ O registo da decisão proferida pelas autoridades eclesiásticas, tanto no caso de dissolução por dispensa como no de declaração de nulidade, é feito por *averbamento* ao assento de casamento (art. 70.º, n.º 1, al. b), CRegCiv) e aos assentos de nascimento (art. 69.º, n.º 1, al. a)).

O impedimento é todavia *dispensável* (art. 1609.º, n.º 1, al. *a*)), competindo a dispensa ao conservador do registo civil (n.º 2).

O processo de dispensa de impedimentos segue os termos dos arts. 253.º-254.º CRegCiv, podendo ser instaurado em qualquer conservatória do registo civil (art. 253.º, n.º 1). Na petição, dirigida ao conservador, os interessados devem justificar os motivos da pretensão (art. 253.º, n.º 2). Organizado e instruído o processo, o conservador profere decisão fundamentada sobre a concessão ou denegação da dispensa (art. 254.º, n.º 1); se algum dos nubentes for menor, são ouvidos os pais, ou o tutor, sempre que possível (n.º 2). A decisão do conservador é notificada aos interessados e dela cabe recurso para o juiz da comarca (n.º 4).

Se não houver dispensa e o casamento se celebrar, o art. 1650.º, n.º 2, CCiv comina a *sanção* aplicável: o tio ou tia não poderá receber qualquer benefício por doação ou testamento do seu consorte.

116. Tutela, curatela e administração legal de bens

Nos termos dos arts. 1604.º, al. *d*), e 1608.º, é ainda impedimento impediante o vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens enquanto não tiver decorrido um ano sobre o termo da incapacidade e não estiverem aprovadas as respectivas contas, se houver lugar a elas.

O art. 1608.º demarca a *extensão* do impedimento, que atinge, não só o tutor, curador ou administrador, mas também os seus parentes ou afins na linha recta, irmãos, cunhados e sobrinhos.

As *razões* do impedimento depreendem-se do condicionalismo exigido para que seja possível o casamento do tutor, curador ou administrador legal de bens — ou seu descendente, ascendente, afim na linha recta, irmão, cunhado ou sobrinho — com o incapaz. São duas essas razões. Por um lado, quer a lei evitar que o

tutor, curador ou administrador se exima, através do casamento, ao cumprimento da obrigação de prestar contas — por isso exige que as contas tenham sido prestadas e aprovadas. Por outro lado, a lei como que receia que seja menos livre o consentimento do incapaz para o casamento, dado o ascendente que o tutor, curador ou administrador ainda mantenha sobre ele — por isso exige que tenha corrido um ano completo sobre a data da cessação da tutela, curatela ou administração legal de bens, pensando que só então aquele ascendente cessará.

O impedimento é *dispensável* desde que estejam aprovadas as contas (art. 1609.º, n.º 1, al. *b*)²⁰⁰, em processo de dispensa de impedimentos (CRegCiv, arts. 253.º-254.º) cujos termos já tivemos oportunidade de descrever²⁰¹.

A *sanção* legal para a violação do impedimento de tutela, curatela ou administração legal de bens é a mesma que referimos no n.º anterior: a incapacidade, para o tutor, curador, administrador e seus familiares de receber qualquer benefício por doação ou testamento do consorte (art. 1650.º, n.º 2).

117. Vínculo de adoção restrita

A adoção restrita era igualmente impedimento impediante, obstando ao casamento do adotante ou seus parentes na linha reta com o adotado ou seus descendentes; do adotado com o que foi cônjuge do adotante; do adotante com o que foi cônjuge do adotado; dos filhos adotivos da mesma pessoa, entre si.

Tratava-se de impedimento suscetível de dispensa, que o conservador do registo civil pode conceder em processo de dispensa de impedimentos nos termos dos arts. 253.º-254.º CRegCiv, que já estudámos.

²⁰⁰ Isto quer dizer que, das duas razões que mencionámos no texto, a primeira (a de evitar que o tutor se exima a prestar contas) é a razão principal, sendo a outra (a de assegurar um consentimento livre do tutelado) uma razão secundária.

²⁰¹ Cfr. *supra*, n.º 115.

No que se refere à sanção aplicável, valia ainda o art. 1650.º, n.º 2, CCiv; o adotante, e bem assim o seu cônjuge e os seus parentes na linha reta, não poderiam receber qualquer benefício por doação ou testamento do consorte.

A adoção restrita foi eliminada pelo art. 9.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

117-a. Vínculo de apadrinhamento civil

A lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, criou a figura do apadrinhamento civil e determinou que esta relação constitui “impedimento impediente à celebração do casamento entre padrinhos e afilhados” (art. 22.º, n.º 1).

O impedimento vigora apenas relativamente ao casamento entre algum dos padrinhos e o afilhado; não é extensivo a outros familiares deles, ao contrário do regime do impedimento de tutela e do regime que valia para o impedimento de adoção restrita (arts. 1607.º e 1608.º revogado). A esta diferença não deve ter sido estranha a tendência para confinar a regulação legal à esfera jurídica dos interessados diretos, desprezando os eventuais reflexos na esfera jurídica de terceiros, ainda que próximos. Esta tendência inscreve-se, afinal, na ideia de que o próprio casamento é “assunto exclusivo dos amantes”, com prejuízo dos seus impactos sociais, que justificavam outrora uma intervenção mais alargada do Estado²⁰².

Também é claro que o impedimento é dispensável pelo conservador do registo civil, sempre que haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento, ouvindo, sempre que possível, quando um dos nubentes for menor, os pais (art. 22.º, n.º 2, em linha com a regra geral do art. 1609.º, n.ºs 2 e 3). Não se

²⁰² Cfr. *supra*, Introdução, n.º 39.

estranha a possibilidade de dispensa, pois esta faculdade também foi prevista para os impedimentos resultantes do vínculo de tutela e de adoção restrita (hoje eliminada).

A desconsideração do impedimento e a celebração do casamento importam, para o padrinho ou a madrinha, a incapacidade para receber qualquer benefício por doação ou testamento, do seu ex-afilhado, agora cônjuge (art. 22.º, n.º 3, também em linha com a regra geral do art. 1650.º, n.º 2).

118. Pronúncia por homicídio

Conforme vimos atrás, é necessário que o agente tenha sido *condenado* por acórdão condenatório transitado em julgado para que funcione o impedimento *dirimente* da al. *d*) do art. 1602.º; e como o objetivo da lei poderia frustrar-se se não se impedisse o casamento celebrado antes da sentença o Código de 1966 estabeleceu um impedimento *impediente* a partir da data da *pronúncia* do nubente pelo respetivo crime, impedimento que se manterá “enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado” (art. 1604.º, al. *f*)²⁰³.

No ponto em que se refere ao despacho de pronúncia, o preceito deve porém ser adaptado às modificações entretanto ocorridas no nosso processo penal. A abertura da instrução é hoje facultativa (art. 286.º, n.º 2, CProcPen), e só no termo do debate instrutório o juiz profere despacho de pronúncia, se for o caso (art. 307.º, n.º 1); se o processo for remetido para julgamento sem ter havido instrução e despacho de pronúncia, parece que deve considerar-se relevante para este efeito, equiparando-o ao despacho de pronúncia, o des-

²⁰³ Note-se que a lei não prevê qualquer *sanção* para o caso de o casamento se celebrar.

pacho do juiz que, confirmando ou consolidando a *acusação*, marca dia para a audiência, nos termos do art. 312.º, n.º 1, CProcPen.

Secção II. Formalidades do casamento

119. Generalidades

Já dissemos que o casamento é um negócio formal ou solene²⁰⁴.

Sabemos quais são as vantagens e os inconvenientes do formalismo negocial. A exigência de uma forma para o negócio defende as partes contra a sua leviandade ou precipitação; obtém-se, assim, uma clara e completa expressão da vontade; marca-se a separação entre as simples negociações e os termos definitivos do negócio; enfim, facilita-se a prova da declaração negocial fugindo aos perigos da prova testemunhal, cuja extrema falibilidade é bem conhecida. Todavia a forma embaraça a conclusão válida dos negócios jurídicos, pelas delongas a que obriga e pelos incómodos e despesas que acarreta; e pode dar lugar a injustiças, por não ficar válido o negócio que as partes concluíram mas a que deixaram de dar a forma legal²⁰⁵.

Serão aquelas e estes, também, no essencial, as vantagens e os inconvenientes da forma que a lei exige para o casamento. Sobretudo a lei terá querido — em ato de tanta responsabilidade e transcendência como o casamento é — defender as partes contra a sua precipitação, aqui especialmente perigosa, e ainda facilitar a prova do ato, uma prova que poderia ser difícil se o casamento fosse, como foi, durante séculos, um negócio consensual.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, n.º 86.

²⁰⁵ Cfr. ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, p. 143-5, donde são extraídas as formulações do texto.

Estas razões não explicam, todavia, a particular natureza que reveste a forma exigida para o ato matrimonial, e que não consiste (como nos outros negócios) num *documento* escrito a que sejam reduzidas as declarações dos nubentes, mas numa *cerimónia*, na cerimónia da celebração do casamento. O matrimónio é, na realidade, um negócio *solene* — não apenas no sentido jurídico, mas até no sentido vulgar da palavra. A celebração do casamento é *solene, cerimoniosa*. E as razões por que o é, já não são aquelas. A cerimónia civil — é uma primeira razão — terá sido imitada da cerimónia religiosa, um pouco na ideia de que o funcionário do Estado teria, na celebração do casamento civil, uma função semelhante à que tem o ministro da Igreja na celebração do casamento católico²⁰⁶. A cerimónia da celebração servirá ainda — e é esta uma segunda razão — para vincar no ânimo dos nubentes a importância e a seriedade do ato, para gravar profundamente neles a ideia de que se trata de um passo decisivo e transcendente nas suas vidas.

No estudo das formalidades do casamento costuma distinguir-se entre as formalidades preliminares, as formalidades da celebração propriamente dita e o registo do casamento, matérias que vamos expor nos três números seguintes. Teremos em vista, em primeiro lugar, a hipótese normal de os nubentes serem portugueses e o casamento se celebrar no país, e consideraremos o caso particular dos casamentos urgentes; referir-nos-emos depois aos casamentos de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal, que estão sujeitos em vários aspectos a regime diverso; e, por último, faremos alusão ao formalismo dos casamentos civis celebrados sob forma religiosa, regulados na Lei n.º 16/2001, de 22 de junho, e nas disposições introduzidas no Código do Registo Civil pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro.

²⁰⁶ Contra esta tendência (para fazer do casamento civil um ato “religioso”) reagiu o CRegCiv de 1958 (*supra*, n.º 86). Sobre o regime anterior, cfr. a 1.ª ed. do *Curso*, p. 168 e nota (3).

120. Processo preliminar de casamento.

Incidentes do processo

As formalidades a cumprir antes da celebração são várias e constituem um encadeamento de atos, um “processo” — o *processo preliminar de casamento*, para o qual qualquer conservatória do registo civil tem competência (art. 134.º CRegCiv).

O funcionário que celebrar o casamento sem prévia organização do processo incorre em responsabilidade civil e criminal, nos termos dos arts. 294.º e 297.º, al. *b*), CRegCiv. Mas o casamento não é inválido só por isso, apenas havendo que organizar depois da celebração o respetivo processo.

A primeira peça do processo preliminar de casamento é a *declaração* prevista no art. 135.º Quem pretenda contrair casamento deve *declará-lo* pessoalmente ou por intermédio de procurador²⁰⁷ numa conservatória do registo civil e *requerer* a instauração do processo de casamento.

Como dispõe o art. 135.º, n.º 5, CRegCiv, os nubentes podem *cumular* com o pedido de instauração do processo de casamento o pedido de dispensa de impedimentos (art. 253.º), o de autorização para o casamento de menor (art. 255.º) ou o de suprimento de certidão de registo (art. 266.º).

A declaração para casamento deve constar de documento com aposição do nome do funcionário do registo civil ou de documento assinado pelos nubentes e apresentado pessoalmente, pelo correio ou por via eletrónica, nos termos do art. 136.º, n.º 1, CRegCiv. A declaração deve conter os elementos referidos nas várias alíneas do art. 136.º, n.º 2, e estar instruída com os documentos mencionados nas als. *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 137.º.

²⁰⁷ Note-se que *ambos* os nubentes se podem fazer representar por procurador na declaração para casamento (art. 135.º, n.º 1); na própria celebração é que isso não é possível.

Entre aqueles elementos contam-se a modalidade de casamento que os nubentes pretendem contrair e a conservatória ou paróquia em que deve ser celebrado e, no caso de casamento civil sob forma religiosa, a indicação do ministro do culto credenciado para o ato (al. g)), e a menção de o casamento ser celebrado com ou sem convenção antenupcial, salvo se o regime de bens for imperativo, em que apenas se refere a existência da convenção quando esta tenha sido outorgada (al. b)). No caso de novas núpcias de algum dos nubentes, a declaração deve conter as menções constantes da al. d) do n.º 2 do art. 136.º; quanto à prova a fazer, nesse caso, da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior, rege o art. 139.º

Se, por ocorrer alguma das circunstâncias mencionadas no art. 266.º CRegCiv, não for possível obter com a brevidade normal certidão do registo de nascimento, ou ainda certidão de óbito do cônjuge anterior ou de algum dos pais do nubente menor (art. 270.º, n.º 1, al. b)), pode ser requerida a instauração de *processo de suprimento da certidão de registo*, para a passagem de *certificado de notoriedade* que a substitua, nos termos dos arts. 266.º e segs. (art. 137.º, n.º 5).

Na sequência da declaração inicial é imediata e oficiosamente consultada a base de dados do registo civil, sendo integrados na base de dados os documentos que se mostrem necessários para comprovar os factos referidos nas als. a), b) e c) do n.º 4 do art. 137.º

Na legislação anterior ao Decreto-lei n.º 324/2007, a publicidade do processo preliminar de casamento era assegurada através da afixação de editais²⁰⁸, mas a nova legislação suprimiu essa formalidade. O processo preliminar de casamento é *público*, na parte que respeita à declaração dos elementos previstos nas als. a), b), c) e g) do n.º 2 do art. 136.º (art. 140.º, n.º 1)²⁰⁹; mas a publicidade do processo é agora garantida apenas pelo direito à obtenção de cópia, certificada ou com mero valor de informação, da parte da declaração para casamento que contém os elementos previstos no art. 140.º, n.º 1 (art. 140.º, n.º 2).

²⁰⁸ Cfr. o art. 140.º CRegCiv, antiga redação. Por essa razão, a lei falava em “processo preliminar de publicações”, expressão que deixou de ser utilizada, para designar o processo preliminar de casamento.

²⁰⁹ O art. 140.º, n.º 1, ressalva, porém, o disposto no art. 143.º, n.º 3, segundo o qual, no caso de nubente adotado plenamente, o conservador averigua, sem *publicidade*, da existência de impedimentos resultantes da filiação natural.

Nos termos do art. 143.º, compete ao conservador verificar a identidade e capacidade matrimonial dos nubentes, podendo colher informações junto de autoridades, exigir prova testemunhal e documental complementar e convocar os nubentes ou os seus representantes legais quando tal se mostre necessário.

Feitas todas as diligências, deve o conservador, no prazo de um dia a contar da última diligência efetuada, proferir *despacho* a autorizar os nubentes a celebrar o casamento ou a mandar arquivar o processo, despacho em que devem ser identificados os nubentes, feita referência à existência ou inexistência de impedimentos ao casamento e apreciada a capacidade matrimonial dos nubentes (art. 144.º, n.º 1). O despacho desfavorável à celebração do casamento é notificado aos nubentes, que dele podem recorrer nos oito dias seguintes à data da notificação (arts. 144.º, n.º 4, e 292.º).

O processo preliminar de casamento termina com o despacho previsto no art. 144.º, n.º 1, mas há necessidade de considerar algumas hipóteses particulares que podem verificar-se e não como que *incidentes* do processo.

a) Em primeiro lugar, se os nubentes, na declaração inicial ou posteriormente, tiverem manifestado a intenção de celebrar casamento católico ou casamento civil sob forma religiosa, o conservador deve passar, dentro do prazo de um dia a contar da data do despacho ou daquela em que os nubentes se tenham manifestado nesse sentido, um *certificado* em que declare que os nubentes podem contrair casamento (art. 146.º, n.ºs 1 e 2), certificado que deve remeter, oficiosamente e sempre que possível por via eletrónica, ao pároco competente ou ao ministro do culto indicado pelos nubentes (n.ºs 3 e 4).

b) Em segundo lugar, pode tornar-se necessário obter *dispensa* dos impedimentos impeditivos que, nos termos da lei civil, podem

ser dispensados (CCiv, art. 1609.º)²¹⁰. O *processo de dispensa de impedimentos* está regulado nos arts. 253.º-254.º CRegCiv. A concessão da dispensa pode ser requerida em qualquer conservatória do registo civil (art. 253.º, n.º 1). Os interessados devem expor os motivos que justificam a pretensão; organizado e instruído o processo, o conservador profere decisão fundamentada sobre a concessão ou denegação da dispensa. A decisão é notificada aos interessados e dela cabe recurso para o juiz da comarca.

c) Em terceiro lugar, podem ser denunciados *impedimentos*, sendo este o mais importante incidente do processo preliminar.

A existência de impedimentos pode ser *declarada* por qualquer pessoa até ao momento da celebração, sendo a declaração obrigatória para o Ministério Público e para os funcionários do registo civil logo que tenham conhecimento do impedimento (artes. 1611.º, n.ºs 1 e 2, CCiv e 142.º, n.º 1, CRegCiv); feita a declaração, ou se a existência de impedimento chegar por qualquer forma ao conhecimento do conservador, este deve fazê-lo constar do processo de casamento, cujo andamento é suspenso até que o impedimento cesse, seja dispensado ou julgado improcedente por decisão judicial (arts. 1611.º, n.º 3, CCiv e 142.º, n.ºs 2 e 3, CRegCiv).

O *processo de impedimento do casamento* está regulado no CRegCiv, arts. 245.º-252.º Em face da declaração de impedimento, apresentada e instruída nos termos dos arts. 245.º e 246.º²¹¹, o conservador faz citar os nubentes para, no prazo de 20 dias, impugnam o impedimento sob cominação de este se ter por confessado (art. 247.º, n.º 1). Se os nubentes não impugnarem o impedimento dentro do prazo ou confessarem a sua existência, o conservador

²¹⁰ Sobre a “dispensa” de impedimentos, cfr. *supra*, n.º 106.

²¹¹ Mas o conservador, independentemente da prova oferecida, deve indagar pelos meios ao seu alcance da veracidade da declaração quando o impedimento declarado for *dirimente* (art. 246.º, n.º 2).

profere despacho a considerar o impedimento procedente e manda arquivar o processo de casamento (art. 248.º). Havendo impugnação, deve remeter o processo no prazo de dois dias ao juiz da comarca (art. 249.º), o qual, se os documentos juntos o habilitarem a decidir, profere sentença nos dois dias seguintes à conclusão do processo (art. 250.º, n.º 1). Se os documentos juntos não o habilitarem a decidir, o juiz faz baixar o processo à conservatória para ser instruído com a inquirição de testemunhas e a produção das restantes provas oferecidas pelas partes; terminada a instrução, o processo regressa ao juiz para decisão final, que deve ser proferida nos dois dias seguintes (art. 250.º, n.º 2). Da sentença há recurso para a Relação (art. 251.º, n.º 1).

O declarante que *decair* é condenado no pagamento da respetiva taxa de justiça (art. 252.º, n.º 1); o n.º 2 dispõe que “quem dolosamente declarar impedimento sem fundamento responde pelos danos causados e fica sujeito à pena do crime de falsas declarações”, mas o preceito exige alguns esclarecimentos. O art. 323.º do CRegCiv de 1958 aplicava ao declarante que tivesse procedido com dolo “as penalidades do crime de falsidade”, remetendo assim para o disposto no art. 242.º CPen de 1886. A Lei n.º 3/95, de 20 de fevereiro, autorizou o Governo a aprovar um novo CRegCiv e a tipificar no novo Código, “como crime de falsas declarações, a declaração de impedimento do casamento sem fundamento, prestada dolosamente”; e, em conformidade, o art. 252.º, n.º 2, do CRegCiv de 1995 sujeitou quem dolosamente declarasse impedimento sem fundamento “à pena do crime de falsas declarações”, remetendo para o art. 402.º do CPen de 1982 (“Falso testemunho, falsas declarações, perícia, interpretação ou tradução”), que punia com prisão de 3 meses a 3 anos ou multa até 100 dias quem fizesse declaração falsa perante funcionário competente para a receber. A Revisão de 1997 do CRegCiv manteve inalterado o art. 252.º, n.º 2, sem se dar conta de que não há hoje um “crime de falsas declarações” (a epígrafe do art. 360.º CPen, correspondente ao art. 402.º da versão inicial do Código, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, é agora “Falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução”); mas isso não prejudica o entendimento de que o art. 252.º, n.º 2, CRegCiv remete para o art. 360.º, n.º 1, CPen, punindo quem dolosamente declare impedimento sem fundamento com a pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias, salvo se o facto for praticado depois de o agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências penais a que se expunha, pois nesse caso é punido com pena de prisão até 5 anos ou de multa até 600 dias (art. 360.º, n.º 3).

121. Celebração do casamento

Se o despacho final for favorável, o casamento deverá celebrar-se dentro dos seis meses seguintes (arts. 1614.º CCiv e 145.º, n.º 1, CRegCiv). O processo pode ser revalidado se o casamento não for celebrado nesse prazo, mediante a junção dos documentos que tenham excedido o prazo de validade (art. 145.º, n.ºs 2 e 3, CRegCiv); mas a revalidação do processo só pode ter lugar dentro do prazo de um ano contado da data do despacho final (n.º 4).

O dia, a hora e o local da celebração do casamento²¹² são acordados entre os nubentes e o conservador (art. 153.º).

Em face do art. 22.º, n.º 6, do Regulamento dos Serviços dos Registos e do Notariado (Decreto Regulamentar n.º 55/80, de 8 de outubro), o conservador só era obrigado a celebrar o casamento fora das horas regulamentares, ao sábado, domingo ou dia feriado, quando se tratasse de casamento *in articulo mortis*; o Decreto-lei n.º 236/2001, de 30 de agosto, veio permitir, porém, que o casamento seja celebrado fora do horário de funcionamento dos serviços e aos sábados, domingos e feriados, nas conservatórias ou em qualquer outro lugar a que o público tenha acesso, quando o ato for expressamente solicitado e acordado com os nubentes (art. 1.º). A competência para a celebração de casamento nos termos previstos neste artigo é atribuída a qualquer conservador dos registos, por acordo com os nubentes; na falta de acordo, é competente o conservador do registo civil da conservatória da área de celebração do casamento (art. 2.º, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 324/2007). Quando não haja disponibilidade ou possibilidade por parte dos conservadores referidos, devem estes designar o respetivo substituto para esse efeito, de acordo com a ordem de preferência estabelecida no n.º 1 do art. 3.º (igualmente na redação do Decreto-lei n.º 324/2007, retificada pela Declaração de Rectificação n.º 107/2007, de 27 de novembro).

Qualquer conservador do registo civil é competente para a celebração do casamento, independentemente da freguesia e do concelho onde aquele deva ser celebrado (art. 153.º, n.º 2). No ato da celebração devem estar presentes ambos os nubentes, ou um deles

²¹² O casamento pode não se celebrar na conservatória mas em *casa*, nos termos gerais do art. 57.º CRegCiv.

e o procurador do outro²¹³, e o conservador²¹⁴; é ainda obrigatória a presença de duas testemunhas quando a identidade de qualquer dos nubentes ou do procurador não possa ser verificada por uma das formas previstas nas als. *a)*, *b)* e *c)* do n.º 3 do art. 154.^{o215}.

O casamento celebrado sem a presença de testemunhas, quando exigida, é anulável (art. 1631.^o, al. *c)*, CCiv), mas a ação de anulação só pode ser proposta pelo Ministério Público (art. 1642.^o) dentro do ano posterior à celebração do casamento (art. 1646.^o), considerando-se sanada a anulabilidade, e válido o casamento desde o momento da celebração, se, antes de transitar em julgado a sentença de anulação, o conservador, não havendo dúvidas sobre a celebração do ato, reconhecer a falta das testemunhas como devida a circunstâncias atendíveis (art. 1633.^o, n.º 1, al. *d)*, CCiv). O *processo de sanção da anulabilidade do casamento por falta de testemunhas* está regulado nos arts. 258.^o-259.^o CRegCiv.

A cerimónia da celebração, que é pública, está regulada no art. 155.^o CRegCiv. O conservador anuncia que vai ter lugar a celebração do casamento e lê, da declaração inicial, os elementos relativos à identificação dos nubentes e os referentes ao seu propósito de contrair casamento, assim como o despacho final (al. *a)*). Tratando-se de casamento de *menor* para que ainda não tenha sido dada (nem suprida pelo conservador do registo civil) autorização dos pais ou do tutor, deve o funcionário, antes de interpelar os presentes, perguntar às pessoas que devem prestar autorização se a concedem, sustentando a realização do ato se for negada autorização para o casamento (art. 155.^o, n.º 1, al. *b)*). Interpela as pessoas presentes para declararem se conhecem algum impedimento à realização do casamento (al. *c)*) e, não sendo declarado impedimento, depois de referir os direitos e deveres dos cônjuges previstos no art. 1672.^o CCiv, pergunta a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte (al. *d)*), respondendo cada um dos interpelados, sucessiva

²¹³ Não se admite, vimo-lo já, que *ambos* os nubentes se façam representar por procurador: arts. 1620.^o, n.º 1, CCiv e 44.^o, n.º 1, CRegCiv.

²¹⁴ Sob pena de inexistência do ato: art. 1628.^o, al. *a)*, CCiv.

²¹⁵ Note-se que, mesmo quando a presença de testemunhas não é obrigatória, a lei permite que intervenham duas a quatro testemunhas no ato da celebração (art. 154.^o, n.º 2, CRegCiv).

e claramente: “É de minha livre vontade casar com F...” (indicando o nome completo do outro nubente) (al. e)). Prestado o consentimento dos contraentes o casamento considera-se celebrado, o que o funcionário proclama, declarando em voz alta: “Em nome da Lei e da República Portuguesa, declaro F. e F. (indicando os nomes completos de marido e mulher) unidos pelo casamento” (art. 155.º, n.º 2).

O Código de 1958 (assim como o de 1978, este mesmo depois da reforma de 1982) era mais claro que o de 1995 no sentido de que o casamento se considera *celebrado* uma vez prestado o consentimento dos nubentes. Tanto na redação do Decreto-lei n.º 131/95 como na do Decreto-lei n.º 36/97, o n.º 2 do art. 155.º pode dar ideia diferente, mas não cremos que o propósito do legislador tenha sido o de alterar o direito anterior quanto ao *momento* em que se considera celebrado o casamento, tendo esse momento passado a ser aquele em que é proferida a declaração do conservador. E, assim, se, depois de prestado o consentimento pelo segundo nubente interpelado, o conservador tem uma doença súbita que o impede de proferir aquela declaração, há uma omissão do registo, a suprir nos termos gerais do art. 83.º, mas o facto não impede que os nubentes saiam da conservatória marido e mulher. À semelhança do que acontece no direito canónico, é o consentimento dos nubentes que *faz* o casamento e não a declaração do conservador. A solução pode abonar-se, de alguma maneira, com o disposto na al. a) do art. 1628.º CCiv, que apenas considera inexistente, salvo tratando-se de casamento urgente, o casamento celebrado *perante* quem não tinha competência funcional para o ato. Note-se que, em face do último parágrafo do art. 75.º do Código Civil francês, cuja formulação é semelhante à do art. 155.º do nosso CRegCiv, a doutrina dominante, embora o ponto seja controvertido, também entende que o casamento se considera celebrado quando é pronunciado o segundo *oui*: cfr., p. ex., Carbonnier, *cit.*, 21 éd., p. 451, e Hauser/Huet-Weiller, *cit.*, p. 84.

À celebração segue-se o *registo* do casamento.

122. Registo do casamento

Bibliografia portuguesa

VILALONGA, J. M., *Eficácia e natureza jurídica do registo do casamento*, in “O Direito”, ano 131.º (1999), p. 153 s.

I. Sendo o casamento um dos factos que constituem objeto do registo civil, submetido, portanto, às regras do Tít. I (“Disposições gerais”) e às do Cap. I (“Atos de registo em geral”) do Tít. II (“Atos de Registo”) do CRegCiv, começaremos por breve enunciado de alguns princípios gerais do registo civil para depois considerarmos em particular as disposições respeitantes ao registo do casamento.

II. É o art. 1.º, n.º 1, CRegCiv que define os *atos ou factos*²¹⁶ que constituem objeto do registo civil, sendo *obrigatório* o registo desses atos ou factos (e bem assim dos que determinem a modificação ou extinção de qualquer deles e daqueles cujo registo resulte de imposição legal — art. 1.º, n.º 1, al. *q*)²¹⁷ desde que respeitem a cidadãos portugueses ou, quando referentes a estrangeiros, hajam ocorrido em território português (art. 1.º, n.º 2). O art. 2.º define o sentido desta “obrigatoriedade”, mostrando que o registo constitui, em princípio, *a única prova legalmente admitida dos mencionados atos ou factos*, os quais, salvo disposição legal em contrário²¹⁸, não podem ser *invocados*²¹⁹, quer pelas pessoas a quem respeitem ou seus herdeiros, quer por terceiros, enquanto não for lavrado o respetivo registo. Note-se ainda que o registo *faz prova plena de todos os factos nele contidos* (cfr. art. 371.º CCiv), pois a prova resultante do registo civil quanto aos factos a ele sujeitos e ao correspondente

²¹⁶ Note-se que o art. 1.º só fala em “factos”, abrangendo neste termo tanto simples factos jurídicos *stricto sensu* (nascimento, óbito) como verdadeiros atos jurídicos (casamento, adoção, convenção antenupcial). Sobre a noção de *facto jurídico*, assim entendida, ANDRADE, *ob. e vol. cits.*, p. 2.

²¹⁷ Como, p. ex., os atos que importam atribuição, aquisição ou perda da nacionalidade portuguesa, que são averbados ao assento de nascimento do interessado (arts. 18.º e 19.º da Lei da Nacionalidade — Lei n.º 37/81, de 3 de outubro).

²¹⁸ Como disposições legais em contrário podem referir-se, p. ex., os arts. 1601.º, al. *c*), 1711.º, n.º 1, 1843.º e 1920.º-C CCiv.

²¹⁹ Ou “atendidos”, como se diz na epígrafe do preceito. É de notar que o Código Civil utiliza terminologia idêntica no art. 1797.º, considerando o estabelecimento da filiação condição de *atendibilidade* dos poderes e deveres dela emergentes.

estado civil não pode ser ilidida por qualquer outra, exceto nas ações de estado e nas de registo (art. 3.º). Pode definir-se nestes termos a *função* do registo civil — a função do registo dos vários atos ou factos sujeitos ao registo civil e que o art. 1.º enumera. Apenas deve abrir-se exceção para as convenções antenupciais, cujo registo só é exigido para que tenham eficácia em relação a terceiros (arts. 1711.º, n.º 1, CCiv e 191.º, n.º 1, CRegCiv)²²⁰.

As *modalidades* do registo são as mencionadas nos arts. 50.º e 51.º O registo civil dos factos a ele sujeitos é lavrado por meio de *assento* ou de *averbamento*, podendo os assentos, por sua vez, ser lavrados por *inscrição* ou por *transcrição*. Há ainda a referir os casos em que o registo é efetuado por *menção* no assento de outro ato, como acontece com a convenção antenupcial, que é registada mediante a sua menção no texto do assento de casamento quando o auto seja lavrado ou a certidão da respetiva escritura seja apresentada até à celebração do casamento (art. 190.º, n.º 1).

Depois de lavrados, pelo conservador ou pelo oficial de registos, os assentos, quaisquer que sejam, devem ser lidos na presença de todos os intervenientes e o conservador ou o oficial de registos apõe neles o seu nome (art. 61.º, n.ºs 1 e 2, CRegCiv), nenhuma alteração podendo ser introduzida no texto depois da aposição do nome do conservador ou do oficial de registos (art. 62.º). É o principio da *inalterabilidade* (art. 62.º), que não exclui, porém, a possibilidade de o registo ser *retificado* nos termos dos arts. 92.º e segs., podendo a retificação averbada ao assento ser *integrada* no texto mediante a feitura de novo registo e o cancelamento do anterior (art. 95.º). A retificação é judicial (CRegCiv, arts. 233.º-240.º) ou administrativa (arts. 241.º-244.º), podendo esta fazer-se

²²⁰ Tendo aqui, pois, o registo civil função idêntica à do registo predial. Note-se, porém, que a partir do Cód. Reg. Predial de 1959 o registo das hipotecas passou a ser *constitutivo* (arts. 687.º CCiv e 4.º, n.º 2, CRegPred).

por simples despacho do conservador ou mediante instauração de processo de justificação administrativa (art. 92.º, n.º 1).

É de notar que o campo de aplicação da justificação administrativa foi consideravelmente alargado pelo Decreto-lei n.º 273/2001, de 13 de outubro. A retificação faz-se por simples despacho do conservador nos casos previstos no n.º 1 do art. 93.º CRegCiv; o processo de justificação administrativa é instaurado quando o registo enferme de alguma das irregularidades a que se refere o n.º 2 do art. 93.º e aplica-se ainda ao suprimento da omissão de registo e à declaração da sua inexistência jurídica ou nulidade (art. 241.º, n.ºs 1 e 2).

A omissão de registo está prevista nos arts. 83.º-84.º, e a inexistência jurídica e a nulidade do registo nos arts. 85.º-86.º e 87.º-90.º, respetivamente, cumprindo notar que enquanto a *inexistência* do registo pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado, devendo o conservador promover, logo que dela tenha conhecimento, o competente processo (art. 86.º), a *nulidade* do registo só pode ser invocada depois de declarada por decisão do conservador (art. 90.º, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 273/2001, de 13 de outubro; na legislação anterior a nulidade do registo só podia ser invocada depois de declarada por decisão judicial). Cfr. ainda o art. 91.º, relativo ao *cancelamento* do registo. Sobre os efeitos da nulidade e do cancelamento do registo, cfr. o ac. do S.T.J. de 19.4.2001, *Col. Jur.* — *S.T.J.* 2001, t. 2, p. 29.

O processo de justificação judicial só cabe agora, nos termos do art. 233.º, n.º 1, quando se suscitem dúvidas acerca da identidade das pessoas a quem o registo respeita (art. 94.º) e, relativamente ao registo de óbito, quando este ocorra nos casos previstos nos arts. 204.º, n.ºs 2 e 3, 207.º e 208.º

É para referir estas hipóteses, em que se admite um processo de justificação judicial, que a doutrina e a lei²²¹ falam em *ações de registo*. São ações que supõem um vício ou inexatidão (*lato sensu*) do próprio registo e visam diretamente corrigir este vício ou inexatidão. Distintas são as chamadas *ações de estado* (como, *v. g.*, a ação de anulação do

²²¹ Cfr., *p. ex.*, o art. 3.º, n.º 1, CRegCiv.

casamento), ações a que corresponde o processo comum, e nas quais, com fundamento em um vício ou inexatidão, *não do próprio registo, mas do ato ou facto registado*, se pretende alterar o estado que o registo reflete. É certo que o art. 233.º, n.º 3, permite *cumular*, nas ações de estado, o pedido de alteração de estado com o de retificação ou cancelamento do registo, mas este será só um pedido acessório e *indireto*.

III. Estes princípios gerais aplicam-se naturalmente ao casamento, como facto sujeito a registo que é (art. 1.º, n.º 1, al. *d*)).

O registo do casamento é obrigatório e reveste-se de grande importância, pois os factos sujeitos a registo, como o casamento, e o estado civil das pessoas só podem *provar-se* pelo acesso à base de dados do registo civil ou por meio de certidão (art. 211.º, n.º 1, CRegCiv). Na realidade, o registo não contende com a existência nem, em rigor, com a validade ou mesmo com a eficácia do ato, mas só com a sua prova; simplesmente, o registo é a única prova legalmente admitida do casamento²²², o qual, enquanto não for registado, não pode ser *invocado* (tudo se vindo a passar, portanto, como se não tivesse efeitos) quer pelas pessoas a quem respeita, seus herdeiros ou representantes, quer por terceiros (arts. 1669.º CCiv e 2.º CRegCiv).

O registo do casamento pode ser lavrado por *inscrição* (art. 52.º, al. *e*)) ou por *transcrição* (art. 53.º, n.º 1, als. *c*), *d*) e *e*)), havendo ainda a considerar o caso, previsto no art. 179.º, de casamento católico celebrado entre cônjuges já vinculados entre si por casamento civil anterior não dissolvido, que é *averbado* ao assento deste. No que se refere ao casamento civil, único que neste momento nos importa, o registo é lavrado por *inscrição*²²³ em suporte informático, nos termos gerais (art. 14.º).

²²² Exceto nas ações de registo, onde o casamento pode provar-se por qualquer meio. Mas só para o efeito de se lavar o registo — com o qual, depois, o casamento se provará.

²²³ Como veremos, fazem exceção à regra os assentos de casamento urgente (*infra*, n.º 123) e de casamento celebrado no estrangeiro perante as autoridades locais competentes (*infra*, n.º 124), que são lavrados por transcrição.

O assento do casamento é lavrado e lido em voz alta pelo funcionário, que nele apõe o seu nome, logo após a celebração do casamento (art. 180.º); além dos elementos enunciados no art. 55.º, que refere os requisitos gerais dos assentos, deve conter ainda as menções previstas no art. 181.º. Inalterável como qualquer outro assento, pode todavia ser retificado nos termos já expostos.

Como o assento de casamento civil passou a ser lavrado em suporte informático, sem a assinatura dos nubentes, deixou de se colocar a questão de saber se estes podiam assinar o assento com os apelidos que tivessem adotado. A questão dividia a doutrina e a prática administrativa antes do CRegCiv de 1995, que a resolvera no melhor sentido, dispondo que “a assinatura dos nubentes pode incluir os apelidos adotados” (art. 180.º, n.º 2, revogado pelo Decreto-lei n.º 234/2007). Era a solução defendida por VILHENA DE CARVALHO, ainda em face do CRegCiv de 1978 (*O nome das pessoas e o direito*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 138-141), e que também preconizávamos, pois o casamento é um contrato *verbal*, que fica perfeito logo que os nubentes prestam o seu consentimento para o ato perante o conservador do registo civil (*supra*, n.os 86 e 121, nota (298)). Cremos, por isso, que a assinatura dos nubentes no assento de casamento católico lavrado no livro de registo da paróquia (arts. 167.º, n.º 1 e al. *b*) e 168.º CRegCiv), ou no assento de casamento civil sob forma religiosa lavrado no livro de registo da igreja ou comunidade religiosa (art. 187.º-A, n.os 1 e 2), pode incluir os apelidos adotados.

A *omissão* do registo do casamento só pode ser suprida por decisão do conservador em processo de justificação administrativa (art. 83.º, n.º 1, al. *a*), CRegCiv)²²⁴. Por outro lado, o registo do casamento, como qualquer outro, também pode ser declarado *inexistente*²²⁵ ou *nulo*, designadamente por *falsidade*²²⁶, assim como

²²⁴ Note-se que a lei *presume* a existência do casamento, no processo de justificação administrativa destinado a suprir a omissão do registo, quando as pessoas vivam ou tenham vivido na *posse do estado de casadas*, nos termos do art. 1653.º CCiv.

²²⁵ Note-se que o assento do casamento é inexistente se não contiver a expressa menção de os nubentes terem manifestado a vontade de contrair matrimónio (art. 85.º, n.º 1, al. *d*)).

²²⁶ Sobre a noção de falsidade do registo, em geral, cfr. a anotação de PIRES DE LIMA ao ac. do S.T.J. de 12.3.1963, publicado na *RLJ*, ano 96.º, p. 285 s.

pode ser *cancelado*²²⁷, aplicando-se sob qualquer destes aspetos, em princípio, as regras gerais do registo.

O art. 88.º refere nas suas várias alíneas as hipóteses de *falsidade* do registo, sendo a mais ampla destas hipóteses a da al. c), por onde se vê que é falso o registo que “respeitar a facto que nunca existiu”. Há a notar, porém, que, sendo o registo do casamento lavrado com base em determinadas declarações, não será falso porque tais declarações não correspondam à verdade (não é falso, *v. g.*, o registo do casamento simulado); o registo será falso quando não corresponda às declarações prestadas e, sob este aspeto, constitua relato infiel das ocorrências da cerimónia da celebração.

Finalmente, importa ter em conta o princípio da *retroatividade*: os efeitos do casamento não se produzem só *ex nunc*, desde a data do registo, mas *ex tunc*, desde a data da celebração do ato. É a solução que corresponde à natureza do registo, o qual não é *constitutivo*, como vimos. Não se trata de formalidade *ad substantiam*, que seja necessária para a existência ou para a validade do ato, mas, de alguma maneira, de formalidade *ad probationem*, embora, na realidade, se trate da única prova legalmente admitida do casamento, que não pode ser *invocado* enquanto não for lavrado o registo. O princípio da retroatividade está expresso nos arts. 1670.º, n.º 1, CCiv e 188.º, n.º 1, CRegCiv, segundo os quais, efetuado o registo, e ainda que este venha a perder-se, os efeitos civis do casamento se retrotraem à data da sua celebração.

Se levássemos até ao fim, porém, a lógica da retroatividade, resultariam desprotegidas as expetativas de terceiros que tivessem contratado com os cônjuges sobre a base em que confiaram de o casamento não existir. Por isso o n.º 2 do art. 1670.º, na redação que lhe deu o art. 61.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho²²⁸, res-

²²⁷ Note-se que no caso de declaração de nulidade ou anulação do casamento o registo *não* é cancelado (art. 91.º, n.º 1, al. b)), como bem se compreende, tendo em conta a eficácia *putativa* que o casamento ainda poderá ter.

²²⁸ Na redação anterior do preceito visava-se apenas a transcrição do casamento católico. A alteração pretendeu abranger a transcrição do casamento civil celebrado

salva os direitos de *terceiro*, compatíveis com os direitos e deveres de natureza pessoal dos cônjuges e dos filhos, que tenham sido adquiridos anteriormente ao registo.

É o caso de o registo ter sido lavrado depois da morte de um dos cônjuges a cuja sucessão foram chamados parentes na linha colateral, nos termos do art. 2133.º, n.º 1, als. *c*) e *d*), CCiv (cfr., nesta orientação, o ac. do S.T.J. de 23.4.1981, no *BMJ* n.º 306, p. 268, sobre caso a que já se referira o ac. do S.T.J. de 16.11.1965, no *BMJ* n.º 151, p. 271). Do mesmo modo, o n.º 2 do art. 1670.º CCiv ressalva o direito do senhorio de fazer declarar a caducidade do arrendamento habitacional por morte do arrendatário, nos termos dos arts. 1051.º, al. *d*), e 1106.º CCiv, quando, não havendo outras pessoas, além do cônjuge, com direito à transmissão do arrendamento, o registo do casamento seja posterior à morte do arrendatário (P. Coelho, *Breves notas ao “Regime do Arrendamento Urbano”*, na *RLJ*, ano 131.º, p. 229, nota (66)). Mas decerto que já não prevalecerão contra a retroatividade do registo, por incompatíveis com os *direitos pessoais* dos cônjuges, os direitos do terceiro que, ainda que de boa fé, celebrou casamento com um dos cônjuges entre a data do casamento e a do registo.

A ressalva não se aplica se, tratando-se de registo por transcrição, esta tenha sido feita dentro dos *sete dias* subsequentes à celebração do casamento; o registo tem efeitos retroativos, neste caso, mesmo em relação a terceiros.

123. Casamentos urgentes

Quando haja fundado receio de morte próxima de algum dos nubentes, ainda que derivada de circunstâncias externas, ou iminência de parto, o casamento pode celebrar-se independentemente de processo preliminar e sem intervenção do funcionário do registo civil (arts. 1622.º, n.º 1, CCiv e 156.º CRegCiv).

sob forma religiosa, perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País, nos termos do art. 19.º, n.º 6, da Lei n.º 16/2001.

De facto, tanto como o fundado receio de morte próxima, a iminência de parto justifica a celebração de casamento urgente. Por escrúpulos de ordem moral, os nubentes podem querer que o seu filho nasça depois de serem casados. Note-se ainda que nesse caso, tendo *nascido* na constância do matrimónio, o filho se *presume* filho do marido (art. 1826.º, n.º 1, CCiv), embora a presunção possa ser impugnada nos termos do art. 1840.º, ao passo que a situação seria muito diversa se a lei não permitisse a celebração de casamento urgente com fundamento em iminência de parto. Não se presumindo filho do marido, por não ser nascido nem concebido na constância do matrimónio, o filho teria de ser *perfilhado* pelo seu progenitor. Se os pais já tivessem casado à data do registo da criança, parece que no assento de nascimento deveria mencionar-se o estado de “casado” do pai; se o casamento só se celebrasse depois do registo, seria *averbado* ao assento de nascimento (art. 69.º, n.º 1, al. c), CRegCiv), embora a lei permitisse que o casamento dos pais fosse *integrado* no texto do assento de nascimento mediante a realização de novo assento (art. 123.º, n.º 1).

Os casamentos celebrados nestas circunstâncias denominam-se *urgentes* e o seu formalismo é muito simples.

As circunstâncias em que os casamentos urgentes se celebram, sem intervenção do funcionário do registo civil ou do ministro da Igreja, permitem dúvidas, muitas vezes, sobre a *qualificação* do casamento. O art. 1590.º CCiv resolve a dificuldade, devendo o casamento qualificar-se como católico ou civil segundo a intenção das partes, manifestada expressamente ou deduzida das formalidades adotadas, das crenças dos nubentes ou de quaisquer outros elementos.

As formalidades preliminares reduzem-se à proclamação a que se refere a al. a) do art. 156.º — uma proclamação oral ou escrita, feita à porta da casa onde se encontrem os nubentes, pelo funcionário do registo civil ou, na sua falta, por qualquer das pessoas presentes, de que vai celebrar-se o casamento.

A lei não exige (o que bem se compreende, dada a urgência do casamento) a *prova* da iminência de parto ou do risco de morte próxima. E deve entender-se que a celebração do casamento é legítima quando, embora não haja realmente iminência de parto ou risco de morte, todavia estas circunstâncias aparentemente se verifiquem e neste sentido haja da parte dos nubentes uma convicção fundada e séria. Se não é este o caso, o conservador não deve homologar o casamento (arts. 1624.º, n.º 1, als. a) e b), CCiv e 160.º, n.º 1, als. a) e b), CRegCiv).

À *celebração* do casamento refere-se a al. *b*) do art. 156.º, que exige uma declaração expressa do consentimento de cada um dos nubentes perante quatro testemunhas, duas das quais não podem ser parentes sucessíveis dos nubentes.

Finalmente, o *registo* dos casamentos urgentes também reveste especialidades importantes. Nos termos da al. *c*) do art. 156.º, deve redigir-se uma *ata* do casamento por documento escrito e sem formalidades especiais, assinado por todos os intervenientes que saibam e possam fazê-lo.

Apresentada a ata do casamento, se houver já processo preliminar de casamento organizado o despacho final do conservador é proferido no prazo de três dias a contar da data da ata ou da última diligência do processo²²⁹ (art. 159.º, n.º 2). Caso contrário, o conservador organiza oficiosamente, com base na ata, o processo preliminar de casamento, nos termos dos arts. 134.º e segs. (art. 159.º, n.º 1); o processo deve estar concluído, em princípio, no prazo de trinta dias a contar da data da ata do casamento (art. 159.º, n.º 4).

O casamento urgente fica sujeito a *homologação* do conservador, que, no despacho final, deve fixar expressamente todos os elementos que devam constar do assento (art. 159.º, n.º 5).

As causas justificativas da não homologação são as referidas nos arts. 1624.º CCiv e 160.º CRegCiv. O casamento não deve ser homologado se não se verificarem os requisitos exigidos por lei ou não tiverem sido observadas as formalidades prescritas para a celebração do casamento urgente; se houver indícios sérios de serem supostos ou falsos esses requisitos ou formalidades; se o casamento tiver sido contraído com algum impedimento *dirimente*; e, por último, se o casamento tiver sido considerado

²²⁹ Salvo se houver motivo justificativo da inobservância do prazo, que deve ser especificado no despacho.

como católico pelas autoridades eclesiásticas e como tal se encontrar transcrito²³⁰.

Não esclarece a lei a questão (que tem interesse, naturalmente, quanto aos impedimentos *temporários* das als. *a*), *b*) e *c*) do art. 1601.º CCiv) de saber a que *data* se reporta a apreciação da existência de impedimentos: à data da celebração do casamento ou à da decisão a proferir pelo conservador sobre a homologação do mesmo? A 1.ª solução é a que decorre das regras gerais e tem expressão no caso análogo do art. 174.º, n.º 1, als. *d*) e *e*) CRegCiv; não subscreveríamos, por isso, nos termos amplos em que está formulada, a orientação expressa na sentença do Juiz do 7.º Juízo Cível do Porto de 18.12.1978 (*Col. Jur.* 1980, t. 5, p. 240), segundo a qual “tanto o art. 1624.º, n.º 1, CCiv como o art. 194.º, n.º 1, CRegCiv [correspondente ao art. 160.º, n.º 1, do Código atual] reportam a verificação e existência das causas justificativas de não homologação à data em que o conservador tem de decidir se o casamento deve ou não ser homologado”. Questão diferente é a de saber se a exceção admitida quanto ao casamento *católico* urgente, relativamente aos três impedimentos aí referidos, no art. 174.º, n.º 1, al. *e*), *in fine*, segundo a qual a transcrição só deverá ser recusada “desde que, em qualquer dos casos, o impedimento ainda subsista”, não deverá estender-se ao casamento *civil* urgente por identidade de razão; e, neste aspeto, não se vê justificação para submeter a regime diverso as duas modalidades de casamento, entre as quais, como vimos, não estabelece o nosso direito qualquer relação de hierarquia (*supra*, n.º 81). Assim, no caso decidido na mencionada sentença (em que o casamento anterior ainda não estava dissolvido à data da celebração do casamento urgente, mas já o estava, pois entretanto transitara em julgado a sentença de divórcio, à data da decisão do conservador sobre a homologação do casamento), não se entenderia que a eficácia civil do casamento *in articulo mortis* dependesse da modalidade de casamento adotada, ou seja, que o casamento não pudesse ser homologado tratando-se de casamento civil e já pudesse ser transcrito se os cônjuges tivessem celebrado casamento católico.

O casamento urgente não homologado é juridicamente *inexistente* (art. 1628.º, al. *b*), CCiv). Embora a regra de que são inexistentes os casamentos celebrados perante quem não tem competência funcional para o ato comporte justamente a exceção dos casamentos urgentes (art. 1628.º, al. *a*)), a exceção só tem aplicação quando o

²³⁰ Note-se que a transcrição do casamento *civil* urgente que neste caso venha a ser efetuada deve ser *cancelada* oficiosamente (art. 183.º CRegCiv).

casamento venha a ser homologado — quando o não venha a ser, fica de pé a regra geral.

Recusada a homologação, o despacho de recusa é notificado aos interessados (art. 160.º, n.º 2, CRegCiv); os cônjuges ou seus herdeiros e o Ministério Público (cfr. art. 1624.º, n.º 3, CCiv) podem todavia recorrer do despacho, nos termos do art. 292.º CRegCiv; o recurso deve ser interposto dentro de oito dias a contar da data da notificação do despacho recorrido (n.º 3).

O despacho de homologação deve fixar, de acordo com a ata do casamento, completada pelos documentos juntos ao processo preliminar e pelas diligências efectuadas, os elementos que o assento deve conter; este deve ser lavrado no prazo de dois dias a contar da data em que o despacho de homologação tenha sido proferido, e deve conter apenas, como menção especial, a referência à natureza urgente do casamento, omitindo-se as circunstâncias particulares da celebração (art. 182.º CRegCiv).

Os casamentos urgentes, celebrados sem precedência do processo preliminar, consideram-se sempre contraídos no *regime da separação* (art. 1720.º, n.º 1, al. *a*), CCiv); é esta, pode dizer-se, a única especialidade substancial do respetivo regime.

124. Casamentos de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal

Em toda a exposição anterior só tivemos presente o caso normal de os nubentes serem portugueses e o casamento se celebrar no país, mas importa considerar ainda o casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal, matéria regulada nos arts. 51.º CCiv e 161.º e segs. CRegCiv, cumprindo notar que as regras do art. 51.º CCiv constituem “desvios” (como diz a epígrafe do preceito) ao princípio *locus regit actum*, enunciado no artigo anterior.

O art. 161.º CRegCiv admite que o *casamento contraído no estrangeiro entre dois portugueses ou entre português e estrangeiro* possa ser celebrado por três formas: *a)* perante os ministros do culto católico; *b)* perante os nossos agentes diplomáticos ou consulares no estrangeiro, pela forma estabelecida na lei civil; *c)* ou perante as autoridades locais competentes, pela forma prevista na lei do lugar da celebração. Em qualquer dos casos, deve o casamento ser precedido do processo respetivo, organizado nos termos dos arts. 134.º e segs. pelos agentes diplomáticos ou consulares portugueses ou por qualquer conservatória do registo civil, exceto se dele estiver dispensado por lei (art. 162.º). O português, residente em Portugal, que pretenda casar no estrangeiro pode requerer em qualquer conservatória a verificação da sua capacidade matrimonial e a passagem do respetivo certificado mediante a organização prévia de processo de casamento. Do certificado, que é entregue ao interessado, devem constar todos os elementos previstos no art. 264.º (art. 163.º, n.os 1 e 2). Tratando-se de português residente no estrangeiro que pretenda casar perante as autoridades locais, o art. 163.º, n.º 3, dispõe que a verificação da sua capacidade matrimonial pode ser feita por qualquer conservatória do registo civil ou pelos agentes diplomáticos ou consulares competentes para a organização do processo preliminar de casamento.

O casamento católico contraído no estrangeiro em harmonia com as leis canónicas entre portugueses ou entre português e estrangeiro é havido como católico seja qual for a forma legal de celebração do ato segundo a lei local (art. 51.º, n.º 4, CCiv).

O casamento é havido como católico “seja qual for a forma legal de celebração do ato segundo a lei local”. Ou seja: quer esta lei consagre o sistema de casamento civil obrigatório (França, Alemanha) e, portanto, o casamento católico não tenha aí qualquer valor jurídico, quer consagre o sistema de casamento civil facultativo e dê efeitos ao casamento celebrado “em harmonia com as leis canónicas”, como forma de celebração do casamento (Inglaterra, Estados Unidos da América) ou, até, como instituto diferente do casamento civil (Espanha,

Itália). No 2.º caso, a aplicação do art. 51.º, n.º 3, não suscita dificuldades. Não assim no 1.º caso (suponhamos que dois portugueses celebram casamento católico em França), em que é generalizado o entendimento de que o preceito tem aplicação quer o casamento católico tenha sido *precedido* de casamento civil, como a lei francesa exige desde a Lei de 18 Germinal do ano XI (HAUSER/HUET-WEILLER, *cit.*, p. 83), quer os cônjuges tenham celebrado *apenas* casamento católico, o que raramente se verificará, pois o ministro da Igreja que officie no casamento incorre nas sanções previstas nos arts. 199.º-200.º do Código Penal (Hauser/Huet-Weiller, *cit.*, p. 83 e nota (91)). Vejam-se: FERRER CORREIA, *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, 1989, p. 343; MARQUES DOS SANTOS, *Constituição e direito internacional privado — O estranho caso do artigo 51.º, n.º 3, do Código Civil*, in “Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976”, vol. III, p. 367 s., que propõe uma “interpretação correctiva” do preceito (p. 385), no sentido de não admitir como válido o casamento celebrado de harmonia com as leis canónicas se a lei do lugar da celebração não reconhecer validade a esse ato, enquanto a norma não for revogada ou declarada inconstitucional com força obrigatória geral; e H. E. HÖRSTER, *A conveniência da revogação dos artigos 1589.º, n.º 2, e 51.º, n.º 3, do Código Civil — Algumas reflexões*, in “Juris et de Jure”, p. 88 s., que propõe igualmente a revogação do preceito (p. 87). Segundo este entendimento, o art. 51.º, n.º 3, originará uma “situação jurídica coxa ou claudicante”, reconhecida num país mas ignorada em outros (M. SANTOS e HÖRSTER, *locs. cit.*). Só não seria assim se entendêssemos que o preceito apenas valeria, no exemplo apresentado, para o caso de os portugueses terem celebrado em França casamento civil antes do casamento católico, como a lei francesa exige, e, *portanto, também estarem casados em França*. Interpretado neste sentido, o art. 51.º, n.º 3, não originaria qualquer situação jurídica claudicante; o sentido do preceito seria apenas o de que o casamento católico celebrado em França, que aí não tinha qualquer relevância jurídica, se fosse transcrito em Portugal valeria no nosso país para todos os efeitos *como casamento católico* e não como casamento civil. A questão da qualificação do casamento oferecia grande interesse prático antes do Protocolo Adicional à Concordata de 15 de fevereiro de 1975: tratando-se de casamento católico, não podiam os cônjuges pedir o divórcio. Teria sido este, até, o objetivo da disposição: evitar que os cônjuges torneassem a proibição legal do art. 1790.º CCiv, antiga redação, celebrando casamento católico em país onde valesse o sistema de casamento civil obrigatório; não tendo o casamento católico relevância jurídica nesse país, o casamento seria havido como puramente civil e, como tal, dissolúvel por divórcio (cfr. HÖRSTER, *cit.*, p. 85, e as observações de A. VARELA, *Do Projeto ao Código Civil*, *cit.*, p. 51). Revogado o art. 1790.º, porém, a qualificação do casamento como católico tem pouco interesse, só valendo, praticamente, para o efeito previsto no art. 1625.º CCiv. A interpretação referida poderia abonar-se, de alguma maneira, com o disposto no art. 178.º, n.º 3, CRegCiv, segundo o qual, se, por imperativo da lei local, os

cônjuges casados catolicamente tiverem também celebrado casamento por forma não católica (como acontece com dois portugueses que casem em França), deve mencionar-se na transcrição do assento paroquial essa circunstância, em face de documento legal comprovativo. Dir-se-á que o preceito, redigido em forma condicional, admite hipótese contrária à que prevê; essa hipótese, porém, não seria a de, contra os imperativos da lei local, os cônjuges casados catolicamente não terem celebrado casamento por forma não católica, mas a de aqueles imperativos não obrigarem os cônjuges a também celebrar casamento por forma não católica, como sucede se casarem em país que consagre o sistema de casamento civil facultativo. A tese da *inconstitucionalidade* do art. 51.º, n.º 3, foi defendida por MARQUES DOS SANTOS, com base em que, promovendo a instabilidade das situações jurídico-privadas internacionais e subvertendo as finalidades precípua do direito internacional privado, o preceito é contrário aos arts. 13.º e 41.º CRep, dos quais resultaria a própria inconstitucionalidade do nosso sistema matrimonial, uma argumentação que não nos parece convincente (*supra*, n.º 81).

Não pode ser celebrado sem que seja apresentado ao respetivo pároco o certificado a que se refere o art. 146.º, salvo tratando-se de casamento urgente; para a organização do processo preliminar são competentes os agentes diplomáticos ou consulares portugueses da residência dos nubentes ou qualquer conservatória do registo civil (arts. 151.º e 152.º CRegCiv). O casamento deve ser *transcrito* com base no assento paroquial (art. 178.º, n.º 1, CRegCiv). A transcrição compete às conservatórias do registo civil (art. 10.º, al. *a*) do n.º 2). São-lhe aplicáveis os arts. 184.º e segs. CRegCiv, podendo ser recusada nos mesmos termos, previstos no art. 174.º, em que o pode ser a transcrição do casamento católico celebrado em Portugal (art. 178.º, n.º 2).

O registo do casamento celebrado no estrangeiro perante os nossos agentes diplomáticos ou consulares é lavrado por *inscrição* no consulado competente (arts. 52.º, al. *e*), e 184.º, n.os 1 e 2, 1.ª parte, CRegCiv). Deve ser lavrado em suporte informático e disponibilizado na base de dados do registo civil nacional (art. 54.º), mediante remessa, de preferência por via informática, de cópia autêntica ou duplicado do assento a uma conservatória do registo civil (arts. 5.º e 10.º, n.º 2, al. *a*); cfr. ainda a norma transitória do art. 13.º).

Finalmente, o casamento celebrado pela forma prevista na lei do lugar da celebração perante as autoridades locais é registado por *transcrição*, no consulado, do documento comprovativo do casamento, passado de harmonia com a aquela lei (art. 184.º, n.º 2, 2.ª parte, CRegCiv), ou então diretamente numa conservatória do registo civil, em face de qualquer dos documentos referidos nas als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 187.º Num caso ou noutro, se o casamento não tiver sido precedido do processo respetivo, a transcrição só pode fazer-se mediante prévia organização desse processo, nos termos dos arts. 134.º e segs., devendo ser recusada se, pelo processo preliminar de casamento ou por outro modo, o cônsul verificar que o casamento foi celebrado com impedimento dirimente que ainda subsista (art. 185.º).

O ac. da Relação de Lisboa de 1.7.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 4, p. 65), num caso de casamento civil celebrado no estrangeiro sem precedência de processo preliminar de casamento, e que, por isso, ficava sujeito imperativamente ao regime da separação (*infra*, n.º 185), decidiu que, nas circunstância do caso (o casamento perdurara por 19 anos, durante os quais os cônjuges tinham pautado o seu comportamento como se estivessem casados em comunhão de adquiridos, e só depois do divórcio tinha sido feito o averbamento referente ao regime da separação no assento de transcrição do casamento no consulado, depois integrado nos livro da Conservatória dos Registos Centrais), constituiria um *abuso do direito* a invocação desse averbamento para submeter o casamento ao regime da separação, nos termos do art. 1720.º, n.º 1, al. *a)*, CCiv, devendo a partilha fazer-se segundo o regime da comunhão de adquiridos.

Pelo que respeita ao *casamento de estrangeiros em Portugal*²³¹, regem os arts. 165.º e 166.º CRegCiv. O casamento pode ser celebrado segundo a forma e nos termos previstos na lei nacional de qualquer dos nubentes, perante os respetivos agentes diplomáticos ou consulares, desde que igual competência seja reconhecida pela mesma lei aos agentes diplomáticos e consulares portugueses (arts. 51.º, n.º

²³¹ O *casamento de português com estrangeiro celebrado em Portugal* só pode efetuar-se pelas formas e nos termos previstos no CRegCiv (art. 164.º).

1, CCiv e 165.º CRegCiv), ou por qualquer das formas previstas no CRegCiv. Neste caso, deve o nubente instruir o processo preliminar com *certificado de capacidade matrimonial*, passado pela entidade competente do país de que seja nacional ou, verificado o condicionamento do art. 166.º, n.º 2, declaração de que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento.

125. Casamentos civis sob forma religiosa

A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho) reconheceu efeitos civis aos casamentos celebrados por forma religiosa perante ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País, ministro do culto que deve ter a nacionalidade portuguesa, ser nacional de Estado membro da União Europeia ou, não sendo nacional de Estado membro da União Europeia, ter autorização de residência permanente ou temporária em Portugal (art. 19.º, n.º 1).

O preceito foi regulamentado pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, em alterações introduzidas no Código do Registo Civil.

É o regime dos casamentos civis “sob forma religiosa” que vamos expor em seguida, limitando-nos, naturalmente, a referir as especialidades que esse regime oferece em relação ao regime comum dos casamentos civis “sob forma civil”, celebrados perante o conservador do registo civil.

No que respeita ao processo preliminar de casamento, há a notar, desde logo, que a declaração para instauração de processo relativo ao casamento civil sob forma religiosa também pode ser prestada por ministro do culto de igreja ou comunidade religiosa radicada no País, mediante requerimento por si assinado (art. 135.º, n.º 4, CRegCiv). Por outro lado, a declaração para casamento deve conter neste caso, entre outros elementos, a indicação do ministro do culto credencia-

do para o ato (art. 136.º, n.º 1, al. g)). A qualidade do ministro do culto que presidirá à celebração do casamento e a sua credenciação para a prática do ato devem ser oficiosamente comprovadas pelo conservador, através de comunicação com a igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo da apresentação pelos nubentes dos respetivos documentos (art. 137.º, n.º 6); a conservatória deve comprovar, junto do registo de pessoas coletivas religiosas²³², a radicação da igreja ou comunidade religiosa no País²³³ e a competência dos órgãos para a emissão daqueles documentos (art. 136.º, n.º 7). Deve ainda o conservador efetuar as diligências necessárias para se assegurar de que os nubentes têm conhecimento do disposto nos arts. 1577.º, 1600.º, 1671.º e 1672.º CCiv (art. 143.º, n.º 4) e, dentro do prazo de um dia a contar da última diligência, proferir despacho a autorizar os nubentes a celebrar o casamento ou a mandar arquivar o processo (art. 144.º, n.os 1 e 2). No primeiro caso, o conservador, depois de se assegurar de que os nubentes têm conhecimento das aludidas disposições do Código Civil (art. 146.º, n.º 5), passa certificado para casamento (art. 147.º, n.º 1, al. g)) e remete-o oficiosamente ao ministro do culto indicado pelos nubentes (art. 146.º, n.º 4)²³⁴.

À celebração do casamento refere-se o art. 19.º, n.º 4, da Lei da Liberdade Religiosa, segundo o qual é indispensável para a celebração do casamento a presença dos nubentes ou de um deles e do procurador do outro, do ministro do culto, devidamente credenciado, e ainda de duas testemunhas.

O assento de casamento civil sob forma religiosa é lavrado em duplicado no livro de registo ou em arquivo eletrónico da igreja ou

²³² O registo de pessoas coletivas religiosas (RPCR) foi criado, no âmbito da competência funcional do Registo Nacional de Pessoas Coletivas (RNPC), pelo Decreto-lei n.º 134/2003, de 28 de junho.

²³³ Neste momento, existem 67 entidades com averbamento de radicação em Portugal.

²³⁴ Mas a conservatória que tiver emitido o certificado deve comunicar ao ministro do culto os impedimentos de que posteriormente tenha conhecimento, a fim de que seja sustada a celebração do casamento (art. 148.º, n.º 1).

da comunidade religiosa, logo após a celebração do matrimónio, e deve conter as indicações constantes das várias alíneas do n.º 1 do art. 187.º-A²³⁵.

O ministro do culto que tiver oficiado no casamento deve enviar no prazo de três dias a uma conservatória do registo civil o duplicado do assento a fim de ser transcrito, sendo aqui aplicáveis, com as necessárias adaptações, os n.ºs 3 a 7 do art. 169.º, relativo à remessa do duplicado do assento paroquial (art. 187.º-B).

O conservador a quem tenha sido remetido o duplicado do assento deve efetuar a transcrição no prazo de um dia e comunicá-la ao ministro do culto até ao termo do dia imediato àquele em que foi feita (art. 187.º-C)²³⁶.

Secção III. Invalidez do casamento. Casamento putativo

Bibliografia portuguesa

Lima, Pires de, *O casamento putativo no direito civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1930; Ventura, Raul, *Valor jurídico do casamento* (1951).

126. Generalidades. Inexistência, nulidade e anulabilidade

A classificação tripartida dos graus de invalidade — inexistência, nulidade e anulabilidade — não é admitida sem reservas nos negócios jurídicos em geral.

²³⁵ São aplicáveis ao assento de casamento civil sob forma religiosa as disposições gerais do assento de casamento civil referidas no n.º 2 do art. 187.º-A.

²³⁶ São aplicáveis à transcrição do assento, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à transcrição do duplicado do assento paroquial referidas no n.º 3 do art. 187.º-C.

Na realidade, não há referência à inexistência na Parte Geral do Código, e o regime da nulidade (art. 286.º) é tão severo que a inexistência, ao lado da nulidade, parece uma duplicação inútil.

Há porém quem admita a inexistência como categoria geral do negócio jurídico, com razões que são muito para ponderar²³⁷.

Como escreve Manuel de Andrade, “concebe-se que haja casos em que, embora o negócio nulo não produza todos os efeitos que devia produzir, no entanto ainda possa produzir alguns, pelo menos certos efeitos *laterais* ou *secundários*”²³⁸.

Exemplo destes efeitos secundários de um negócio nulo seria — ainda segundo Andrade — o poder ele servir como *justo título* para efeitos de usucapião (art. 1259.º). O justo título há de ser um título concretamente inválido, mas realmente existente; se o negócio é inexistente, também o respetivo título o será, não podendo considerar-se, por isso, um justo título. Outro exemplo será o do art. 293.º, que permite que o negócio nulo ou anulado (mas não o inexistente) seja objeto de *conversão*, verificado o condicionalismo aí referido.

Pode assim ter interesse prático, mesmo em relação à generalidade dos negócios jurídicos, a distinção entre nulidade e inexistência.

E terá interesse prático sempre que a lei, ferindo de nulidade o próprio negócio como tal, todavia lhe atribua efeitos como facto jurídico. É uma distinção que a lei pode fazer. O negócio não produz os efeitos a que é dirigido segundo a vontade das partes, mas a lei reconhece a sua existência como facto jurídico, a que liga determinados efeitos. Se às vezes a lei assume esta posição, outras vezes, porém, não reconhece sequer a existência do negócio, que não produz efeitos *nem como negócio nem como facto jurídico*. Às hipóteses do 1.º tipo corresponderá o conceito de nulidade; às do 2.º o de inexistência.

²³⁷ Sobre a questão, MOTA PINTO, *cit.*, p. 617-9, que julga ser a categoria da inexistência a que corresponde às estatuições dos arts. 245.º e 246.º, pelo menos nos casos de falta de vontade da ação e de coação física, e ainda aos chamados negócios sob o nome de outrem.

²³⁸ *Teoria geral*, II, p. 414-5.

Tudo isto quanto aos negócios jurídicos em geral.

A doutrina da invalidade oferece, todavia, aspetos novos no direito matrimonial que importa ter em atenção. Não se distingue aqui, como na Parte Geral, entre nulidade e anulabilidade: não há casamentos *nulos*, mas só *anuláveis*. Por outro lado, a doutrina da inexistência, a que não se faz referência na Parte Geral do Código, foi admitida expressamente no Livro do Direito da Família relativamente ao casamento.

Poderá estranhar-se que, sendo assim, o Código fale muitas vezes em “casamento declarado nulo ou anulado”, “declaração de nulidade ou anulação” do casamento (cfr., p. ex., os arts. 1605.º e 1688.º). Tais referências ao casamento “declarado nulo” ou à “declaração de nulidade” do casamento visam porém exclusivamente o casamento católico. Este é que pode ser *nulo* e *declarado nulo*; o casamento civil, se for *anulável*, pode ser *anulado*.

Subsecção I. Inexistência do casamento

127. Como surgiu a doutrina da inexistência e razões que a justificam

Como escreveu Pires de Lima²³⁹, a doutrina da inexistência “não surgiu dum raciocínio lógico, mas de uma necessidade prática. A lei (o código civil francês) não tinha incluído o consentimento e a diversidade de sexos entre as condições de validade do casamento e como era contrário à sua própria noção considerar válidos os que fossem celebrados com falta de alguma dessas condições, impunha-se a criação de uma teoria nova que, tal proclamando, respeitasse o velho axioma — *pas de nullité sans texte* — e sossegasse, assim,

²³⁹ *O casamento putativo no direito civil português*, Coimbra, Coimbra Editora (1930), p. 103.

a consciência dos juriconsultos clássicos, que se não contentavam com soluções baseadas na simples equidade ou no bom senso”. O Código não declarou nulos os casamentos em que faltasse qualquer desses requisitos pela simples razão de não ser necessário, e ser até descabido, declarar *nulo* um negócio que *nunca existiu*.

Nascida de uma necessidade prática, a categoria dogmática da inexistência veio porém a impor-se na doutrina, no âmbito do direito matrimonial, e foi aceite pelo Código de 1966 (arts. 1628.º-1630.º), podendo abonar-se em duas razões ponderosas.

A 1.ª razão é a de que o regime da anulabilidade não se mostrava adequado aos casamentos portadores de vícios considerados mais graves, nessa época — casamentos entre pessoas do mesmo sexo, em que faltasse a declaração de vontade dos nubentes ou de algum deles, etc. Veremos que há vários regimes de anulabilidade, mas mesmo o mais severo — o dos impedimentos dirimentes de carácter permanente — não é suficientemente severo em relação a tais casamentos, pois a anulabilidade, ainda a de regime mais rigoroso, não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 1632.º) e só pode ser invocada por certo círculo de pessoas e dentro de determinado prazo, embora esse círculo seja muito largo e este prazo muito longo.

A 2.ª razão é a de que os casamentos anuláveis, mesmo aqueles em que o regime da anulabilidade é o mais severo, nos termos expostos, ainda produzem os *efeitos putativos* previstos nos arts. 1647.º e 1648.º, que vamos estudar na Subsecção III desta Secção. Ora não parece razoável que seja atribuída eficácia putativa a casamentos tão gravemente viciados como aqueles a que nos estamos a referir.

128. Casos de inexistência

São os previstos no art. 1628.º: casamentos celebrados perante quem não tinha competência funcional para o ato (als. *a*) e *b*)

ou em que falte a declaração de vontade dos nubentes ou de um deles (als. *c*) e *d*)²⁴⁰.

Não é porém inexistente, nem sequer anulável, o casamento celebrado perante *funcionário de facto* (art. 1629.º).

Entendendo-se por funcionário de facto aquele que, “sem ter competência funcional para o ato, exercia publicamente as correspondentes funções, salvo se ambos os nubentes, no momento da celebração, conheciam a falta daquela competência” (cfr. também o art. 369.º, n.º 2). Não cabe, pois, na hipótese do art. 1629.º o ato celebrado perante um simples particular que não exercia publicamente a função de oficial público (ac. da Rel. de Coimbra de 3.11.1967, publicado, com anotação de Pires de Lima, na *RLJ*, ano 101.º, p. 183). Note-se que, embora o *casamento* celebrado perante funcionário de facto seja válido, é nulo o respetivo *registo*, por conter a aposição do nome de quem não tinha competência funcional para o fazer (art. 87.º, al. *c*), CRegCiv). Cfr. A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. IV, 2.ª ed., p. 161.

129. Regime da inexistência

Quanto ao *regime* da inexistência, basta dizer que o casamento inexistente não produz efeitos — nem mesmo putativos —, e que a inexistência do casamento pode ser invocada a todo o tempo, e por qualquer interessado, independentemente de declaração judicial (art. 1630.º). Isto significa que, ao contrário do que acontece com a anulabilidade do casamento (art. 1632.º), a inexistência pode ser reconhecida por sentença em ação que não seja especialmente intentada para esse fim, pode ser invocada por via de exceção e declarada oficiosamente pelo tribunal. Se, porém, o casamento estiver registado e a inexistência do casamento *não resultar do próprio contexto do registo* (como muitas vezes acontecerá), o registo do casamento não é inexistente (CRegCiv, art. 85.º, n.º 1, al. *a*)), e

²⁴⁰ Não deve confundir-se esta última hipótese com as previstas no art. 1635.º, em que falta a *vontade* de um dos nubentes ou de ambos e o casamento é *anulável*, nos termos dos arts. 1640.º e 1644.º (*supra*, n.º 100).

pode tornar-se necessária uma ação para ilidir a prova resultante do registo (art. 3.º), ação que, não podendo ser de justificação administrativa, pois o registo não é inexistente nem nulo (art. 241.º, n.º 1), terá de ser uma ação de processo ordinário (arts. 233.º, n.º 3, CRegCiv e 546.º, n.º 2, CProcCiv), em que se peça a declaração de inexistência do casamento e, acessoriamente, o cancelamento do registo (art. 91.º, n.º 1, al. *b*), CRegCiv)²⁴¹.

Subsecção II. Anulabilidade do casamento

130. Casos de anulabilidade

Os casos de anulabilidade são exclusivamente os do art. 1631.º.

O art. 1627.º consagra o princípio *pas de nullité sans texte*, ou seja, o princípio de que, ao contrário do que acontece no direito comum (art. 294.º), não há nulidades tácitas mas só *expressas*, devendo, portanto, considerar-se válidos todos os casamentos relativamente aos quais não se verifique alguma das causas de inexistência ou de anulabilidade *especificadas na lei*. À luz deste princípio fundamental deverão resolver-se as questões de saber, p. ex., se serão válidos os casamentos em que não tenha corrido o processo preliminar, em que a declaração para casamento não contenha algum dos elementos referidos no art. 136.º, n.º 2, CRegCiv ou não seja instruída com os documentos necessários, em que não tenha sido pública a cerimónia da celebração do casamento, etc. *Como a lei não diz que sejam nulos, todos estes casamentos são válidos.*

São anuláveis:

a) Os casamentos contraídos com impedimento dirimente (falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por

²⁴¹ Sobre o tema, cfr. A. VARELA, *cit.*, p. 162-3, e, acerca da inexistência superveniente no caso de mudança de sexo, *supra*, n.º 84, e CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *cit.*, p. 183-4.

anomalia psíquica, casamento anterior não dissolvido, parentesco na linha reta, parentesco no 2.º grau da linha colateral, afinidade na linha reta e condenação por homicídio).

b) Os casamentos celebrados com falta de vontade por parte de um ou de ambos os nubentes (incapacidade acidental ou outra causa que determine a falta de consciência do ato, erro acerca da identidade física do outro contraente, coação física e simulação).

c) Os casamentos em que tenha havido vício da vontade juridicamente relevante (erro-vício e coação moral).

d) Os casamentos celebrados sem a presença das testemunhas exigidas por lei.

131. Regime da anulabilidade

O regime da anulabilidade já foi descrito atrás a propósito de cada um destes casos.

De um modo geral, pode dizer-se que a anulabilidade não opera *ipso iure*, não sendo invocável para qualquer efeito, judicial ou extrajudicial, enquanto não for reconhecida por sentença em ação especialmente intentada para esse fim (art. 1632.º); além disso, a ação de anulação só pode ser proposta por certas pessoas (arts. 1639.º-1642.º) e dentro de certos prazos (arts. 1643.º-1646.º), considerando-se sanada a anulabilidade e válido o casamento em determinadas hipóteses (art. 1633.º). Não há aqui um regime idêntico ao da nulidade do direito comum (o que explica que, na terminologia da lei, não existam casamentos “nulos” mas só “anuláveis”), pois a nulidade do direito comum é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º). A diferença explica-se pela particular necessidade de certeza e segurança que o casamento

reclama — não só o casamento, como, de resto, a generalidade das relações familiares²⁴².

Não há porém um só, mas *vários* regimes de anulabilidade, como vimos. Varia muito, de caso para caso, o círculo das pessoas que podem intentar a ação de anulação e o prazo dentro do qual lhes é permitido fazê-lo, e a possibilidade de a anulabilidade ser sanada é admitida por lei em alguns casos mas não em outros.

Pode dizer-se que há na lei três tipos ou regimes diferentes de anulabilidade, consoante os interesses em vista dos quais a anulabilidade é estatuída.

I. Há casos em que a lei prescreve a anulabilidade do casamento *no interesse dos cônjuges e suas famílias e também no interesse público*. São os casos de casamento contraído com impedimento dirimente. O círculo das pessoas que podem propor a ação de anulação é aqui muito amplo (de um modo geral, a lei dá legitimidade aos cônjuges e aos seus parentes na linha reta ou até ao 4.º grau da linha colateral, herdeiros e adotantes); por outro lado, como a anulabilidade também é estatuída no interesse público, o Ministério Público pode igualmente intentar a ação.

Há todavia, dentro desta ampla esfera de casos, ainda uma distinção a fazer.

a) De um lado estão os casos em que *o motivo da anulabilidade é temporário*; aqui, admite a lei que a anulabilidade seja sanada e marca um curto prazo, em princípio, para a propositura da ação, ou não permite que a anulação seja requerida depois de o motivo da anulabilidade ter cessado. É o que acontece quando o casamento é contraído com os impedimentos de falta de idade nupcial, demência notória, interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e casamento anterior não dissolvido.

²⁴² Cfr. *supra*, n.º 69, e A. VARELA, *cit.*, p. 83.

b) Estão de outro lado os casos em que *o motivo da anulabilidade é permanente*; agora a lei não permite que seja sanada a anulabilidade e esta pode ser arguida em prazo muito mais longo. Inserem-se aqui os casos de o casamento ter sido contraído com os impedimentos de parentesco ou afinidade na linha reta, parentesco no 2.º grau da linha colateral e condenação por homicídio.

Note-se, porém, que no caso de casamento anterior não dissolvido a anulabilidade pode ser sanada mas o prazo para a propositura da ação é virtualmente muito longo (seis meses depois da *dissolução* do casamento). O caso de condenação por homicídio também foge um pouco ao esquema proposto: embora se trate de impedimento permanente e a lei não permita que a anulabilidade seja sanada, marca-se um curto prazo (de três anos a contar da celebração do casamento) para a propositura da ação.

II. Pode também a anulabilidade ser estatuída *só no interesse público*. É o caso de o casamento ser celebrado sem a presença das testemunhas. A ação de anulação só pode ser proposta neste caso pelo Ministério Público.

III. Finalmente, há casos em que a anulabilidade é estatuída *no interesse particular de um dos cônjuges*, e só esse cônjuge pode então requerer a anulação. É o que se passa nos casos de incapacidade acidental ou outra causa que determine a falta de consciência do ato, erro sobre a identidade física do outro cônjuge, coação física, erro-vício e coação moral. A anulação só pode agora ser pedida pelo cônjuge enganado, coato ou cuja vontade faltou, e dentro de prazo muito curto, valendo pois aqui um regime de anulabilidade idêntico ao que vale quanto aos negócios jurídicos em geral.

O caso de *simulação* é de certo modo singular, pois a anulabilidade é aí estatuída, ao mesmo tempo, no interesse dos cônjuges e no das pessoas prejudicadas com o casamento (cfr. art. 1640.º, n.º 1).

Subsecção III. Casamento putativo

132. Noção e razão de ser do instituto

Declarado nulo ou anulado o casamento, os efeitos que este produziu até à data da declaração de nulidade ou da anulação podem manter-se quando certos pressupostos se verifiquem. É o que se chama *casamento putativo*.

Do latim *putare* (julgar, estar convencido). Segundo a etimologia da palavra, casamento putativo seria só, portanto, o que os cônjuges *julgaram* ter contraído validamente. Mas no nosso direito, como vamos ver, o instituto transcende este âmbito, na medida em que os filhos de casamento declarado nulo ou anulado, mesmo no caso de má fé dos seus progenitores (art. 1827.º), se presumem filhos do marido da mãe, nos termos do art. 1826.º, n.º 1.

O instituto está regulado nos arts. 1647.º-1648.º CCiv e a sua justificação é de meridiana clareza.

Na verdade, em face do princípio da retroatividade da declaração de nulidade ou anulação (art. 289.º), ao casamento declarado nulo ou anulado não se deveriam atribuir quaisquer efeitos. A união conjugal haver-se-ia como união de facto e, falecido um dos cônjuges e vindo o casamento a ser declarado nulo ou anulado, o sobrevivente só poderia pretender, eventualmente, a proteção do art. 2020.º e os demais benefícios atribuídos no caso de morte de um dos membros da relação. Os filhos nascidos do casamento ter-se-iam como nascidos fora dele, pelo que não se lhes aplicaria a presunção de paternidade do art. 1826.º, n.º 1. As convenções antenupciais, assim como as doações *si nuptiae sequantur* feitas pelos cônjuges ou por terceiros, caducariam. Nenhum dos cônjuges poderia invocar a maioridade (art. 132.º) ou a nacionalidade que o casamento lhe tivesse feito adquirir. E assim por diante. Tudo seriam conse-

quências desvantajosas, para os cônjuges, para os filhos e até para terceiros. Suponhamos, neste último aspecto, um contrato em que um dos cônjuges tivesse intervindo como administrador de bens comuns ou próprios do outro: uma vez declarado nulo ou anulado o casamento, tal intervenção passaria a ser irregular, o contrato não produziria efeitos e os direitos do terceiro que tivesse contratado com aquele cônjuge ficariam injustamente prejudicados.

O instituto do casamento putativo visa evitar estes inconvenientes.

Em face de uma união conjugal que interessa à sociedade fazer cessar, é preciso, mas basta, que ela *cesse*, não sendo necessário apagar os efeitos jurídicos que produziu no passado, sendo certo que não podem apagar-se os efeitos que *de facto* ela já produziu.

133. Natureza jurídica

A questão da *natureza jurídica* do casamento putativo tem tido várias soluções na doutrina. Há quem fale aqui de uma *ficção* de validade do casamento e quem entenda, de maneira mais realista, que o art. 1647.º constitui *exceção* à regra do art. 289.º Finalmente, uma terceira solução concebe o casamento putativo como *instituição autónoma*. Os efeitos putativos — escreve Pires de Lima, que defendeu esta conceção na monografia já citada — “têm a sua fonte exclusiva, não num ato jurídico, mas numa situação de facto, resultante da errónea convicção da legalidade do vínculo. A lei, portanto, ao dizer que o casamento nulo ou anulável produz os seus efeitos jurídicos, não exprime senão a ideia de que os efeitos a produzir pelo casamento putativo são aqueles que teria produzido o casamento se fosse válido; isto é, a lei determina os efeitos do instituto por um processo indireto, remetendo para os efeitos de uma outra instituição. Mas se a lei atribui, pelo casamento putativo, eficácia a uma materialidade, tornando-a produtora de consequências

jurídicas, é forçoso dar a esse instituto foros de inteira autonomia”. O casamento putativo — conclui Pires de Lima — “é o facto material, que se revela pela aparência dum casamento, e a que a lei atribui efeitos análogos aos desse ato”²⁴³.

134. Pressupostos

A produção de efeitos putativos depende de três *pressupostos*.

a) Em primeiro lugar, é necessária a *existência* do casamento. Se o casamento é inexistente, por se verificar alguma das situações previstas no art. 1628.º, não tem efeitos putativos (art. 1630.º, n.º 1)²⁴⁴.

b) Em segundo lugar, é preciso que o casamento tenha sido *declarado nulo* ou *anulado* (art. 1647.º, n.ºs 1 e 3): a invalidade do casamento não opera *ipso iure* (art. 1632.º) e, enquanto não for reconhecida por sentença em ação especialmente intentada para esse fim, o casamento produz todos os seus efeitos.

Aos casamentos declarados nulos ou anulados parece que devem equiparar-se os casamentos católicos cuja transcrição tenha sido *recusada* (nos termos do art. 174.º, n.º 1, als. *d*) e *e*), CRegCiv) ou *declarada nula* por ter sido feita indevidamente (CRegCiv, art. 87.º, al. *d*). Em sentido contrário, cfr. A. Varela, *Código Civil anotado*, vol. e ed. cit., p. 205.

c) O terceiro pressuposto é a *boa fé* dos cônjuges ou de algum deles, mas não pode colocar-se no mesmo plano dos anteriores. A boa fé dos cônjuges ou de algum deles é necessária para que o casamento produza efeitos em relação aos cônjuges ou os efeitos favoráveis ao cônjuge de boa fé, e, reflexamente, produza efeitos

²⁴³ *Ob. cit.*, p. 27.

²⁴⁴ Ainda que tenha sido lavrado registo ou transcrição (transcrição putativa), não se lhe pode atribuir qualquer efeito que atinja os pseudo-cônjuges: PIRES DE LIMA, *RLJ*, ano 74.º, p. 360.

em relação a terceiros. A eficácia putativa em relação aos filhos não depende, porém, da boa fé dos cônjuges; como resulta do art. 1827.º, essa eficácia produz-se ainda que ambos tenham contraído o casamento de má fé.

A lei *presume* a boa fé dos cônjuges (art. 1648.º, n.º 3), a qual, em princípio, consiste na *ignorância* desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade (art. 1648.º, n.º 1). É uma noção subjetiva, mas a lei alarga um pouco esta noção, considerando igualmente de boa fé o cônjuge cujo consentimento tenha sido extorquido por coação: a noção de boa fé é aqui *objetiva e moral*. A boa fé dos cônjuges deve existir no momento da celebração do casamento, e só nele: é o que se conclui do próprio art. 1647.º, que dá efeitos putativos ao casamento *contraído* de boa fé. Note-se, por último, que, pertencendo ao direito civil, uma vez declarada a nulidade do casamento católico por um tribunal eclesiástico, regular os efeitos da nulidade e a eventual aplicação do instituto do casamento putativo (*supra*, n.º 81), é da exclusiva competência dos tribunais do Estado o conhecimento judicial da boa fé (art. 1648.º, n.º 2).

135. Efeitos

I) Princípio geral

O *princípio geral*, quanto aos efeitos do casamento putativo, enuncia-se assim: mantêm-se para o futuro, até à data do trânsito em julgado da sentença de anulação do casamento civil (art. 1647.º, n.º 1) ou até à do averbamento da sentença do tribunal eclesiástico que declarou a nulidade do casamento católico (art. 1647.º, n.º 3), os efeitos do casamento já produzidos, mas não se produzem novos efeitos. Deste modo, a declaração de nulidade e a anulação só operam *ex nunc* (e não *ex tunc*, como nos negócios jurídicos em

geral), gerando-se, pois, uma situação, se não idêntica, pelo menos muito semelhante à que se verifica no caso de divórcio.

Para um confronto entre as duas situações, Pires de Lima, *ob. cit.*, p. 216. A diferença estaria em que do casamento putativo não poderiam surgir efeitos novos, mesmo quando dependentes apenas da sua existência passada (ao passo que os divorciados seriam considerados para efeitos futuros como tendo sido cônjuges no passado); o casamento reputar-se-ia *dissolvido para o passado, mantendo-se, porém, inválido para o futuro*. Note-se contudo que a distinção formulada nestes termos não se adapta ao disposto no art. 2017.º, o qual, segundo parece, se aplica mesmo que a necessidade de alimentos surja *depois* da declaração de nulidade ou da anulação do casamento.

II) *Efeitos em relação aos cônjuges*

Há que distinguir três situações possíveis.

Se os cônjuges estavam ambos de boa fé, o casamento produz todos os efeitos entre eles até à data da declaração de nulidade ou da anulação (art. 1647.º, n.º 1). P. ex., se *A*, casado com *B*, faleceu, sendo *B* herdeiro de *A*, e depois o casamento entre *A* e *B* é declarado nulo ou anulado, o efeito sucessório já produzido mantém-se. Outra aplicação do princípio: as alienações efetuadas, p. ex., pela mulher sem outorga do marido putativo continuam a ser anuláveis mesmo depois da declaração de nulidade ou da anulação do casamento.

Se só um estava de boa fé, o casamento inválido produz (e produz, naturalmente, em relação a ambos os cônjuges) os efeitos que forem *favoráveis*, concretamente, ao cônjuge de boa fé (art. 1647.º, n.º 2). Aparentemente, p. ex., se *A*, casado com *B*, faleceu, e *B* foi herdeiro de *A*, o efeito sucessório mantém-se se *B* era o cônjuge de boa fé; a convenção antenupcial terá efeitos se o regime estipulado beneficiar o cônjuge de boa fé (cfr. art. 1716.º); etc.

Segundo F Brito Pereira Coelho, merece análise a questão de saber se devem poder produzir-se efeitos putativos que não se produziram se o casamento tivesse terminado por divórcio – p. ex., a partilha segundo a comunhão geral de bens,

sendo certo que, no caso de divórcio, a partilha se faz sempre de acordo com o regime da comunhão de adquiridos (art. 1790.º).

Se ambos os cônjuges estavam de má fé, o casamento não tem eficácia putativa em relação a eles.

III) *Efeitos em relação aos filhos*

Não há agora que distinguir entre boa e má fé dos cônjuges. Mesmo que estes tenham contraído o casamento de má fé, a presunção *pater is est* aplica-se aos filhos nascidos do casamento, nos termos do art. 1827.º

IV) *Efeitos em relação a terceiros*

O instituto do casamento putativo também visa proteger *terceiros*, pelo que a eficácia putativa deve estender-se igualmente a estes. Embora a proteção do interesse de terceiros seja aqui lateral e *reflexa*: se os cônjuges estão os dois de má fé não há efeitos putativos (a não ser em relação aos filhos) e, todavia, pode haver terceiros de boa fé.

Há que distinguir as mesmas três hipóteses.

Se ambos os cônjuges estavam de boa fé, o casamento inválido produz todos os seus efeitos, também em relação a terceiros, até ao trânsito em julgado da sentença de anulação do casamento civil ou ao averbamento da decisão do tribunal eclesiástico que declarou a nulidade do casamento (art. 1647.º, n.os 1 e 3).

Se só um dos cônjuges estava de boa fé, o art. 1647.º, n.º 2, faz ainda uma distinção²⁴⁵.

Tratando-se de relações que, estabelecendo-se entre os próprios cônjuges, vão afetar terceiros nos seus interesses (p. ex., alienação

²⁴⁵ Era a distinção proposta por PIRES DE LIMA, *cit.*, p. 339 s.

de imóveis feita por um dos cônjuges sem o consentimento do outro), os respetivos efeitos, “mero reflexo, relativamente a terceiros, das relações havidas entre os cônjuges” (art. 1647.º, n.º 2), produzem-se ou não — em relação aos cônjuges e, reflexamente, em relação a terceiros — conforme forem favoráveis ou desfavoráveis ao cônjuge de boa fé.

Tratando-se, pelo contrário, de relações que se estabeleçam diretamente entre cada um dos cônjuges e terceiros mas que estejam dependentes do estado pessoal de casado (p. ex., relação de afinidade, doação para casamento feita por terceiro a um dos esposados), já a solução é diversa. Não se estabelecendo agora a relação entre os próprios cônjuges, não se justificaria que fosse aqui decisiva a distinção entre cônjuge de boa fé e cônjuge de má fé, só se produzindo os efeitos *favoráveis* àquele. O terceiro não merece mais ou menos proteção porque esteja de má fé ou de boa fé o cônjuge com quem contratou. Não estando estas relações abrangidas no art. 1647.º, n.º 2, pois não se trata aqui, relativamente a terceiros, de “mero reflexo das relações havidas entre os cônjuges”, o princípio a aplicar deve ser singelamente o da invalidade, pelo que o casamento não produz neste caso quaisquer efeitos.

Finalmente, *se ambos os cônjuges estavam de má fé* o casamento não produz efeitos em relação a eles e, por conseguinte, também não os produz em relação a terceiros.

Divisão IV. Casamento católico

Bibliografia portuguesa

Ayala, Xavier de, *Eficácia civil do casamento canónico*, Coimbra, 1950 (sep. do “Bol. Fac. Dir.”, vol. 26.º); AA.VV. (A. Leite *et alii*), *A Concordata de 1940 Portugal - Santa Sé* — Jornadas de Estudo nos 50 anos da Concordata em homenagem ao P.e

António Leite S. J., Lisboa, Didaskalia, 1993; AA.VV. (M. Costa Gomes, coord.), *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2001; Costa, A. Campos, *Problemas controvertidos acerca da transcrição dos casamentos canónicos*, Coimbra, 1946 (sep. do “Supl. Bol. Fac. Dir.”, vol. 7.º); Cunha, P. Olavo, *O sistema matrimonial português. Algumas considerações acerca da coexistência do casamento civil e do casamento católico*, in “Dir. e Just.”, vol. VII (1993); Duarte, Urbano, *Mentalidade católica e o projeto do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1966; Ferreira, V. Taborda, *Um caso de “conditio iuris”. A transcrição dos casamentos canónicos* (1952); Figueiredo, Mário de, *A Concordata e o casamento*, Lisboa, União Gráfica, 1940; Leite, António, *O projeto de Código Civil à luz da doutrina católica*, Lisboa, União Gráfica, 1966; Id., *O casamento canónico-concordatário*, in “Scientia Iuridica”, t. 20 (1971); Id., *Concordata, sim ou não?*, Coimbra, Casa do Castelo, 1971; Martins, R. Cândido, *O reconhecimento da sentença de nulidade do casamento católico dos tribunais eclesiásticos: a possível contradição com a sentença de divórcio*, in G. de Oliveira, J. Machado & R. Martins (Coords.), “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 241-273; Patrício, J. Simões, *Em volta do casamento concordatário*, in “Estudos”, n.º 463 (janeiro de 1968), p. 18-33; Proença, J. Gonçalves de, *Relevância do direito matrimonial canónico no ordenamento estadual*, Coimbra, Atlântida, 1955; Sá Carneiro, Francisco, *A proibição de dissolução dos casamentos canónicos por divórcio no novo Código Civil*, in “Revista dos Tribunais”, n.º 1817 (1966).

136. Generalidades. Plano de exposição da matéria

Depois de termos exposto a matéria do casamento civil, vamos agora estudar o casamento católico como ato jurídico.

Utilizaremos o mesmo esquema de que nos servimos na exposição da matéria do casamento civil: vamos estudar nos números seguintes os requisitos de fundo (consentimento e capacidade), as formalidades e a invalidade do casamento católico.

Devemos já advertir, porém, que a matéria do casamento católico vai ser exposta muito mais resumidamente do que o foi a do casamento civil. Sabemos que o casamento católico é regido pelo direito civil e pelo direito canónico e já vimos quais os aspetos em que um e outro se aplicam. Como é natural, dedicaremos especial atenção aos primeiros, à disciplina civil do casamento católico. Todavia, no estudo do casamento católico que vamos fazer também não descuraremos os aspetos em que o regime a aplicar é o do direito canónico.

É o que se passa com a matéria do consentimento, por onde começaremos este estudo.

137. Consentimento

O valor e a importância do consentimento no direito matrimonial canônico estão bem expressos no cân. 1057 CICan, segundo o qual é o consentimento legitimamente manifestado que “origina o matrimônio” (*matrimonium facit*) — um consentimento “que não pode ser suprido por qualquer poder humano” (*qui nulla humana potestate suppleri valet*).

É de notar que o cân. 1095 considera *incapazes* de contrair matrimônio por não poderem prestar *consentimento* válido todos os que se encontrem em qualquer das três situações aí previstas: os que carecem de suficiente uso da razão (n.º 1.º), o qual se presume a partir dos sete anos (cân. 97, § 2); os que sofrem de grave defeito de discrição do juízo acerca dos direitos e deveres essenciais do matrimônio, que se devem dar e receber mutuamente (n.º 2.º)²⁴⁶; e, por último, os que, por causas de natureza psíquica, não podem assumir as obrigações essenciais do matrimônio (n.º 3.º). Abrangem-se na primeira categoria de incapacidades tanto as doenças mentais que revestem carácter *permanente* ou habitual (p. ex., esquizofrenia)²⁴⁷, como, segundo alguns autores, as perturbações mentais *transitórias* (alcoólicos, toxicômanos,

²⁴⁶ Discrição do juízo que supõe a faculdade cognoscitiva e ainda a faculdade reflexiva ou crítica e a faculdade volitiva. Sobre as várias componentes da “discrição do juízo”, v. CANTÓN (*cit.*, p. 114-6), que considera o uso da razão, a discrição do juízo e a aptidão para o casamento como *três estádios sucessivos* pelos quais se define a capacidade ou incapacidade matrimonial (p. 124).

²⁴⁷ A hipótese de *intervalos lúcidos* ou *remissões* no estado demencial não está expressamente prevista no Código, mas a jurisprudência dos tribunais eclesiásticos parece afastá-la em determinadas doenças e, de qualquer modo, tais intervalos lúcidos têm de ser *provados*, pois não se presume a sua existência (*Nuevo der. canonico*, dir. por L. ECHEVERRÍA, 2.ª ed., 1983, p. 230-1).

etc.)²⁴⁸; na segunda, em particular, as perturbações que retiram ao sujeito a capacidade crítica, ou seja, a capacidade para ponderar concretamente, na prática, o casamento que vai celebrar e as obrigações inerentes ao mesmo; e na terceira, finalmente, as anomalias psíquicas ou psicosssexuais que não permitem assumir as “obrigações essenciais” do casamento: quer o débito conjugal, quer o estabelecimento do “*totius vitæ consortium*”, ou seja, da relação interpessoal que constitui objeto do consentimento matrimonial.

Embora o direito canónico continue a integrar as anomalias psíquicas na matéria do *consentimento*, não vendo nelas, como o direito civil (cfr. art. 1601.º, al. *b*), CCiv), um impedimento matrimonial, a consideração específica das “incapacidades” previstas no cân. 1095 constitui uma significativa alteração do Código de 1983 em relação ao de 1917²⁴⁹.

As propriedades ou características do consentimento matrimonial no direito canónico correspondem fundamentalmente às que referimos no n.º 120: à semelhança do que acontece no direito civil, o direito canónico exige igualmente que o consentimento para o casamento seja atual, pessoal, puro e simples, perfeito e livre.

Nos termos do cân. 1104, é necessário que os contraentes se encontrem *simultaneamente* presentes, por si mesmos ou por procurador, para contraírem validamente matrimónio, devendo expressar o seu consentimento por palavras ou, se não puderem falar, por sinais equivalentes. Os requisitos necessários para se celebrar validamente casamento por procuração estão expressos no

²⁴⁸ Em sentido diferente, v. CANTÓN (*cit.*, p. 129), que entende tratar-se, no caso de perturbações mentais transitórias, não de causas de incapacidade, mas de “falta de deliberação ou de liberdade interna” como requisito do consentimento matrimonial.

²⁴⁹ O alargamento das causas de nulidade decorrente das “incapacidades” previstas no cân. 1095, da relevância atribuída ao dolo (cân. 1098), etc., corresponde, de alguma maneira, à nova conceção do Código acerca dos fins do casamento (*supra*, n.º 102), o qual não poderá constituir-se validamente se a *relação pessoal* entre os cônjuges ficar gravemente comprometida.

cân. 1105, podendo notar-se que, ao contrário do que acontece no direito civil, o direito canónico permite que ambos os nubentes se façam representar na celebração do casamento.

O casamento contraído sob *condição* de um facto futuro não é válido, como dispõe o § 1 do cân. 1102, mas o § 3 do mesmo cânone permite que se contraia casamento sob condição de um facto passado ou presente com autorização escrita do Ordinário do lugar, sendo o casamento válido ou não, em tal hipótese, conforme exista ou não o objecto da condição (§ 2).

Os casos de divergência entre a vontade e a declaração estão previstos no cân. 1101, o qual, no § 1, enuncia uma *presunção* de conformidade entre o consentimento interno da vontade e as palavras ou os sinais empregados. A divergência é todavia relevante e o casamento inválido “se uma ou ambas as partes, por um ato positivo de vontade, excluïrem o próprio matrimónio ou algum elemento essencial do matrimónio ou alguma propriedade essencial” (§ 2). Note-se que basta que *uma* das partes tenha tal vontade, podendo assim dizer-se que o direito canónico dá relevância à *reserva mental*, ao contrário do que acontece no direito civil²⁵⁰. Por outro lado e também ao contrário do que sucede no direito civil, dá igualmente relevo à chamada *simulação parcial*, enquanto permite que o casamento seja declarado nulo se uma ou ambas as partes excluïrem alguma das suas “propriedades essenciais”²⁵¹.

Finalmente, os cân. 1096 e seguintes referem-se aos vícios do consentimento²⁵².

No que diz respeito ao *erro*, importa ter em conta os cân. 1096, 1097, 1099 e 1100. O erro sobre a natureza do contrato releva nos

²⁵⁰ Cfr. *supra*, n.º 98, nota (171).

²⁵¹ Cfr. *supra*, n.º 76.

²⁵² Para uma perspectiva histórica da sua relevância cfr. MIGUEL FALCÃO, *Erro e dolo no matrimónio canónico. Fundamentação teológica da sua relevância até ao código de 1917*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007.

termos do cân. 1096, segundo o qual para haver consentimento matrimonial é necessário que os cônjuges “pelo menos não ignorem que o casamento é uma união permanente entre um homem e uma mulher ordenada à procriação de filhos mediante alguma cooperação sexual”; o casamento é pois inválido se qualquer dos cônjuges ignorava a natureza do casamento, embora tal ignorância não se presuma depois da puberdade. O erro acerca da *pessoa* torna inválido o matrimônio (cân. 1097, § 1); o erro acerca de *qualidade* da pessoa, porém, ainda que dê causa ao contrato, não o torna inválido, a não ser que *direta e principalmente* se pretenda essa qualidade e não a pessoa (§ 2). Por último, o erro sobre a unidade, a indissolubilidade ou a dignidade sacramental do casamento, contanto que não determine a vontade, não vicia necessariamente o consentimento matrimonial (cân. 1099), assim como não exclui necessariamente este consentimento a certeza ou a opinião acerca da nulidade do matrimônio (cân. 1100).

Importante alteração do Código de 1983 em relação ao anterior é a relevância conferida ao *dolo*, que é fundamento de nulidade do casamento se estiver preenchido o condicionalismo do cân. 1098. Nos termos deste preceito, quem contrai matrimônio enganado por dolo, perpetrado para obter o consentimento, acerca de uma qualidade da outra parte que, por sua natureza, possa perturbar gravemente a comunhão de vida conjugal, contrai-o invalidamente.

O cân. 1103, finalmente, considera inválido o casamento celebrado por *violência* ou *medo* grave incutido por uma causa externa, ainda que não dirigido a extorquir o consentimento, para se libertar do qual alguém se veja obrigado a contrair matrimônio.

138. Capacidade

Já vimos que a matéria da capacidade, no casamento católico, é regida ao mesmo tempo pelo direito civil e pelo direito canônico.

Claro que o casamento católico requer, e até antes de mais nada, *capacidade de direito canônico*, não podendo celebrar-se validamente se existir algum dos impedimentos *dirimentes* previstos nos cân. 1073 e segs. do Código de Direito Canônico e não houver *dispensa* do impedimento nos termos do mesmo Código.

Os impedimentos de direito canônico podem ser *de direito divino* ou *de direito eclesiástico* (só os segundos sendo suscetíveis de *dispensa*)²⁵³, *dirimentes* ou *impedientes*²⁵⁴, *absolutos* ou *relativos*, *perpétuos* ou *temporários* e, por último, *públicos* ou *ocultos*, consoante possam ou não provar-se no foro externo.

É o Capítulo III do Título VII que enuncia os impedimentos dirimentes: falta de idade nupcial (cân. 1083), impotência (cân. 1084), vínculo matrimonial anterior (cân. 1085), disparidade de culto (cân. 1086), ordens sacras (cân. 1087), voto público perpétuo de castidade emitido num instituto religioso (cân. 1088), rapto (cân. 1089), crime (cân. 1090), consanguinidade (cân. 1091), afinidade (cân. 1092), honestidade pública (cân. 1093) e parentesco legal (adoção) (cân. 1094).

Relativamente ao impedimento dirimente de falta de idade nupcial, é de notar que o § 1 do cân. 1083 fixa as idades nupciais de 16 e 14 anos para o homem e para a mulher, respetivamente, mas o § 2 do mesmo cânone permite que as conferências episcopais de cada país estabeleçam idade *superior*. Foi o que fez o *Decreto n.º 13 da Conferência Episcopal Portuguesa* de 25 de março de 1985²⁵⁵,

²⁵³ Note-se, porém, que em caso algum se concede dispensa do impedimento de consanguinidade na linha reta ou em segundo grau da linha colateral (cân. 1078, § 3). A dispensa é reservada à Sé Apostólica ou concedida pelo Ordinário do lugar, conforme os casos (§§ 1 e 2 do mesmo cân.).

²⁵⁴ Embora o Código não refira expressamente a existência de impedimentos *impedientes*, poderão qualificar-se como tais, de alguma maneira, as circunstâncias mencionadas nas várias alíneas do § 1 do cân. 1071, verificadas as quais, e fora do caso de necessidade, o casamento não pode celebrar-se licitamente sem autorização do Ordinário do lugar.

²⁵⁵ O Decreto está publicado na *Lumen*, vol. 46 (1985), p. 151. Veja-se também ANTÓNIO LEITE, *Comentário aos Decretos da Conferência Episcopal*, no mesmo vol., p. 208.

o qual, em conformidade com a faculdade concedida no cân. 1083, § 2, determinou “que a idade mínima para a celebração lícita do matrimónio na mulher será de 16 anos completos”²⁵⁶.

Além de exigir capacidade de direito canónico, o casamento católico requer porém ainda *capacidade de direito civil* (art. 1596.º).

Na verdade, vimos já que os impedimentos de direito civil (os dirimentes como os impedientes) também são impedimentos ao casamento católico, o qual só pode ser celebrado se for presente ao pároco um *certificado* passado pelo conservador e em que este declara que não há, ou que não conhece, impedimentos civis à celebração do casamento católico (art. 1598.º).

Mas se se celebrar casamento católico sem observância deste preceito e houver impedimentos de direito civil, *quid iuris?*

Já sabemos que o casamento católico não pode ser anulado no foro civil (art. 1625.º); o casamento não devia ter-se celebrado se havia impedimentos civis, mas, se se celebrou, os tribunais civis não podem pronunciar-se sobre a sua validade ou invalidade. O problema que se põe ao Estado é apenas o de saber *se deverá ou não permitir a transcrição do casamento*.

Concebia-se que a transcrição fosse recusada em qualquer caso. Impedindo a celebração do casamento católico, podia pensar-se que os impedimentos civis, uma vez celebrado o casamento, impedissem igualmente a sua transcrição nos livros do registo civil.

Mas o sistema da lei não é tão rígido, como de resto se compreende.

Se as normas que estabelecem impedimentos matrimoniais visam todas elas a proteção de interesses públicos, a verdade é que *a celebração do casamento católico faz surgir um novo interesse público*: o interesse de que o casamento católico, que não devia

²⁵⁶ Note-se que a idade de 16 anos só é exigida para a celebração *lícita* do matrimónio da mulher (não para a sua celebração *válida*), não constituindo, portanto, a falta de tal idade nupcial impedimento *dirimente* mas simples impedimento *impediente* ao casamento da menor.

ter-se celebrado mas se celebrou, venha a produzir efeitos civis, para que não haja uniões legítimas à face da Igreja e ilegítimas à face do Estado.

Procurando conciliar os dois interesses da melhor forma, a lei autoriza ou não a transcrição consoante a espécie de impedimento de que se trate. Sacrifica os impedimentos a que tem menos apego — os impedimentos *impedientes* —, que têm na sua base interesses públicos de segunda ordem e que devem ceder perante o novo interesse público que referimos; mas não sacrifica os impedimentos *dirimentes*, que têm na sua base interesses públicos fundamentais.

Tudo isto quanto aos casamentos *comuns*.

Se o casamento católico foi *urgente*, então pôde celebrar-se legalmente mesmo sem processo preliminar e passagem do certificado e por isso a solução da lei é diferente. Sacrificam-se agora os próprios impedimentos dirimentes, com exceção dos três em que existe mais clara divergência entre os dois sistemas de impedimentos²⁵⁷: o de falta de idade nupcial²⁵⁸, o de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e o de casamento civil anterior não dissolvido, desde que, em qualquer dos casos, o impedimento ainda subsista. Só nestes casos pode o conservador recusar a transcrição do casamento católico. É o que se dispõe nas als. *d)* e *e)* do art. 174.º, n.º 1, CRegCiv.

Um ponto que convém recordar é que a apreciação dos impedimentos se reporta, em face destes textos e como aliás resultaria das regras gerais, ao *momento da celebração* do casamento. O ponto tem interesse quando se trate de impedimentos de carácter *temporário*,

²⁵⁷ Como os outros impedimentos dirimentes também o são em face do direito canónico, é natural que o casamento seja declarado *nulo* pelo tribunal eclesiástico competente se algum desses impedimentos existir.

²⁵⁸ Note-se que, relativamente ao impedimento de falta de idade nupcial, a divergência é hoje menos clara, pois a Conferência Episcopal Portuguesa elevou a idade nupcial da mulher para 16 anos - cfr. *supra*, n.º 107.

como é o caso da demência. Assim, esta será irrelevante quando se tenha manifestado entre o momento da celebração religiosa e o momento em que vem a ser pedida a transcrição do casamento católico. Com base no aludido princípio parece que seria legítima a recusa da transcrição no caso contrário, ou seja, no caso de algum dos nubentes ter estado demente no momento da celebração mas agora já não o estar, no momento em que a transcrição vem a ser pedida. Todavia a solução da lei é outra. Como se conclui das palavras finais da al. e) do n.º 1 do art. 174.º CRegCiv, a transcrição não pode ser recusada neste caso. A solução da lei não será rigorosamente *jurídica*, mas o legislador terá sido sensível à consideração de ordem prática de que não se justificaria recusar a transcrição de um casamento que bem poderia agora ser celebrado.

139. Formalidades preliminares e celebração do casamento

I. O processo preliminar do casamento católico corre na conservatória do registo civil²⁵⁹, como o processo preliminar do casamento civil, que já estudámos. E corre fundamentalmente nos mesmos termos. Há só duas coisas novas a salientar.

A primeira é que a declaração para casamento também pode ser prestada neste caso, sob a forma de requerimento por si assinado, pelo pároco competente para a organização do processo canónico²⁶⁰, perante o qual se presume naturalmente que os nubentes já manifestaram a sua vontade de casar (art. 135.º, n.º 2, CRegCiv).

Por outro lado, já vimos que o casamento católico não pode ser celebrado sem que perante o respetivo pároco seja exibido *certificado*

²⁵⁹ Só vamos estudar as formalidades civis do casamento católico, omitindo a descrição das formalidades canónicas, cujo estudo não teria aqui interesse.

²⁶⁰ E não portanto, parece, por qualquer pároco.

passado pelo conservador e em que este declare que os nubentes podem contrair casamento (arts. 146.º e 151.º). O conservador deve passar o certificado dentro do prazo de um dia a contar da data do despacho final ou daquela em que os nubentes manifestaram intenção de contrair casamento católico (art. 146.º, n.ºs 1 e 2). Só não é assim quanto aos casamentos urgentes (art. 151.º, n.º 2), como veremos. O pároco que officiar no casamento sem lhe ser presente o certificado incorre na pena de desobediência qualificada (CPen, art. 348.º, n.º 2), como dispõe a al. *a*) do n.º 1 do art. 296.º CRegCiv.

II. Quanto à *celebração* propriamente dita do casamento católico, não há formalidades civis.

140. Registo do casamento: a transcrição

I. Logo após a celebração do casamento católico deve ser lavrado em duplicado o respetivo *assento paroquial*, no livro de registo ou em arquivo eletrónico da paróquia (CRegCiv, art. 167.º), assento de que hão de constar as indicações do n.º 1 deste artigo. O assento e o duplicado devem ser assinados pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo sacerdote que os tiver lavrado (art. 168.º, n.º 1).

Devem ainda assinar o assento e o duplicado os pais ou o tutor dos nubentes menores, quando tenham prestado o consentimento para o casamento no ato da celebração, assim como o procurador e o intérprete, se os houver (art. 168.º, n.º 2).

II. O pároco deve enviar o duplicado do assento a qualquer conservatória do registo civil nos três dias seguintes a fim de ser transcrito (art. 169.º, n.º 1, CRegCiv). Note-se que a lei marca curtos prazos, tanto para a remessa do duplicado à conservatória como para a transcrição do duplicado pelo conservador (três dias

e um dia, respetivamente), como bem se compreende, pois os efeitos da transcrição só retroagem ao momento da celebração do casamento, mesmo em relação a terceiros, se a transcrição for feita nos sete dias imediatos à celebração (arts. 1670.º, n.º 2, CCiv e 188.º, n.º 2, CRegCiv). A obrigação de remessa do duplicado só não existe nos casos previstos nas als. *a)* e *b)* do art. 170.º CRegCiv.

Nos termos do art. 13.º, n.º 5, da Concordata e do art. 296, n.º 1, CRegCiv, incorre na pena de desobediência qualificada o pároco que, sem motivo grave e atendível, deixe de enviar o duplicado do assento ou o envie fora do prazo estabelecido. A faculdade, concedida às partes no art. 13.º, n.º 5, *in fine*, da Concordata de 2004, de solicitar a transcrição mediante a apresentação da cópia integral da ata do casamento se o pároco não enviar o duplicado do assento à conservatória não constava da Concordata de 1940, mas o art. 172.º, n.º 3, CRegCiv já permitia e continua a permitir, não só às partes, mas a qualquer interessado ou ao Ministério Público, a todo o tempo, requerer a transcrição na falta de remessa do duplicado do assento pelo pároco.

A 2.ª parte da al. *a)* do art. 170.º CRegCiv, relativa aos “casamentos *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja celebração imediata seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral, quando não possam ser transcritos”, constitui uma inovação do Decreto-lei n.º 324/2007, que recuperou a solução do Decreto-lei n.º 261/75, o qual acrescentara ao art. 1656.º CCiv a referência aos “casamentos celebrados nos termos do artigo 1599.º deste Código e que não possam ser transcritos”. O art. 206.º CRegCiv de 1978 omitiu a referência a esses casamentos, que também não foram mencionados no art. 170.º do Código de 1995, antiga redação, pelo que, antes do Decreto-lei n.º 324/2007, entendíamos que a 2.ª parte do art. 1656.º CCiv²⁶¹ tinha sido revogada pelo art. 170.º CRegCiv como lei posterior²⁶². Com a revisão do Código do Registo Civil de 2007, a obrigação de remessa do duplicado voltou a não ser aplicável aos casamentos referidos na 2.ª parte da al. *a)* do art. 170.º CRegCiv, uma solução que Antunes Varela considerou “perigosa e até injustificada, desde que o grave motivo de ordem moral, que legitima a

²⁶¹ Note-se que o Decreto-lei n.º 324/2007 revogou o art. 1656.º CCiv e toda a Secção II (“Registo por transcrição” — arts. 1654.º a 1668.º) do Cap. VIII do Tít. II do Livro IV do Código Civil. Normas de carácter “registral”, ter-se-á entendido, com razão, que tinham o seu lugar próprio no Código do Registo Civil.

²⁶² Cfr. a 3.ª ed. do *Curso*, p. 364.

autorização dada pelo ordinário, não foi ao ponto de justificar a celebração de casamento *secreto*²⁶³.

Se o ministro da Igreja, sem motivo grave e atendível, deixar de enviar o duplicado do assento ou o enviar fora do prazo estabelecido, incorre na pena de desobediência qualificada (CPen, art. 348.º, n.º 2), nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 296.º CRegCiv.

III. O conservador deve fazer a *transcrição* do duplicado ou da certidão do assento paroquial²⁶⁴ dentro do prazo de um dia, contado nos termos do art. 172.º, n.º 2, e comunicá-lo ao pároco, se possível por via eletrónica, até ao termo do dia imediato àquele em que for feita (art. 172.º, n.º 1)²⁶⁵; na falta de remessa do duplicado ou da certidão do assento pelo pároco, a transcrição pode ser feita a todo o tempo, em face de qualquer desses documentos, a requerimento de algum interessado ou do Ministério Público (art. 172.º, n.º 3).

As soluções da lei compreendem-se, pois há interesse público em que o casamento católico seja transcrito para ter efeitos civis; por outro lado, esse interesse público justifica que a morte de um ou de ambos os cônjuges não obste à transcrição (art. 174.º, n.º 4) e que esta seja recusada nos casos previstos no n.º 1 do art. 174.º.

Não parece que a enumeração do preceito seja taxativa. Assim, p. ex., a transcrição de casamento católico que não tenha sido precedido de processo de

²⁶³ *Código Civil anotado*, vol. IV, 2.ª ed., p. 226.

²⁶⁴ Documento este (a *certidão* de cópia integral do assento) que é enviado pelo pároco se o duplicado se extraviar, logo que tenha conhecimento do facto, e que serve de título para a transcrição, nos termos do art. 169.º, n.º 5.

²⁶⁵ O funcionário que der causa a que o casamento católico não seja transcrito dentro do prazo legal incorre na pena de desobediência qualificada (art. 297.º, al. a), CRegCiv).

publicações não pode ser efetuada sem que tenha corrido esse processo (art. 173.º, n.º 1, CRegCiv). Cfr. A. Varela, *cit.*, p. 234.

Note-se, porém, que a transcrição recusada com base em impedimento dirimente deve ser efetuada oficiosamente, ou por iniciativa de qualquer interessado ou do Ministério Público, logo que cesse o impedimento que deu causa à recusa (art. 175.º CRegCiv).

Como dissemos atrás, nem todos os impedimentos à celebração do casamento são impedimentos à transcrição. Vimos que a lei sacrifica os impedimentos que tutelam interesses públicos de segundo grau (os impedimentos meramente impedientes) ao *novo* interesse público que surge com a celebração do casamento católico, o interesse de que este seja transcrito para que tenha efeitos civis. E no caso dos casamentos urgentes vai ao ponto de sacrificar os próprios impedimentos dirimentes, com ressalva dos três referidos na al. e) do n.º 1 do art. 174.º CRegCiv.

IV. Problema muito complexo, mas a que faremos breve referência, é o da *natureza jurídica* da transcrição²⁶⁶.

Em termos gerais, são aqui possíveis duas grandes orientações.

Segundo a *teoria da receção* individual para que o casamento católico seja válido na ordem civil é preciso um ato individual de receção, e a transcrição é esse ato. Antes dela, o vínculo matrimonial não existe para o ordenamento estadual. Assim, a transcrição é um *requisito ad substantiam*, cuja existência é condição da própria validade do ato matrimonial em face do Estado.

Segundo a *teoria da receção* normativa ou genérica, pelo contrário, o casamento católico adquire validade civil logo após a cerimónia religiosa, pois o direito matrimonial canónico foi recebido pelo

²⁶⁶ O tema foi objeto da dissertação de doutoramento de GONÇALVES DE PROENÇA, *Relevância do direito matrimonial canónico no ordenamento estadual*, Coimbra, Atlântida, 1955.

direito português em bloco, *genericamente*; o casamento canónico já existe e é válido antes da transcrição, mas não tem efeitos civis. A transcrição é apenas uma *condição legal de eficácia civil do casamento católico*, sendo esta a sua natureza jurídica.

Como qualquer outro problema de construção jurídica, a questão da natureza jurídica da transcrição só pode resolver-se em face das soluções da lei. Trata-se de saber se estas soluções se explicam melhor pelo primeiro ou pelo segundo conceito.

Ora é sem dúvida pelo segundo.

Assim se conclui, desde logo, do art. 174.º, n.º 4, CRegCiv, segundo o qual “a morte de um ou de ambos os cônjuges não obsta à transcrição”. Por aqui se vê que o casamento se considera celebrado no momento da cerimónia religiosa e a transcrição não é o próprio casamento: o contrário seria admitir casamentos entre mortos. Por outro lado, o art. 174.º, n.º 1, als. *d)* e *e)*, CRegCiv reporta ao momento da *celebração* do casamento a apreciação dos impedimentos matrimoniais, para o efeito de saber se deve autorizar-se ou recusar-se a transcrição. Isto mostra que o Estado começa a interessar-se pelo casamento católico logo no momento da celebração religiosa, que logo neste momento o Estado quer que o casamento seja *perfeito*. E também isto fala contra a doutrina da receção individual. Finalmente, um terceiro argumento pode tirar-se do art. 1601.º, al. *c)*, CCiv, por onde se vê que o casamento católico já tem efeitos na ordem jurídica civil anteriormente à transcrição.

As soluções referidas bastarão para justificar que não se possa ir mais longe do que vai a doutrina da receção genérica, ou seja, que não se possa conceber a transcrição como alguma coisa *mais* do que uma simples condição legal de eficácia civil do casamento. O que poderá perguntar-se, porém, é se não se deverá sequer ir tão longe, e se a transcrição não será ainda *menos* do que uma condição de eficácia, se ela não será um simples requisito exigido para a *prova* do ato, e tendo, em tudo, sentido e função idênticos aos do registo do casamento civil (*supra*, n.º 122). Poderá pretender-se que esta última seja a orientação do legislador a partir do CRegCiv de 1958; a esta luz, o problema estaria *mal posto* como o pusemos, sendo demasiado linear e, por isso, falso o dilema receção individual-receção genérica.

Saber se a transcrição é condição legal de *eficácia* civil do casamento ou simples requisito exigido para a sua *prova* é problema de escasso interesse prático, pois, mesmo que se aceite a segunda solução, a transcrição ou o registo sempre serão *a única prova legalmente admitida do casamento católico* (CRegCiv, arts. 2.º e 4.º), tudo se vindo a passar, se a transcrição não for efetuada, como se o casamento não tivesse efeitos (“efeitos de casamento”). Uma e outra formulação refletem, em todo o caso, diferentes concepções teóricas e convém tomar posição no problema. Ora, poderá dizer-se que a transcrição é, tal como o registo em relação ao casamento civil, um simples requisito exigido para a prova do casamento católico, *valendo, pois, na ordem civil, o casamento católico não transcrito a mesma coisa que vale o casamento civil não registado?* Quer-nos parecer que a uma total equiparação entre a transcrição e o registo, apesar de lhe serem favoráveis o espírito e a letra do CRegCiv, que considera a transcrição do casamento católico uma forma de registo (art. 53.º, n.º 1, al. b)), faz obstáculo o disposto no art. 174.º do mesmo Código. É que não pode esquecer-se que a transcrição umas vezes é feita, outras recusada, *tudo dependendo de um juízo sobre a perfeição do casamento católico na ordem civil*, a proferir pelo conservador nos termos daquela disposição. E ficando assim as coisas na dependência desse juízo, não poderá dizer-se que o casamento católico já tenha a plenitude dos seus efeitos civis mesmo antes da transcrição. Dizer que ele já os tem e que a transcrição é exigida apenas para a prova do casamento, é ficar sem perceber porque é que a lei em certos casos *recusa* a transcrição do casamento. Porque é que a lei não há de permitir que se faça a *prova* de um casamento que já tem a plenitude dos seus efeitos civis? Já se percebe, isso sim, que a lei só dê efeitos civis ao casamento católico depois de um prévio controle da perfeição do ato na ordem civil. Se a transcrição não puder fazer-se ou enquanto se não fizer, o casamento católico não terá efeitos civis; a transcrição será, pois, uma *condição legal de eficácia civil do casamento*. O argumento de que a transcrição recusada com base em impedimento dirimente deve ser efetuada oficiosamente, ou por iniciativa de qualquer interessado ou do Ministério Público, logo que cesse o impedimento que deu causa à recusa (art. 175.º), não parece depor contra a qualificação da transcrição como condição *legal* de eficácia civil do casamento católico (contra, A. Varela, *cit.*, p. 249-250). Por outro lado, não valerá argumentar em sentido contrário com a *retroatividade* da transcrição (arts. 1670.º CCiv e 188.º CRegCiv), pois a ideia tradicional de que a condição de direito, por oposição à condição voluntária, não opera retroativamente, não parece justificada. A condição de direito também pode operar retroativamente, desde que não seja imposta em atenção à própria natureza do negócio (como acontece, *v. g.*, com o casamento em relação à convenção antenupcial); por outro lado, as partes podem excluir sempre que o queiram a retroatividade da condição voluntária (art. 276.º CCiv). Tudo isto quanto à transcrição; e são muito outras as coisas quanto ao registo do casamento civil. Este, na realidade, e ao contrário do que acontece com a transcrição do casamento católico, *deve fazer-se sempre que o casamento civil se tenha celebrado*, e deve fazer-se sempre porque o registo é só um requisito exigido

para a prova do ato, e não se vê porque não há de a lei em qualquer caso permitir o registo para a prova do casamento se poder fazer. Embora a circunstância de o registo ser a única prova legalmente admitida do casamento possa fundar uma aparência de que o casamento não tem efeitos enquanto não for registado, trata-se só, como dizemos, de uma aparência; o casamento mesmo antes do registo já tem a plenitude dos seus efeitos; apenas (como a lei diz) não pode ser invocado enquanto não for lavrado o respetivo registo (art. 3.º CRegCiv), mas poderá sê-lo logo que o registo se faça e o registo pode fazer-se em qualquer caso. Cabe notar, porém, que as observações desta nota só são pertinentes quanto ao casamento civil *comum*, valendo quanto ao casamento civil *urgente* (art. 160.º, n.º 1, al. c)) ou celebrado no estrangeiro, sem precedência do processo de publicações, entre portugueses ou entre português e estrangeiro (arts. 185.º, n.º 3, e 187.º, n.º 2), regime fundamentalmente idêntico ao do casamento católico.

V. O que dissemos até agora já nos esclarece sobre os *efeitos* da transcrição. Como se vê, e em conformidade com a doutrina da receção genérica, o casamento católico já *existe*, mesmo antes da transcrição, na ordem jurídica civil, que inclusivamente lhe atribui determinados efeitos (designadamente o previsto no art. 1601.º, al. c)); mas só pode ser *invocado* ou *atendido* e, portanto, só produzirá a plenitude dos seus efeitos (“efeitos de casamento”) quando a transcrição se efetuar.

VI. Para concluir a exposição da matéria relativa à transcrição do casamento católico, consideraremos ainda dois casos particulares em que a lei introduziu desvios aos princípios que acabamos de enunciar.

a) O primeiro é o de o casamento católico ter sido celebrado independentemente do processo preliminar e sem que tenha sido passado o certificado de capacidade matrimonial dos nubentes. É o que pode acontecer, tanto nos casos previstos no art. 1599.º, n.º 1, CCiv (casamentos *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja celebração imediata seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral), como em alguma rara

hipótese em que, não se verificando qualquer desses casos, o pároco celebre o casamento contra o disposto no art. 151.º, n.º 1, CRegCiv embora incorrendo nas sanções previstas no art. 296.º, n.º 1, al. *a*), do mesmo Código. Em todas estas situações, a transcrição só pode fazer-se depois de correr o processo preliminar de casamento (preliminar em relação à transcrição), nos termos dos arts. 134.º e segs. (art. 173.º CRegCiv). Não é aqui necessária para a instauração do processo a declaração dos nubentes, a qual é substituída pelo duplicado ou pela certidão do assento canónico (art. 173.º, n.º 1).

b) Outro caso particular é o dos cônjuges que, já ligados por casamento civil, celebram casamento católico²⁶⁷. Não há aqui lugar à *transcrição* mas ao simples *averbamento* do casamento católico ao assento do casamento civil (arts. 53.º, n.º 3, e 70.º, n.º 1, al. *a*), CRegCiv)²⁶⁸. O averbamento é feito em face de duplicado ou certidão do assento paroquial, enviada pelo pároco ou a requerimento dos interessados, independentemente do processo preliminar de casamento (arts. 1589.º, n.º 1, CCiv e 179.º CRegCiv), e deve ser lançado imediatamente (art. 73.º, n.º 4). Note-se que, ao contrário do que dispunha o art. 206.º, n.º 2, CRegCiv de 1958, o casamento civil não é *absorvido* pelo casamento católico, subsistindo, portanto, apesar da declaração de nulidade ou da dissolução por dispensa deste²⁶⁹.

²⁶⁷ Note-se que a lei permite aos cônjuges ligados por casamento civil celebrarem casamento católico, mas não permite aos cônjuges unidos por casamento católico celebrarem casamento civil (art. 1589.º, n.º 2). Cfr., a este respeito, H. E. HÖRSTER, *A conveniência da revogação dos artigos 1589.º, n.º 2, e 51.º, n.º 3, do Código Civil — Algumas reflexões*, in “Juris et de Jure”, 1988, p. 83-94.

²⁶⁸ Na técnica dos registos designa-se por *averbamento* um registo acessório e que vem completar ou atualizar o registo principal, integrando-o e fazendo corpo com ele (art. 50.º, n.º 2, CRegCiv). Cfr. *supra*, n.º 122.

²⁶⁹ Cfr. o ac. do S.T.J. de 20.7.1965, *BMJ* n.º 149, p. 396.

141. Casamentos urgentes e “de consciência”

I. Já vimos que o casamento canônico pode ser celebrado sem que perante o respetivo pároco seja exibido o certificado a que se refere o n.º 1 do art. 151.º, CRegCiv, quando se trate de “casamentos *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral” (arts. 1599.º, n.º 1, CCiv e 151.º, n.º 2, CRegCiv)²⁷⁰. Estes casamentos, a que chamaremos *urgentes*, podem pois celebrar-se independentemente de processo preliminar.

Como dispõe o n.º 2 do art. 1599.º, a dispensa do processo preliminar de casamento não altera porém as exigências da lei civil quanto à capacidade matrimonial dos nubentes, continuando estes sujeitos às sanções estabelecidas na mesma lei.

O preceito foi introduzido pelo Código de 1966, e visou, como explicou Antunes Varela²⁷¹, pôr termo à convicção errónea, que depois da Concordata começou a generalizar-se nos meios eclesiásticos, de que nos casamentos *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja celebração imediata fosse autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral, ao Estado apenas interessava a observância dos dois impedimentos da lei civil que fundamentavam, a esse tempo, a recusa da transcrição (interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e casamento civil anterior não dissolvido). Não era o caso. A lei permitira que em determinadas circunstâncias, dada a *urgência* do casamento, este pudesse celebrar-se independentemente de processo *preliminar* de publicações e de passagem do certificado, mas isso sem quebra do princípio fundamental de

²⁷⁰ Os arts. 1599.º, n.º 1, CCiv e 151.º, n.º 2, CRegCiv também abrangem os casamentos celebrados *coram solis testibus* a que se refere o cân. 1116 CICan, e não apenas os casamentos *in articulo mortis* celebrados com assistência do pároco nos termos dos cân. 1068 e 1079, como resulta claramente do art. 1590.º

²⁷¹ *Do Projeto ao Código Civil*, cit., p. 51-2.

que “o casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida na lei civil” (art. 1596.º).

O art. 1599.º, n.º 2, já foi objeto de duas sucessivas alterações²⁷². Em primeiro lugar, substituindo “os infratores” por “estes” (os nubentes), o Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio, pretendeu tornar claro que só os nubentes (e não o pároco ou o ordinário) continuavam sujeitos às sanções estabelecidas na lei; em segundo lugar, substituindo “estabelecidas na lei” por “estabelecidas na mesma lei” (na lei civil), o Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro, quis esclarecer que era só às sanções da lei civil (cfr. arts. 1649.º-1650.º), e não às da lei criminal, que os nubentes continuavam sujeitos. Relativamente aos casamentos *in articulo mortis*, é de notar, porém, que o CRegCiv de 1967 manteve a disposição do Código de 1958 (disposição que os Códigos de 1978 e 1995 e as revisões de 1997 e 2007 também mantiveram e que, por isso, parece continuar em vigor) segundo a qual incorre na pena aplicável ao crime de desobediência qualificada o pároco que “celebrar o casamento *in articulo mortis* sem motivo justificado e com o intuito de afastar algum impedimento previsto na lei civil” (actual art. 296.º, n.º 1, al. b), CRegCiv).

Celebrado o casamento urgente, o pároco lavra, nos termos gerais, o assento paroquial, de que deve enviar duplicado à conservatória. Com o duplicado, e nos casamentos cuja imediata celebração tenha sido autorizada pelo ordinário, é também remetida cópia da autorização, autenticada com a assinatura do pároco (art. 169.º, n.º 2, CRegCiv).

A transcrição, porém, não tem agora de ser feita no prazo do art. 172.º, n.º 1, salvo se já tiver corrido o processo preliminar; se não for este o caso, é preciso que corra esse processo, substituindo-se a declaração dos nubentes pelo duplicado ou pela certidão do assento canónico (art. 173.º). Só depois é que a transcrição se faz, nos dois dias seguintes ao despacho final do conservador (art. 172.º, n.º 2). Como vimos, deve a transcrição ser *recusada*, nomeadamente, nos casos previstos na al. e) do n.º 1 do art. 174.º

²⁷² A primitiva redação do art. 1599.º, n.º 2, era a seguinte: “A dispensa de processo preliminar não altera as exigências da lei civil quanto à capacidade matrimonial dos nubentes, continuando os infratores sujeitos às sanções estabelecida na lei”.

II. Diversos dos casamentos urgentes são os chamados *casamentos secretos*, designados no Código Civil como “casamentos de consciência”. Uma das hipóteses, referidas na doutrina, em que se permitem casamentos secretos é o de pessoas que viviam em união de facto mas se supunha que eram casadas; permite-se o casamento secreto para evitar o escândalo que poderia resultar da celebração pública do ato.

Nos termos do cân. 1130 CICan, a celebração de casamento secreto só pode ser autorizada pelo Ordinário *ex gravi et urgenti causa*. O regime dos casamentos secretos consta dos cân. 1130-1133. Há a notar que o casamento é celebrado na presença exclusiva do pároco e das testemunhas, e que tanto aquele como estas, os cônjuges e até, em princípio, o Ordinário têm obrigação de guardar sigilo sobre a celebração do ato (cân. 1131 e 1132). Os casamentos secretos são registados em livro especial, que fica guardado no arquivo secreto da cúria (cân. 1133). Sobre o regime dos casamentos secretos, cfr. Cantón, *ob. cit.*, p. 231-3.

Nos termos dos arts. 170.º, al. *a*), e 296.º, n.º 2, CRegCiv, a obrigação que incumbe ao pároco de remeter à conservatória do registo civil o duplicado do assento paroquial não é aplicável aos casamentos de consciência, cujos assentos só podem ser transcritos perante certidão de cópia integral e mediante denúncia feita pelo ordinário, por sua iniciativa ou a requerimento dos interessados. Apenas no caso de o ordinário os denunciar é que há obrigação de remessa do duplicado, no prazo fixado no art. 169.^{o273}.

III. Os casamentos católicos celebrados sem precedência do processo preliminar consideram-se sempre contraídos no *regime da separação* (art. 1720.º, n.º 1, al. *a*), CCiv).

²⁷³ Sobre o casamento civil celebrado por cônjuges já ligados entre si por casamento católico *secreto* anterior, cfr. A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. e ed. *cits.*, p. 226.

142. Nulidade do casamento e nulidade da transcrição

Não dedicamos atenção ao processo de declaração de nulidade do casamento católico, que é exclusivamente regulado pelo direito canónico. Mas fazemos notar que o código respetivo acaba de ser modificado para simplificar o procedimento.

I. Vimos já que a Concordata de 2004 não contém preceito idêntico ao art. XXV, 1.º par., da Concordata anterior e que, por isso, o Estado Português não está vinculado a *reservar* aos tribunais eclesiásticos a apreciação da validade ou nulidade dos casamentos católicos. O art. 1625.º CCiv, porém, manteve-se em vigor, pelo que, se o preceito não for ou enquanto não for alterado, a nulidade dos casamentos católicos só pode ser declarada pelos tribunais eclesiásticos²⁷⁴.

Os termos em que as decisões das autoridades eclesiásticas relativas à nulidade do casamento são reconhecidas e produzem efeitos civis estão enunciados no art. 16.º da Concordata, que alterou substancialmente o disposto na Concordata de 1940 e no art. 1626.º CCiv (na redação anterior à do DL n.º 100/2009, de 11 de maio).

O art. 1626.º (na redação velha) dispunha que as decisões dos tribunais eclesiásticos, quando definitivas, subiam ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação, e eram depois, com os decretos desse Tribunal, transmitidas por via diplomática ao tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornava executórias, *independentemente de revisão e confirmação*, e mandava que fossem averbadas ao registo civil.

Segundo o art. 16.º da Concordata de 2004, as decisões das autoridades eclesiásticas relativas à nulidade do casamento católico, verificadas pelo órgão eclesiástico de controlo superior, produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, *após revisão e confirmação*, nos termos do direito português, pelo competente

²⁷⁴ Sobre os termos que seguem os processos pode ler-se J. ESCRIVÁ IVARS, *O processo declarativo de nulidade de matrimónio canónico*, Braga, 1997.

tribunal do Estado. E o Decreto-Lei n.º 100/2009 deu uma nova redação ao art. 1626.º CCiv, reproduzindo este regime.

O “órgão eclesiástico de controlo superior”, ao qual cabe “verificar” as decisões das autoridades eclesiásticas, é o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, cujas competências estão definidas no cân. 1445 CICan. A exigência de tal “verificação” pelo órgão de controlo superior corresponde de algum modo ao disposto no art. 980 al. *b*), CProcCiv, segundo o qual, para que a sentença proferida por tribunal estrangeiro seja confirmada, é necessário “que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida”. Note-se, porém, que no direito canónico as causas sobre o estado das pessoas nunca transitam em julgado (cân. 1643 CICan).

Em relação ao regime dos arts. XXV, 2.º par., da Concordata de 1940 e 1626.º CCiv (na redação velha), são duas as alterações introduzidas pelo novo texto concordatário²⁷⁵ e pelo citado Decreto-Lei.

Em primeiro lugar, enquanto no regime anterior os efeitos civis da declaração de nulidade dos casamentos católicos pelos tribunais eclesiásticos se produziam “automaticamente” (as decisões dos tribunais eclesiásticos, quando definitivas e verificadas pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, eram transmitidas por este Supremo Tribunal, *sem que tal lhe fosse requerido*, ao tribunal da Relação territorialmente competente, que concedia o *exequatur* e mandava que fossem averbadas no registo civil), em face do regime novo aqueles efeitos só se produzem *a requerimento de qualquer das partes*, após revisão e confirmação pelo tribunal do Estado. Não sendo requerida ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica a remessa do processo ao tribunal da Relação para revisão e confirmação da sentença, o casamento católico, declarado nulo no foro

²⁷⁵ Cfr. MOURA RAMOS, *A Concordata de 2004 e o direito internacional privado português*, na *RLJ*, ano 135.º (n.º 3930), p. 296-8, que seguimos de perto na exposição; e PAULA LEITE MARINHO, *A eficácia das decisões sobre nulidade do matrimónio católico – regime jurídico actual*, Braga, Associação Famílias, 2007.

eclesiástico, continua a ser válido e plenamente eficaz na ordem civil, obstando, designadamente, à celebração de novo casamento por qualquer dos cônjuges.

Em segundo lugar, enquanto no regime anterior as sentenças dos tribunais eclesiásticos eram reconhecidas *independentemente de revisão e confirmação*, segundo o regime novo a concessão do *exequatur* às decisões dos tribunais eclesiásticos que declaram a nulidade dos casamentos católicos fica dependente de revisão e confirmação pelo tribunal da Relação, que deve verificar se estão preenchidas as condições enumeradas nas várias alíneas do art. 980.º CProcCiv.

O tribunal da Relação deve verificar que “não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão” (*al.a*); a decisão “tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida” (*al.b*); a decisão “provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses (*al.c*); “não possa invocar-se a exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição (*al.d*); “o réu tenha sido regularmente citado para a ação, nos termos da lei do país do tribunal de origem, e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes (*al. e*); a sentença “não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português (*al. d*)). Esta última é “uma condição que o nosso direito formula em geral²⁷⁶ e

²⁷⁶ Nos termos do art. 22.º, n.º 1, CCiv, “não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português”.

que é igualmente acolhida nos sistemas jurídicos que preveem um regime especial de reconhecimento das sentenças eclesiásticas, devendo [...] o seu conteúdo ser o que geralmente lhe é reconhecido, isto é, o que corresponde a uma cláusula geral que visa evitar que sejam postos em causa, pelo reconhecimento de uma dada decisão estrangeira num caso particular, *aspectos essenciais da ideia de direito do sistema jurídico do foro*” (itálico nosso)²⁷⁷. A exigência feita nesta alínea é naturalmente a que suscitará mais dúvidas aos tribunais da Relação. Cremos que a circunstância de a lei “estrangeira” para a qual remete o art. 16.º, n.º 2 (a disciplina do direito canónico relativa à nulidade do casamento), ter sido expressamente designada pela Concordata de Portugal com a Santa Sé, assim como o facto de os “valores” ou “concepções” essenciais do direito matrimonial canónico não serem muito diferentes, neste aspeto, dos do direito português, farão com que não sejam frequentes os casos em que a execução das sentenças dos tribunais eclesiásticos seja recusada pelos tribunais da Relação por essas sentenças ofenderem “os princípios da ordem pública internacional do direito português”. Como escreveu Moura Ramos ao fazer a distinção entre *ordem pública interna e ordem pública internacional*, “o primeiro conceito (ordem pública interna) refere-se sobretudo ao conjunto das regras imperativas, constituindo pois um limite à autonomia privada. Mas se um Estado pode impor certos limites no interior do seu sistema de direito, não pode pretender fazê-los respeitar igualmente quando se trata da aplicação de regras estrangeiras. A tolerância em relação às regras de um sistema de direito estrangeiro deve ir muito mais longe; a proteção das concepções do foro deve ser limitada aos casos em que os valores essenciais do Estado

²⁷⁷ MOURA RAMOS, *est. cit.*, p. 298.

ou os seus interesses de primeiro grau são postos em causa”²⁷⁸. Por exemplo, a matéria dos impedimentos matrimoniais é de ordem pública, e o sistema de impedimentos do direito português é diferente do do direito canónico; mas não será o facto de o casamento católico ser declarado nulo com fundamento em um impedimento que não existe no direito civil que justificará em qualquer caso a recusa do reconhecimento da sentença. Ainda é cedo para saber como a jurisprudência dos tribunais da Relação se orientará. Talvez as maiores dificuldades surjam em matéria de consentimento, em que são notórias as divergências entre o nosso direito civil e o direito canónico, no qual, designadamente, o casamento é inválido se tiver sido celebrado com reserva mental ou “simulação parcial”, como vimos no lugar apropriado²⁷⁹.

Quanto ao procedimento a observar nas instâncias eclesiásticas²⁸⁰, a parte requerente ou, a seu pedido, o tribunal eclesiástico de 1.ª instância que declarou a nulidade do casamento envia ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, para verificação, a necessária documentação (certidão do casamento, cópia da sentença do tribunal de 1.ª instância e, ainda, o *decreto* confirmatório ou, se for caso disso, a *sentença* do tribunal de 2.ª instância — cfr. cân. 1682, § 2, CICan); e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, tendo procedido, por *decreto*, à “verificação” exigida, e se para isso for solicitado, envia o decreto e a referida documentação ao tribunal da Relação territorialmente competente (o tribunal a cuja área de jurisdição pertença a conservatória do registo civil em que se tiver feito a transcrição do casamento). Revista e confirmada a sentença pelo tribunal da Relação, este comunica a decisão a qualquer conservatória do registo civil (art. 78.º CRegCiv), que deve *averbar* a declaração de nulidade do casamento ao assento de casamento (art. 70.º, n.º 1, al. *b*)) e aos assentos de nascimento (art. 69.º, n.º 1, al. *a*)); feito o averbamento (art. 2.º), a sentença do tribunal

²⁷⁸ MOURA RAMOS, *L'ordre public international en droit portugais*, no *BFD*, vol. LXXIV (1998), p. 48 (tradução nossa).

²⁷⁹ Cfr. *supra*, n.º 137. Sobre o caso de reserva mental, com referências à jurisprudência italiana, cfr. OLIVEIRA GERALDES, *Breve nota sobre o novo modelo concordatário de reconhecimento de decisões matrimoniais*, in “Estudos sobre a nova Concordata”, cit., p. 98, nota (23).

²⁸⁰ Cfr. SAMUEL RODRIGUES *O matrimónio canónico*, in “Estudos sobre a nova Concordata”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006, p. 85.

eclesiástico adquire plena eficácia civil, impondo-se ao respeito de todos como se se tratasse de sentença proferida por tribunal português.

II. O direito canónico admite, porém, a convalidação (*convalidatio*) do casamento católico, mercê da qual o casamento inválido se torna válido, e que pode revestir duas formas: a convalidação simples e a *sanatio in radice*, a que se referem, respetivamente, os câns. 1156-1160 e 1161-1165 CICan²⁸¹.

A *convalidação simples* é a forma ordinária de convalidação do casamento católico. Mais do que numa ratificação, consiste numa *renovação* do casamento, através de uma nova prestação do consentimento, de um *novus voluntatis actus in matrimonium* (cân. 1157), o qual só tem efeitos *ex nunc*, desde o momento da própria convalidação. A convalidação simples supõe, naturalmente, que os cônjuges podem agora contrair matrimónio válido, por ter cessado a causa da invalidade (*v. g.*, um impedimento dirimente de carácter temporário).

À convalidação simples do casamento católico referem-se arts. 170.º, al. *b*), e 177.º, n.ºs 2, 3 e 4, CRegCiv. Quando, logo após a celebração, se verifique a necessidade de convalidar o ato por esta forma, o pároco não é obrigado a remeter à conservatória o duplicado do respetivo assento; basta-lhe remeter o duplicado do assento paroquial da nova celebração. Se o casamento convalidado já estava transcrito, o pároco deve enviar a qualquer conservatória do registo civil, no prazo de cinco dias, o duplicado do novo assento, a fim de ser transcrito, cancelando-se o primeiro assento (do casamento convalidado), mas sem prejuízo dos direitos de terceiro.

A *sanatio in radice*, que é uma forma extraordinária de convalidação, é que implica verdadeiramente uma ratificação (*sanatio*) do

²⁸¹ Sobre a convalidação simples e a sanção na raiz do casamento católico, cfr. CANTÓN, *ob. cit.*, p. 234-244.

casamento inválido. Distingue-se da convalidação simples porque, agora, é dispensada a renovação do consentimento, aproveitando-se, portanto, o consentimento prestado para o casamento inválido. A convalidação do casamento não é aqui efeito de um *novus voluntatis actus in matrimonium*, mas efeito de um ato de concessão da competente autoridade, concessão que tem a virtude de tornar válido o casamento (e válido *ex tunc*, e não apenas *ex nunc*, como na convalidação simples).

Os requisitos necessários para que seja concedida a *sanatio in radice* são três. Em primeiro lugar, é preciso que se trate de nulidade procedente de impedimento de direito eclesiástico ou de falta de forma; nos termos do cân. 1161, § 1, a sanação na raiz “importa a dispensa do impedimento, se o houver, e da forma canónica, se não tiver sido observada”²⁸². Em segundo lugar, é necessário que tenha havido um consentimento “naturalmente suficiente” (embora juridicamente ineficaz) para fazer surgir o casamento e que tal consentimento se mantenha da parte de ambos os cônjuges (o que o cân. 1107 presume, se não for expressamente revogado). Por fim, há de haver uma causa grave a justificar a *sanatio*, sendo esta o único meio de tornar o matrimónio válido. Postos estes requisitos, a *sanatio in radice* poderá ser concedida pela Sé Apostólica ou pelo Bispo da diocese, nas condições expressas no cân. 1165.

A *sanatio in radice* do casamento católico nulo, mas transcrito, é averbada ao respetivo assento²⁸³, mediante comunicação do pároco, feita no interesse dos cônjuges e com o consentimento do ordinário do lugar da celebração (arts. 70.º, n.º 1, al. *d*), e 177.º, n.º 1, CRegCiv).

²⁸² Como vimos, o instituto da *sanatio in radice* implica, de algum modo, uma exceção ao princípio da solenidade do casamento: *supra*, n.º 86.

²⁸³ E também aos assentos de nascimento (CRegCiv, art. 69.º, al. *a*) do n.º 1).

III. Distinta da nulidade do casamento católico é a *nulidade da transcrição do casamento católico*. Quanto à validade ou nulidade da transcrição, já os tribunais civis podem pronunciar-se.

Nos termos do art. 87.º, al. *d)*, CRegCiv, o registo é nulo quando, tratando-se da transcrição de casamento católico, tenha sido lavrado com infração do disposto nas als. *d)* e *e)* do n.º 1 do art. 174.º Os interesses de ordem pública que estão na base dos impedimentos matrimoniais, e que justificam que a transcrição seja *recusada* nos casos referidos nas als. *d)* e *e)* do n.º 1 do art. 174.º, igualmente justificam que a transcrição seja *nula* quando o conservador a tenha feito indevidamente²⁸⁴.

²⁸⁴ Note-se que a *nulidade* do registo só pode ser invocada depois de declarada por decisão do conservador (art. 90.º), em processo de justificação administrativa, nos termos dos arts. 241.º e segs.

CAPÍTULO II
EFEITOS DO CASAMENTO:
O CASAMENTO COMO ESTADO

143. Plano de exposição da matéria

Percorrida a matéria do casamento como ato (casamento *in fieri*), estudaremos agora o casamento como estado (casamento *in facto esse*) no Capítulo II do Curso. E estudar o casamento como estado é estudar os *efeitos* do casamento: o estado de casado define-se, precisamente, em função dos efeitos que o casamento opera. Uma pessoa casa e, depois, é outra, é juridicamente outra. É outra a condição da sua *pessoa*, como é outra a situação dos seus *bens*. A matéria dos efeitos do casamento vai ser sistematizada sobre esta base: estudaremos, em primeiro lugar, os efeitos *pessoais*, e, em segundo lugar, os efeitos *patrimoniais* do casamento; do casamento civil como do casamento católico, pois, nesta matéria (dos efeitos do casamento) já vimos que ambos são regidos pela mesma lei, que é a lei civil¹.

¹ *Supra*, n.º 81.

Divisão I. Efeitos pessoais

Bibliografia portuguesa

BELEZA, Leonor, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, p. 93-135; CARVALHO, Vilhena de, *O nome das pessoas e o direito*, Coimbra, Almedina, 1989; GERSÃO, Eliana, *A igualdade jurídica dos cônjuges*, in “Rev. Dir. Est. Soc.”, ano XIII (1966), p. 25-64; PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo infrangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004; ID., *A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 265-274.

Secção I. Generalidades

144. Observações prévias

Os efeitos pessoais do casamento podem resumir-se assim: o casamento constitui a família, impõe aos cônjuges um conjunto de deveres e tem efeitos sobre o seu nome e nacionalidade.

Só cabe aqui o estudo dos efeitos pessoais do casamento em relação aos cônjuges, pois os efeitos pessoais do casamento em relação aos filhos (presunção de paternidade, responsabilidades parentais) serão tratados no 2.º volume do *Curso*, respeitante ao direito da filiação.

A matéria está regulada na Secção I (“Disposições gerais” — arts. 1671.º-1689.º) do Capítulo IX do Título II do Livro do Direito da Família do Código Civil, sob a epígrafe “Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges”. Aquelas “disposições gerais” não regulam pois apenas os efeitos *pessoais* do casamento, mas também o regime ou estatuto matrimonial “primário” (como dizem os autores

franceses), ou seja, os efeitos *patrimoniais* do casamento independentes do regime de bens: administração de bens dos cônjuges, poderes dos cônjuges sobre os bens que integram as várias massas patrimoniais, partilha do casal. O sistema da lei explicar-se-á pela dificuldade de estabelecer uma distinção nítida entre uns e outros. Por exemplo, a obrigação de prestar alimentos, uma das obrigações compreendidas no dever de assistência, tem indiscutível conteúdo patrimonial, mas constitui, na ideia da lei, simples expressão no plano dos bens da relação pessoal entre os cônjuges. Independentemente disso, porém, a matéria dos efeitos pessoais do casamento e a do regime ou estatuto matrimonial “primário” oferecem reais analogias. Ambas são regidas, em princípio, por normas imperativas (cfr. arts. 1618.º, n.º 2, e 1699.º, n.º 1, als. *b*) e *c*)), pois estão aqui em jogo interesses de ordem pública. E as respetivas normas “dispõem diretamente sobre o conteúdo da relação matrimonial”, estando pois abrangidas pela 2.ª parte e não pela 1.ª parte do n.º 2 do art. 12.º.

145. Princípios fundamentais: igualdade dos cônjuges e direção conjunta da família

O art. 1671.º enuncia os dois princípios fundamentais por que se rege a matéria dos efeitos pessoais do casamento: o princípio da igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges (n.º 1) e, em correlação com ele, o da direção conjunta da família (n.º 2).

I. No que se refere ao princípio da *igualdade dos cônjuges*, vimos já que se trata de um dos princípios constitucionais do direito da

² Note-se que, nos termos do art. 14.º da “lei preambular” do Código Civil, os arts. 1671.º-1689.º (assim como os arts. 1690.º-1697.º sobre as dívidas dos cônjuges) se aplicaram mesmo aos casamentos já celebrados em 1 de junho de 1967, ao passo que os arts. 1717.º-1752.º, regulando “efeitos do contrato matrimonial”, e exceção feita às normas interpretativas, só se aplicaram aos casamentos celebrados depois daquela data, em que o Código Civil entrou em vigor.

família³. Dispondo que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”, o art. 36.º, n.º 3, CRep usa uma formulação redutora, mas isso não obsta a que o princípio se aplique a outros aspetos não compreendidos na letra da disposição (responsabilidade por dívidas, administração dos bens dos filhos). Na verdade, o art. 36.º, n.º 3, é mero corolário do princípio geral do art. 13.º, n.º 2, que proíbe qualquer discriminação em razão do sexo. O homem e a mulher são iguais perante a lei (art. 13.º, n.º 2), e não deixam de o ser (é esse o alcance do art. 36.º, n.º 3) pelo facto de serem casados um com o outro⁴.

Uma justificação do princípio da igualdade, que tentámos fazer na 1.ª edição do *Curso*, será agora desnecessária. A igualdade dos cônjuges está inscrita na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 12.º) e constitui uma aquisição irreversível da nossa consciência moral. O argumento de que só confiando a direção da família a um dos cônjuges é possível preservar a unidade de direção e a coesão da família não se afigura decisivo. Claro que num sistema de igualdade surgem dificuldades provocadas pelo eventual desacordo dos cônjuges; mas estes devem resolver eles próprios os seus diferendos, que de resto podem ter solução judicial, embora isso só excecionalmente aconteça no nosso direito. E a coesão da família nunca poderá assentar na autoridade de um dos cônjuges sobre o outro, mas só no seu acordo, na sua ação comum⁵.

O art. 36.º, n.º 3, CRep teve aplicação imediata (art. 18.º), ferindo de inconstitucionalidade as numerosas disposições legais

³ Cfr. *supra*, n.º 46.

⁴ Cfr. M. LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, ed. da Ordem dos Advogados, 1981, p. 95-6.

⁵ *Curso*, 1.ª ed., 1965, p. 231.

em que o princípio da supremacia do marido se refletia. No que à legislação civil se refere, a Reforma de 1977 fez uma aplicação *leal* do princípio da igualdade dos cônjuges, eliminando, em conformidade, todas as desigualdades que o Código de 1966 admitia, embora essas desigualdades já tivessem cessado com a entrada em vigor da Constituição. Assim, p. ex., o art. 1674.º, antiga redação, segundo o qual competia ao marido, como chefe da família, decidir em todos os atos da vida conjugal comum, o art. 1677.º, antiga redação, que confiava à mulher o governo doméstico, o art. 117.º da “Lei do contrato de trabalho” (Decreto-lei n.º 49 908, de 24 de novembro de 1969), que dava ao marido o direito de se opor, com motivos ponderosos a apreciar pelo juiz, aos contratos de trabalho que a mulher quisesse celebrar, etc., caíram logo em 25 de abril de 1976 e não apenas em 1 de abril de 1978, quando a Reforma de 1977 entrou em vigor. As únicas desigualdades que naturalmente subsistem (e que não são afastadas, obviamente, pelos imperativos constitucionais) são as que se fundam na natureza “biológica” da mulher. É o que se passa, p. ex., com o *maior* prazo internupcial que o art. 1605.º, n.º 1, lhe exige⁶ e com os direitos especiais reconhecidos às mães trabalhadoras e relativos ao ciclo da maternidade⁷.

II. O princípio da *direção conjunta da família* (art. 1671.º, n.º 2) é por assim dizer um corolário do da igualdade dos cônjuges, enunciado no n.º anterior. Se os cônjuges são iguais, a direção da família deve pertencer aos dois e não exclusivamente a um deles. Mas a compreensão do princípio e dos termos em que o Código o consagrou exige um certo número de precisões e desenvolvimentos.

Em primeiro lugar, cabe observar que se trata de preceito *imperativo*. A direção da família pertence a ambos os cônjuges, pelo

⁶ Cfr. *supra*, n.º 114.

⁷ Cfr. *supra*, n.º 58.

que seria nulo o contrato em que estes acordassem em que essa direção ficasse a pertencer a um deles, ou, até, em que a decisão em todos os atos da vida conjugal comum caberia a um dos cônjuges, o qual, porém, teria de ouvir o outro relativamente a certos atos.

Note-se, em segundo lugar, que a lei impõe aos cônjuges o *dever* de “acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”. O dever de acordar sobre a orientação da vida em comum é assim um dever pessoal dos cônjuges, a acrescer aos cinco deveres referidos no art. 1672.º. Claro que os cônjuges podem não chegar a acordo sobre certo ato ou assunto da vida conjugal comum, mas devem ter disponibilidade para procurarem um acordo. Violaria este dever o cônjuge que quisesse decidir por si em assuntos da vida matrimonial, recusando deliberadamente qualquer disposição para chegar a acordo com o outro.

Terceiro ponto a considerar é o do *objeto* do acordo. Este deve versar sobre a *orientação* da vida em comum (como diz a lei) e só sobre ela; o poder de executar a orientação acordada pertence naturalmente a qualquer dos cônjuges⁸. Por outro lado, deve ter-se presente que a lei apenas obriga os cônjuges a acordar sobre a orientação da *vida em comum*. Caberão aqui, designadamente, a repartição dos recursos e o trem de vida (gastamos tudo ou poupamos para comprar uma casa?), o planeamento familiar (quantos filhos vamos ter, e quando?), a repartição de funções ou tarefas (trabalhamos os dois fora de casa ou só um, ficando o outro com o governo doméstico e a criação dos filhos?), a residência da família (vivemos com os pais ou sogros ou montamos casa, e, neste caso, em que terra e local?), etc. Mas fica de fora a vida pessoal, a vida privada

⁸ O art. 144.º, 2.º par., do Código Civil italiano, na redação que lhe deu a Lei de 19.5.1975, que foi a fonte do art. 1671.º introduzido pela Reforma de 1977, é muito expresso neste sentido.

do marido e da mulher. Pode assim cada um dos cônjuges, sem ter de ouvir o outro, vestir-se ou pentear-se como quiser, escolher os seus amigos, professar a religião que entender e mudar de religião de acordo com as suas convicções, ser militante ou simpatizante do partido político, do sindicato, da associação cívica ou do clube de futebol da sua preferência, etc. O casamento não limita os direitos de personalidade dos cônjuges, salvo o direito à liberdade sexual, pois cada um está obrigado em face do outro ao “débito conjugal”, assim como a não ter relações sexuais com terceiros⁹. Cada cônjuge guarda intacta a sua liberdade de pensamento e opinião, assim como a liberdade de os manifestar pelo modo que achar mais adequado. Guarda intacta a sua liberdade de comportamento, mesmo não convencional. E guarda ainda intacto o seu direito à intimidade da vida privada. Nenhum dos cônjuges pode violar a correspondência do outro ou, até, o cofre, gaveta ou armário que o outro cônjuge pretenda manter fechado com os seus objetos pessoais.

Note-se que o art. 194.º CPen pune com pena de prisão até um ano ou multa até 240 dias, como “crime contra a reserva da vida privada” (mas o procedimento criminal depende de queixa ou participação — art. 198.º), “quem, sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro escrito que se encontre fechado e lhe não seja dirigido”. Cfr. também o art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República, segundo o qual, em processo criminal, são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada e na correspondência. Sobre o valor em processo civil, nomeadamente em ação de divórcio, da prova assim obtida, cfr. Capelo de Sousa, *cit.*, p. 346-7 e nota (869), que considera *nula* a prova obtida mediante abusiva intromissão na correspondência do cônjuge, e José João Abrantes, *Prova ilícita* (sep. do n.º 7 da “Revista Jurídica”), Lisboa, AAFDL, 1986.

Neste quadro se integra o art. 1677.º-D, segundo o qual cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou atividade sem o consentimento do outro.

⁹ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 523.

No que se refere ao exercício de *profissão*, cabe referir que o art. 1676.º do Código de 1966, antiga redação, já abrira à mulher o exercício de profissões liberais ou funções públicas sem o consentimento do marido, assim como a faculdade de publicar ou fazer representar as suas obras ou dispor da propriedade intelectual; mas permitia ao marido denunciar os contratos de trabalho que a mulher fizesse com terceiro, se não tivesse dado o seu consentimento e este não tivesse sido judicialmente suprido. A “Lei do contrato de trabalho” de 1969 (art. 117.º) veio estabelecer regime mais favorável à mulher, apenas dando ao marido o direito de se opor, com motivos ponderosos a apreciar pelo juiz, aos contratos que a mulher quisesse celebrar, mas a disposição, contrária ao princípio constitucional da igualdade dos cônjuges (art. 36.º, n.º 3), caiu com a entrada em vigor da Constituição da República.

Pode também cada um dos cônjuges exercer a *atividade* que quiser. O termo abrange qualquer espécie de atividade: económica, cívica, política, cultural, social, religiosa, desportiva, etc.

Sendo estes os princípios, cremos porém que eles têm de se harmonizar com o dever de os cônjuges acordarem sobre a orientação da vida em comum, tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro (art. 1671.º, n.º 2), e com os deveres a que estão reciprocamente vinculados nos termos do artigo seguinte¹⁰. O exercício por um dos cônjuges, sem o acordo do outro, de profissão pouco decorosa ou de atividade muito perigosa, assim como a assunção de compromissos que impliquem proselitismo excessivo ou grande empenhamento e disponibilidade de tempo, podem configurar, nas circunstâncias do caso e tendo em conta a personalidade e a suscetibilidade do outro cônjuge, uma violação grave dos deveres de cooperação ou de respeito,

¹⁰ Cfr. LEONOR BELEZA, *est. cit.*, p. 119.

e contribuir decisivamente para a rutura da vida conjugal. Cada um dos cônjuges é livre, em princípio, de exercer a profissão ou atividade que quiser, mas quando se proponha exercer certa profissão ou atividade não deve esquecer-se de que *não é só*.

Questão muito controversa é a da *natureza jurídica* dos acordos (expressos ou, quase sempre, tácitos) que os cônjuges celebrem no cumprimento do dever que o art. 1671.º, n.º 2, lhes impõe. O ponto tem merecido particular atenção da doutrina italiana, que discute a natureza destes acordos em face do art. 144.º do *Codice Civile* na redação que lhe deu a Lei de 19 de maio de 1975, o qual, como dissemos, foi a fonte do art. 1671.º do nosso Código Civil que a Reforma de 1977 introduziu¹¹.

Pode dizer-se, de um modo geral, que são duas as tendências que se desenham na doutrina italiana a este respeito. A primeira concebe os acordos sobre a orientação da vida em comum como verdadeiros *negócios jurídicos*, que vinculam os cônjuges a cumprir as obrigações acordadas. É a tese defendida, entre outros, por SANTORO-PASSARELLI¹², autor a quem a valorização da *autonomia privada* no direito da família, ainda sujeito à força de atração do direito público, muito ficou a dever. Para a segunda tendência, os acordos sobre a orientação da vida em comum assentam num *consensus* continuado e não criam qualquer *vínculo* jurídico entre os cônjuges¹³. Podem referir-se, neste quadro, as orientações que

¹¹ Cfr., p. ex., entre os mais recentes, MASSIMO PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 137 s., e GRAZIA CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del “ménage”*, Padova, Cedam, 1999. Na doutrina portuguesa merece referência a monografia de PEDRO ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 57 s.

¹² Cfr. *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, Cedam, p. 238.

¹³ Feita nestes termos, a distinção corresponde de alguma maneira à que fizemos atrás — quando caracterizámos o casamento como negócio “solene” (*supra*, n.º 86, nota (107)) — entre *consentimento continuado* (o que “faz” o casamento é o consentimento dos cônjuges *em cada momento*, conceção que era a do direito romano e que, com a facilitação do divórcio, tende a ser curiosamente a do direito moderno) e *consentimento pactício* (o que “faz” o casamento é o consentimento prestado no

qualificam o acordo sobre o “*indirizzo della vita familiare*” como mera “técnica ou critério de governo da família” (FURGUIELE), ou como simples “facto” produtor de consequências jurídicas (BIANCA), havendo ainda autores (ALAGNA, ZATTI) para os quais só determinados acordos, que empenhem os cônjuges durante um período de tempo mais ou menos longo, revestiriam natureza negocial¹⁴. A *deslegalização* do casamento, que caracteriza a recente evolução do direito matrimonial, favoreceria mais esta segunda tendência. Em sentido contrário, pode dizer-se que os cônjuges pretendem determinados efeitos práticos — a adoção de certo programa de vida da família, na medida em que lhes é permitido fixar esse programa —, e têm intenção de os alcançar sob a tutela do direito, que em princípio determina a produção dos efeitos jurídicos correspondentes a tal intenção.

A questão da natureza jurídica dos acordos sobre a orientação da vida em comum não deve porém ser enfatizada. As obrigações assumidas pelos cônjuges não são suscetíveis de execução em forma específica, dada a sua natureza estritamente pessoal. E, pela mesma razão, aqueles acordos não estão sujeitos ao princípio geral de que os contratos só podem modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes (art. 406.º). Podem ser revogados (denunciados) unilateralmente, por qualquer dos cônjuges e a todo o tempo, não só quando se modifiquem as circunstâncias em que um e outro fundaram a sua vontade de fazer o acordo, mas também quando se modifique o juízo ou avaliação que algum dos cônjuges faça dessas circunstâncias. Suponhamos que os cônjuges acordaram, quando celebraram o casamento, sobre o número de filhos do casal, ou em que o marido exerceria

momento da celebração e que *vincula* os cônjuges a partir daí). Sobre esta distinção na história do direito matrimonial, cfr. NAVARRO-VALLS, *Matr. y der.*, cit., p. 17 s.

¹⁴ Cfr. PARADISO, *ob. cit.*, p. 146.

atividade profissional ficando a mulher com o governo da casa e a criação dos filhos que viessem a ter. Seria intolerável que um dos cônjuges ficasse preso ao acordo porque o outro se recusasse a alterá-lo, mesmo que se tivessem modificado profundamente as circunstâncias da vida do casal. A revogabilidade do acordo sobre a orientação da vida em comum não tem de lhe retirar porém a eventual qualificação de negócio jurídico. O acordo mantém-se enquanto não for revogado, permitindo a qualquer dos cônjuges, como dissemos e está expresso no Código italiano (art. 144.º, 2.º par.), *executar* a orientação acordada. E a expectativa de um dos cônjuges de que o acordo se mantenha, tanto mais fundada quanto mais tempo o acordo durar, deve merecer alguma proteção da lei; em certas circunstâncias (quando, p. ex., o acordo sobre a repartição de funções ou tarefas seja revogado por um deles depois de longos anos de vida em comum), admitimos mesmo que a revogação do acordo constitua um *abuso do direito* que responsabilize o cônjuge que o revogou.

A igualdade tem o seu preço, pois os cônjuges podem estar em desacordo sobre a orientação da vida familiar e, não cabendo a decisão a qualquer deles, há que saber como se resolve o diferendo. A questão que se põe, e a que as legislações dão soluções diferentes, é a de saber se deve ser o juiz a intervir e em que termos. Em princípio, o nosso direito recusa a intervenção judicial¹⁵. No âmbito das relações pessoais entre os cônjuges (não assim no das relações patrimoniais, onde essa intervenção é largamente admitida: cfr. o art. 1684.º, n.º 3), apenas em três casos permite o Código que o conflito entre os cônjuges seja decidido pelo tribunal: nos casos de desacordo sobre a fixação ou alteração da residência da família (art.

¹⁵ Diferentemente, DUARTE PINHEIRO, *O núcleo infrangível da comunhão conjugal*, cit., p. 142.

1673.º, n.º 3), sobre o nome próprio ou os apelidos dos filhos (art. 1875.º, n.º 2) e sobre questões de particular importância relativas ao exercício das responsabilidades parentais (art. 1901.º, n.º 2). São casos em que é especialmente necessária ou urgente a solução do conflito. É preciso fixar a residência da família para saber onde deve ser cumprido o dever de coabitação; os filhos têm de ter nome; o diferendo no exercício das responsabilidades parentais em questões de particular importância (p. ex. sobre a oportunidade de intervenção cirúrgica a um filho do casal) pode requerer rápida solução. À parte estes casos, o desacordo deve ser resolvido dentro da família, pelos próprios cônjuges. O direito recusa-se a intervir e faz apelo ao sentido de responsabilidade dos cônjuges e à sua capacidade de autorregulamentação da família.

Tendo-se inspirado na Reforma italiana de 1975, a Reforma de 1977 não seguiu neste ponto o direito italiano, no qual, em caso de desacordo, o art. 145.º do Código Civil, na redação que lhe deu a Lei de 19.5.1975, permite em termos gerais a intervenção do juiz no sentido de obter a conciliação depois de ouvir os cônjuges e, se o julgar oportuno, os filhos maiores de 16 anos que vivam com eles; se a conciliação não for possível e o desacordo respeitar à fixação da residência da família “ou a outros assuntos essenciais”, e quando tal lhe seja pedido expressamente pelos dois cônjuges, “adopta a solução que entenda mais adequada às exigências da unidade e da vida da família”.

Secção II. Deveres dos cônjuges

146. Princípios gerais

Nos termos do art. 1672.º CCiv, os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Trata-se de deveres recíprocos, como o

exige o princípio da igualdade dos cônjuges. Não há hoje deveres próprios do marido ou da mulher¹⁶.

Até 2008, a violação culposa de qualquer destes deveres era *causa* de divórcio ou separação judicial de pessoal e bens litigiosos, como no direito espanhol anterior a 2005, no francês ou no italiano¹⁷. É certo que a violação culposa dos deveres conjugais só era relevante quando, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum (art. 1779.º, n.º 1); mas a violação relevava em si mesma, não se diluía na rutura do casamento. Não seguiu pois a Reforma de 1977 a orientação consagrada no ano anterior na legislação alemã, em que não há correlação entre o divórcio e a violação dos deveres conjugais (deveres que, aliás, a lei alemã não especifica, dispondo apenas (§ 1353 do BGB) que os cônjuges estão obrigados à vida matrimonial em comum (*eheliche Lebensgemeinschaft*). No direito alemão a única *causa* do divórcio é o *fracasso* do casamento, *indiciado* pela separação de facto dos cônjuges durante certo tempo, sem que importem à lei as razões por que o casamento fracassou. Pelo contrário, no nosso direito anterior a 2008 e no quadro do art. 1779.º CCiv, a *causa* do divórcio não era a rutura do casamento, mas a violação culposa dos deveres conjugais especificados no art. 1672.º que tivessem determinado essa rutura.

A violação dos deveres enunciados não é causa de divórcio, de acordo com o regime instituído pela Lei n.º 61/2008, de 31 de maio. Na verdade, a violação daqueles deveres não vale por si mesma – ela dilui-se na rutura do matrimónio que eventualmente provocar. Sabendo que o cumprimento dos deveres enunciados corresponde ao que se espera de uma “plena comunhão de vida”, a verificação dos factos enunciados nas als. *a)* a *c)* do art. 1781 — que constituem incumprimentos importantes dos deveres conjugais — faz acreditar, segundo a lei, que o vínculo matrimonial se rompeu. No âmbito da al. *d)*, a prova de quaisquer factos que constituam violações graves do quadro dos deveres conjugais, com uma intensidade ou

¹⁶ Sobre os deveres conjugais, cfr. DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 315 s. e, em particular sobre os deveres “sexuais” (fidelidade e coabitação como comunhão de leito), p. 162 s.

¹⁷ Em qualquer destas legislações os deveres pessoais dos cônjuges estão especificados na lei (arts. 67.º e 68.º do Cód. esp.; art. 212.º do Cód. fr.; art. 143.º do Cód. it.).

uma repetição grave, pode convencer o tribunal de que o projeto de vida em comum está definitivamente terminado. É a rutura — e não os factos que a indiciam — que justifica a dissolução formal do casamento. E a prova dos factos não tem de apurar as culpas e a sua graduação; na verdade, perante a Lei nova, a rutura definitiva do vínculo deve apresentar-se como *objetiva*, a justificar plenamente o regime de legitimidade ativa previsto no art. 1785.º, n.º 1: qualquer dos cônjuges pode pedir o divórcio. É com este entendimento que pode manter-se a exposição seguinte, que esclarece o conteúdo dos vários “deveres conjugais”, embora a sua violação, tecnicamente, não tenha hoje sanção.

Aos cinco deveres enumerados no art. 1672.º correspondiam na versão inicial do Código apenas três: os deveres de fidelidade, coabitação e assistência (art. 1671.º, antiga redação). Porque o código conjugal da Reforma de 1977 era mais exigente que o anterior? Não seria o caso. Apenas porque a formulação do Código de 1966 era tecnicamente deficiente. O marido que agredia a mulher, p. ex., que dever violava? Em face do art. 1672.º, na redação atual, claro que é o dever de respeito; mas em face da versão inicial do art. 1671.º, excluído obviamente o dever de fidelidade, só forçando o sentido das palavras podia dizer-se que o marido violara o seu dever de “coabitação” ou de “assistência”.

A questão de saber se a enumeração do art. 1672.º é taxativa — ou, como às vezes se diz, se ao lado dos deveres conjugais *explícitos* naquele preceito haverá deveres *implícitos* — é às vezes posta na doutrina. A solução afirmativa poderia basear-se na “plena comunhão de vida” (art. 1577.º) que constitui, em síntese, o conteúdo da relação conjugal. Mas não se veem facilmente deveres que não se reconduzam ou que não caibam em algum dos deveres *explícitos* previstos no art. 1672.º Assim, o dever de *sinceridade*¹⁸ cabe no dever de respeito; o dever de cada cônjuge *informar* o outro

¹⁸ Cfr. GUYON, *Du devoir de sincérité dans le mariage*, na “Revue trimestrielle de droit civil”, 1964, p. 473.

sobre a sua situação patrimonial, sobretudo para lhe permitir exigir o que for devido como contribuição para os encargos da vida familiar, também poderá caber no dever de respeito ou, talvez mais propriamente, no de cooperação; etc.

Sublinhe-se, por último, que, como resulta dos arts. 1618.º, n.º 2, e 1699.º, n.º 1, al. b), o art. 1672.º é *imperativo*, no sentido de que não é possível excluir convencionalmente qualquer dos deveres que ele impõe aos cônjuges. Mas a lei oferece por vezes a possibilidade de estes os cumprirem *de modo diverso*, de acordo com os seus interesses e conveniências. Assim, o cumprimento do dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade, como veremos; e o modo como deve ser cumprido por cada um dos cônjuges o dever de contribuir para os encargos da vida familiar depende do que seja acordado entre eles. Isto significa, na prática, que o *conteúdo* dos deveres conjugais, ou de alguns deles, depende do modo como os cônjuges conformarem a sua relação. Um mesmo ato ou procedimento de um dos cônjuges pode constituir ou não uma falta de respeito ao outro; o próprio adultério, a mais grave violação do dever de fidelidade, pode não se traduzir num motivo de rutura do matrimónio dada a particular relação estabelecida pelos cônjuges ou vivida por eles.

147. Dever de respeito

O dever de *respeito*, que o art. 1672.º enuncia em primeiro lugar, foi introduzido no Código Civil pela Reforma de 1977. Trata-se, naturalmente, de um dever *residual*. Claro que o adultério, o abandono da residência da família, a falta de contribuição para os encargos da vida familiar também são faltas de respeito, mas constituem violações autónomas dos deveres de fidelidade, de coabitação e de assistência, respetivamente. Assim, só são violações do dever

de respeito atos ou comportamentos que *não* constituam violações diretas de qualquer dos outros deveres mencionados no art. 1672.º

O dever de respeito é um dever ao mesmo tempo negativo e positivo.

Como dever *negativo*, ele é, em primeiro lugar, o dever que incumbe a cada um dos cônjuges de não ofender a integridade física ou moral do outro, compreendendo-se na “integridade moral” todos os bens ou valores da personalidade cuja violação, na lição ainda atual de MANUEL DE ANDRADE¹⁹, constituía “injúria” em face da “Lei do Divórcio” de 1910: a honra, a consideração social, o amor próprio, a sensibilidade e ainda a suscetibilidade pessoal. Infringe o dever de respeito o cônjuge que maltrata ou injúria o outro; o cônjuge que, reiteradamente, ridiculariza a religião que o outro pratica ou a formação política de que ele é fervoroso militante; o cônjuge que, sem o consentimento do outro, introduz no lar conjugal filho concebido fora do matrimónio (cfr. art. 1883.º); a mulher que, sem o consentimento do marido, recorre a técnicas de procriação assistida com esperma de dador, ou, estando grávida de filho do casal, interrompe voluntariamente a gravidez; o marido que fez uma doação de esperma sem o consentimento da mulher; etc. A esterilização voluntária de um dos cônjuges, sem fins terapêuticos, constituirá igualmente violação do dever de respeito se tiver sido feita sem o consentimento do outro cônjuge.

Mas o dever de respeito como dever de *non facere* é ainda, em segundo lugar, o dever de cada um dos cônjuges não se conduzir na vida de forma indigna, desonrosa e que o faça desmerecer no conceito público. Na vigência da “Lei do Divórcio” a nossa doutrina falava aqui de “injúrias indiretas”. Embora não dirigidas ao outro cônjuge, a relevância destas injúrias fundava-se na ideia de que o casal é uma “unidade moral” (como dizia alguma jurisprudência),

¹⁹ *Algumas questões em matéria de “injúrias graves” como fundamento de divórcio*, Coimbra, 1956, p. 8.

de tal modo que a dignidade, a honra e a reputação de um dos cônjuges são ao mesmo tempo a dignidade, a honra e a reputação do outro²⁰. Transpondo estas ideias para o direito atual, dir-se-á que o dever de respeito como dever negativo é também o dever de não praticar atos ou adotar comportamentos que constituam “injúrias indiretas”. Se um dos cônjuges se embriaga ou se droga com frequência, ou comete um crime infamante, está a violar o seu dever de respeito ao outro cônjuge.

O dever de respeito é porém ainda um dever *positivo*. Não o dever de cada um dos cônjuges *amar* o outro, pois a lei não impõe nem pode impor sentimentos. O “*mariage de raison*” é conforme ao direito, tanto quanto o “*mariage d’amour*”. Mas o cônjuge que não fala ao outro, que não mostra o mínimo interesse pela família que constituiu, que não mantém com o outro qualquer comunhão espiritual, não respeita a personalidade do outro cônjuge e infringe o correspondente dever.

148. Dever de fidelidade

Trata-se agora de um puro dever *negativo*, pois o chamado “débito conjugal”, ou seja, o dever de cada um dos cônjuges ter relações sexuais com o outro, não se integra no dever de fidelidade mas no de coabitação, num dos deveres (a “comunhão de leito”) em que este dever se analisa²¹. O dever de fidelidade obriga cada um dos cônjuges, em primeiro lugar, a não ter relações sexuais consumadas com pessoa que não seja o seu cônjuge. Quando falamos em relações sexuais consumadas abrangemos a cópula e ainda o coito anal e oral, pois as três situações também neste

²⁰ Cfr. a ed. de 1965 do *Curso*, p. 479.

²¹ Cfr. *infra*, n.º 149.

aspeto devem ser equiparadas, como as equipara o Código Penal para variados efeitos²². Note-se, por último, que além do elemento *objetivo* constituído pela prática de relações sexuais consumadas, o adultério supõe ainda um elemento *subjetivo*, a intenção ou, pelo menos, a consciência de violar o dever de fidelidade. Assim, não haverá violação do dever de fidelidade se o cônjuge que teve relações sexuais com terceira pessoa só o fez, p. ex., por erro, ou sob coação.

P. ex., erro sobre a existência do casamento, que se supunha estar dissolvido. Ou então, suponha-se que houve um erro sobre a identidade da pessoa com quem se tiveram relações, e que se supunha ser o outro cônjuge (podendo tratar-se aqui de dolo dessa pessoa); ou que a relação adúlterina foi conseguida mediante sugestão hipnótica.

Nem só as relações sexuais consumadas constituem violação do dever de fidelidade; uma tentativa de adultério constitui violação do mesmo dever. E independentemente da prática de relações sexuais, consumadas ou tentadas, são ainda violações do dever de fidelidade a conduta licenciosa ou desregrada de um dos cônjuges nas suas relações com terceiro, a ligação sentimental e a correspondência amorosa que mantém com ele, etc.

A prova dos factos relevantes faz-se normalmente por *presunções*, através da prova de outros factos que, segundo a experiência da vida, permitam inferir com suficiente probabilidade a prática de relações extraconjugais (cfr. art. 349.º). E esses factos podem provar-se por qualquer meio, designadamente por testemunhas ou por cartas recebidas ou escritas pelo cônjuge infrator (embora, como vimos, nenhum dos cônjuges tenha o direito de abrir as cartas, controlar a correspondência ou fazer escutas telefónicas para provar em ação de divórcio a infração que o outro tenha cometido: *supra*, n.º 145). O juiz decidirá em cada caso se a violação se pode presumir com base nos factos provados.

²² Cfr., p. ex., os arts. 164.º-167.º e 172.º-174.º

149. Dever de coabitação

A palavra tem um sentido próprio e mais amplo no direito matrimonial. “Coabitar” não quer dizer apenas habitar conjuntamente, na mesma casa, ou viver em economia comum, mas viver em comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensæ et habitationis*).

a) Comunhão de leito

Neste aspeto, o casamento obriga os cônjuges ao chamado “débito conjugal”. Já vimos que o casamento implica uma limitação lícita do direito à liberdade sexual, no duplo sentido de que a pessoa casada fica obrigada a ter relações sexuais com o seu cônjuge e a não ter essas relações com terceiros.

Pode dizer-se que da união de facto não resulta aquela limitação, e que seria nulo, em face do art. 81.º CCiv, o contrato pelo qual uma pessoa se obrigasse a ter relações sexuais com outra, com ou sem remuneração, por tempo indeterminado ou durante certo tempo.

A recusa de consumir o casamento ou de manter relações sexuais com o outro cônjuge constitui violação do dever de coabitação, se não for justificada por impotência, doença de um ou outro dos cônjuges, etc. Motivos atinentes à saúde de um dos cônjuges podem justificar, não só que ele não tenha relações sexuais com o outro, mas também que este não tenha relações sexuais com aquele; a imposição de relações sexuais ao cônjuge doente pelo outro cônjuge poderia constituir até uma violação do dever de respeito.

b) Comunhão de mesa

A comunhão de *ménage*, a vida em economia comum, é o segundo aspeto em que se analisa o dever de coabitação.

c) Comunhão de habitação

De acordo com o princípio da igualdade dos cônjuges, são estes que devem escolher de comum acordo (expresso ou tácito) a *residência da família*, ou seja, a terra e o local onde vão viver; nos termos da lei, devem os cônjuges atender nomeadamente às exigências da sua vida profissional, ao interesse dos filhos e à salvaguarda da unidade da vida familiar (art. 1673.º, n.º 1). O local de trabalho do cônjuge ou dos cônjuges, a localização de bens imóveis que um ou outro pretenda explorar ou administrar; o facto de haver filhos em idade escolar e a localização dos estabelecimentos de ensino que eles frequentem, são, entre outras, circunstâncias a considerar.

A residência da família é o *lugar do cumprimento* do dever de coabitação, falando linguagem do direito das obrigações; escolhida a residência da família, ambos os cônjuges têm *obrigação* de viver aí, salvo motivos ponderosos em contrário (art. 1673.º, n.º 2). Exigências da sua vida profissional, designadamente, podem justificar que um dos cônjuges se afaste da residência da família por mais ou menos tempo. Nem por isso haverá então separação de facto dos cônjuges, para o efeito previsto no art. 1781.º, al. *a*), se ambos tiverem o propósito de restabelecer a comunhão de vida quando isso for possível (art. 1782.º, n.º 1). Motivo ponderoso para um dos cônjuges não adotar a residência da família será ainda o de a vida em comum se lhe ter tornado intolerável ou inexigível, em face dos maus tratos ou das injúrias do outro.

O acordo sobre a residência da família não pode ser revogado unilateralmente por qualquer dos cônjuges; a *alteração* da residência requer igualmente o acordo dos dois (art. 1673.º, n.º 3).

Não havendo acordo sobre a fixação ou a alteração da residência da família, a lei permite, excepcionalmente, que qualquer dos cônjuges requeira a intervenção do tribunal para solução do diferendo. O processo de fixação ou alteração da residência da família está regulado no art. 991.º CProcCiv. O cônjuge que pretenda a fixação judicial da residência da família ou a respetiva alteração deve

oferecer com a petição inicial a prova de factos que justifiquem a fixação da residência em certo lugar ou a alteração da residência; o outro cônjuge é citado para se pronunciar, oferecendo igualmente as provas que entender. O juiz determina as diligências que tenha por convenientes, convoca as partes e quaisquer familiares para uma audiência onde tenta a conciliação (salvo se isso lhe parecer inútil ou prejudicial) e, por fim, decide, tendo em conta, naturalmente, os mesmos critérios, referidos no art. 1673.º, n.º 1, que devem orientar os cônjuges na escolha da residência da família. Nada impede, segundo nos quer parecer, que o juiz fixe a residência da família onde um dos cônjuges pretende fixá-la mas autorize o outro a não a adotar, se tiver razões ponderosas para o fazer enquanto certas circunstâncias persistirem.

A lei parece supor que haja sempre uma residência da família, escolhida pelos cônjuges ou pelo juiz a requerimento de qualquer deles; mas pode não haver residência da família, se não existir efetiva coabitação entre os cônjuges. Suponhamos que os cônjuges são dois jovens que estudam um em Lisboa e outro em Coimbra, vivendo, um e outro, em pensões ou quartos arrendados. Caso diferente, naturalmente, é o de um dos cônjuges, durante meses ou anos, não adotar a residência da família por exigências da sua vida profissional. Não deixa de haver aí uma residência da família, onde o outro deve cumprir o dever de coabitação e ele próprio deve cumpri-lo, logo que cessem as razões que justificavam o incumprimento desse dever.

150. Dever de cooperação

Em quarto lugar o art. 1672.º menciona o dever de *cooperação*, que importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes

à vida da família que fundaram (art. 1674.º). A primeira obriga os cônjuges a ampararem-se mutuamente nas horas boas e más, na felicidade como na provação; a segunda, que constitui inovação da Reforma de 1977, obriga-os a assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família. Não se trata agora de cada um ajudar o outro. Trata-se de que a família é obra dos dois, e ambos devem assumir em conjunto as inerentes responsabilidades²³. Assim, o cônjuge que mostra um absoluto desinteresse pela saúde e pela educação dos filhos não infringe apenas um dever em relação a estes, mas também um dever *em relação ao outro cônjuge*, o dever de assumir em conjunto com o outro as responsabilidades inerentes à vida familiar²⁴.

151. Dever de assistência

Por último, o art. 1672.º refere o dever de assistência, que compreende a obrigação de prestação de alimentos e a de contribuição para os encargos da vida familiar.

a) Obrigação de prestação de alimentos

Praticamente, a primeira destas obrigações só tem autonomia em face da segunda quando os cônjuges vivem separados, de direito ou mesmo só de facto. Se vivem juntos, o “dever de prestação de alimentos” toma a forma de “dever de contribuição para os encargos da vida familiar”. No caso de separação de pessoas e bens, judicial ou administrativa, e de simples separação de facto, não existe “vida familiar” e não tem sentido falar na obrigação de contribuir para

²³ Cfr. LEONOR BELEZA, *est. cit.*, p. 112-3.

²⁴ É a mesma ideia do art. 1566.º, IV, do Código Civil brasileiro, que considera “dever de ambos os cônjuges”, entre outros, o “sustento, guarda e educação dos filhos”.

os respetivos encargos; mas a lei, em certas condições, obriga cada um dos cônjuges a prestar alimentos ao outro.

Diferentemente, o ac. do S.T.J. de 16.4.1998 (*Col. Jur. — S.T.J.* 1998, t. 2, p. 45) entendeu que subsiste mesmo na separação de facto a obrigação de “contribuição para as despesas domésticas”, prevista no art. 1416.º CProcCiv, como obrigação distinta da de prestação de alimentos; na mesma orientação, cfr. o ac. do S.T.J. de 22.5.1980, *BMJ* n.º 297. p. 263.

O dever de alimentos no caso de separação de pessoas e bens está regulado no art. 2016.º, e é matéria a versar no Capítulo III, quando tratarmos da separação de pessoas e bens como modificação da relação matrimonial. O regime da obrigação de alimentos no caso de separação de facto dos cônjuges estava previsto no art. 1675.º CCiv e a Lei n.º 61/2008 não o alterou. Mas esta Lei devia ter adaptado o regime da separação de facto às mudanças que operou no âmbito do divórcio e separação legal; a circunstância de o não ter feito foi um lapso manifesto que exige correção. Na verdade, quanto a saber *a quem incumbe a obrigação* de prestação de alimentos, o art. 1675.º assenta no apuramento do cônjuge culpado ou principal culpado na separação, ou na verificação da equivalência das respetivas culpas, fazendo assim persistir no direito português a relevância da culpa – não no divórcio, mas na própria separação de facto – contra as intenções básicas mais importantes daquela alteração legislativa de 2008.

Nunca foi clara na lei a questão de saber qual o *objeto* da prestação de alimentos e com que critério deve ser fixado o respetivo montante. Decerto que a obrigação de alimentos entre cônjuges está sujeita ao princípio geral do art. 2004.º, segundo o qual o montante dos alimentos depende das *necessidades* de quem os pede e das *possibilidades* de quem os presta; mas a dúvida consiste em saber como se determinam aquelas “necessidades”, ou seja, se o credor de alimentos apenas tem direito ao que for necessário para

o seu “sustento, habitação e vestuário”, nos termos do art. 2003.º, ou se ele tem direito, na medida das possibilidades do devedor, ao necessário para assegurar o padrão ou trem de vida anterior, o mesmo nível económico e social que era o seu antes da separação. Julgamos que não há razão para adotar um padrão diferente daquele que preferimos no caso da obrigação de alimentos na sequência de divórcio ou de separação de pessoas e de bens: o cônjuge separado de facto poderá aspirar a um socorro que o coloque numa *situação razoável* acima do limiar de sobrevivência, “nos limites de uma vida sóbria”, provavelmente abaixo do padrão de vida que o casal atingiria²⁵.

A nossa jurisprudência costumava decidir no sentido de manter o padrão de vida anterior à separação²⁶, a favor da qual podia dizer-se que no caso de separação de facto os deveres conjugais se mantinham, e que, remetendo para o art. 1675.º, o art. 2015.º queria significar que nesse caso a obrigação de alimentos tinha regime próprio, diferente do estabelecido nos arts. 2016.º e segs. para o caso de divórcio e separação judicial de pessoas e bens.

Refira-se, por último, que o pedido de alimentos *definitivos*, neste caso como nos demais, pode ser precedido de pedido de alimentos *provisórios*, nos termos gerais dos arts. 399.º e segs. CProcCiv.

b) Obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar

Como dispõe o art. 1676.º, o dever de contribuição para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges *nos mesmos termos* (de acordo com o princípio da igualdade dos cônjuges, não há uma atribuição estereotipada de funções ao marido ou à mulher) e pode ser cumprido por qualquer deles de duas formas: pela afetação dos seus recursos (rendimentos e proventos) àqueles encargos e através do trabalho despendido no lar ou na manu-

²⁵ Cfr. *infra* o n.º 258 *d*).

²⁶ Cfr. o ac. do S.T.J. de 8.2.2000 (*Col. Jur.* — S.T.J. 2000, t. 1, p. 74), e a jurisprudência aí referida.

tenção e educação dos filhos. Note-se que a lei usa a conjunção copulativa e não a disjuntiva. O legislador terá receado que, se dissesse que os cônjuges podiam cumprir este dever de uma forma *ou* da outra, a formulação legal pudesse sugerir que um dos cônjuges (e terá pensado no marido) o cumprisse da primeira forma (através dos seus rendimentos e proventos) e o outro cônjuge (e terá pensado na mulher) o cumprisse da segunda forma (através do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos). Cada um dos cônjuges pode pois cumprir a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar por uma das formas referidas no art. 1676.º, n.º 1, pela outra ou por ambas. Decerto que é possível que um dos cônjuges cumpra aquela obrigação de uma forma e o outro da outra; mas também é possível que os dois cumpram a obrigação de ambas as formas. Tudo depende do que seja convencionado entre eles.

O acordo sobre a repartição de funções ou tarefas é um dos mais importantes “acordos sobre a orientação da vida em comum” a que os cônjuges estão obrigados nos termos do art. 1671.º, n.º 2. Como resulta dos princípios gerais que expusemos no lugar próprio (*supra*, n.º 145), trata-se de declarações negociais, normalmente tácitas, o que não impede, porém, que o acordo dos cônjuges seja revogado ou denunciado unilateralmente por qualquer deles. Um acordo irrevogável seria nulo, por coartar excessivamente os direitos pessoais dos cônjuges. Suponhamos, p. ex., que estes acordaram em que o marido exerceria atividade profissional e a mulher teria a seu cargo o governo doméstico e a criação e educação dos filhos que viessem a ter. Seria intolerável, como dissemos, que o acordo se mantivesse apesar de a mulher a certa altura pretender exercer uma profissão. Não podendo submeter o diferendo à apreciação do tribunal, pois a lei não o permite, deve ser-lhe lícito a todo o momento revogar o acordo. Em princípio, a revogação do acordo não fará incorrer em responsabilidade o cônjuge que tome a inicia-

tiva da revogação. Admitimos porém que a solução possa ser outra, excecionalmente, quando o acordo tenha durado por muito tempo, criando no outro cônjuge a expectativa razoável de que a situação não viria a alterar-se; em casos como estes, a revogação por um dos cônjuges do acordo estabelecido sobre a repartição de funções ou tarefas pode constituir um abuso do direito.

O art. 1676.º foi introduzido pela Reforma de 1977 e tem importante significado. Não vamos dizer que tenha tido ou venha a ter grande aplicação prática, pois mal se imagina que os cônjuges *contabilizem* as contribuições de cada um para os encargos da vida familiar e, designadamente, façam uso da providência concedida no n.º 4 sem que estejam na disposição de pedir o divórcio ou a separação de pessoas e bens. Mas o legislador pretendeu afirmar deste modo (e não se vê de que outro modo pudesse fazê-lo) que o trabalho prestado por um dos cônjuges no governo da casa e na criação e educação dos filhos *tem valor económico*, como o trabalho profissional. Assim – e admitindo que as “possibilidades de cada um” são idênticas – suponhamos que os encargos da vida familiar são de 2500 euros mensais e a mulher é “dona de casa”, estimando-se em 500 euros mensais o valor do seu trabalho. A contribuição do marido para as despesas da casa deve ser de 1250 euros e a da mulher apenas de 750, pois já contribui para os encargos da vida familiar com o trabalho que presta como “dona de casa”.

A violação grave ou reiterada do dever de contribuir para os encargos da vida familiar é um sinal de rutura do casamento para efeitos da al. *d*) do art. 1781.º.

Mas a lei prevê ainda, em particular, as hipóteses de um dos cônjuges contribuir para aqueles encargos com *mais* ou *menos* do que devia. Começemos pela primeira hipótese.

A primeira hipótese já estava prevista no art. 1676.º, n.º 2, na redação anterior à Lei n.º 61/2008. Se um dos cônjuges contribuísse com *mais* do que devia (“exceder a parte que lhe pertencia”) teria direito a ser *compensado* por isso,

ainda que só no momento da partilha do casal. A lei, porém, *presumia* que ele renunciava à compensação, embora a presunção admitisse prova em contrário (cfr. art. 350.º, n. 2); ou seja, terá pretendido evitar o exercício do direito de compensação que atribuía, na medida em que estabeleceu uma presunção de renúncia ao exercício do crédito. Assim, o cônjuge prejudicado, se quisesse obter a compensação prevista, teria de começar por provar que não renunciara ao direito de ser compensado, para depois fazer a prova do valor do excesso da sua contribuição.

Deve reconhecer-se, em primeiro lugar, que na esmagadora maioria dos casos a contribuição excessiva não diminui o património próprio do cônjuge que a faz. Na verdade, sempre que o casal estiver casado em comunhão de adquiridos, as contribuições são sempre feitas com os rendimentos e proventos – *bens comuns* do casal – e, no fundo, estarão sempre os dois, tecnicamente falando, a contribuir com valores comuns.

Restará, no entanto, a questão: o cônjuge que contribui com mais do que devia acaba por não poder exercer os seus poderes de administração sobre os seus bens comuns como podia pretender – cfr. o art. 1678.º, n.º 2.

Já não será assim se os cônjuges tiverem casado no regime da separação de bens e, portanto, tudo o que um dos cônjuges gastar em excesso redundará em prejuízo ilegítimo para si próprio, sem correção natural na partilha; mas talvez se possa presumir que os cônjuges que tiveram o cuidado de estipular o regime da separação de bens não deixarão que o desequilíbrio se instale e avolume.

Posto isto, no regime habitual da comunhão de adquiridos, não pode afirmar-se que os cônjuges ficam obrigados a manter uma contabilidade organizada durante o casamento, que se verão obrigados a guardar as todas as faturas dos pagamentos, que o cônjuge que tem um ordenado maior vai ter direito a uma compensação, etc.. Estas afirmações estariam tecnicamente erradas. Não interessa guardar as faturas que cada cônjuge paga porque, provindo o dinheiro quer dos salários quer dos rendimentos dos bens, todas as faturas são pagas com património comum – e portanto serão sempre os dois a pagar.... nenhum cônjuge paga mais do que o outro. O facto de um cônjuge ganhar muito mais do que o outro

também é irrelevante: são sempre os dois a pagar, porque os salários entram para o patrimônio comum. Por outro lado, a diferença do montante dos salários de cada cônjuge, ou a ausência de trabalho remunerado de algum deles, também foi considerado na regra geral de que cada um contribui segundo as suas possibilidades e de que a contribuição pode ser prestada em trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos; não há lugar a qualquer crédito de compensação.

Em segundo lugar, a lei nova reconheceu o crédito de compensação *nas situações de excesso manifesto de uma contribuição*. E quando é que há *excesso manifesto* de uma contribuição sobre a outra? Segundo texto do art. 1676.º, n.º 2, haverá excesso manifesto quando um cônjuge “renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes”. Haverá um crédito de compensação quando um cônjuge excedeu manifestamente o seu investimento na vida em comum, quando um cônjuge desinvestiu na sua vida pessoal *em favor do casamento, mais do que seria exigível* — caso do cônjuge que não acabou os estudos, que não fez cursos de formação profissional, que abandonou o emprego, que aceitou um emprego em tempo parcial, que aceitou um emprego pior mais perto de casa, que não pôde aceitar uma promoção que implicaria a sua deslocação para uma filial afastada, e que por qualquer destas razões fez descontos mais modestos para a segurança social e terá uma reforma menor. Em regra, o desinvestimento na vida pessoal implica ainda o afastamento das pessoas amigas, e o abandono de outras práticas de lazer. Um cônjuge assim, contribuiu com muito mais do que as suas possibilidades recomendariam; excedeu manifestamente o dever de assistência, e o dever de cooperação, que lhe cabiam, e os desequilíbrios manifestos referidos não são facilmente resolvidos através da técnica habitual do enriquecimento sem causa. Este cônjuge – que prova *um desinvestimento manifesto na vida pessoal em favor da vida de casado* – tem direito a um valor que

o compense desse prejuízo e lhe favoreça alguma recuperação do padrão de vida que poderia ter tido – por exemplo, um valor que pague estudos tardios ou formação profissional, ou um valor que acrescente a pensão de reforma modesta a que tem direito. Todos os cônjuges prestam solidariedade e recebem solidariedade matrimonial. Por isso, todos os cônjuges têm direito a partilhar o património comum que existir à data da cessação do casamento, em partes iguais. Mas o cônjuge que se entregou ao casamento em condições de *manifesta desigualdade*, que ficou assim prejudicado, deve ter um direito especial, o direito de ser compensado pelo excesso manifesto; um direito que deve acrescer ao direito normal à meação do património comum.

Pode ver-se um exemplo no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10.18.2011 (www.dgsi.pt) embora a questão decidida se tenha resumido a saber qual seria o momento adequado para apreciar o pedido – a ação de divórcio ou a partilha?

Em terceiro lugar, a lei nº 61/2008 *eliminou a presunção de renúncia* ao exercício do crédito. É certo que o titular do direito sempre pôde demonstrar que não renunciou ao exercício do direito; mas esta prova de que não renunciou (facto negativo) é evidentemente muito difícil, e ainda por cima recaía sobre quem já fora penalizado antes pelo excesso de contribuições. A Lei terá admitido que não se deve exigir ao cônjuge já sacrificado mais que as regras gerais de Direito impõem: a prova dos factos constitutivos da sua pretensão.

Não havendo regra específica para satisfazer este crédito, devem seguir-se as regras comuns: o crédito de compensação dirige-se contra o “outro” (art. 1676.º, n.º 3); e “os créditos de cada um dos cônjuges sobre o outro são pagos pela meação do cônjuge devedor no património comum; mas, não existindo bens comuns, ou sendo estes insuficientes, respondem os bens próprios do cônjuge devedor” (art. 1689.º, n.º3).

O regime em causa não afasta a possibilidade de recurso ao instituto do enriquecimento sem causa, designadamente quando um cônjuge contribui com os seus bens próprios para a aquisição de um bem do outro — casos em que o desequilíbrio é provavelmente identificado e contabilizado com facilidade, através de extratos bancários — cfr., p. ex., o ac. do STJ de 01.17.2002, em www.dgsi.pt.

O art. 1676.º, n.º 4, considera a hipótese de um dos cônjuges contribuir com *menos* do que devia. Neste caso, o outro cônjuge pode exigir ao faltoso o que for devido; e, se este é trabalhador por conta de outrem e contribui para os encargos da vida do lar com o produto do seu trabalho, aquele pode exigir que lhe seja diretamente entregue a importância a que tenha direito. O respetivo processo consta do art. 992.º CProcCiv. O cônjuge que pretenda exigir a entrega direta da parte dos rendimentos do outro cônjuge necessária para as despesas domésticas indica a origem dos rendimentos e a quantia que pretenda receber, justificando a necessidade e a razoabilidade do montante pedido; seguem-se, com as devidas adaptações, os termos do processo para a fixação dos alimentos provisórios (arts. 384.º- 387.º); e a sentença, se considerar justificado o pedido, ordena a notificação da pessoa ou entidade pagadora dos rendimentos ou proventos para entregar diretamente ao requerente a respetiva importância periódica.

Aparentemente, este regime só é realmente eficaz relativamente aos cônjuges faltosos que trabalhem por conta de outrem, pois só neste caso há uma relação laboral estável e um salário habitual que permite o desconto da contribuição e a sua entrega direta ao outro cônjuge. Mas não parece excluído que se peça a uma entidade bancária a entrega de uma parte dos rendimentos produzidos pelos depósitos de um profissional liberal, um comerciante ou um industrial; porém, a relação bancária não oferece a mesma estabilidade, o titular da conta pode facilmente revogá-la e deste modo frustrar a ordem do tribunal.

Como dissemos *supra* (n.º 146), tem cada um dos cônjuges o dever de prestar ao outro *informação* correta sobre os seus rendimentos e proventos, para este saber quanto possa exigir-lhe como contribuição para os encargos da

vida familiar. Um tal dever não está expressamente referido no art. 1672.º, mas decorre do dever imposto no art. 1676.º, como dever acessório deste; a solução pode fundar-se ainda no princípio geral do art. 762.º, n.º 2.

SECÇÃO III. Nome e nacionalidade

152. Nome

Os efeitos do casamento quanto ao *nome patronímico*, ou seja, aos *apelidos* dos cônjuges estão regulados nos arts. 1677.º-1677.º-C, os quais, em conformidade com o novo princípio da igualdade, introduziram substanciais alterações ao regime que o Código de 1966 estabelecera.

A regra fundamental é a do art. 1677.º, segundo a qual cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro, até ao máximo de dois.

Mantiveram-se pois as soluções, tradicionais no nosso direito, de que o casamento não faz *perder* a qualquer dos cônjuges os seus apelidos de solteiro, e de que, por outro lado, nenhum deles tem *obrigação* de juntar apelidos do outro cônjuge aos seus, podendo, inclusivamente, *renunciar* em qualquer momento aos apelidos adotados (art. 104.º, n.º 2, al. d), CRegCiv) . Mas estendeu-se ao *marido* a faculdade de acrescentar aos seus próprios apelidos os do outro cônjuge, faculdade que a legislação anterior só conferia a *mulher*, o que não parecia conforme ao princípio da igualdade expresso nos arts. 13.º e 36.º, n.º 3, CRep.

No caso de renúncia, não pode o cônjuge *renovar* a pretensão de adotar apelidos do outro, pois o respetivo direito esgota-se com o seu exercício²⁷. Mas

²⁷ VILHENA DE CARVALHO, *O nome das pessoas e o direito*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 138.

não parece excluído o recurso ao “processo de alteração do nome”, previsto nos arts. 278.º-279.º CRegCiv.

A faculdade de cada um dos cônjuges acrescentar aos seus apelidos do outro costuma ser exercida na ocasião do casamento, mas a lei não impede que o seja mais tarde. A pretensão deve ser formulada em requerimento dirigido ao funcionário da conservatória detentora do assento de nascimento do cônjuge, ao qual é averbada a alteração dos apelidos (art. 69.º, n.º 1, al. *m*)²⁸.

Se na ocasião do casamento qualquer dos cônjuges usar da faculdade concedida pelo art. 1677.º, a indicação dos apelidos adotados deve ficar a constar do respetivo assento. A solução está expressa no art. 167.º, n.º 1, al. *b*), CRegCiv relativamente ao casamento católico e no art. 181.º, al. *g*), relativamente ao casamento civil.

A questão, que se discutia antes do CRegCiv de 1995, de saber se os nubentes podiam assinar o assento de casamento com os apelidos que tivessem adoptado, e que aquele Código resolvera no art. 180.º, n.º 2, hoje revogado, deixou de se colocar em face do Decreto-lei n.º 324/2007, pois o assento de casamento passou a ser lavrado em suporte informático, sem a assinatura dos nubentes (*supra*, n.º 122).

Os cônjuges poderão, portanto, manter sem alteração os seus apelidos de solteiros se o desejarem. Poderá, p. ex., a mulher acrescentar apelidos do marido aos seus (como ainda hoje acontece com mais frequência), ou, inversamente, o marido juntar aos seus apelidos da mulher. Num entendimento literal, o art. 1677.º permite ainda aos cônjuges usar em um e outro da faculdade concedida no preceito, acrescentando cada um deles ao seu nome apelidos do outro cônjuge, embora seja insólito o resultado a que se chega se aquela faculdade for exercida nesses termos. O art. 1677.º pretende

²⁸ Cfr. V. CARVALHO, *cit.*, p. 137.

possibilitar aos cônjuges que o desejarem a adoção de um nome *comum* (uma espécie de nome “do casal” ou “da família”): não tem pois sentido que os cônjuges alterem os nomes para continuarem a usar nomes diferentes. Mas o que os cônjuges poderão fazer, se quiserem exercer, os dois, a faculdade que o art. 1677.º lhes dá, é um *acrescentar* o apelido ou os apelidos do outro no fim do seu nome e o outro *intercalar* no nome, antes dos seus próprios apelidos, o apelido ou os apelidos do outro cônjuge. Nem o art. 1677.º exclui semelhante possibilidade, pois “acrescentar” tanto significa juntar no fim como juntar no meio, intercalar.

Assim, suponhamos que Maria Alves casa com João Monteiro. Os cônjuges têm várias possibilidades. Podem, em primeiro lugar, manter os seus nomes sem qualquer alteração decorrente do casamento. Pode a mulher acrescentar ao seu o apelido *Monteiro*. Pode o marido acrescentar ao seu o apelido *Alves*. Pode a mulher juntar ao seu o apelido do marido e este intercalar no seu nome o apelido dela, ficando a ser *Alves Monteiro* o “nome do casal”. Pode o marido acrescentar ao seu o apelido da mulher e esta intercalar no seu nome o do marido, ficando os cônjuges a chamar-se os dois *Monteiro Alves*. Por último, e embora, como dissemos, tal procedimento conduza a um resultado insólito, a lei parece ainda admitir que cada um dos cônjuges acrescente ao seu o apelido do outro, ficando ela a ser Maria Alves Monteiro e ele João Monteiro Alves.

A possibilidade, que temos vindo a admitir, de um dos cônjuges *intercalar* apelidos do outro nos seus não foi aceite pacificamente na doutrina e na prática administrativa. Em sentido contrário podem ver-se Helena Nunes, *Adopção de apelidos por efeito de casamento — Alteração de nome: adição e intercalação*, no *Regesta* de 15.3.1984, p. 72/C, e V. Carvalho, *cit.*, p. 142 s.; no sentido da orientação que preconizamos, vejam-se Cândida Ferreira das Neves, *O nome — antes, depois, logo, sempre*, no *Regesta* de 15.9.1983, p. 112/C s., e *Alteração de nome fundada em casamento*, no *Regesta* de 15.4.1984, p. 119/C s., e os acs. do S.T.J. de 14.10.1997, *BMJ* n.º 470, p. 612 e de 11.23.1999 (sumário em www.dgsi.pt).

O cônjuge que tenha adotado apelidos do outro conserva-os em caso de *viuvez* e, se o declarar até à celebração do novo casamento, mesmo depois de *segundas núpcias* (art. 1677.º-A), não podendo neste caso, porém, acrescentar apelidos do segundo cônjuge (art. 1677.º, n.º 2). Se contrair segundas núpcias e não fizer a referida declaração até à data em que as contrair, o viúvo ou viúva perde os apelidos do primeiro cônjuge, que tenha adotado (art. 1677.º-A, 2.ª parte, *a contrario*), podendo então acrescentar apelidos do segundo cônjuge aos seus, nos termos gerais do art. 1677.º, n.º 1.

Nada dispõe a lei acerca desta *declaração*, que, eliminada a competência territorial das conservatórias do registo civil pelo Decreto-lei n.º 324/2007, parece poder ser feita em qualquer conservatória. Note-se que a conservação dos apelidos do ex-cônjuge deve ser *averbada* ao seu assento de nascimento (art. 69.º, n.º 1, al. *n*), CRegCiv).

O caso de *separação de pessoas e bens* está previsto na 1.ª parte do n.º 1 do art. 1677.º-B, segundo o qual, decretada a separação, e tal como no caso de *viuvez*, cada um dos cônjuges conserva os apelidos do outro que porventura tenha adotado. Nada o impede, porém, de renunciar aos apelidos do outro cônjuge, nos termos gerais do art. 104.º, n.º 2, al. *d*), CRegCiv.

Regime diferente vale no caso de *divórcio*, em que, em princípio, cada um dos cônjuges perde os apelidos do outro que tenha adotado; nos termos do art. 1677.º-B, n.º 1, 2.ª parte, pode todavia conservá-los se o ex-cônjuge der o seu consentimento, por algum dos modos previstos no n.º 2 do preceito, ou for autorizado a usá-los tendo em atenção os motivos invocados. Se conservar os apelidos do ex-cônjuge e passar a segundas núpcias, não pode acrescentar-lhes apelidos do novo cônjuge (art. 1677.º, n.º 2).

Os motivos alegados para o pedido de conservação dos apelidos podem ser os mais diversos: foi com o nome do marido que a mulher se tornou conhecida

no meio comercial, literário ou artístico; o tribunal confiou-lhe a guarda dos filhos menores, que usam o nome do pai, etc.

No ac. de 07.10.2014, o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que os motivos invocados para manter os apelidos não eram ponderosos (www.dgsi.pt).

O pedido de autorização de uso dos apelidos do ex-cônjuge pode ser deduzido no processo de divórcio; mas também o pode ser, em processo próprio, mesmo depois de o divórcio ter sido decretado (art. 1677.º-B, n.º 3). Se for deduzido conjuntamente com o de divórcio (cfr. art. 470.º, n.º 1, CProcCiv), o pedido de autorização de uso dos apelidos do ex-cônjuge é processado como incidente da ação, valendo a mesma solução se o pedido for formulado na pendência da ação de divórcio. Em qualquer dos casos, a autorização é concedida pelo tribunal, como pode concluir-se do n.º 2 do art. 5.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, segundo o qual o “procedimento tendente à formação de acordo das partes” não se aplica ao pedido de autorização de uso dos apelidos do ex-cônjuge que se cumule com outro pedido no âmbito da mesma ação judicial ou constitua incidente ou dependência de ação pendente, casos em que continua a ser tramitado nos termos previstos no Código de Processo Civil.

Só quando o pedido de autorização de uso dos apelidos do ex-cônjuge é deduzido, em processo próprio, depois de o divórcio ter sido decretado é que segue os termos do “procedimento tendente à formação de acordo das partes” previsto nos arts. 5.º-10.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro²⁹, e que pode ser instaurado em qualquer conservatória do registo civil (art. 6.º, n.º 1).

O pedido, com indicação dos motivos que o justifiquem, é deduzido em requerimento ao conservador do registo civil e o requerido é citado para contestar, querendo, no prazo de 15 dias. Não havendo

²⁹ Antes do Decreto-lei n.º 272/2001, o pedido de autorização de uso dos apelidos do ex-cônjuge, quando deduzido em processo próprio, era tramitado nos termos do art. 1414.º-A CProcCiv, revogado pelo art. 21.º, al. *b*), daquele diploma.

oposição e devendo considerar-se confessados os factos invocados pelo requerente, o conservador declara a procedência do pedido; se o requerido deduzir oposição, marca tentativa de conciliação a realizar no prazo de 15 dias. Se a tentativa de conciliação não resultar, as partes são notificadas para alegarem e requererem a produção de novos meios de prova, nos 8 dias seguintes, e o processo é enviado ao tribunal, que ordena a produção de prova e marca audiência de julgamento.

Recebida na conservatória certidão de sentença que tenha decretado o divórcio (cfr. art. 78.º CRegCiv), deve o conservador *averbar* ao assento de nascimento do ex-cônjuge que adotara apelidos do outro a alteração do nome por perda dos apelidos adotados (art. 69.º, n.º 1, al. *m*)); ou, se a sentença tiver autorizado a conservação por um dos ex-cônjuges dos apelidos do outro, averbar a conservação dos apelidos adotados (art. 69.º, n.º 1, al. *n*). Se a autorização do uso de apelidos do ex-cônjuge for concedida, em processo próprio, pelo conservador do registo civil ou pelo tribunal, depois de o divórcio ter sido decretado, o conservador deve proceder ao respetivo averbamento, que declare sem efeito o anterior averbamento de alteração do nome por perda dos apelidos adotados.

O ac. da Rel. de Coimbra de 3.4.2001 (*Col. Jur.* 2001, t. 2, p. 35) decidiu que não assiste ao filho, quando a mãe tenha perdido com o divórcio o apelido do pai, o direito de alterar o seu assento de nascimento, eliminando o apelido do pai do nome da mãe, mas a solução oferece alguma dúvida.

Advirta-se finalmente que, falecido um dos cônjuges ou decretada a separação de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser *privado* do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família (art. 1677.º-C, n.º 1). O pedido de privação do uso do nome, que segue os termos já referidos do “procedimento tendente à formação de acordo das partes” (art. 5.º, n.º 1, al. *c*), do Decreto-lei n.º 272/2001), pode ser deduzido, no caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, litigiosos ou por mútuo consentimento, pelo outro cônjuge ou ex-cônjuge e,

no caso de viuvez, pelos descendentes, ascendentes ou irmãos do cônjuge falecido (art. 1677.º-C, n.º 2).

153. Nacionalidade

No que se refere aos efeitos do casamento sobre a *nacionalidade* dos cônjuges, há a ter em conta, fundamentalmente, o preceituado nos arts. 3.º e 8.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, republicada em anexo à Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril) e no art. 14.º do respetivo Regulamento (Decreto-lei n.º 322/82, de 12 de agosto, republicado em anexo ao Decreto-lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro).

Assim, o estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante *declaração* feita na constância do casamento (art. 3.º, n.º 1, da Lei da Nacionalidade)³⁰; nos termos do n.º 2, a declaração de nulidade ou a anulação do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge que o tenha contraído de boa fé. Por outro lado, e como resulta do art. 8.º, o português que case com nacional de outro Estado não perde por esse facto a nacionalidade portuguesa, salvo se, tendo adquirido pelo casamento a nacionalidade do seu cônjuge, *declarar* que não quer ser português. As mencionadas *declarações*, de que depende a atribuição ou a perda da nacionalidade portuguesa, devem ser registadas na Conservatória dos Registos Centrais (arts. 16.º e 18.º) e averbadas ao assento de nascimento do interessado (art. 19.º). Tem ainda interesse referir a disposição do art. 30.º, segundo a qual a mulher que tenha perdido a nacionalidade portuguesa por efeito do casamento poderá readquiri-la mediante declaração.

³⁰ Note-se que pode ser deduzida *oposição* à aquisição da nacionalidade, nos termos dos arts. 9.º e 10.º

Divisão II. Efeitos Patrimoniais

154. Observações prévias. Plano de exposição da matéria

Exposta a matéria dos efeitos pessoais, passaremos agora ao estudo dos efeitos patrimoniais do casamento.

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.º, n.º 3, CREp), embora possa notar-se que, sob este ponto de vista, se o Código de 1966 regredira, em relação às leis da família de 1910, no tocante aos efeitos pessoais do casamento, em matéria de efeitos patrimoniais o Código tinha feito algum progresso relativamente à legislação anterior. Eram iguais os poderes de disposição do marido e da mulher quanto a bens imóveis; por outro lado, enquanto no Código de 1867 o regime de “separação de bens” era um regime de aparente separação, pois o marido, mesmo nesse regime, continuava a ser, em princípio, o administrador de todos os bens do casal, incluindo os da mulher, o regime da separação do Código de 1966 era já um regime de verdadeira separação, não só de bens, mas também de administrações. Persistiam todavia significativas desigualdades. Como os poderes de disposição de bens móveis eram concedidos em função dos de administração (art. 1682.º, antiga redação) e a administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher, pertencia ao marido como chefe da família (art. 1678.º, antiga redação), daí resultava a supremacia do marido sobre a mulher quanto aos poderes de disposição sobre bens móveis. O Código passou a permitir à mulher administrar os seus bens próprios, os bens comuns que levasse para o casal ou adquirisse a título gratuito depois do casamento e os sub-rogados em lugar deles, mas só quando tivesse reservado esse direito na

convenção antenupcial (art. 1678.º, n.º 2, al. *b*), antiga redação), o que raramente acontecia.

O Código Civil trata a matéria dos efeitos patrimoniais do casamento nos Caps. IX, X e XI do Título II do Livro do Direito da Família. Alguns destes efeitos estão regulados, conjuntamente com os efeitos pessoais, na Secção I (“Disposições gerais”) do Cap. IX (“Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges”); outros nas Secções II e seguintes. De um modo geral, pode dizer-se que os primeiros, que integram o que se chama “regime ou estatuto matrimonial primário”, são regulados por normas imperativas, enquanto os outros são regidos em princípio por normas supletivas, ainda que mesmo aqui se encontrem normas imperativas, como, p. ex., o art. 1720.º

Começaremos por analisar os efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens (administração dos bens dos cônjuges, ilegitimidades conjugais, poderes dos cônjuges relativamente aos bens que integram as várias massas patrimoniais, etc.) na Secção I da presente Divisão, em que estudaremos ainda a responsabilidade por dívidas dos cônjuges, a partilha do casal, os contratos entre cônjuges e as doações para casamento; as convenções antenupciais e os regimes de bens do casamento serão objeto da Secção II.

Secção I. Efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens

Subsecção I. Administração dos bens dos cônjuges

Bibliografia portuguesa

BELEZA, Maria Leonor Pizarro, *Os efeitos do casamento*, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Petrony, 1981, p. 91-135; CARDOSO, Augusto Lopes, *A administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973; CERDEIRA, Ângela, *Responsabilidade dos*

cônjuges entre si, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; CRUZ, Guilherme Braga da, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, in *BMJ* n.º 69, 1957, p. 353-429; PAIVA, Adriano Miguel Ramos de, *A comunhão de adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, policop., Coimbra, Faculdade de Direito, 2006; PEREIRA, Manuel Gonçalves, *Regimes convencionais. Anteprojeto para o novo código civil*, in *BMJ* n.º 122, 1963, p. 223-372; XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, Coimbra, Suplemento do Bol. da Fac. de Direito, vol. XXXVIII, 1993, p. 1-159; XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Se pode o cônjuge do empresário, ao abrigo do art. 1678.º, n.º 3, intervir na gestão do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal*, in “Rev. de Dir. e de Est. Soc.”, ano XXVI, n.º 1-2-3-4, Coimbra, 1982; VARELA, J. Antunes, *Efeitos patrimoniais do casamento*, in “Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro”, ano II, n.º 3, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 41-67.

155. Princípios gerais

Se cada um dos cônjuges fosse dono dos bens que adquirisse e se cada um dos donos administrasse os bens que lhe pertencessem, não haveria necessidade de prever um regime especial sobre “administração dos bens dos cônjuges” — as normas gerais de direito civil chegariam. Mas, como se verá adiante, os bens do casal não são necessariamente de um ou de outro cônjuge, nem pertencem a ambos em compropriedade — são antes “bens comuns”; isto supõe um regime específico para a sua administração, porque não há regras gerais de direito civil sobre o assunto. Por outro lado, mesmo quando os bens pertencem a um ou a outro cônjuge, as circunstâncias de grande proximidade em que eles vivem — a “comunhão de vida” — recomendam que um dos cônjuges tenha poderes de administração sobre bens do outro, ou tenha poderes exclusivos sobre bens que são dos dois. Também isto carece de regulamentação especial.

As regras sobre administração dos bens do casal são imperativas; os nubentes não podem convencionar regras diferentes, de acordo com a sua conveniência (art. 1699.º, n.º 1, al. c)). Talvez o legislador de 1977 tenha receado que, deixando esta matéria à liberdade dos nubentes, muitos fossem tentados a seguir a tradição que confiava ao

marido os poderes de administrar todos os bens do casal, frustrando deste modo o princípio igualitário que a Reforma estava a introduzir no direito civil, na sequência dos preceitos constitucionais de 1976.

Não é assim no direito alemão, onde se pode convencionar a comunhão de bens e acrescentar regras acerca da administração; só no silêncio dos interessados é que a administração é conjunta³¹.

Como se compreende, esta imperatividade não exclui que um cônjuge ceda ao outro todos ou parte dos seus poderes sobre bens próprios ou bens comuns, desde que o faça por mandato, que é livremente revogável (arts. 1678.º, n.º 2, al. g), e 1170.º, n.º 1). Na verdade, o que o legislador quis proibir foi a concessão de poderes em convenção antenupcial, que vincularia o cedente até uma revogação por mútuo consenso; sendo certo que esta revogação poderia tornar-se impossível tanto por causa de um princípio de imutabilidade das convenções como por causa da falta de colaboração do outro cônjuge.

O art. 1678.º enuncia as regras gerais de administração dos bens do casal.

Importa distinguir entre a administração dos bens próprios e a dos bens comuns.

I. Quanto aos *bens próprios*, a regra enuncia-se com facilidade: cada cônjuge administra os seus próprios bens (art. 1678.º, n.º 1).

Introduzem-se, porém, algumas exceções a esta regra. Assim, nos termos do n.º 2 do artigo citado, um dos cônjuges pode administrar bens do outro: *a)* quando se trate de móveis que, embora pertencentes ao outro cônjuge, são exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho pelo cônjuge administrador (al. *e*)); *b)* no caso de ausência

³¹ Cfr. SCHWAB, DIETER, *Familienrecht*, 18 auf., Muenchen, Beck, 2010, n.º 215, e GERNHUBER; COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6 auf., Muenchen, Beck, 2010, § 38, n.º 46, a propósito do § 1421 do BGB.

ou impedimento do outro cônjuge (al. *f*)); *c*) quando o outro lhe confira, por mandato revogável, poderes de administração (al. *g*)).

Parece que nada obsta, também, a que os dois cônjuges administrem um bem próprio de qualquer deles, desde que o dono tenha concedido poderes de administração ao seu cônjuge, por mandato; na verdade, se é permitido ceder a totalidade dos poderes de administração, também é lícito ceder parte deles, instaurando uma coadministração sobre um bem próprio.

II. Relativamente aos *bens comuns*, poderia ter-se entregue a cada um dos cônjuges a administração de uma certa massa de bens, como os que cada um levasse para o casal ou trouxesse posteriormente para o casal. Também poderia ter-se admitido que cada cônjuge administresse sozinho todo o património comum (administração disjunta); de facto, qualquer destes regimes seria compatível com a Constituição da República, do ponto de vista do respeito da igualdade³².

A Reforma de 1977 seguiu, basicamente, a regra da administração conjunta (art. 1678.º, n.º 3, 2.ª parte): ambos os cônjuges são os administradores do património comum.

Constitui exceção a este princípio a concessão de poderes de administração ordinária a qualquer dos cônjuges (art. 1678.º, n.º 3, 1.ª parte). O legislador deve ter pretendido tornar mais leve o regime quando se tratasse de praticar atos que são mais frequentes, rotineiros, e em que se pode presumir que os dois cônjuges se puseram antecipada e reiteradamente de acordo. É verdade que um sistema assim permite que os dois cônjuges pratiquem atos contraditórios, por desavença ou conluio, como a venda de uma colheita a pessoas diferentes, por preços diferentes³³. Um conflito

³² Cfr. LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony, 1981, p. 122-3.

³³ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Petrony, p. 382-3.

destes poderia ser dirimido pela regra geral que dá prevalência ao primeiro ato; mas também pode estimular o aumento da frequência com que os terceiros exijam a intervenção dos dois cônjuges — o que redundaria, afinal, numa inversão do sistema, que tenderia para a administração conjunta. Admite-se, porém, que esta situação conflituante seja excecional e constitua um preço razoável a pagar por um regime viável, que não sobrecarrega os dois cônjuges e que funcionará bem na grande maioria dos casos³⁴.

Parece desviar-se desta regra de administração ordinária disjunta o caso da administração de uma quota social que seja bem comum do casal, por força do regime de bens do casamento. Segundo Rita Xavier, “... a atribuição a qualquer dos cônjuges de legitimidade para a prática de atos de administração ordinária em relação a uma participação social seria (...) inconveniente e perturbadora do normal desenrolar da vida societária. Estamos convencidos de que (...) se procurou impedir esta situação, algo desestabilizadora do ponto de vista da sociedade, e que o art. 8.º, n.º 2, do C.S.C., implica que só tem legitimidade para a prática de atos de administração ordinária, relativamente a uma quota comum, aquele dos cônjuges que figurar nominalmente nos estatutos da sociedade, ou no ato pelo qual a referida quota entrou para a comunhão”³⁵.

Constituem também desvios àquela regra os casos dos bens que, embora comuns, devem ser administrados por um dos cônjuges, quer porque tenham com esse cônjuge uma ligação privilegiada, quer porque o outro esteja ausente ou impedido de os administrar ou tenha conferido àquele, por mandato revogável, poderes de administração. Assim, e embora se trate de bens comuns, o n.º 2 do art. 1678.º atribui a cada um dos cônjuges a administração exclusiva:

a) Dos proventos que receba pelo seu trabalho (al. *a*)), embora os bens sejam comuns por força do regime que vigora no casamento (cfr. os arts. 1724.º, al. *a*), e 1734.º);

³⁴ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 12e éd., Paris, Litec, 2004, n.º 422.

³⁵ *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 92.

Teria sido possível alargar este regime de administração exclusiva aos frutos dos bens próprios, por uma razão parecida com a que justifica esta al. *a*)?³⁶.

b) Dos seus direitos de autor (al. *b*)). Vale para aqui a observação da alínea anterior tratando-se, evidentemente, dos direitos patrimoniais de autor; os direitos pessoais de autor são incomunicáveis, como “direitos estritamente pessoais” e são administrados pelo titular (art. 1733.º, n.º 1, al. *c*), aplicado por maioria de razão à comunhão de adquiridos ou a qualquer regime convencional que incorpore os direitos de autor no património comum);

c) Dos bens comuns que levou para o casal ou adquiriu depois do casamento a título gratuito e dos sub-rogados em lugar deles (al. *c*)).

O texto da lei não menciona os rendimentos destes bens. Mas parece razoável incluir os rendimentos neste regime, com base em dois argumentos: a “identidade de razão” com a alínea que se refere ao produto do trabalho e a sugestão que se retira do art. 1696.º, n.º 2, al. *a*), que manda responder os rendimentos ao lado dos bens levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, por dívidas da exclusiva responsabilidade do titular, “indiciando assim a respectiva administração”³⁷.

A sub-rogação no lugar de bens comuns vale em qualquer das suas modalidades — troca direta, preço de bens alienados, troca indireta — e pode ser provada por qualquer meio. Não há motivo para impor aqui o regime previsto no art. 1723.º, al. *c*), que trata da sub-rogação de bens próprios e tem razões específicas (cfr. *infra*, n.º 198, I *d*)).

³⁶Os textos franceses são equívocos, mas a doutrina defende esta administração exclusiva — TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2011, n.º 294.

³⁷Cfr. LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony, 1981, p. 124-5.

d) Dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro cônjuge, salvo se se tratar de bens doados ou deixados por conta da legítima³⁸ desse outro cônjuge (al. *d*);

e) Dos móveis comuns por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (al. *e*).

O legislador pretende que o cônjuge utilize os instrumentos de trabalho com a liberdade própria de um administrador de bens do casal, isto é, com legitimidade para tomar, sozinho, decisões que podem ser de administração extraordinária, e até de disposição (cfr. o art. 1682.º, n.º 2).

Mas, salvo erro, um cônjuge não pode iniciar a utilização exclusiva, no âmbito do exercício da sua profissão, de bens que não lhe pertencem. A disposição inicial de começar a utilizar um móvel comum como instrumento de trabalho requer a colaboração do outro titular do bem — o outro cônjuge. Esta decisão tem de ser tomada por ambos, no quadro da decisão dos atos da vida conjugal comum. Isto não impede que a lei confira, depois, ao cônjuge que vai utilizar o bem comum, um poder de administração exclusivo, para garantir ao cônjuge que usa o bem as melhores condições de utilização e a liberdade necessária para o desempenho do seu trabalho. Por exemplo, o outro titular do património comum não pode revogar a autorização que deu como se revoga um mandato; e o cônjuge administrador não tem de prestar contas da sua administração (cfr. o art. 1681.º, n.º 1). Dito por outras palavras, não pode admitir-se que um cônjuge entre a administrar sozinho um bem comum, nos termos desta al. *e*), apenas com base numa decisão unilateral que tome sobre

³⁸A. VARELA defendia que esta restrição não vale para o legado em substituição da legítima — cfr. *Código Civil anotado*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 285.

o exercício de certa profissão e sobre a utilização de um certo bem móvel comum que convém a este exercício.

f) De todos os bens do casal, se o outro cônjuge se encontrar ausente ou impedido de administrar (al. *f*)).

O texto da lei refere-se apenas aos bens próprios do outro cônjuge; mas deve permitir-se igualmente, *por maioria de razão*, a administração exclusiva dos bens comuns³⁹.

O texto da al. *f*) quis resolver as dúvidas que a doutrina sentia acerca da possibilidade de o cônjuge ausente deixar procuração a um estranho, para administração. Parece claro que a Reforma de 1977 optou por admitir essa possibilidade, a julgar pelos termos claros da parte final da alínea: "... e desde que não tenha sido conferida procuração bastante...".

Apesar deste esclarecimento, pode duvidar-se de que a solução seja boa⁴⁰ no que respeita à administração dos bens comuns. Na verdade, pode parecer estranho que o cônjuge presente partilhe com um estranho a administração dos bens comuns; ou fique sujeito à administração exclusiva de um estranho no que respeita aos bens comuns de que o cônjuge ausente tinha a administração exclusiva.

Pode ainda hoje perguntar-se se o cônjuge do interdito, nomeado tutor (art. 143.º, n.º 1, al. *a*)), fica com os poderes limitados que cabem ao tutor vulgar ou exerce os poderes típicos do cônjuge administrador. Lopes Cardoso defendeu a prevalência das regras da administração conjugal, com bons argumentos⁴¹.

Também parece subsistir a incongruência, assinalada por este autor, de o cônjuge ser considerado o substituto do ausente na administração dos seus bens

³⁹Neste sentido, também, LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, in "Reforma do Código Civil", Lisboa, Petrony, 1981, p. 126.

⁴⁰Neste sentido, A. LOPES CARDOSO, para o direito anterior a 1977, *A Administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 37.

⁴¹*Ob. cit.*, p. 42-5.

e, ao mesmo tempo, ter o direito de ser nomeado curador dos bens do ausente (art. 92.º, n.º 1)⁴². Qual dos estatutos prevalece?

Não é claro o significado que o legislador atribuiu à expressão “procurador bastante”. Leonor Beleza discutiu a questão admitindo três sentidos possíveis: (1) qualquer procuração para administração é bastante para excluir o cônjuge do impedido; (2) o cônjuge presente pode intervir para além dos atos que a procuração legítima; (3) a procuração só é bastante para afastar a substituição pelo cônjuge presente quando confere poderes tão amplos como os que o cônjuge impedido tinha. Para esta autora, seria dificilmente admissível que qualquer procuração afastasse a competência do cônjuge presente; também seria estranho que o cônjuge presente pudesse substituir o impedido em certos atos importantes mas já não nos atos mais modestos que coubessem no âmbito da procuração. Assim, Leonor Beleza preferiu a terceira solução, apesar de reconhecer que ela retira quase toda a aplicabilidade à norma⁴³.

g) De todos os bens do casal ou de parte deles, se o outro cônjuge lhe conferir, por mandato revogável, esse poder (al. g)).

A al. g) do n.º 2 do art. 1678.º trata só dos bens *próprios* do outro cônjuge; porém, deve admitir-se, por *maioria de razão*, que um cônjuge confirma ao outro, por mandato revogável, os seus poderes de administração sobre bens *comuns*.

Não é possível ceder ao outro nubente, em convenção antenupcial, os poderes que a lei confere — poderes de administrar os bens próprios e de partilhar a administração dos bens comuns. Esta cedência, em convenção antenupcial, seria unilateralmente irrevogável, carecia da colaboração do outro cônjuge. Ou seja, poderia significar uma perda definitiva dos poderes de administração.

A cedência por mandato, que é revogável, satisfaz o interesse que um cônjuge tenha de não exercer os poderes de administração que a lei lhe dá, porque não quer ou porque não sabe, sem correr o risco de os perder para sempre.

⁴² *Ob. cit.*, p. 27.

⁴³ *Ob. cit.*, p. 127-8.

Pode perguntar-se se os cônjuges têm o direito de convencionar uma retribuição para o mandatário.

O mandato, em geral, pode ser oneroso (art. 1158.º). Mas o art. 1714.º, n.º 2, proíbe a compra e venda entre os cônjuges e, ao menos por força de uma interpretação analógica, também proíbe os outros negócios onerosos entre cônjuges, como o mandato oneroso. Na verdade, pode imaginar-se que se convencionasse uma retribuição tão exagerada que acabasse por significar uma transferência de capital do património do mandante para o do mandatário, uma verdadeira doação, a coberto de um simples preço do mandato e escapando à regra da livre revogabilidade das doações; é que, se o mandato for oneroso, deixa de ser unilateralmente revogável (art. 1170.º).

Por outro lado, a liberdade de revogar o mandato e de recuperar assim os poderes de administração é o argumento que se costuma invocar para admitir a cedência da administração por mandato e não por acordo em convenção antenupcial. Parece que esta cedência deve pressupor a livre revogabilidade.

Vasco Xavier⁴⁴ defendeu que o estabelecimento comercial que seja bem comum do casal, por força do regime de bens, deve escapar às regras de administração previstas no art. 1678.º, n.º 3. Não convém à gestão de um estabelecimento que o cônjuge não comerciante entre a praticar sozinho atos de administração ordinária, e intervenha necessariamente na administração extraordinária da organização comercial; sobretudo quando não tem competência para tal. A empresa mercantil tem de ser gerida de uma forma racional, “por forma ordenada, ou mesmo programada”, não se compadece com intervenções casuísticas, se não caprichosas. A administração exclusiva pelo comerciante é do interesse do estabelecimento e, portanto, também é do interesse do cônjuge do empresário.

O autor fundamentou esta exceção às regras gerais com o princípio da liberdade para o “exercício de profissão ou outra atividade”, previsto no art. 1677.º-D. Este princípio, com raízes constitucionais (art. 51.º, n.º 3, da versão originária, hoje art. 47.º CREP), deve garantir que o cônjuge do comerciante não interfira no exercício do comércio com base na regra do art. 1678.º, n.º 3; esta norma deve ceder em face daquela.

Vasco Xavier acrescentou que não entendia adequado invocar o regime especial que permite a cada cônjuge administrar sozinho os bens comuns, ou próprios do outro, que utilize exclusivamente como instrumento de trabalho (art. 1678.º, n.º 2, al. e)). Escreveu que esta norma estaria pensada para bens móveis que tenham natureza corpórea, que tenham uma ligação mais próxima e direta com a atividade exercida do que aquela que intercede entre o comerciante e a

⁴⁴ *Se pode o cônjuge do empresário, ao abrigo do art. 1678.º, n.º 3, intervir na gestão do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal*, separata da “Rev. de Dir. e de Est. Soc.”, ano XXVI, n.º 1-2-3-4, Coimbra, 1982.

empresa, e que não apresentem a particular aptidão reditícia própria de um bem como o estabelecimento⁴⁵.

A solução final de Vasco Xavier parece inteiramente defensável, tendo em conta as exigências manifestas que a gestão mercantil impõe. Já parece discutível a fundamentação apresentada pelo saudoso amigo e eminente colega.

O princípio da liberdade de escolha, e de exercício, da profissão ou atividade tem um largo campo aberto, para cada cônjuge, enquanto este pretender ser livre à sua custa. No momento em que o interessado começa a comprometer o património alheio e os direitos do outro cônjuge, a sua liberdade de escolher e de exercer uma profissão tem de ficar limitada. Isto é: cada cônjuge é livre de abrir uma empresa, e de a administrar sozinho, se essa empresa for um bem próprio; mas não pode ter um direito igual se pretender usar uma empresa que é um bem comum, ou que pertence ao outro cônjuge, sob pena de se tornar justificada a utilização indevida de um bem alheio.

A entrada de um cônjuge na exploração exclusiva de um estabelecimento que é um bem comum do casal tem de ser precedida da autorização do contitular, que afinal constitui um mandato expresso ou tácito, para o início da atividade. E o exercício continuado da administração exclusiva tem de assentar nesse mandato ou numa disposição legal que o justifique; mas não parece que baste invocar o princípio do livre exercício da profissão, quando se compromete um bem que é, em parte, um bem alheio.

A decisão de começar a explorar, com poderes exclusivos, um bem integrado no património comum é uma decisão relativa à vida conjugal comum que tem de ser tomada pelos dois cônjuges, nos termos gerais do art. 1671.º, n.º 2. O facto de o bem em causa ser um estabelecimento e a circunstância de um dos cônjuges pretender tornar-se comerciante ou pretender exercer essa profissão sobre o bem comum não lhe dão o direito de decidir sozinho. Se o poder de decisão unilateral de um cônjuge, no sentido de exercer uma atividade ou profissão, fosse tão livre que ele ficasse legitimado para entrar na administração exclusiva de um bem comum, estaríamos a admitir uma alteração das regras sobre a administração de bens que assentaria apenas na decisão unilateral do cônjuge beneficiado. Seria difícil conciliar este regime com a proibição de alterar as regras de administração em convenção antenupcial (art. 1699.º, n.º 1, al. c)); na verdade, estaríamos a proibir um *acordo* de alteração por causa da dificuldade que um cônjuge prejudicado teria de recuperar os poderes normais que a lei lhe dá, ao mesmo tempo que estaríamos a admitir que um cônjuge adquirisse poderes anormais de administração, com base na sua *decisão unilateral* de exercer uma profissão ou atividade.

A norma especial que garante o exercício continuado de uma administração exclusiva de um bem comum — acrescentando à concordância prévia do outro cônjuge

⁴⁵*Ob. cit.*, p. 13-4.

relativa ao início da atividade — parece ser o referido art. 1678.º, n.º 2, al. e), que confere poderes exclusivos de administração ao cônjuge que usa o bem comum como instrumento exclusivo de trabalho. Esta norma permite que a decisão conjunta acerca da entrada na utilização exclusiva de um bem comum se consolide na esfera jurídica do cônjuge que exerce os poderes de administração; de tal modo que a continuação do exercício da administração escapa às regras do mandato, designadamente à possibilidade de o contitular do bem comum revogar a autorização e quanto ao regime de responsabilidade por má gestão (art. 1681.º, n.º 1).

Não se vê dificuldade de aplicar aquela norma a este bem peculiar que é o estabelecimento comercial; a natureza incorpórea, a ligação entre o empresário e a empresa, e a especial aptidão reditícia não parecem constituir obstáculos à aplicação do regime especial citado, ainda que tenha de se recorrer a uma interpretação extensiva. Esta parece ser a maneira mais conforme com a lei vigente para sustentar a solução que o ilustre autor propunha, de garantir ao empresário a gestão exclusiva da empresa comum.

Em suma: também concluímos, com Vasco Xavier, que “quando o estabelecimento mercantil é explorado por um dos cônjuges, o facto de aquele ser um bem comum nem por isso legitima a interferência do consorte na gestão empresarial, ao abrigo do n.º 3 do art. 1678.º do Código Civil”. Ao contrário do autor referido, preferimos fundamentar este regime na disposição do art. 1678.º, n.º 2, al. e).

156. Especialidades da administração dos bens do casal: poderes do cônjuge administrador. Responsabilidade pela administração

Os poderes do cônjuge administrador vão além da mera administração (cfr. o art. 1682.º, n.º 2), abrangendo poderes de disposição dos móveis comuns ou próprios do cônjuge administrador⁴⁶. Poderes desta amplitude não costumam ser dados aos administradores de bens alheios, como se vê pelo regime geral do art. 1159.º, e pelos regimes especiais dos arts. 95.º, n.º 1 (curador dos bens do ausente), 1944.º (tutor), 2093.º, n.º 1 (cabeça-de-casal), 2332.º, n.º 1 (testamenteiro), etc.

No que toca à responsabilidade pelo exercício da administração, a Reforma de 1977 alterou profundamente a solução do direito anterior, segundo a qual o cônjuge administrador não era, em

⁴⁶ Quanto às alienações *gratuitas* de móveis comuns, cfr. porém o art. 1682.º, n.º 4.

caso algum, obrigado a prestar contas da administração que fazia, só sendo responsável pelos atos praticados *intencionalmente* em prejuízo do casal ou do outro cônjuge (art. 1681.º CCiv de 1966).

A lei distingue agora vários tipos de situações que merecem tratamentos específicos.

Nos casos em que o cônjuge tem o poder, por força da lei, de administrar bens que não são seus — art. 1678.º, n.º 2, als. *a)* a *f)* — mantém-se o regime de 1966: o administrador não é obrigado a prestar contas da sua administração e só responde pelos atos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge (art. 1681.º, n.º 1). Pretende-se, com este regime de relativa impunidade, evitar que os cônjuges se envolvam em ações de responsabilidade “... que podem perturbar seriamente, quando não irremediavelmente, as relações...”⁴⁷. Não podem fundamentar pedidos de indemnização os atos meramente culposos.

Mas quando se tratar de administração fundada em mandato expresso ou tácito, ou de uma administração de facto, sem título, não parece possível limitar as obrigações de indemnizar aos casos de atuação dolosa, esquecendo as violações culposas do direito do titular do bem. Os atos culposos geram, então, responsabilidade civil, apesar do eventual prejuízo para as relações conjugais. Sendo assim, o nosso regime, visto no seu todo, parece pouco congruente.

No direito francês, que partiu de uma proposta em que se responsabilizava o administrador apenas por culpa muito grave, praticamente igual ao dolo, o regime que ficou em vigor é mais severo e dá relevo à culpa, em geral. Mas a doutrina também defende pacificamente que não se deve exagerar ao ponto de pedir responsabilidades ao administrador por qualquer pequena falta⁴⁸.

A lei não definiu se a culpa se aprecia em concreto ou em abstrato, ao contrário do que se encontra disposto acerca da administração dos bens dos filhos (art. 1897.º). Deverá entender-se que valem as regras gerais da responsabilidade civil? Adriano Paiva defende que não⁴⁹.

⁴⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 296.

⁴⁸ COLOMER, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 11^e éd., Paris, Litec, n.º 500.

⁴⁹ *A Comunhão de adquiridos ... policopiado*, ... p. 243

Pode discutir-se se as omissões prejudiciais deviam fundamentar obrigações de indemnizar. Por exemplo, “(o) cônjuge administrador (...) apesar de dispor de capitais suficientes, abstém-se de comprar um prédio encravado em terrenos do casal, que lhe é oferecido em condições económicas vantajosas; ou deixa fugir a oportunidade de desonerar um prédio dum servidão que muito o desvaloriza; ou deixa de aproveitar a faculdade de subscrever, pelo valor nominal, um avultado número de ações altamente cotadas no mercado, numa sociedade que aumentou o capital social e deu preferência aos antigos accionistas na subscrição das novas ações”⁵⁰.

Braga da Cruz escreveu que elas podem ser prejudiciais e até mais frequentes. Mas seria muito difícil avaliar se elas teriam resultado de “intenção malévola ou simples desleixo”; como seria muito difícil asseverar que a prática do ato omitido teria evitado danos ou teria produzido vantagens; a relevância das omissões intencionais seria “uma terrível fonte de dificuldades, de incertezas, e de injustiças”⁵¹.

A. Lopes Cardoso, pelo contrário, tendo em conta a intenção legal de proteger o património comum ou o património próprio do outro cônjuge, considerou “um atentado ao espírito da lei” ilibar o administrador de responsabilidade nos casos em que, por exemplo, o administrador omite “obras indispensáveis, o protesto de uma letra ou a interrupção de uma prescrição”, ou “deixa de administrar o estabelecimento do casal”; invoca, a propósito, a regra geral do art. 486.º CCiv⁵². O autor recorda, a este propósito, que Braga da Cruz propunha, ao menos, que o dono do bem pudesse ser autorizado a praticar o ato que o administrador estava a omitir; mas o regime não foi consagrado. Se é certo que essa proposta fazia sentido sobretudo quando o marido era o administrador dos bens do casal, o regime ainda teria valor sempre que um cônjuge administra bens do outro por força da lei (art. 1678.º, n.º 2, CCiv).

Para além dos aspetos técnicos implicados neste problema, e das dificuldades de prova do carácter intencional das omissões, o que está em causa, no fundo, é a tradicional relutância de aplicar aos cônjuges as regras gerais da responsabilidade civil. Esta relutância tem-se desvanecido, desde logo pelo alargamento da responsabilização que a Reforma de 1977 consagrou no art. 1681.º, n.º 2 e 3; e também por força da igualação e da maior independência jurídica dos cônjuges.

O ac. do STJ, de 02.22.2011, analisa o regime do art. 1681.º, n.º 1.

⁵⁰ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, in *BMJ* n.º 69, 1957, p. 367.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 367-8.

⁵² *A Administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 300-2. Veja-se uma aplicação deste problema no ac. da Rel. do Porto de 25.10.1988, publicado na *Col. Jur.* 1988, t. IV, p. 203-6.

Para além dos casos em que é a própria lei a reconhecer a um cônjuge poderes de administração exclusivos sobre bens comuns ou sobre bens próprios do outro (art. 1678.º, n.º 2, als. *a*) a *f*)), os n.º 2 e 3 do art. 1681.º estabelecem uma responsabilidade ampla: alargaram a todos os regimes de bens as normas que estavam previstas, na versão de 1966, apenas para os casados no regime da separação⁵³. De um modo geral pode dizer-se que o administrador de bens comuns ou de bens próprios do outro cônjuge é obrigado a prestar contas da sua administração, por aplicação das regras do mandato (art. 1681.º, n.º 2 e 3, e art. 1161.º, al. *d*)). A única diferença que a lei estabeleceu resulta da parte final do n.º 2 do art. 1681.º: o administrador só é obrigado a prestar contas e a entregar o saldo dos últimos cinco anos. Esta diferença parece basear-se na ideia de que o cônjuge administrador não terá uma contabilidade organizada de tal modo que a qualquer tempo possa mostrar a escrita. Assim, uma exigência de prestação de contas dos dez ou dos vinte anos anteriores havia de o colocar na impossibilidade de cumprir... Também é claro que este regime compreensível não prejudica realmente o cônjuge interessado na prestação de contas, já que este pode pedir a sua prestação de cinco em cinco anos e, deste modo, vê o seu interesse cabalmente satisfeito.

Em segundo lugar, o administrador responde pelos atos e pelas omissões nos termos em que um mandatário responde — nos termos gerais do incumprimento das suas obrigações. E responde mesmo como um possuidor de má fé, no caso da parte final do art. 1681.º, n.º 3; ou seja: responde pela perda da coisa mesmo que tenha agido sem culpa (art. 1269.º), deve restituir os frutos que não colheu mas que um proprietário diligente poderia ter obtido (art.

⁵³ Cfr. o art. 1737.º, da versão de 1966, na sequência do art. 68.º do anteprojeto sobre “regimes convencionais”, começado por BRAGA DA CRUZ e continuado por GONÇALVES PEREIRA (*BMJ* n.º 122).

1271.º) e perde, em qualquer caso, as benfeitorias voluptuárias que tenha feito (art. 1275.º, n.º 2).

No caso de se pedir responsabilidades a um cônjuge administrador, vai ser necessário decidir *se o crédito de indemnização é próprio ou comum*.

Se o dano indemnizado for um dano num bem próprio, o crédito será incomunicável por força da lei (art. 1733.º, n.º 1, al. *d*), aplicável por maioria de razão a qualquer outro regime de comunhão). Mas talvez deva afirmar-se que a parte da indemnização relativa à delapidação de frutos, que são comuns, ou à falta de perceção deles, deve seguir as regras que ficarem estabelecidas para os créditos por danos no património comum.

Se o dano indemnizável for um dano em bens comuns, é difícil optar entre duas possibilidades: ou o crédito integral pertence ao património comum, ou o crédito corresponde a metade do dano e pertence ao cônjuge meeiro que se achou prejudicado. A primeira forma de resolver a questão reconhece ao cônjuge autor a qualidade de defensor da comunhão, protege mais o património comum como um todo, restabelece o valor total do património; mas pode parecer estranho que o cônjuge lesado pague indemnização no que diz respeito ao prejuízo total e, portanto, mesmo no que diz respeito à sua metade no património comum, embora esta solução interesse bastante aos credores comuns que veem a sua garantia restabelecida. A segunda forma de resolver só tem sentido se o cônjuge credor puder considerar o crédito (correspondente à sua metade do dano) como um bem próprio; de facto, não tem sentido considerar este crédito (de metade do dano) como um valor comum, sujeito a partilha⁵⁴.

Também é preciso resolver qual é o *momento* em que se pode exigir o pagamento de um crédito destes — imediatamente ou só

⁵⁴ Em França há partidários das duas soluções — cfr., sumariamente, COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 12e éd., Paris, Litec, 2004, n.º 501.

no momento da partilha. A sugestão dada pelo regime do art. 1697.º e a harmonia do sistema levarão a preferir o segundo momento, apesar de se tratar de um crédito de indemnização que goza, em geral, de alguns favores, em atenção à sua natureza reparadora.

Note-se, a propósito, que a prescrição não começa nem corre entre cônjuges (art. 318.º, al. *a*)).

Quando a administração seja ruínosa a ponto de o cônjuge não administrador correr o risco de perder o que é seu, dá-lhe ainda a lei a faculdade de requerer a simples separação judicial de bens, nos termos dos arts. 1767.º e segs. Este regime teve uma importância maior do que tem hoje. Até à Reforma de 1977, o marido era o administrador dos bens do casal, incluindo os bens próprios da mulher. Se pensarmos também que o regime da responsabilidade por má administração era ainda menos severo do que é hoje, e que o marido tinha legitimidade para alienar livremente os bens móveis da mulher que administrava, é fácil imaginar que os maridos estavam em condições de causar danos no património das mulheres que, assim, tinham interesse em recorrer à simples separação de bens. Hoje, com uma distribuição igualitária dos poderes de administração e com uma responsabilização um pouco mais severa pela má administração, não admira que o regime do art. 1767.º tenha menos utilização.

Em face do regime vigente de responsabilidade pela má administração, que deixa de fora situações de lesão ou de perigo para o património do outro cônjuge, e tendo em conta que o expediente da simples separação judicial de bens ficará reservado para casos excepcionais, poderá pensar-se que há um conjunto indefinido de situações que carecem de tutela legal e de intervenção judicial. Será o caso, por exemplo, de um cônjuge se desinteressar da administração do estabelecimento próprio ou comum, deixando de pagar os salários, os fornecimentos, e de cobrar os créditos, privando o património comum dos rendimentos da exploração e, porventura, colocando-se na impossibilidade de contribuir para os

encargos da vida familiar⁵⁵. Nesta situação, o outro cônjuge teria um legítimo interesse em assumir a direção do estabelecimento ou em pretender nomear um terceiro como administrador; mas os arts. 1678.º, al. *f*), e 1679.º não o permitem. O mesmo poderá pensar-se quanto a uma série de movimentos injustificados e prejudiciais, feitos por um dos cônjuges, titular de uma conta solidária. O direito vigente não permite obter uma ordem judicial que bloqueie a conta e porventura imponha a restituição dos livros de cheques detidos pelo infrator⁵⁶.

O direito francês prevê uma disposição que tem sido aplicada neste tipo de casos: art. 220-1 do *code civil*⁵⁷. Os tribunais emitem interdições ou injunções positivas de praticar certos atos, sempre com o intuito de evitar a produção de um dano e por um período limitado de três anos. Dir-se-á que, no nosso direito, sempre será possível requerer providências cautelares não especificadas (arts. 362.º e segs. CProcCiv); mas estas são obrigatoriamente requeridas em vista de uma ação futura, sob pena de caducidade (art. 373.º CProcCiv), enquanto os procedimentos usados no direito francês não estão sujeitos a esta condição. Vejam-se também, com menor alcance, o art. 183.º do Código italiano, que admite a privação judicial dos poderes de um cônjuge que pratique atos danosos de administração⁵⁸; e o art. 1388.º do Código espanhol, que confere a administração dos bens comuns a um só cônjuge quando o outro abandonou a família ou quando há separação de facto⁵⁹.

De um modo geral, o que está em causa é o problema de saber até onde a lei e os tribunais devem acorrer ao apelo de um dos cônjuges

⁵⁵ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 284 bis, 505, 524, 526, 861, 862 e 1192.

⁵⁶ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 254.

⁵⁷ Para uma exposição geral sobre a norma veja-se COLOMER, *ob. cit.*, n.º 136-148.

⁵⁸ GALASSO e TAMBURELLO, *Regime patrimoniale della famiglia*, t. I, Bologna, Zanichelli, 1999, p. 520.

⁵⁹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 347.

e imiscuir-se na vida do casal. Como se sabe⁶⁰, a reforma de 1977 pretendeu admitir a intervenção do tribunal só nos casos mais graves de desinteligência conjugal, deixando a solução dos outros problemas à consciência dos interessados e à influência dos outros ordenamentos sociais. Resta averiguar se esta posição comedida é satisfatória numa época mais individualista e menos sensível aos ordenamentos informais.

A utilização do art. 220-1, em França, não é isenta de dificuldades, designadamente porque a norma está redigida em termos muito amplos. Demonstrado que um cônjuge “faltou gravemente aos seus deveres”, pondo assim em perigo os “interesses da família”, permite-se ao juiz decretar “todas as medidas urgentes” que aqueles interesses exigirem. Esta formulação suscita problemas como os de saber se relevam as violações tanto de deveres patrimoniais como pessoais; quando se pode dizer que um interesse está “em perigo”; se a tutela de qualquer interesse de um membro da família que não seja o infrator é suficiente; se o tribunal pode impor medidas de carácter pessoal, como a proibição de exercer uma certa profissão⁶¹.

O art. 1680.º dá a ambos os cônjuges o poder de fazer depósitos bancários em seu nome exclusivo e de os movimentar livremente.

Esta “liberdade” justifica que o banco não tem qualquer responsabilidade, perante o cônjuge do depositante, por facultar o serviço bancário sem averiguação prévia da legitimidade do seu cliente para fazer as operações solicitadas. Na verdade, esta norma implica até que o banco está proibido de fazer tais indagações.

A liberdade de atuar sozinho dentro do sistema bancário, porém, não deroga as normas do direito matrimonial. Assim, a faculdade de fazer depósitos e de os movimentar deve estar de acordo com os poderes de administração que cada cônjuge tem; ou seja, a liberdade de agir dentro do sistema é concedida por razões práticas evidentes mas não dá ou tira poderes de administração que resultem das regras gerais.

Do mesmo modo, o facto de um cônjuge depositar certa quantia numa conta que está aberta apenas em seu nome não lhe dá a titularidade do bem. Isto é: se essa quantia for um bem comum, ou um bem próprio do outro cônjuge, de acordo com as regras do regime de bens, não muda de qualidade só porque se encontra depositada numa conta do cônjuge depositante. Em caso de litígio, cabe ao cônjuge prejudicado fazer prova da qualidade do bem, segundo as regras gerais.

⁶⁰ *Supra*, n.º 170.

⁶¹ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 161.

157. Poderes do cônjuge não administrador

Segundo o art. 1679.º, “o cônjuge que não tem a administração dos bens não está inibido de tomar providências a ela respeitantes, se o outro se encontrar, por qualquer causa, impossibilitado de o fazer, e do retardamento das providências puderem resultar prejuízos”.

Visam-se aqui apenas os casos de impedimento ou impossibilidade temporária, ficando o cônjuge não administrador com poderes de administração mas só para o efeito de poder requerer as providências a que se refere este artigo.

Este regime tem semelhanças com a gestão de negócios, prevista nos arts. 464.º e segs. e pode admitir-se que um cônjuge não administrador atue com base no art. 1679.º ou com base nas regras gerais da gestão de negócios. Mas o cônjuge não administrador só está legitimado para intervir nos termos do art. 1679.º se “do retardamento das providências puderem resultar prejuízos”, enquanto o gestor pode atuar não apenas para evitar um prejuízo iminente mas também para garantir uma vantagem ao dono do negócio. Por outro lado, os atos jurídicos praticados pelo cônjuge não administrador com respeito pelos pressupostos definidos pelo art. 1679.º vinculam o titular do bem sem carecerem de ratificação; ao passo que as intervenções não urgentes não produzem efeitos relativamente ao cônjuge administrador se não forem ratificadas (cfr. os arts. 471.º e 268.º).

Subsecção II. Ilegitimidades conjugais

Bibliografia portuguesa

BELEZA, Maria Leonor Pizarro, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony, 1981, p. 91-135; CARDOSO, Augusto Lopes, *A administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973; CID, Nuno de Salter, *A proteção da casa de morada de família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996; COELHO, F. M. Pereira, *Rapport portugais. Le droit au logement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIII, 1982 (Journées mexicaines), p. 491-4; CRUZ, Guilherme Braga da, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, in *BMJ* n.º 69, 1957, p. 353-429; XAVIER, Vasco da Gama Lobo, e MESQUITA, Manuel Henrique, *Sobre o art. 1682.º-A, n.º 1, al.*

a), do *Cód. Civil: desnecessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integre no objeto da empresa*, in “Rev. de Dir. e de Est. Soc.”, ano XXVI, n.º 1-2-3-4, Coimbra, 1982.

158. Generalidades

O casamento gera incapacidades, costuma dizer-se, mas esta terminologia é inapropriada, tratando-se antes de ilegitimidades do que de incapacidades propriamente ditas.

É conhecida a distinção entre os dois conceitos⁶². Enquanto a capacidade “depende duma qualidade, isto é, dum modo de ser do sujeito em si, a legitimidade resulta duma posição, isto é, dum modo de ser para com os outros” (CARNELUTTI). Assim, “se a interdição de concluir o negócio jurídico se inspira na tutela de interesses alheios, podendo o negócio ser concluído pelo titular destes interesses (ou seu representante) ou com o consentimento dele, estamos no campo da ilegitimidade. Se ela obedece a uma ideia de proteção ao próprio interdito, em razão de uma sua *capitis deminutio* natural (que em último termo se traduzirá em defeito da vontade), estamos em face duma incapacidade” (ANDRADE).

Feita a distinção nestes termos, vê-se logo que as chamadas incapacidades conjugais são verdadeiras ilegitimidades, pois não são estabelecidas, para cada um dos cônjuges, por se reconhecer que ele é inapto ou menos idóneo, por causa do casamento, para governar a sua pessoa e os seus bens, mas sim em vista de proteger — na ideia da lei — o cônjuge e os interesses gerais da família⁶³.

Trataremos em seguida as ilegitimidades nos regimes de comunhão e, depois, no regime da separação.

⁶²M. ANDRADE, *Teoria geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, p. 116 s.

⁶³É de notar que o termo “ilegitimidade” é usado por vezes no Código (arts. 1682.º, n.º 2, 1690.º, n.º 1, etc.).

159. Ilegitimidades conjugais nos regimes de comunhão

Cada um dos cônjuges não pode, sem o consentimento do outro:

a) Alienar bens imóveis, próprios ou comuns (art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*)).

Este regime — que não vale para os bens móveis (art. 1682.º, n.º 2) — mostra como o código civil continua a dar um relevo especial à chamada riqueza imobiliária ou fundiária; apesar de a evolução económica ter favorecido a valorização das ações, dos títulos em geral, o nosso legislador reconheceu que os imóveis continuam a ser os valores patrimoniais básicos das famílias portuguesas⁶⁴.

No ac. do S.T.J. de 26.1.1999, deliberou-se que o marido não tinha de pedir o consentimento da mulher quando, em conjunto com os outros co-herdeiros de uma herança indivisa, deu de arrendamento certos prédios rústicos que pertenciam à herança. O S.T.J. afirmou que o marido não era ainda dono dos prédios e até podia não chegar a sê-lo — tudo dependendo da partilha que estava por fazer (*BMJ* n.º 483, 1999, p. 211-4).

Tem sido geralmente aceite que o simples contrato-promessa de alienação — que não transmite o direito real sobre o bem — não carece do consentimento de ambos os cônjuges; diz-se que esta regra que impõe a intervenção de ambos para a alienação propriamente dita é uma daquelas que “por sua razão de ser” não devem ser aplicadas ao contrato-promessa (art. 410.º).

O contrato-promessa celebrado apenas por um dos cônjuges só vincula este cônjuge a realizar o contrato prometido. E justamente porque o outro cônjuge não se obrigou a nada, nunca estará em falta quanto à declaração de venda; assim, não deve ser obrigado a

⁶⁴ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 389.

ressarcir qualquer espécie de dano que resulte, para o promitente-comprador, da não realização do contrato prometido.

Também não é possível recorrer a uma execução específica em que o tribunal se substitua ao cônjuge que não assinou, pois ele não se obrigou a fazer o contrato prometido, não pode ser considerado como um contraente faltoso.

Deste modo — e em termos práticos — é duvidoso que um comprador interessado se deva contentar com um contrato-promessa assinado apenas por um dos cônjuges, em vez de obter o consentimento dos dois.

As orientações enunciadas acima foram aplicadas, por exemplo, no ac. do S.T.J. de 18.1.1996, publicado na *Col. Jur.* — *S.T.J.* 1996, t. I, p. 46-52, no ac. da Rel. de Évora de 2.11.1995, na *Col. Jur.* 1995, t. V, p. 279-282, e no ac. do S.T.J. de 4.4.2002, na *Col. Jur.* — *S.T.J.* 2002, t. 1, p. 151-4.

Não deve aplicar-se esta norma⁶⁵ quando a alienação de imóveis (ou a constituição de direitos de arrendamento sobre eles) praticadas pelo empresário, constituir o objeto da empresa; como acontece, manifestamente, em relação às vendas de andares praticadas pelo empresário da construção civil. Nestes casos, a alienação dos imóveis constitui um ato de administração ordinária da empresa, a cargo do empresário, sem necessidade do consentimento do seu cônjuge.

Só a alienação da própria empresa carece do consentimento de ambos os cônjuges.

Assim decidiu o S.T.J. em 10.2.2002, na *Col. Jur.* — *S.T.J.* 2002, t. 1, p. 32-6.

No art. 11.º do Código Comercial de Macau, de 3 de agosto de 1999, ficou estabelecido que: “O empresário comercial, casado num regime de comunhão, não

⁶⁵ Cfr. VASCO XAVIER e HENRIQUE MESQUITA, *Sobre o art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), do Código Civil: desnecessidade do consentimento...*, e a passagem de CUNHA GONÇALVES, citada por aqueles autores, na nota n.º 15, acerca da venda de bens imóveis em liquidação de sociedades comerciais.

carece de consentimento do seu cônjuge para: *a)* No curso normal da sua atividade, alienar e onerar os bens que compõem a empresa comercial; *b)* Praticar atos de oneração ou disposição relativamente aos bens, independentemente da respectiva natureza, que representam o resultado da atividade da empresa comercial”.

Para fundamentar a solução, VASCO XAVIER e HENRIQUE MESQUITA dão grande relevo ao princípio de que tanto o marido como a mulher têm hoje liberdade para escolher e para exercer uma profissão. É nesta importante regra que fazem assentar a administração exclusiva do cônjuge empresário, quando a empresa for um bem comum do casal (artigo cit., nota 1), afastando a administração conjunta estabelecida pelo art. 1678.º, n.º 3. Parece exagerado, no entanto, o valor que dão àquele princípio — cfr. o que se disse atrás, acerca da administração do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal. O fundamento da entrada na administração exclusiva da empresa comum ou na administração da empresa que pertença ao cônjuge estará no mandato, ainda que tácito, conferido pelo cônjuge do empresário. E o fundamento do exercício continuado dessa administração à margem das regras gerais do art. 1678.º, n.º 1 e n.º 3, estará na utilização da empresa, pelo empresário, como instrumento exclusivo de trabalho.

b) Onerar bens imóveis, próprios ou comuns, através da constituição de direitos reais de gozo ou de garantia, e ainda dar de arrendamento esses bens ou constituir sobre eles outros direitos pessoais de gozo (art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*)).

A constituição de direitos reais de gozo — usufruto, direito de superfície, etc. — significa uma limitação pesada do uso e da fruição, que pode ser equivalente, em termos práticos, à perda do valor do bem; e a constituição de direitos reais de garantia pode acabar numa alienação forçada, sempre que não se cumpra a obrigação garantida.

Justifica-se a inclusão, neste regime, da proibição de dar de arrendamento, ainda que a locação seja considerada, em princípio, um ato de administração ordinária⁶⁶. A verdade é que o exercício dos direitos do arrendatário também provoca uma privação consi-

⁶⁶ O mesmo se passa no direito italiano (DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, t. II, Milano, Giuffrè, 1995, p. 537).

derável das faculdades do proprietário. E pode dizer-se o mesmo relativamente à constituição de outros direitos pessoais de gozo, como o comodato.

ANTUNES VARELA nota a diferença que há entre o arrendamento e os outros direitos pessoais de gozo, para afirmar que a especial estabilidade do arrendamento justifica a sua equiparação a um ato de alienação, enquanto acha mais difícil de justificar a extensão do princípio aos outros direitos⁶⁷. A observação é justa, apesar das compressões que tem sofrido a proteção do arrendatário.

Pode constituir-se uma hipoteca judicial sobre um bem próprio de um dos cônjuges (art. 710.º), para garantia de pagamento de uma dívida desse cônjuge. O tribunal deve atenção ao interesse do credor, mesmo com sacrifício do interesse que o cônjuge do devedor tenha relativamente aos frutos do bem próprio (que são comuns); mas, no momento da eventual execução, deve aplicar-se o regime previsto no art. 786.º, n.º 1, al. a), CProcCiv.

A constituição de hipoteca judicial sobre um bem comum também é lícita; mas, para respeitar a autonomia das várias massas patrimoniais, e o princípio da subsidiariedade que ela impõe, a hipoteca deve recair sobre um dos bens comuns que respondam pela dívida ao mesmo tempo que os bens próprios (art. 1696.º, n.º 2)⁶⁸.

Note-se, por último, que não é permitido constituir hipoteca sobre a meação dos bens do casal (art. 690.º).

c) Alienar o estabelecimento comercial, próprio ou comum (art. 1682.º-A, n.º 1, al. b)).

Segundo a doutrina corrente, o estabelecimento comercial é “o conjunto de valores afectado por uma ou mais pessoas singulares ou colectivas, ou por uma sociedade, à exploração de um certo ramo de atividade comercial ou industrial”⁶⁹ e constitui uma universalidade de direito — portanto, um bem móvel, segundo os critérios estabelecidos nos arts. 204.º e 205.º

⁶⁷ *Direito da Família*, cit., p. 389.

⁶⁸ Neste sentido de aplicar as regras gerais da responsabilidade por dívidas em direito matrimonial, veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, p. 702.

⁶⁹ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 390.

A circunstância de se tratar de um bem móvel poderia integrá-lo no grupo de bens alienáveis pelo cônjuge administrador, sem o consentimento do outro. “Mas a sua importância é de tal vulto”⁷⁰ que pareceu razoável exigir-se, para a sua alienação, o consentimento dos dois cônjuges, quer o bem seja comum quer seja próprio de algum deles.

d) Onerar ou locar o estabelecimento comercial próprio ou comum (art. 1682.º-A, n.º 1, al. *b*)).

A lei aplicou ao estabelecimento comercial as restrições que valem para a oneração de imóveis, pela razão já apresentada (*supra* al. *c*)).

A “locação de estabelecimento”, que importa uma perda da disponibilidade do bem tão grave como a oneração ou o arrendamento de um imóvel, ficou também resguardada contra a decisão individual de um cônjuge.

Pode legitimamente estranhar-se que a lei não tenha proibido a constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre o estabelecimento.

e) Alienar a casa de morada da família (art. 1682.º-A, n.º 2)⁷¹.

Trata-se de defender a estabilidade da habitação familiar — de a defender contra ameaças ou perigos internos — no interesse dos cônjuges e eventualmente dos filhos, no decurso da vida conjugal. Mais concretamente: a lei pretende proteger cada um dos cônjuges contra atos de disposição sobre a casa de morada da família praticados pelo outro cônjuge e que possam pôr em perigo a estabilidade da habitação familiar.

Como se toma fácil verificar, as regras do direito comum não dariam satisfação adequada a este interesse. Com efeito, de acordo

⁷⁰ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, in *BMJ* n.º 69, 1957, p. 372.

⁷¹ Sobre este tema veja-se, de NOVO, SALTER CID, *A proteção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 155-285.

com as regras do direito comum, sendo os cônjuges casados no regime da separação, o cônjuge proprietário da casa de morada da família poderia livremente vendê-la, doá-la, permutá-la, etc., sem o consentimento do outro cônjuge e com prejuízo do interesse deste e eventualmente dos filhos.

A tendência internacional vai no sentido de uma tutela cada vez maior da casa de morada da família, a tal ponto que, num quadro de retraimento dos sistemas de direito da família e da transformação da riqueza — a maioria dos casais consome o que ganha — fala-se de “mini-regimes” de bens que incidem sobre a casa e o recheio⁷².

Um dos problemas mais debatidos pela doutrina estrangeira é o de saber se a proteção legal se restringe à residência principal da família ou, pelo contrário, se estende à habitação secundária, de fim-de-semana ou de férias⁷³. É difícil optar. Por um lado, a defesa do “quadro de vida” da família contra a decisão unilateral de um dos cônjuges levará a estender o regime à residência secundária que o agregado utilize regularmente; por outro lado, a natureza de restrição do direito comum e das faculdades normais do proprietário que este regime significa, pode levar a reduzi-lo ao mínimo, isto é, a aplicá-lo apenas à residência principal da família.

O Supremo Tribunal de Justiça, em 1988, apreciou um pedido de anulação apresentado pela mulher, de uma alienação da casa de morada da família, feita pelo marido, sem o consentimento dela. A venda tinha sido consumada depois da separação de facto do casal, quando já nenhum dos cônjuges vivia na casa; e foi preciso resolver se, nestas condições, ainda se poderia dizer que subsistia a casa de morada daquela família, para aplicar o regime de proteção do art. 1682.º-A, n.º 2.

Deve entender-se que a “casa de morada de família” manterá esta qualificação se for e enquanto for a “residência da família”, fixada nos termos do art. 1673.º

⁷²Mary Ann GLENDON, *The transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 135.

⁷³Veja-se o A. e *ob. cit.*, p. 50-1.

Assim, a casa de morada da família só deixará de o ser se os cônjuges acordarem, expressa ou tacitamente, na alteração da sua residência, ou se o tribunal fixar uma nova residência a requerimento de qualquer dos cônjuges⁷⁴. Também deixará de existir casa de morada da família, manifestamente, se os cônjuges resolverem separar-se e abandonarem um e outro a casa onde moravam. Também é óbvio o desaparecimento da casa de morada da família na hipótese de separação de pessoas e bens.

Em 24.9.2001, a Relação do Porto decidiu que, mesmo havendo separação de facto, se um dos cônjuges continuar a habitar a casa de morada da família o direito de habitação da casa e o direito de uso do recheio continuam a ser-lhe atribuídos, nos termos do art. 2103.º-A CCiv (*Col. Jur.* 2001, t. IV, p. 197-9).

f) Onerar a casa de morada da família através da constituição de direitos reais de gozo ou de garantia, e ainda dá-la de arrendamento ou constituir sobre ela outros direitos pessoais de gozo (art. 1682.º-A, n.º 2).

Protege-se o interesse já referido acima, da estabilidade da habitação familiar.

No direito português atual — ao contrário do que se passava nos anos vinte e trinta, em que as leis estabeleciam a impenhorabilidade do “casal de família” — a casa de morada da família não está protegida contra uma penhora. Salter Cid manifesta-se favorável a esta proteção, *de lege ferenda*, com bons argumentos, sobretudo com o que se retira do princípio constitucional de proteção da família, do art. 67.º, n.º 1, CREP⁷⁵.

Esta questão já foi discutida no S.T.J. por duas vezes.

No caso de 13.3.1997 (*BMJ* n.º 465, p. 498-506), o S.T.J. entendeu que a proteção da casa de morada da família, resultante do art. 1682.º-A CCiv e corroborada pelas normas processuais que impõem a demanda dos dois cônjuges quando estiver em causa a casa de morada da família (hoje o art. 28.º-A CProcCiv), se traduz no reconhecimento de um direito de uso e de habitação do cônjuge do executado que não foi executado, direito que ele pode defender por meio de embargos de terceiro.

O S.T.J. terá entendido que este seria o meio de evitar que o cônjuge executado pudesse livremente nomear a casa de morada de família à penhora, porventura em conluio com o credor, prejudicando o direito à habitação do seu cônjuge, quando não pode dispor do direito livremente, segundo as regras das “ilegitimidades conjugais”, embora a casa fosse um bem próprio.

⁷⁴ Ac. do S.T.J. de 10.5.1988, publicado na *RLJ*, ano 123.º, 1990, p. 366 s., com anotação de F. M. PEREIRA COELHO.

⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 110-5 e 170-5.

Em sentido contrário, Lopes do Rego defende a necessidade de facultar ao cônjuge do executado o contraditório que este pudesse deduzir na execução, sem chegar ao ponto de lhe reconhecer um direito de uso e habitação sobre a casa, decorrente do art. 1682.º-A CCiv (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 264).

No segundo caso, de 29.4.1998, a casa era um bem comum do casal, em que a mulher estava interessada, na previsão de um divórcio. O S.T.J. entendeu que a atual redação do art. 1696.º, n.º 1, CCiv, ao permitir a execução da meação dos bens comuns do casal antes da extinção do casamento, viola o art. 65.º, CREp, por ofender o direito à habitação.

Ou seja, no acórdão de 1997 o S.T.J. não podia impedir a penhora do bem próprio do executado mas reconheceu a existência de um direito de uso e habitação em favor do cônjuge residente; no acórdão de 1998 o STJ defendeu a impenhorabilidade imediata da meação dos bens comuns, considerando inconstitucional o art. 1696.º, n.º 1, CCiv, na atual redação, repondo a redação anterior que previa a moratória que suspendia a execução.

O que está em causa, em ambas as decisões, é a questão de saber até onde deve ir a proteção da casa de morada da família. Tendo em conta o direito constitucional à habitação (art. 65.º CREp), e considerando o movimento geralmente encetado pelos sistemas jurídicos, mesmo os mais “separatistas”, no sentido de proteger a casa de morada da família, merece simpatia todo esforço que tenda a reforçar essa proteção, quaisquer que sejam os instrumentos técnicos usados para o efeito. No entanto, resta saber se tanta proteção vai ter o efeito de dificultar o acesso ao crédito pela maioria das pessoas que só podem dar como garantia a casa onde habitam. Este receio tem levado a doutrina francesa a permitir a penhora da casa de morada da família — cfr., por todos, Terré, F., e Simler, P., *Droit Civil, les régimes matrimoniaux*, 6è éd., Paris, Dalloz, 2011, n.º 66 — sem prejuízo, é claro, de se manter a sua indisponibilidade voluntária.

No que respeita ao ac. de 1998, parece exagerado o remédio encontrado — a inconstitucionalidade da atual redação do art. 1696.º, n.º 1, CCiv. A eliminação da antiga moratória, pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, permite que a execução corra sobre a meação dos bens comuns do devedor em casos em que não se põe o problema da tutela da casa de morada da família, e corresponde a uma exigência razoável do giro negocial.

Mantendo a penhorabilidade da casa de morada, cfr. também o ac. do TC n.º 649/1999, o ac. da Rel. de Guimarães de 05.07.2003, o ac. da Relação do Porto de 06.09.2005 e o ac. da Rel. de Lisboa de 10.04.2011.

g) Dispor do direito ao arrendamento da casa de morada da família (art. 1682.º-B). Assim, não é livre o ato individual de resolução ou denúncia, de revogação por mútuo consentimento, de cessão da posição de arrendatário, de subarrendamento ou empréstimo.

Esta norma parece não impedir, porém, o ato livre de cessação dos serviços pessoais que justificam a tomada de arrendamento (art. 1051.º, al. *j*), CCiv); terá primado, na justificação deste regime, a liberdade constitucionalmente tutelada de exercício de profissão.

Na hipótese de a finalidade habitacional, secundária, estar contida num arrendamento rural, SALTER CID recomenda a extensão da tutela resultante do art. 1682.º-B⁷⁶.

Segundo o mesmo autor, a tutela que esta norma dispensa à casa tomada de arrendamento deve ser estendida, de acordo com o seu espírito, à casa habitada com fundamento num contrato de comodato⁷⁷.

b) Alienar os móveis, próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar (art. 1682.º, n.º 3, al. *a*)).

A utilização que se prevê deve entender-se de uma forma ampla, compreendendo tanto a utilização indispensável, como a útil ou até supérflua⁷⁸. Isto é: os bens móveis protegidos não são apenas os que são indispensáveis ao serviço do lar (fogão, camas, cadeiras) mas também os que são úteis porque aumentam a comodidade da casa (máquinas de lavar louça e roupa) e ainda os que ornamentam o lar (quadros e carpetes). Valerá aqui o conceito de recheio da casa definido pelo art. 2103.º-C para o efeito de consagrar uma atribuição preferencial ao cônjuge sobrevivente⁷⁹.

Em suma, entende-se que a lei quer proteger a integridade do recheio, isto é, do conjunto de todos os bens móveis que se encontram afetados à fruição normal da habitação, móveis cuja falta se faria sentir por tornarem a habitação diferente do que costuma ser.

⁷⁶*Ob. cit.*, p. 196.

⁷⁷*Ob. cit.*, p. 229.

⁷⁸ Contra, para o direito anterior, A. LOPES CARDOSO, *A administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 153.

⁷⁹ PEREIRA COELHO, *Rapport portugais — Le droit au logement*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1982, p. 1307. Assim, abrangem-se todos os bens “destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa”.

Não é justo ser tão liberal quando se tratar de entender o alcance da fórmula usada pelo art. 737.º, n.º 3, CProcCiv. Os interesses que os credores exequentes têm no êxito da penhora levam a que se reduza a proteção do devedor aos “bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na casa de habitação efetiva do executado”.

A expressão “... utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges...” não pretendeu, certamente, excluir os bens móveis utilizados exclusivamente pelos filhos ou por outros familiares que os cônjuges tenham a seu cargo — camas, mesas de estudo, etc. Ninguém nega isto e, por outro lado, sempre se pode dizer que se trata de bens (indiretamente) usados pelos cônjuges para cumprirem os seus encargos relativamente a essas outras pessoas.

Também não pode tomar-se à letra a exigência de uma utilização *conjunta*, que nos levaria a excluir deste regime o fogão, por exemplo, uma vez que se provasse que o marido nunca confeciona as refeições⁸⁰.

O automóvel, a bicicleta dos filhos ou os utensílios de jardinagem, são afastados do âmbito deste regime por alguns autores⁸¹. Mas a circunstância de serem mais ou menos necessários à vida do lar, ou a circunstância de se guardarem e utilizarem fora da habitação, não deve relevar. O que importa é que esses bens pertençam ao quadro normal da vida familiar, à sua economia comum; que desempenhem um papel, preencham uma função, na vida quotidiana do agregado familiar.

As orientações mais restritivas na definição do âmbito destes bens protegidos contra alienações por um só cônjuge podem parecer influenciadas pelas noções utilizadas para delimitar os chamados “bens impenhoráveis”, em processo executivo. Neste contexto da execução, porém, pode ser razoável diminuir o núcleo de bens considerados “imprescindíveis a qualquer economia doméstica”

⁸⁰Exemplo de SALTER CID, *ob. cit.*, p. 180.

⁸¹Veja-se o Autor e a *ob. cit.*, p. 180, nota 43.

(art. 737.º, n.º 3, CProcCiv) pois é preciso tomar na devida conta o interesse do credor exequente, que pretende alargar o conjunto dos bens penhoráveis. Porém, no âmbito das relações entre os cônjuges, das ilegitimidades conjugais, não há razão para adotar um critério tão apertado para definir os “bens utilizados conjuntamente na vida do lar”. Assim, pode dizer-se que o conjunto dos bens protegidos por esta norma estará mais próximo daquele que se teve em vista para efeitos da atribuição preferencial prevista no art. 2013.º-C do que do núcleo dos chamados bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica. Mais próximo e mais amplo, pois o privilégio da atribuição preferencial, envolvendo sacrifício dos co-herdeiros, poderá suportar limitações no seu âmbito; enquanto, pelo contrário, a comunhão de vida familiar justifica facilmente as restrições do direito individual de dispor dos bens.

A questão de saber se esta proteção deve estender-se aos móveis utilizados numa residência secundária está relacionada com a dúvida de saber se esta residência secundária goza de proteção como casa de morada de família — veja-se *supra*, al. e).

i) Alienar os móveis, próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges como instrumento comum de trabalho (art. 1682.º, n.º 3, al. a)).

Este regime protege o exercício da profissão por cada cônjuge. E têm razão PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA quando defendem que deixa de haver razão para aplicar a norma quando os bens se inutilizarem e deixarem de ser aptos para o fim a que se destinavam⁸².

j) Alienar os seus bens móveis e os móveis comuns, se não for ele a administrá-los (art. 1682.º, n.º 2 e 3, al. b)).

⁸² *Código Civil anotado*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, p. 301.

Este regime pressupõe a concessão de poderes de administração a um cônjuge sobre bens comuns ou sobre bens do outro, nos termos do art. 1678.º, n.º 2.

l) Repudiar heranças ou legados (art. 1683.º, n.º 2).

Salvo exceções, a herança ou o legado constituem um benefício. O repúdio por um dos cônjuges significaria uma perda patrimonial equivalente a qualquer outra perda económica. E ambos os cônjuges são interessados, quer o bem se integre no património comum (art. 1732.º), quer se integre no património do cônjuge chamado (art. 1722.º, n.º 1, al. b)); neste caso, o cônjuge do chamado participará em metade dos frutos dos bens (arts. 1728.º, n.º 1, e 1733.º, n.º 2).

Se o chamado pretender repudiar, com boas razões, e o seu cônjuge não der o consentimento necessário, fica na contingência de ser notificado para dizer se aceita ou repudia, sob a cominação de o silêncio valer por aceitação (art. 2049.º). Convém-lhe, neste caso, usar o meio geral de suprimento do consentimento conjugal, previsto no art. 1684.º CCiv e nos arts. 1000.º e 1001.º CProcCiv⁸³.

Qualquer dos cônjuges pode, porém, aceitar doações, heranças ou legados, sem o consentimento do outro (art. 1683.º, n.º 1). A aceitação, no nosso direito, não faz correr perigo, já que os encargos são limitados às forças da liberalidade — cfr. os arts. 963.º, n.º 2, 2071.º e 2276.º

160. Ilegitimidades conjugais no regime da separação

Em tudo o que expusemos até aqui tivemos sempre presente o caso de ser de comunhão o regime de bens do casamento. Sendo

⁸³ Como defendeu A. LOPES CARDOSO já no âmbito da lei anterior, *A Administração dos bens do casal*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 179-180.

este de separação, as ilegitimidades conjugais têm muito menor amplitude, pois são aqui restritas à prática dos atos mencionados *supra*, n.º 159, als. *e)*, *f)*, *g)*, *b)*, *i)* e *j)*.

Suponhamos, quanto a este último caso, que há certos bens móveis do marido que a mulher usa como seu instrumento exclusivo de trabalho: a administração desses bens competirá à mulher (art. 1678.º, n.º 2, al. *e)*) e o marido não os poderá alienar (art. 1682.º, n.º 2).

A prática dos restantes atos, referidos nas outras alíneas, é permitida a qualquer dos cônjuges.

161. Consentimento conjugal: forma; possibilidade de suprimento judicial; invalidade, por falta de consentimento conjugal ou do respetivo suprimento, dos atos carecidos de consentimento

O consentimento conjugal para a prática dos atos que dele legalmente carecem deve ser especial para cada um desses atos (art. 1684.º, n.º 1). A lei pretende, naturalmente, que o cônjuge que dá o seu consentimento pondere e reflita sobre a oportunidade de cada ato. O que não obsta a que o consentimento possa ser expresso ou tácito, nos termos gerais.

O ac. do STJ. de 28.3.2006 considerou que havia “especificação bastante” num caso em que a formulação do consentimento era aparentemente genérica mas era razoável admitir que o cônjuge sabia no que estava a consentir⁸⁴.

O consentimento conjugal está sujeito à forma exigida para a procuração (art. 1684.º, n.º 2), ou seja, à forma exigida para o respetivo negócio ou ato jurídico (art. 262.º, n.º 2). Assim, o

⁸⁴ Cfr. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15 julho/setembro 2006, p. 62-72, com anotação de CRISTINA DIAS.

consentimento para a constituição de direitos reais sobre imóveis deveria ser prestado em escritura pública. Os arts. 116.º e 117.º do Código do Notariado, porém, admitem que a procuração revista outras formas; esta será uma das “disposições legais em contrário” ressalvadas pelo art. 262.º, n.º 2⁸⁵.

Normalmente, é através da intervenção simultânea dos dois cônjuges no negócio ou ato jurídico que o consentimento é prestado.

A autorização do cônjuge pode ser revogada enquanto o ato para que foi concedida não estiver começado; mas, se este tiver tido começo de execução, o cônjuge só a poderá revogar reparando qualquer prejuízo de terceiro que resulte da revogação. No que se refere à *forma* a lei é omissa, mas parece razoável estender à revogação do consentimento conjugal as mesmas exigências de forma que os arts. 1684.º, n.º 2, CCiv e 117.º CNot fazem quanto ao próprio consentimento.

O efeito da autorização é o de validar os atos que o outro cônjuge praticar, no caso de este não ter legitimidade para eles. Quando o outro cônjuge já tinha legitimidade para praticar o ato (*v. g.*, contrair dívidas — art. 1690.º, n.º 1) o efeito da autorização é o de responsabilizar o cônjuge que a concede.

O art. 1684.º, n.º 3, prevê a possibilidade de suprimento do consentimento, quando um cônjuge não tem legitimidade para praticar sozinho, validamente, um ato jurídico que lhe pareça necessário ou conveniente.

A faculdade de suprimento não serve quando o cônjuge que pretende atuar pode praticar validamente o ato que esteja em causa, embora com efeitos jurídicos diferentes dos que o ato teria se fosse praticado por ambos — por exemplo, ficando apenas um cônjuge vinculado ao cumprimento de uma obrigação,

⁸⁵ A. LOPES CARDOSO, *ob. cit.*, p. 258-9.

ou suportando a penalização de ver descontado o valor de uma liberalidade na sua meação⁸⁶.

A faculdade de suprimento também não serve ao cônjuge que pretenda praticar atos que não lhe digam respeito, e o suprimento que se desse havia de significar uma pura intromissão na esfera jurídica do outro cônjuge; seria a hipótese de um dos cônjuges pretender o suprimento do consentimento para alienar um bem do outro, que o dono administra.

O suprimento é admitido não só no caso de “impossibilidade” como também no de “injunta recusa”. Os arts. 1000.º e 1001.º CProcCiv regulam o processo especial de suprimento do consentimento; a competência para o suprimento quando a causa de pedir é a incapacidade ou a ausência da pessoa cabe ao ministério público (Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, art. 2.º, n.º 1, *b*)).

Cabe ao autor não só a prova da recusa ou da impossibilidade, mas também a da vantagem ou da necessidade da realização do ato⁸⁷.

Um cônjuge interveio sozinho numa alienação, alegando que intervinha em seu nome e como gestor de negócios da mulher. Mais tarde, a mulher não quis aprovar a gestão.

Quando se pretendeu que a recusa era um “abuso de direito”, o STJ entendeu que a mulher tinha o direito de decidir pela não ratificação (*Col. Jur.*, 2005, t. II, p. 109).

O art. 1687.º, n.º 1, considera anuláveis os atos praticados contra o disposto nos n.º 1 e 3 do art. 1682.º, nos arts. 1682.º-A e 1682.º-B e no n.º 2 do art. 1683.º. Como anuláveis deverão considerar-se igualmente as alienações de móveis comuns feitas pelo cônjuge não administrador (*supra*, n.º 159, al. *j*)).

Quanto ao regime da anulabilidade, nos termos do art. 1687.º, a anulação pode ser pedida pelo cônjuge que não deu o consentimento

⁸⁶ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 395, nota 2.

⁸⁷A. LOPES CARDOSO, *ob. cit.*, p. 276.

ou seus herdeiros (n.º 1), nos seis meses subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do ato, mas nunca depois de decorridos três anos sobre a sua celebração (n.º 2).

Por último, note-se que a anulabilidade é sanável mediante confirmação nos termos gerais (art. 288.º). Confirmação que tanto pode ser expressa como tácita. Um caso de confirmação tácita será, numa alienação feita por um cônjuge sem autorização do outro, o de este último ter recebido o produto da venda.

Ao lado das normas que protegem o adquirente de boa fé no caso dos atos nulos (arts. 1687.º, n.º 4, e 892.º), o n.º 3 procura assegurar proteção ao adquirente de boa fé nos casos de anulabilidade. Valem aqui as ideias que costumam justificar a tutela da boa fé. Note-se que a lei restringiu a proteção aos casos de atos ilegítimos sobre móveis não sujeitos a registo; ou seja, móveis habitualmente considerados de baixo valor e sujeitos a transações mais frequentes. Relativamente a estes bens móveis, sente-se mais a necessidade de tutelar a confiança dos adquirentes (terceiros relativamente aos cônjuges) que podem razoavelmente presumir que o ato foi consentido por ambos, ou ignoram o casamento, ao mesmo tempo que esta confiança facilita as transações vulgares que cada cônjuge tem conveniência em praticar⁸⁸.

ANTUNES VARELA manifesta dúvidas quanto a este regime, que sacrifica os interesses do cônjuge do alienante em favor dos interesses do adquirente, sobretudo nos casos em que se alienam ou oneram “móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho”⁸⁹.

A redação do n.º 4 não deixa perceber claramente quais são os casos a que aplica a sanção legal. Na verdade, todas as hipóteses previstas no art. 1687.º supõem uma alienação, por um dos cônjuges, “feita sem legitimidade”, e a sanção para a maioria dos casos

⁸⁸ São estas as razões que sustentam um regime parecido no direito italiano. Cfr. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, t. II, Milano, Giuffrè, 1995, p. 597.

⁸⁹ *Ob. cit.*, p. 396.

é a simples anulabilidade. O que é que há de especial, na previsão do n.º 4, que justifique a sanção mais severa da nulidade?

O legislador terá previsto, neste preceito, os casos mais graves de atuação ilegítima: os casos em que um dos cônjuges aliena ou onera bens próprios do outro quando não tem qualquer relação juridicamente tutelada com esse bem, porque não é o dono nem sequer o administrador.

Quando o cônjuge aliena ou onera um bem próprio do outro, sem consentimento deste, mas tem a administração do bem, a sanção é a anulabilidade, por força do art. 1687.º, n.º 1.

O n.º 4 restringe-se aos atos de alienação e de oneração, enquanto o n.º 1 visa outros atos considerados ilegítimos como o arrendamento e a constituição de outros direitos pessoais de gozo. Não é claro se a restrição do n.º 4 foi intencional ou se, tendo sido lapso, deveremos alargar o texto por via de uma interpretação extensiva⁹⁰.

Subsecção III. Poderes dos cônjuges relativamente aos bens que integram as várias massas patrimoniais

162. Poderes de disposição *inter vivos*

Estes poderes já ficaram esboçados, *grosso modo*, no estudo das ilegitimidades conjugais a que acabamos de proceder, mas convirá agora defini-los mais precisamente. Mesmo quando se trate de repetir as noções anteriores, será uma maneira de ver as coisas numa perspetiva diferente: depois de termos visto o que os cônjuges *não*

⁹⁰ Como sugeriu LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, cit., p. 132.

podem fazer, vamos ver o que eles *podem* fazer, quais são positivamente os seus poderes de disposição sobre os bens do casal.

Distinguiremos entre os poderes dos cônjuges quanto aos imóveis e quanto aos móveis; em cada um dos casos, distinguiremos ainda consoante o regime de bens do casamento é de comunhão ou de separação e conforme se trate de bens próprios do cônjuge, de bens comuns ou de bens próprios do outro.

A) Quanto a bens imóveis

a) Sendo o regime de comunhão

Sendo o regime de comunhão, cada um dos cônjuges não pode dispor dos seus bens próprios nem dos bens comuns sem o consentimento do outro (art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*)), sob pena de anulabilidade do ato (art. 1687.º, n.º 1).

Também não pode dispor dos bens do outro, sendo nula a disposição que faça desses bens (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4).

b) No regime da separação

No regime da separação, cada um dos cônjuges pode dispor livremente dos seus bens próprios (art. 1682.º-A, n.º 1, al. *a*)), mas não pode dispor dos bens do outro sob pena de nulidade do ato (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4).

B) Quanto a bens móveis

a) Sendo o regime de comunhão

Sendo o regime de comunhão, cada um dos cônjuges pode dispor livremente dos seus próprios bens e dos bens comuns se

os administrar, salvo nos casos referidos no art. 1682.º, n.º 3, al. *a)* (móveis próprios ou comuns utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho).

A alienação que um dos cônjuges faça dos seus móveis próprios ou dos móveis comuns que não administre, ou dos móveis a que se refere o art. 1682.º, n.º 3, al. *a)*, é anulável, nos termos do art. 1687.º, n.º 1 (aplicado diretamente ou por analogia).

Não pode também cada um dos cônjuges dispor dos bens do outro, quer esteja quer não esteja na administração desses bens, sob pena, respetivamente, de anulabilidade (arts. 1682.º, n.º 3, al. *b)*, e 1687.º, n.º 1) ou de nulidade do ato (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4), a não ser que, estando na administração dos bens, o respetivo ato de disposição seja “acto de administração ordinária” (art. 1682.º, n.º 3, al. *b)*).

b) No regime da separação

Sendo o regime o da separação, cada um dos cônjuges pode dispor livremente dos seus bens próprios se os administrar, salvo nos casos referidos na al. *a)* do n.º 3 do art. 1682.º. Mas não pode dispor dos bens do outro, sob pena de nulidade do ato (arts. 892.º e 1687.º, n.º 4).

163. Poderes de disposição *mortis causa*

Cada um dos cônjuges só pode dispor, para depois da morte, dos seus bens próprios e da sua meação no património comum (art. 1685.º).

Cada cônjuge é livre de fazer disposições por morte, não valem as “ilegitimidades conjugais”. As disposições são feitas durante a vida dos cônjuges mas, por definição, só pretendem produzir os seus efeitos depois da morte do disponente; e a morte tem a consequência de dissolver o matrimónio. Assim, não se justifica a imposição

de restrições aos poderes normais de cada cônjuge proprietário, no interesse da sustentação económica do outro cônjuge e da família.

A afirmação não é inteiramente verdadeira; a disposição *mortis causa* da casa de morada da família poderia deixar o cônjuge sobrevivente em condições difíceis, e a lei protege-o com o regime das chamadas “atribuições preferenciais” (arts. 2103.º-A e segs.).

A liberdade plena que esta norma reconhece só tem o limite geral de que cada cônjuge só pode dispor do que é seu — o conjunto dos seus bens próprios e a sua metade do património comum. Sendo certo que cada um dos cônjuges não pode saber, antes da partilha, quais são os bens concretos que vão preencher a sua meação no património comum, qualquer disposição sobre um bem concreto que pertença ao património comum, antes da partilha, não pode produzir os efeitos normais.

A disposição de um bem concreto que pertença ao património comum poderia ter sido considerada nula, por se tratar de uma disposição de coisa que não pertencia ao património do disponente; de facto, o bem comum está integrado num património sobre o qual recai um único direito de que ambos os cônjuges são titulares (património coletivo). Também poderia ter sido considerada anulável, atendendo à ligação que o cônjuge tem com o património comum, que torna a sua intervenção diferente da vulgar disposição de bens alheios; neste caso, a invalidade estaria sujeita a confirmação, nos termos gerais (art. 288.º). Em ambos os casos poderia haver lugar a uma convalidação posterior da disposição, se a partilha atribuísse a propriedade exclusiva do bem ao disponente.

O Código de 1966, porém, resolveu proteger mais o beneficiário da liberalidade⁹¹, sem atropelar a proibição de dispor de bens certos integrados no património comum. Assim, a disposição de coisa certa

⁹¹ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 312-3.

e determinada do património comum é válida mas converte-se⁹² em disposição do respetivo valor em dinheiro (art. 1685.º, n.º 2). Na frase rigorosa de BRAGA DA CRUZ "... a disposição (...) é sempre válida quanto ao valor e sempre nula, em princípio, quanto à substância, de tal modo que o contemplado pode sempre exigir o respetivo valor em dinheiro, mas nunca pode, em princípio, exigir a própria coisa"⁹³.

Note-se como esta solução é diferente da que é dada no direito atual ao caso parecido em que o testador deixa um legado de coisa que só lhe pertence em parte: neste caso, em princípio, o legado só vale quanto à parte que pertence ao disponente (art. 2252.º).

Só pode ser exigida a coisa em espécie nos casos do n.º 3 deste artigo, ou seja:

a) se a coisa, por qualquer título, se tiver tornado propriedade exclusiva do disponente à data da sua morte; nestas circunstâncias deixa de haver necessidade de um regime especial porque, no momento em que a disposição vai produzir o seu efeito, o cônjuge está a dispor do que é seu.

O momento relevante para verificar se o bem pertence exclusivamente ao disponente é o momento da sua morte e não o momento posterior em que os seus herdeiros façam partilhas. Alguma doutrina preferia que a disposição ganhasse um alcance pleno quando a propriedade do bem viesse a caber, em partilhas, aos herdeiros do disponente; mas o legislador de 1966 não quis deixar a validade da disposição em substância na mão dos intervenientes na partilha, já que isto significaria que a disposição ficaria, em parte, sujeita ao arbítrio de outrem, contra o princípio do carácter pessoal do testamento (cfr. o art. 2182.º)⁹⁴.

⁹² Trata-se de uma conversão imposta por lei. Quanto à conversão voluntária cfr. o art. 293.º

⁹³ *Capacidade patrimonial*, cit., p. 377.

⁹⁴ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial*, cit., p. 377-380.

b) se a disposição tiver sido previamente autorizada pelo outro cônjuge por forma autêntica ou no próprio testamento. Sabendo-se que as limitações à disposição de bens certos e determinados visam proteger o património comum e as expectativas que os seus dois titulares tenham sobre ele, deixa de haver lugar para a proteção se esses dois titulares estão de acordo acerca da liberalidade.

A autorização tem de ser prévia ou contemporânea (dada no próprio testamento). As razões que afastaram a possibilidade de uma autorização posterior à feitura do testamento foram idênticas às que relevaram na alínea anterior.

A possibilidade de um cônjuge dar o seu consentimento para que o outro disponha de certo bem do património comum, com o relevo de o cumprimento poder ser reclamado em espécie, parece mostrar que a lei admite um acordo, durante o casamento, sobre um certo aspeto da partilha do património comum. A observação releva na discussão sobre a validade do contrato-promessa de partilha.

c) se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em benefício do outro⁹⁵. Também aqui não se justificava uma proteção de um cônjuge contra o outro.

O regime do art. 1685.º é aplicável às disposições *mortis causa* de bens certos e determinados feitas por um ex-cônjuge durante a vigência da comunhão pós-conjugal – entre a dissolução do casamento e a partilha. Na verdade, apesar de a norma estar incluída na “Secção I – Disposições gerais” dos efeitos do casamento e o seu n.º 1 visar a disposição feita por “cada cônjuge...”, a verdade é que ele não tem uma relação específica com a constância do matrimónio, não pretende regular um aspeto da constância do matrimónio; ele é, fundamentalmente, uma norma que *só tem sentido e eficácia no âmbito da comunhão pós-matrimonial*. A disposição *mortis causa*

⁹⁵ Sobre a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge do testador, cfr. o art. 2317.º, al. d).

pode ser feita durante o casamento, mas é claro que a disposição também pode ser feita depois da dissolução e, sobretudo, esta alternativa é *totalmente indiferente e irrelevante*. Não interessa nada o momento em que a disposição foi feita; o que interessa é a consequência jurídica estabelecida pelo art. 1685.º, n.º 2, e este artigo só tem sentido e eficácia – só se assume, verdadeiramente, como uma norma jurídica – no âmbito da comunhão pós-matrimonial, depois da dissolução do casamento por morte do testador. Só depois da dissolução do casamento por morte é que operam os efeitos jurídicos estatuídos pelo testador. Assim, o art. 1685.º, n.º 2, pode assumir-se como uma das normas ressalvadas pelo art. 1404.º: “... sem prejuízo do disposto especialmente...”.

Cfr a Rel. do Porto, no ac. de 06.13.2013 (em www.dgsi.pt), seguindo outros acórdãos do S.T.J., de 1979, 1999 e 1974, que cita.

Subsecção IV. Responsabilidade por dívidas dos cônjuges

Bibliografia portuguesa

BELEZA, Maria Leonor Pizarro, *Os efeitos do casamento*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 91-135; CAEIRO, António, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, Coimbra, 1986 (separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia”, 1984); CAPELO, Maria José, *Pressupostos processuais gerais na ação executiva — a legitimidade e as regras de penhorabilidade*, in “Reforma da ação executiva”, Themis, ano IV, n.º 7, 2003, p. 79-88; ID., *Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida*, in “Lex Familiae”, ano 3, 2006, n.º 5, p. 57-63; CARDOSO, Augusto Lopes, *A Administração dos bens do casal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1973, e *Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges no novo Código Civil*, in “Revista dos Tribunais”, Porto, ano 86.º, Fev. 1968, n.º 1828, p. 51-63, e Mar. 1968, n.º 1829, p. 99-114; ID., *Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais*, 1985 (separata do Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados); CRUZ, Guilherme Braga da, *Capacidade patrimonial dos cônjuges (Anteprojecto dum título do futuro Código Civil)*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, Lisboa, n.º 69, Out. 1957, p. 353-429; DIAS, Cristina, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas*

do casal, Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2003; ID., *Das compensações por pagamento de dívidas do casal (O caso especial da sua atualização)*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 319-339; ID., *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Problemas, críticas e sugestões*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2009; ID., *Breves notas acerca da responsabilidade por dívidas na separação de facto*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 6, 2009, n.º 11, p. 57-69; ID., *Breves notas sobre o fundamento das compensações no âmbito das relações patrimoniais entre os cônjuges*, “Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos de homenagem aos Pro. Doutor António Castanheira Neves”, vol. II, p. 207-223, Coimbra, Coimbra Editora; ID., *Alteração do Estatuto Patrimonial dos Cônjuges e a Responsabilidade por Dívidas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012; PINTO, Rui, *A ação executiva depois da reforma*, Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Lisboa, Lex, 2004; SALAZAR, Helena, *Breves notas sobre a responsabilidade pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges no exercício da atividade comercial*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 351-380; SILVA, Paula Costa e, *A Reforma da Ação Executiva*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003; SOUSA, Miguel Teixeira de, *As dívidas dos cônjuges em processo civil*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 341-350; VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 396-422; XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O art. 10.º do Código Comercial e as dívidas cambiárias. Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 1978, n.º 4/78*, Coimbra, 1980 (separata da “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XXV, Jan.-Mar., n.º 1 e 2), e *Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges*, Coimbra, 1980 (separata da “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XXIV, Out.-Dez., n.º 4).

164. Princípios gerais

A primeira observação que merece ser feita diz respeito à própria necessidade de consagrar um regime especial sobre responsabilidade por dívidas dos cônjuges, para além do direito comum das obrigações.

Segundo o direito comum, cada cônjuge teria legitimidade para assumir dívidas e responderia com o seu património pelo seu cumprimento. Seriam utilizáveis as técnicas do mandato, com ou sem representação, e da gestão de negócios, para que um dos cônjuges pudesse obrigar o outro; e ainda o instrumento da solidariedade passiva, no sentido de fazer um dos coobrigados pagar mais do que a sua parte na obrigação; e também o da fiança, para

que o património de um dos cônjuges pudesse reforçar a garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelo outro. Isto é, o direito comum das obrigações dispõe de instrumentos que poderiam ser utilizados pelos cônjuges, na falta de um regime especial.

Mas a comunhão de vida conjugal — comunhão de pessoas e de bens — justifica a utilização de instrumentos especiais, mais complexos mas também mais adequados.

Os tópicos mais característicos deste regime especial encontram-se no facto de, facilmente, um dos cônjuges poder obrigar o outro, sem este ter participado no ato de assunção da dívida e na ausência de um acordo de mandato ou independentemente da verificação dos requisitos da gestão de negócios; e ainda na circunstância de, com frequência, o património de um dos cônjuges, e o património comum, serem chamados a pagar dívidas para além da quota de responsabilidade que lhes competeia, sem prejuízo, é certo, de um direito de regresso.

No fundo, o regime especial de responsabilidade por dívidas dos cônjuges ocupa-se, fundamentalmente, destes desvios ao direito comum das obrigações.

Cada um dos cônjuges tem *legitimidade para contrair dívidas* sem o consentimento do outro (art. 1690.º, n.º 1), entendendo-se, para a determinação da responsabilidade dos cônjuges (p. ex., para o efeito do art. 1691.º, n.º 2), que a data em que as dívidas foram contraídas é a do facto que lhes deu origem (art. 1690.º, n.º 2).

O princípio já estava consagrado no Código de 1966. Porém, atribuindo a lei a administração dos bens da mulher ao marido, entendia-se mal que ela os responsabilizasse livremente pelas suas dívidas. Assim, o princípio do art. 1690.º, n.º 1, deveria porventura ser objeto de interpretação restritiva que o harmonizasse com o art. 1678.º. A mulher poderia livremente contrair dívidas e estas seriam sempre válidas (ao contrário do que acontecia no direito anterior a 1966); mas o pagamento dessas dívidas é que só seria válido se fosse feito com bens de que a mulher tivesse a administração, e

apenas à custa destes bens poderia ser exigido o pagamento imediato à mulher. Se devesse fazer-se esta interpretação restritiva do art. 1690.º, n.º 1, o alcance do preceito seria afinal muito limitado. O princípio de legitimidade expresso nesse texto só teria verdadeiro alcance, em relação à mulher, quando, excepcionalmente, ela estivesse na administração dos bens ou de alguns dos bens do casal e em relação aos bens que ela administrasse.

A Reforma de 1977 manteve o art. 1690.º, n.º 1; mas, ao dar a ambos os cônjuges os mesmos direitos de administração e, por isso, os mesmos poderes para onerar bens responsabilizando-os por dívidas, deu ao princípio um alcance que ele não tinha no direito anterior.

Note-se, porém, que não desapareceram as dificuldades de harmonizar o regime da responsabilidade por dívidas com o regime da administração dos bens do casal e o regime das ilegitimidades conjugais. Na verdade, pode continuar a perguntar-se se um cônjuge, contraída uma dívida, deve poder pagá-la com bens que não administre, ou se o credor deve poder exigir o pagamento à custa de bens de que o devedor não possa dispor livremente. A utilização, pelo devedor, de bens que não administre, para pagamento da dívida, constitui um ato de administração ilícita, contra o qual o cônjuge do devedor poderá reagir no quadro das regras do art. 1681.º, n.º 3, CCiv. Tratar-se-á ainda, provavelmente, da prática de uma “ilegitimidade conjugal”, pois significará uma alienação de bens que o devedor não podia praticar sozinho.

165. Dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges

São da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas mencionadas nas várias alíneas do n.º 1 e no n.º 2 do art. 1691.º:

a) Dívidas contraídas pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro (art. 1691.º, n.º 1, al. *a*)).

Visam-se aqui quer as dívidas anteriores quer as posteriores ao casamento, e qualquer que seja o regime de bens.

A lei não faz exigências formais para a validade do consentimento; assim, tem de valer o princípio da liberdade de forma consagrado no art. 219.º CCiv, pelo que o consentimento meramente consensual é válido⁹⁶.

O consentimento não formalizado pode suscitar, no entanto, dois problemas. Em primeiro lugar, pode ser difícil de provar, no caso de conflito entre credor e devedor, ou entre cônjuges; o ónus da prova do consentimento caberá ao credor que pretender responsabilizar ambos os cônjuges, ou ao cônjuge devedor que quiser partilhar a responsabilidade com o outro cônjuge. Em segundo lugar, no caso de os cônjuges serem casados em regime de separação de bens, o consentimento informal do cônjuge do devedor — que o credor não conheceu nem podia ter conhecido — pode traduzir-se numa responsabilidade parciária pela dívida (art. 1695.º, n.º 2, CCiv) contra a expectativa do credor, que contava com a responsabilização integral do devedor com quem contratou. CASTRO MENDES recomendou que a falta de comunicação prévia do consentimento torne a responsabilidade parciária inoponível ao credor⁹⁷.

Note-se que a lei só fala das dívidas contraídas por um dos cônjuges com o consentimento do outro e não das que sejam contraídas com o respetivo suprimento judicial. A razão parece ser a de que tal suprimento não se admite, por desnecessário, dando a lei a cada um dos cônjuges, como dá, legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. Claro que se concebia que a lei admitisse o suprimento judicial do consentimento, mesmo não sendo este consentimento necessário, para o efeito de a res-

⁹⁶ Contra, defendendo a necessidade da forma exigida para o negócio em causa, ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 398, nota 1.

⁹⁷ *Direito e Justiça*, vol. II, 1981/86, p. 29-31.

petiva dívida ser havida como de responsabilidade comum. Mas a lei parece não admitir aqui o suprimento judicial previsto no art. 1684.º. Aliás, quando a dívida seja contraída por um dos cônjuges nos limites dos seus poderes de administração será normalmente de responsabilidade comum, nos casos em que o suprimento seria concedido se pudesse pedir-se, por ser contraída “em proveito comum do casal” nos termos do al. c) do n.º 1 do art. 1691.º

Quando a dívida seja contraída por um dos cônjuges e seja estranha ao âmbito da sua administração, é que será normalmente de responsabilidade exclusiva desse cônjuge, mesmo que contraída em proveito comum do casal, não podendo o cônjuge não administrador pedir o suprimento judicial do consentimento do outro para o efeito de o responsabilizar igualmente. Poderá, porém, invocar o princípio do art. 1679.º, se se verificar o condicionalismo deste artigo.

b) Dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (art. 1691.º, n.º 1, al. b)).

Trata-se das dívidas pequenas, relativamente ao padrão de vida do casal, em geral correntes ou periódicas, que qualquer dos cônjuges tem de ser livre de contrair. É aqui que cabem as dívidas de alimentação, vestuário, médico e farmácia, etc. Normalmente são dívidas contraídas por um dos cônjuges no âmbito da parcela de administração dos bens afetados ao governo do lar que lhe caberá, e em proveito comum do casal. Se for assim, já seriam de responsabilidade comum por força do art. 1691.º, n.º 1, al. c); mas a lei nem exige a prova dos pressupostos requeridos nesta alínea, porque presume que eles se verificam. Ou então trata-se de dívidas alheias à administração de bens, ou que não têm intenção de proveito comum, mas que se integram num quadro normal de despesas, como a dívida para o pagamento de uma viagem de um filho ou da satisfação de uma necessidade de um ascendente a cargo.

Não interessa que as dívidas sejam contraídas antes ou depois do casamento, nem que o regime de bens seja um ou outro; a verdade é que se trata de encargos preparatórios do casamento ou derivados da vida familiar, a cuja responsabilidade nenhum cônjuge se pode eximir, ainda que não tenha contraído pessoalmente a dívida nem tenha consentido expressamente nela.

Em 05.11.2010, a Relação do Porto afirmou que “a aquisição de um veículo automóvel nos dias de hoje, embora frequente, não pode ser considerada um encargo normal da vida familiar” (www.dgsi.pt), na sequência de deliberações anteriores no mesmo sentido.

Parece razoável que esta norma se aplique, por analogia, à *união de facto* (*supra*, n.º 27). A aparência de casamento, a tutela dos interesses do credor e a facilidade na obtenção de crédito justificam a aplicação analógica (contra, em face do art. 1319-2 do Código Civil espanhol, Lacruz Berdejo *et al.*, *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 26). Não havendo casamento, não há bens comuns; nem há, em rigor, bens próprios. Responderão os bens pessoais dos devedores, parciariamente.

c) Dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador e nos limites dos seus poderes de administração, em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 1, al. c)).

Na aplicação prática deste princípio deve ter-se presente que a administração cabe normalmente ao marido e à mulher. De modo que, para se saber se certa dívida contraída por um dos cônjuges pode considerar-se de responsabilidade comum à luz desta al. c), é preciso começar por averiguar se essa dívida está conexionada com os bens de que esse cônjuge tem a administração. A averiguação assentará na aplicação das normas constantes dos arts. 1678.º e 1679.º ao caso concreto. Assim, não preenche este requisito a dívida contraída pelo marido com a intenção de pagar a construção de um muro numa propriedade da mulher, de que ela é a administradora.

Em segundo lugar, importa que o devedor tenha agido “nos limites dos seus poderes de administração”. Deve sublinhar-se, a este

propósito, que os poderes de administração dentro do casamento são mais amplos do que os poderes dos vulgares administradores de bens alheios; assim, o cônjuge que está a administrar um bem comum, ou próprio do outro, por força de uma atribuição legal (art. 1678.º, n.º 2), tem poderes muito amplos, que só terminam, *grosso modo*, nos limites impostos pela necessidade de pedir consentimento ao outro, para a prática de certos atos, sob pena de ilegitimidade.

E também excede os seus poderes nitidamente aquele cônjuge que contrai uma dívida com o propósito de subscrever novas ações, reservadas a acionistas, quando as ações anteriores são um bem comum, administrado por ambos; ou quando decide fazer um muro na quinta que é administrada pelos dois.

Por último, quanto à noção de proveito comum há várias ideias a salientar.

A primeira é que o proveito comum não se presume, exceto nos casos em que a lei o declarar (art. 1691.º, n.º 3).

A segunda é que o proveito comum se afere, não pelo resultado, mas pela aplicação da dívida, ou seja, pelo fim visado pelo devedor que a contraiu. Se este fim foi o interesse do casal, a dívida considera-se aplicada em proveito comum dos cônjuges, embora, na realidade, dessa aplicação tenham resultado prejuízos. Assim, a dívida que um dos cônjuges contrai para montar uma exploração agrícola será comunicável mesmo que a exploração não dê lucros ou até traga prejuízos, pois se trata de dívida aplicada no interesse comum do casal.

Interesse comum do casal que pode ser não só um interesse material ou económico, senão também um interesse moral ou intelectual. Assim, será aplicada em proveito comum a dívida que um dos cônjuges contraia para fazerem os dois uma viagem, para irem a uma festa, etc.⁹⁸.

⁹⁸ Neste sentido, PIRES DE LIMA e BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1943, p. 125, e CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 393.

Resta acrescentar esta ideia: decerto que não basta, para que uma dívida se considere aplicada em proveito comum dos cônjuges, a intenção subjetiva do agente: exige-se uma intenção objetiva de proveito comum, ou seja, é necessário que a dívida se possa considerar aplicada em proveito comum aos olhos de uma pessoa média e, portanto, à luz das regras da experiência e das probabilidades normais. Assim, por exemplo, uma dívida que um dos cônjuges contraia para fazer em Coimbra uma plantação de bananeiras nunca poderá considerar-se aplicada em proveito comum, ainda que ele a tenha contraído nesse intuito.

Determinar se uma dívida foi aplicada em proveito comum implica, ao mesmo tempo, uma *questão-de-facto* (averiguar o destino dado ao dinheiro) e uma *questão-de-direito* (decidir sobre se, em face desse destino, a dívida foi ou não contraída em proveito do casal). Por isso, não deve quesitar-se a dívida foi ou não contraída em proveito comum do casal; deve antes perguntar-se que aplicação teve a quantia proveniente da dívida. Ignorar-se esta distinção pode conduzir o autor a omitir a alegação dos factos relevantes — alegação que mais tarde não pode suprir.

O autor pode perder a ação por esse motivo, como no caso julgado pelo ac. do STJ de 7.6.2005 (*Col. Jur.* 2005, t. II, p. 118); cfr. ainda os acs. do STJ de 11.11.2008 e de 01.14.2010.

Foi muito discutida a questão de saber se o aval ou a fiança prestados por um dos cônjuges responsabilizavam também o outro; se, numa primeira fase, se entendia que esses atos eram praticados pelo marido em proveito comum do casal, está hoje mais firme a posição contrária de que o aval ou a fiança não satisfazem, em princípio, os requisitos da al. c), sobretudo o requisito do “proveito comum”.

A doutrina mais generalizada exige que o proveito visado pela constituição da dívida resulte imediatamente dela (quer isto se comprove pelo simples ato de constituição da dívida, quer seja necessário averiguar de outro modo a intenção do cônjuge devedor), e não apenas de um modo reflexo, indireto. Assim, nunca seria bastante como intenção de proveito comum o propósito do devedor que presta fiança a um arrendamento na esperança de que o inquilino se torne seu cliente; ou a intenção do gerente que presta um aval à sociedade de que não é sócio, apenas com a expectativa de favorecer a solidez da empresa e garantir deste modo o seu posto de trabalho. Esta corrente maioritária acrescenta que a relevância dos proveitos indiretos ou reflexos provocaria uma grande incerteza.

Pela opinião hoje vencida alegou-se que em certos casos a garantia prestada, embora sem contrapartida, produz uma valorização de um bem comum tal como

se fosse uma “benfeitoria útil”. Seria o caso do aval prestado pelo cônjuge sócio, que acredita económica e financeiramente a sociedade e valoriza a quota comum. Acrescentou-se que esta valorização da quota será mesmo um proveito direto, tão direto como a valorização que resulta para qualquer bem da realização de benfeitorias⁹⁹.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA afirmaram, a propósito do aval e da fiança, que “só em casos raros será lícito sustentar que o ato foi realizado em proveito comum do casal”¹⁰⁰.

Em 2.7.1998, o S.T.J. entendeu que agiu em proveito comum do casal o marido que aceitou uma letra e foi este aceite que lhe favoreceu certos descontos bancários em benefício da firma de que são sócios o marido, a mulher e o pai desta (*Col. Jur. — S.T.J.* 1998, t. II, p. 164-7).

A Rel. do Porto deliberou, em 23.6.2005, que não se pode presumir o proveito comum na prestação do aval pelo cônjuge gerente (*Col. Jur.* 2005, t. III, p. 196).

Podia pensar-se em aplicar as alíneas *c)* e *d)* do art. 1691.º, n.º 1, ao caso da união de facto. Na verdade, a al. *c)* aplica-se a cônjuges casados em regime de separação, em que cada cônjuge administra o que é seu; o que não é distinto do quadro patrimonial da união de facto. No entanto, a aplicação desta regra à união de facto implicaria uma opção de equiparação tendencial entre o casamento e a união de facto que teria de ser ponderada e explicitada pelo legislador. Quanto à alínea *d)*, como ela não pretende aplicar-se aos casais que vivem em separação de bens, também não se deve aplicar à pura ausência de regime de bens da união de facto.

d) Dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio (art. 1691.º, n.º 1, al. *d)*).

“O regime do art. 1691.º, n.º 1, al. *d)*, visa a tutela do comércio: alargando-se o âmbito da garantia patrimonial concedida aos credores daqueles que exercem o comércio (...) facilita-se a estes últimos a obtenção de crédito e, desta maneira, favorecem-se as

⁹⁹ Vejam-se PIRES DE LIMA, *RLJ*, ano 100.º, p. 9 s., e ano 102.º, p. 16 s.; LOPES CARDOSO, *Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges no novo Código Civil*, cit., p. 99 s.

¹⁰⁰ *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 332.

atividades mercantis”¹⁰¹. O regime completa-se com o disposto no art. 15.º do CCom: “As dívidas comerciais do cônjuge comerciante presumem-se contraídas no exercício do seu comércio”.

O alargamento do âmbito da garantia patrimonial, pela responsabilidade de ambos os cônjuges, corresponde a um sacrifício dos interesses do cônjuge do comerciante, que preferia ficar alheio aos riscos da atividade desenvolvida pelo comerciante; este sacrifício da corresponsabilização é-lhe imposto em favor do credor e do comércio. Mas pensa-se que este sacrifício acaba por reverter no interesse dos cônjuges e da família na medida em que dá confiança aos credores, facilita a obtenção de crédito, favorece o exercício do comércio que constituirá uma parte relevante da sustentação financeira da família.

O cônjuge do comerciante pode querer afastar a comunicabilidade da dívida. O primeiro caminho para afastar a sua responsabilidade é o de mostrar que a dívida não foi contraída no exercício do comércio do devedor, ao contrário do que a presunção do art. 15.º CCom indica; ou seja, que a dívida, embora comercial, não foi contraída no exercício do comércio do cônjuge comerciante. Será o caso, p. ex., da letra de favor, que embora seja um título comercial não faz parte do exercício do comércio do cônjuge comerciante, não passa de um favor a terceiro sem benefício direto para a exploração do aceitante.

Já se discutiu se bastaria um ato ocasional de comércio para desencadear o regime previsto na al. *d*) do art. 1691.º CCiv. A maioria da doutrina defende, porém, que o regime previsto só se justifica quando se tratar de dívidas comerciais integradas no exercício habitual do comércio do cônjuge comerciante¹⁰².

A al. *d*) estabelece uma verdadeira presunção legal de proveito comum, em favor do credor. Assim, ao contrário do que se passa

¹⁰¹ VASCO XAVIER, *Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges*, cit., p. 8.

¹⁰² CRISTINA DIAS, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal*, cit., p. 63, nota 84.

no regime da alínea anterior, o credor não tem de fazer a prova do proveito comum.

A presunção, todavia, não é absoluta. Ao contrário do Código de 1966, que considerava de responsabilidade comum as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio mesmo que não houvesse proveito comum do casal, a Reforma de 1977 veio alterar esta alínea no sentido de se poder provar que não houve intenção de proveito comum da parte do cônjuge que contraiu a dívida, sendo esta, portanto, de responsabilidade exclusiva do cônjuge devedor. Não se quis levar tão longe a proteção dos credores comerciais, com sacrifício dos interesses do casal, como a levava o Código de 1966.

A circunstância de os cônjuges viverem separados de facto não é suficiente para mostrar a ausência de proveito comum. Na verdade, a separação de facto não obsta a que o comerciante exerça a sua atividade com uma intenção de proveito comum, supondo, por exemplo, que retira dos proventos do comércio uma pensão de alimentos para o cônjuge.

Há até quem pense que, mesmo quando o comerciante não presta qualquer auxílio económico ao seu cônjuge separado de facto, este acaba por participar necessariamente no esforço comercial, através dos lucros que entram no património comum, que será partilhado mais tarde ou mais cedo; deste modo, o exercício do comércio não deixaria de ser praticado no interesse de ambos. Embora esta afirmação seja compreensível, tem sido afastada. Em primeiro lugar, uma coisa é impor ao cônjuge do comerciante uma participação quotidiana nas responsabilidades quando ele usufrui também regularmente das vantagens da atividade comercial; outra coisa é onerá-lo com a responsabilidade a troco de um aumento eventual e futuro da sua meação nos bens comuns. Em segundo lugar, se esta expectativa do aumento da meação fosse bastante para sustentar que as dívidas comerciais eram contraídas em proveito comum, não haveria maneira de aplicar a segunda parte da al. d); de facto, nos regimes de comunhão (o caso da separação de bens está previsto à parte) quando é que se poderia provar que não tinha havido intenção de proveito comum, sendo certo que os proventos da atividade vão sempre incluídos no património comum?¹⁰³.

¹⁰³ VASCO XAVIER, *Responsabilidade dos bens do casal pelas dívidas comerciais de um dos cônjuges*, cit., p. 7, nota 3.

Também não haverá comunicabilidade se vigorar entre os cônjuges o regime da separação.

Trata-se de uma aplicação da ideia de que os cônjuges são estranhos um ao outro, do ponto de vista patrimonial; os riscos e insucessos de um não afetam o património do outro.

A consagração das duas exceções à regra da responsabilidade de ambos os cônjuges pode suscitar dúvidas. Na verdade, pode perguntar-se por que razão a inexistência de proveito comum, num regime de comunhão, afasta a responsabilidade do outro cônjuge, mesmo quando os frutos se integram na massa patrimonial comum; enquanto a existência de proveito comum, num regime de separação, não é suficiente para sustentar a responsabilização do segundo cônjuge, porque os frutos são bens próprios e os patrimónios estão separados¹⁰⁴. Esta verificação leva a pensar que o legislador usou dois critérios: nos regimes de comunhão, o critério decisivo foi a inexistência de proveito comum, enquanto no regime da separação o critério decisivo foi a natureza de bens próprios dos frutos do estabelecimento, que primou sobre a existência de proveito comum.

Há quem pense que o regime do art. 1691.º, n.º 1, al. *d*), consagra um sacrifício demasiado para o cônjuge do comerciante, exposto às consequências de uma atividade que implica um risco económico considerável; é mesmo concebível que se recorra ao divórcio simulado para se poder partilhar os patrimónios e separar as responsabilidades, na falta da possibilidade de modificar o regime de bens no sentido da separação. Há boas razões para propor que as dívidas contraídas no exercício do comércio sejam consideradas como dívidas próprias do comerciante¹⁰⁵. Sugestão compreensível,

¹⁰⁴A. LOPES CARDOSO estaria a pensar nisto quando escreveu: “não há hipótese de proveito comum mesmo que o casal viva desse estabelecimento, o que não deixa de ser excessivo”, *Da responsabilidade dos cônjuges por dívidas comerciais*, cit., p. 191.

¹⁰⁵ANTÓNIO CAEIRO afirmou que o regime é “excessivo”, “iníquo” e “historicamente situado”, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 36-7.

mas que deveria ser completada com a proposta de que os frutos do exercício do comércio sejam tratados como bens próprios do comerciante e não como bens comuns; de outro modo o cônjuge do comerciante evitava os riscos e os prejuízos para guardar só a sua parte nos proventos da atividade.

Também pode perguntar-se por que razão a lei persiste em consagrar um regime especialmente favorável para o comércio e não estende o mesmo favor à empresa agrícola ou à indústria; ou ainda ao exercício de profissão liberal¹⁰⁶. Também estas atividades costumam ser exercidas no interesse da família, de tal modo que podiam fundamentar uma presunção de proveito comum; mas os credores não beneficiam deste regime especial, para ficarem apenas com o recurso da al. c).

No ac. de 15.3.2005, o STJ discutiu se a prova do casamento entre o comerciante e o seu cônjuge devia fazer-se por documento autêntico ou se este meio é dispensável quando se debatam direitos disponíveis e o estado de casado não seja impugnado (*Col. Jur.*, t. I, p. 132-137).

e) Dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respetivos bens tenham ingressado no património comum (arts. 1691.º, n.º 1, al. e), e 1693.º, n.º 2).

O ingresso dos bens no património comum resultará, naturalmente, de os cônjuges terem estipulado o regime da comunhão geral ou uma cláusula de comunicabilidade de certos bens adquiridos a título gratuito.

Note-se que a responsabilidade por estas dívidas é comum ainda que o outro cônjuge não tenha dado o seu consentimento à aceitação da liberalidade¹⁰⁷. Mas o cônjuge do aceitante poderá impugnar o

¹⁰⁶ LEONOR BELEZA, *Os efeitos do casamento*, cit., p. 133-4; Díez-PICAZO e GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, ..., p. 183.

¹⁰⁷ Consentimento que aliás não é necessário (art. 1683.º, n.º 1).

pagamento das dívidas com o fundamento de que o valor dos bens não é suficiente para a satisfação dos encargos (art. 1693.º, n.º 2).

f) Dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges em proveito comum do casal, vigorando o regime da comunhão geral de bens (art. 1691.º, n.º 2).

Pode exemplificar-se com “a dívida dos doces, vinhos e outras iguarias, servidas no *lunch* ou jantar nupcial aos convidados para a boda”¹⁰⁸; ou com as “despesas de mobiliário e de decoração da futura casa, despesas com enxovais (...) dívidas contraídas para custear as despesas com os *papéis*, etc.”¹⁰⁹.

Sendo outro o regime de bens, a dívida será da exclusiva responsabilidade do cônjuge que a contraiu, não obstante ter sido aplicada em proveito comum do casal.

Compreende-se que seja assim. No regime da comunhão geral, os bens que pertenciam ao devedor e garantiam a dívida integram-se no património comum, no momento do casamento; o outro cônjuge passa a participar por metade no valor dos bens que garantiam a dívida, e por esta razão é justo que partilhe também a responsabilidade. Mas nos outros regimes típicos os bens que garantiam a dívida continuam a pertencer apenas ao devedor e, portanto, é justo que a responsabilidade fique só com ele¹¹⁰.

Podia pretender-se que, comunicando-se todos os bens do devedor, no regime da comunhão geral, também se deviam comunicar todas as dívidas, e não apenas aquelas que tivessem sido contraídas “em proveito comum do casal”; esta pretensão destinar-se-ia a proteger os credores pessoais do devedor solteiro, que aparentemente perdem a garantia natural dos seus créditos, ao verem os bens do devedor transformar-se em bens comuns, na data do casamento. Mas estes

¹⁰⁸ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. IV, p. 503 e 504.

¹⁰⁹ A LOPES CARDOSO, *Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges no novo Código Civil*, cit., p. 53.

¹¹⁰ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 388.

credores estavam protegidos sobretudo porque os bens levados para o casamento, embora se tivessem tornado comuns, já respondiam logo ao mesmo tempo que os bens próprios do devedor; e hoje, eliminada a regra da moratória prevista na antiga redação do art. 1696.º, n.º 1, esses credores podem executar imediatamente a meação do devedor no património comum.

g) Dívidas que onerem bens comuns (art. 1694.º, n.º 1).

Parece natural que sejam comunicáveis as dívidas que oneram bens comuns – p. ex. dívidas de IMI, de taxas de saneamento – que assim acompanham os bens como encargos sobre eles; talvez nem fosse necessário afirmá-lo. Mas, na verdade, a qualificação destas dívidas não resultava das outras regras sobre a responsabilidade dos cônjuges e, portanto, valeu a pena enunciar o preceito.

O legislador impôs o regime mesmo às dívidas vencidas antes do casamento, ao contrário do que resultaria das regras gerais enunciadas atrás. Alegadamente¹¹¹, o interesse foi o de “evitar que a comunicação dos bens possa prejudicar os interesses dos credores das dívidas que os oneram”, como aconteceria quando um nubente devedor, casando em comunhão geral, transformando todo o seu património em bens comuns, eliminava a garantia normal das dívidas vencidas antes do casamento. Pode parecer discutível a necessidade que o legislador sentiu de tutelar assim, de um modo especial, o interesse destes credores, quando o mesmo receio seria fundado relativamente a todas as dívidas pessoais anteriores ao casamento, a todos os credores dos nubentes que casam em comunhão geral e ficam sem bens próprios para garantir as dívidas já vencidas. O remédio geral, para todos os credores nestas circunstâncias, reside na possibilidade de fazer responder certos bens comuns ao mesmo tempo que os bens próprios (que não existirão), nos termos do art. 1696.º, n.º 2, designadamente os bens levados para o casamento; e também no facto de ter sido eliminada a moratória que protegia o património comum, o que

¹¹¹ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 404.

permite ao credor executar, subsidiariamente, a meação do devedor (art. 1696.º, n.º 1, desde dezembro de 1995).

b) Dívidas que, nos regimes de comunhão, onerarem bens próprios, se tiverem como causa a percepção dos respetivos rendimentos (art. 1694.º, n.º 2).

Na sequência de uma norma semelhante do Código de Seabra¹¹², a lei vigente dá relevo à distinção entre dois tipos de dívidas que podem ser suscitadas por bens próprios. Há pois que ver sempre se as dívidas estão relacionadas com os bens em si (imposto sobre sucessões e doações, taxa de incêndio ou de saneamento) ou com a percepção dos rendimentos desses bens (impostos sobre o rendimento, etc.). Só neste segundo caso é que as dívidas serão de responsabilidade comum, por também serem comuns, nos regimes de comunhão, esses rendimentos (art. 1733.º, n.º 2).

166. Bens que respondem pelas dívidas de responsabilidade comum

Pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges respondem os bens comuns e, na falta ou insuficiência deles, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (art. 1695.º, n.º 1).

O mesmo art. 1695.º, n.º 1 e 2, esclarece que a responsabilidade dos cônjuges (no caso de a dívida vir a ser paga com os bens próprios) é solidária nos regimes de comunhão e parciária no regime da separação. Mas é claro que não está aqui excluída a solidariedade convencional (cfr. os arts. 512.º e segs.). Também deve acrescentar-se que a parte de cada cônjuge na responsabilidade não é necessariamente de 50%; ao menos quando as dívidas visaram ocorrer aos encargos normais da vida familiar, a responsabilidade

¹¹² Art. 1115.º, n.º 2.

de cada cônjuge deve corresponder à medida do seu dever de contribuir para os encargos, nos termos consagrados pelo art. 1676.º, n.º 1, isto é, na proporção das possibilidades de cada um.

Nos termos do art. 34.º CProcCiv, devem ser propostas contra ambos os cônjuges as ações emergentes de facto praticado por ambos os cônjuges, como é natural.

Também devem ser intentadas contra ambos os cônjuges as ações de que possa resultar a perda ou a oneração de bens que só por ambos possam ser alienados, ou de direitos que só por ambos possam ser exercidos, incluindo as ações que tenham por objeto, direta ou indiretamente, a casa de morada de família — o que nos remete para o regime das ilegitimidades conjugais.

Por último, devem ser intentadas contra ambos os cônjuges as ações emergentes de *facto praticado por um dos cônjuges* mas em que o credor pretenda obter decisão suscetível de ser executada sobre *bens próprios do outro*. Neste caso, a demanda dos dois cônjuges está na *disposição* do credor. Este parece ser o caso de dívida que responsabiliza ambos mas em que o credor sabe que não há bens comuns e, portanto, vão responder os bens próprios de qualquer deles, solidariamente; ou então há bens comuns mas, por força das normas gerais sobre administração e sobre os poderes de disposição dos cônjuges, o cônjuge devedor pode dispor sozinho desses bens comuns (cfr. o art. 1682.º, n.º 2). Nestes casos, o credor *pode escolher* demandar apenas o cônjuge que praticou o facto de que emerge a dívida, se lhe bastarem os bens próprios deste cônjuge, ou os bens comuns que ele administra; se, pelo contrário, pretender vir a executar os bens próprios do outro cônjuge, então deve demandar os dois. A necessidade de demandar os dois também se verifica quando a dívida responsabilizar ambos, casados em separação de bens, se o credor pretender, como é natural, executar os bens próprios de ambos, parciariamente; mas o credor pode não querer, por qualquer razão, executar bens do cônjuge que não contraiu a dívida.

Se o credor demandar apenas um dos cônjuges, numa ação condenatória, quando a dívida é da responsabilidade de ambos, o réu tem a possibilidade de provocar a intervenção principal do outro cônjuge (art. 316.º CProcCiv), para que a condenação seja extensiva aos dois, de acordo com o regime substancial da lei civil.

No que respeita ao título “diverso de sentença” (art. 741.º, n.º 1, CProcCiv) pode haver desarmonia entre o título e o regime substancial de responsabilidade previsto no Código Civil; designadamente, o título pode apresentar-se subscrito apenas por um dos cônjuges, embora a dívida exequenda seja da responsabilidade de ambos. Nos termos da norma geral do art. 53.º CProcCiv, a execução tem de ser intentada contra o cônjuge subscritor e só poderá pretender-se a penhora dos seus bens próprios e da sua meação nos bens comuns; e esta regra tende a ignorar a eventual responsabilidade do património comum e do património próprio do outro cônjuge, nos termos do art. 1695, n.º 1, CCiv.

Esta questão pode suscitar respostas diferentes. Pode haver quem pense que o subscritor do título tem o ónus de colher a assinatura do seu cônjuge, quando entender que a dívida deve responsabilizar os dois, sob pena de ficar sozinho na execução e de poder pretender apenas uma compensação pelo que pagar a mais do que ele próprio devia, na partilha. Esta ideia, porém, não respeita o regime substantivo que expressamente admite que um só cônjuge assuma a dívida embora esta responsabilize os dois. Assim, parece razoável que o *novo* regime processual tenha previsto um meio para suscitar a discussão sobre a comunicabilidade da dívida.

Os art. 741.º e 742.º CProcCiv, na redação conferida pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, tratam da questão da comunicabilidade, consoante seja suscitada pelo exequente ou pelo executado, prevendo a sua apreciação através de incidente¹¹³.

Se for o exequente a alegar que a dívida é comum, no requerimento executivo ou até ao início das diligências para venda ou adjudicação (art. 741.º, n.º 1), o cônjuge do executado pode declarar que aceita a comunicabilidade, e o silêncio vale aceitação (art. 741.º, n.º 2). Quando a dívida for considerada comum, os bens próprios do subscritor do título que tiverem sido inicialmente penhorados podem ser substituídos por bens comuns (art. 741.º, n.º 5). Se o cônjuge do executado impugnar a comunicabilidade, a recusa da natureza comum da dívida dá origem a um incidente destinado a determinar a natureza da dívida.

Se for o executado a alegar que a dívida é comum, na oposição à penhora (art. 742.º, n.º 1), o seu cônjuge é igualmente convidado a declarar se aceita a comunicabilidade e, no caso afirmativo, a execução prosseguirá sobre os bens comuns. No anterior regime, se o cônjuge do executado já tivesse pedido a separação de bens (com o que daria um sinal de que achava a dívida própria do executado) ou se o exequente se opusesse a essa discussão (art. 825.º, n.º 6, parte final, do CProcCiv anterior) a execução prosseguia apenas contra o subscritor do título. À luz do novo CProcCiv, a alegação da comunicabilidade pelo executado não depara com estes obstáculos. Prevê-se que, se houver oposição do exequente ou impugnação da comunicabilidade pelo cônjuge, a questão seja resolvida pelo juiz no âmbito do incidente de oposição à penhora (art. 742.º, n.º 2).

Em síntese, estas soluções, emergentes da Reforma de 2013, possibilitam uma maior harmonização entre o regime substantivo da responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges e regime processual das dívidas, constante de título diverso de sentença, subscrito por um só cônjuge¹¹⁴.

¹¹³ Na apreciação crítica do anterior regime do art. 825.º CProcCiv, MARIA JOSÉ CAPELO tinha proposto, *de lege ferenda*, solução semelhante (cfr. *Pressupostos processuais* ..., p. 85, 87 e 88).

¹¹⁴ Sobre o tema, veja-se também M. TEIXEIRA DE SOUSA em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/M_TEIXEIRA_DE_SOUSA_A_execucao_das_dívidas_dos_conjuges.pdf, p. 10-12; J. M. LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva à luz do*

167. Dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

Estão mencionadas quase todas no art. 1692.º.

a) Dívidas contraídas por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (art. 1692.º, al. *a*)).

Não havendo circunstâncias especiais como as que a lei refere na parte final desta alínea — circunstâncias que se prendem com o modo de vida matrimonial — valem as regras gerais do direito das obrigações e cada um dos cônjuges fica responsável pelas dívidas que contrai.

A lei ressalva, porém, o caso de as dívidas terem sido contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar ou pelo cônjuge administrador em proveito comum do casal. Neste caso as dívidas são de responsabilidade comum.

Visam-se aqui quer as dívidas anteriores quer as posteriores ao casamento.

b) Dívidas provenientes de crimes ou outros factos imputáveis a um dos cônjuges (art. 1692.º, al. *b*)).

Consideram-se aqui não só as dívidas provenientes de crimes considerados como tais (penas de multa, custas do processo criminal), mas também as “indenizações, restituições, custas judiciais ou multas” devidas por factos imputáveis a cada um dos cônjuges. Nesta fórmula quer a lei abranger, segundo parece, todos os factos constitutivos de responsabilidade civil, conexas ou não com a responsabilidade criminal, quer se trate de factos ilícitos ou de factos lícitos, de factos culposos ou não culposos.

Declarada a nulidade de um negócio em que o marido interveio desacompanhado do seu cônjuge, a restituição das quantias recebidas é da responsabilidade exclusiva do marido, disse o STJ no ac. de 01.14.2010.

Código de Processo Civil, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 253-260; Rui PINTO, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, 2013, págs. 559 a 561.

Ressalva-se, porém, o caso de esses factos, implicando responsabilidade meramente civil, estarem abrangidos pelo disposto nos n.º 1 ou 2 do art. 1691.º Será sobretudo o caso das indemnizações devidas por factos praticados pelo cônjuge administrador, dentro dos seus poderes de administração e em proveito comum do casal (*supra*, n.º 165, al. *c*)).

O STJ, no ac. de 14.4.2005, determinou que devia ser restituído o valor do gozo locativo, na sequência da nulidade do contrato de locação celebrado entre o locador e o marido comerciante; a mulher do comerciante também responderia pela dívida da restituição, desde que não provara qualquer das exceções previstas no art. 1691.º, n.º 1, al. *d*) (*Col. Jur.* 2005, t. II, p. 42-46).

Se o facto de um dos cônjuges implicar responsabilidade criminal ou, importando responsabilidade meramente civil, não estiver abrangido pelo art. 1691.º, n.º 1 ou 2, a responsabilidade será exclusiva do cônjuge autor desse facto.

O ac. da Rel. do Porto, em 11.18.2013, apreciou um caso em que havia responsabilidade civil conexas com a criminal e decidiu pela responsabilidade exclusiva do devedor, ainda que o cônjuge infrator tivesse agido em proveito comum do casal (jurisprudencia.no.sapo.pt).

Haverá casos em que a responsabilidade pelo pagamento de custas judiciais criminais devia caber aos dois cônjuges — custas devidas pelo cônjuge assistente em processo de crime de abuso de confiança ou de furto de bens do casal, ou em processo de difamação ou injúria contra o casal¹¹⁵.

Pode discutir-se se o “proveito comum” que justifica a aplicação da ressalva prevista na parte final da al. *b*) tem de ser um proveito direto ou se basta um proveito indireto. O proveito será direto quando, p. ex., um cônjuge conduz um veículo, pertença de um dos cônjuges, ao serviço do estabelecimento comercial deste, ou circula por ordem de ambos os cônjuges, ou se desloca para a realização de uma tarefa

¹¹⁵ A. LOPES CARDOSO, *Alguns aspectos das dívidas dos cônjuges ao novo Código Civil*, cit., p. 108.

de interesse comum, decidida pelo cônjuge administrador, no âmbito dos seus poderes de administração; a responsabilidade também se alarga ao outro quando um dos cônjuges se torna responsável por um acidente de trabalho sofrido por um empregado da casa, ao serviço do cônjuge administrador ou em serviço doméstico. O proveito será indireto quando os resultados da atividade se imputam, em primeiro lugar, a outra entidade, e os cônjuges apenas beneficiam de uma forma reflexa.

No acórdão de 6.7.1993, o S.T.J. discutiu este tema.

Um homem casado, conduzindo um veículo de carga ao serviço da empresa para que trabalhava, provocou um acidente e foi considerado culpado. A firma quis obter a condenação do empregado — e da sua mulher — no pagamento do valor dos danos sofridos pelo veículo e dos lucros cessantes.

As instâncias entenderam que a mulher do motorista também seria responsável porque o facto de que resultou a responsabilidade fora meramente culposo e ocorrera no exercício da profissão de motorista, de que o réu retirava os proventos para o sustento do casal — isto é, ocorrera no âmbito de uma atividade de interesse comum para a família.

O S.T.J. julgou diversamente: entendeu que o motorista praticou um facto ilícito culposo no âmbito da sua atividade exercida no interesse da firma para que trabalhava — e não no interesse do casal.

A divergência entre o S.T.J. e as instâncias esteve, pois, na aplicação daquela ressalva — “salvo se esses factos, implicando responsabilidade meramente civil, estiverem abrangidos pelo disposto nos n.º 1 ou 2 do artigo anterior.” Para as instâncias, o interesse do casal, o proveito comum que justificaria o alargamento da responsabilidade ao cônjuge do autor do facto poderia ser o mero proveito *indireto* que ele tirava da atividade de motorista — o salário que auferia e que entrava para o património comum. Ao contrário, para o S.T.J., o interesse comum capaz de alargar ao cônjuge a responsabilidade pelo facto ilícito culposo teria de ser um proveito comum *direto* — prosseguido pelo autor do facto no quadro de uma atividade exercida no interesse direto do casal.

Em qualquer caso de responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges, pela prática de qualquer facto, ficará em aberto, porém, a possibilidade de uma ação de enriquecimento sem causa no caso de a comunhão ter beneficiado da respetiva atividade¹¹⁶.

¹¹⁶ Neste sentido parece terem-se orientado os acs. do S.T.J. de 4.5.1962 e de 6.11.1964 (*BMJ* n.º 117, p. 532, e n.º 141, p. 344, respetivamente), podendo ainda

c) Dívidas que oneram bens próprios de qualquer dos cônjuges (arts. 1692.º, al. c), e 1694.º, n.º 2). Mas se, por força do regime de bens do casamento, os rendimentos forem comuns, as dívidas que tiverem como causa a percepção dos rendimentos são de responsabilidade comum (*supra*, n.º 165, al. b)).

d) Dívidas que onerem doações, heranças ou legados, quando os respetivos bens sejam próprios (art. 1693.º, n.º 1).

A incomunicabilidade da dívida subsiste ainda que a aceitação da doação, herança ou legado tenha sido efetuada com o consentimento do outro cônjuge — consentimento, aliás, desnecessário (art. 1683.º, n.º 1).

“Assim como a autorização ou o consentimento dados não lhe permitem participar no ativo da doação, da herança ou do legado, também nenhuma responsabilidade lhe devem acarretar quanto ao respectivo passivo”¹¹⁷.

168. Bens que respondem pelas dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges

A regra geral é a do art. 1696.º, n.º 1: respondem por estas dívidas os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns.

Responderão, porém, pelas dívidas de exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges os bens do cônjuge devedor cuja administração pertença ao outro?

Os anteprojetos de Pires de Lima e de Braga da Cruz continham disposições no sentido de impedir que “por exemplo (...) sendo o marido administrador de certos bens da mulher, esta pudesse, sem outorga dele, onerá-los livremente, contraindo dívidas”¹¹⁷. A solução encontrada por aqueles autores foi a de sujeitar

ver-se sobre a questão em sentidos diferentes, o ac. do S.T.J. de 8.10.1957 (*BMJ* n.º 70, p. 327) e os dois acs. do S.T.J. de 11.4.1962 publicados no *BMJ* n.º 116, p. 308 e 316.

¹¹⁷ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 409.

a execução desses bens próprios a uma moratória semelhante à que valia para a meação dos bens comuns, salvo se o cônjuge dono dos bens recuperasse antes a administração destes. Mas, como notam Pires de Lima e Antunes Varela, esta solução não ficou no Código e, portanto, se “os credores *exigirem* o cumprimento da dívida, parece não restarem dúvidas, em face dos trabalhos preparatórios da disposição legal, de que por ela responderão todos os bens próprios do cônjuge devedor, incluindo os subtraídos à sua administração...”¹¹⁸. A solução negativa, no entanto, parece ser a mais razoável, pelo menos onde se trate de bens cuja administração a *lei* tenha confiado ao outro cônjuge (p. ex., bens que ele utilize como exclusivo instrumento de trabalho): a ser deste modo, o art. 1696.º, n.º 1, deverá ser objeto da correspondente interpretação restritiva.

Na falta ou insuficiência de bens próprios do cônjuge devedor, podem ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado para requerer, querendo, a separação de bens; nos vinte dias posteriores à citação, deve o cônjuge requerer a separação ou juntar certidão comprovativa de outro processo em que aquela já tenha sido requerida. Se o cônjuge do executado não requerer a separação nem juntar a mencionada certidão, a execução prossegue nos bens penhorados; apensado o requerimento ou junta a certidão, a execução fica *suspensa* até à partilha e tudo depende de saber a qual dos cônjuges venham a ser adjudicados os bens penhorados. Se os bens forem adjudicados na partilha ao próprio cônjuge devedor, a execução prosseguirá, naturalmente, sobre esses bens; se os bens penhorados vierem a caber ao outro cônjuge, pode o exequente nomear à penhora outros bens que tenham cabido ao próprio cônjuge devedor, contando-se o prazo para a nova nomeação a partir do trânsito da sentença homologatória da partilha. São as soluções do art. 740.º CProcCiv.

Antes do regime imposto pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, o cumprimento pelas forças da meação só era exigível depois de dissolvido,

¹¹⁸ *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 351-2.

declarado nulo ou anulado o casamento ou depois de decretada a separação judicial de pessoas e bens ou só de bens (n.º 1). Continuava a admitir-se a doutrina (introduzida no § 1.º do art. 1114.º do Código de 1867 pela Reforma de 1930) de que “na execução movida contra um só dos cônjuges a execução dos bens comuns fica *suspensa*, depois de penhorado o direito à meação do devedor” (CProcCiv, art. 825.º, n.º 1, anterior a 1995).

A regra de que a meação do cônjuge devedor nos bens comuns só respondia com a *moratória* do art. 1696.º, n.º 1, comportava todavia várias *exceções*: as dos n.º 2 e 3 do mesmo artigo, a do art. 10.º do Código Comercial (se estivesse provada a comercialidade *substancial* da dívida exequenda)¹¹⁹ e ainda a do art. 56.º, n.º 11, do Código da Estrada (Decreto-lei n.º 39 672, de 20 de maio de 1954), segundo o qual “se o responsável pela indemnização for casado, poderá executar-se a sua meação nos bens comuns do casal, mesmo antes de dissolvido o matrimónio ou de decretada a separação judicial de bens, embora o outro cônjuge não esteja conjuntamente obrigado”. Podia ler-se também o art. 95.º do Código de Processo do Trabalho, para a execução por dívidas provenientes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais, e o art. 195.º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, para as multas fiscais. Por outro lado, o art. 1696.º, n.º 3, admitia que a meação do cônjuge devedor fosse executada *sem moratória* se a dívida proviesse de crime ou outro facto imputável ao mesmo cônjuge. Era a solução que melhor protegia os interesses das vítimas desses factos, ou o Estado, conforme a hipótese de que se tratasse.

De harmonia com o art. 1696.º, n.º 2, respondem ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor “os bens por ele levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos” (al. *a*)), “o produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor” (al. *b*)), e “os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea *a*)” (al. *c*)).

Se se tratar de sub-rogação de bens que se tornaram comuns, por força do regime matrimonial, a prova da sub-rogação faz-se por qualquer meio; não há qualquer razão para aplicar aqui o regime especial do art. 1723.º, al. *c*).

Embora os bens referidos possam ser comuns por força do regime matrimonial em vigor, e os bens comuns não respondam

¹¹⁹Assento do S.T.J. de 13 de Abril de 1978, publicado no *BMJ* n.º 276, p. 99.

senão subsidiariamente por dívidas próprias, a lei sacrificou neste caso o património comum do casal em favor das expectativas do credor que confiara na solvabilidade do devedor tendo em conta os bens que ele levava para o casamento¹²⁰, os que adquirira mais tarde por herança ou doação ou os proventos, porventura muito elevados, que auferia do seu trabalho ou de direitos de autor¹²¹.

A expressão usada pela lei e as razões do preceito levam a concluir que o credor pode penhorar, indistintamente, bens próprios do devedor e estes bens mencionados no n.º 2 do art. 1696.º Não parece haver motivo para respeitar, neste âmbito, a subsidiariedade que a lei prevê no n.º 1¹²².

Por outro lado, o texto não parece limitar a responsabilidade ao valor de metade dos bens comuns penhorados; o que pode dar lugar a compensação, no momento da partilha.

Deverá o exequente que nomeie à penhora bens referidos no art. 1696.º, n.º 2, pedir a citação do cônjuge do executado para requerer, querendo, a separação de bens? Embora o ponto ofereça dúvidas em face do art. 740.º, n.º 1, CProcCiv, propendemos para a solução negativa. A partilha só tem sentido quando se torna necessário determinar os bens que vão compor a meação do devedor, para que a execução prossiga sobre eles; o cônjuge do devedor, por seu turno, pode ter interesse em fazer incluir certos bens comuns na sua própria meação. No caso presente, ao contrário, os bens mencionados pelo art. 1696.º, n.º 2, estão identificados e a lei permite a sua penhora sem reconhecer o eventual interesse do cônjuge do executado em fazer incluir esses bens na sua própria meação. A citação para requerer a partilha não parece, assim, justificar-se.

¹²⁰ “... pois é perfeitamente justo que os credores não fiquem prejudicados com o facto de, pelo casamento, se comunicarem os bens levados pelos cônjuges para o casal, mantendo-se incommunicáveis as dívidas.” (BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 408).

¹²¹ Contra a justificação deste alargamento para além do caso da al. a) vejam-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 352.

¹²² Contra, CRISTINA DIAS, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal*, cit., p. 99, e *Do Regime da responsabilidade por dívidas...*, cit., p. 353-355.

169. Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal

O art. 1697.º, n.º 1, prevê o caso de os bens de um dos cônjuges terem respondido por dívidas de responsabilidade comum para além do que lhe competia. É indiferente que tenham respondido porque, sendo o regime de comunhão, a responsabilidade dos cônjuges era solidária, ou porque, no regime da separação, um dos cônjuges tenha pago voluntariamente uma dívida comum para além da parte que lhe tocava.

Em qualquer caso, surge um crédito de compensação a favor do cônjuge que pagou mais que a sua parte, sobre o outro cônjuge, crédito que só é exigível, porém, no momento da partilha dos bens do casal.

Podia esperar-se, neste caso, que a lei fizesse nascer, a favor do cônjuge que pagou, um crédito sobre o património comum. Mas, se o legislador tivesse consagrado apenas um crédito sobre o património comum, havia o risco de o credor não obter o pagamento, se não houvesse, pura e simplesmente, património comum (caso de separação de bens) ou se o património comum fosse insuficiente. Estabelecendo, pelo contrário, um crédito do cônjuge que pagou sobre o outro, não só virá a responder a meação do devedor no património comum, quando a houver, nos termos do art. 1689.º, n.º 3, mas também os seus bens próprios. Tudo se passará como se o credor fosse “credor do património comum e, a título subsidiário, credor do outro cônjuge”¹²³.

Sobre o momento da exigibilidade dos créditos de compensação veja-se *infra*, n.º 173.

O n.º 2 do preceito regula a hipótese inversa: a de terem respondido bens comuns por dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges; é o que se passa, p. ex., nos casos do n.º 2 do art. 1696.º A lei determina que os bens mencionados respondam por dívidas próprias do cônjuge devedor, em atenção às expectativas do credor; mas não se pode esquecer que os bens são comuns,

¹²³BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 419.

que o outro cônjuge tem meação neles, em correspondência com a meação que dá nos bens que levou ou faz entrar para o patrimônio comum. Não se pode, pura e simplesmente, "... deixar que estes sejam retirados da comunhão — como que voltando a ser bens próprios do seu anterior titular ...", sob pena de frustrar as expectativas e "prejudicar seriamente o outro cônjuge"¹²⁴. Neste caso surge um crédito de compensação do patrimônio comum sobre o patrimônio do cônjuge devedor, a tomar em conta no momento da partilha.

Poderia esperar-se, neste caso, que a compensação se operasse através de um crédito do cônjuge não devedor pelo montante de metade dos bens comuns usados para o pagamento da dívida. Se o legislador tivesse seguido este caminho, teria satisfeito o interesse do cônjuge credor em receber integralmente o valor da meação no patrimônio comum. Mas a lei estabeleceu um crédito do patrimônio comum pelo total pago porque, antes de pretender garantir o interesse daquele cônjuge, pretendeu restaurar o valor integral do patrimônio comum que, antes de se destinar a dividir-se entre os cônjuges, serve de garantia das dívidas comuns, em face dos credores de ambos, com prioridade sobre outras dívidas (art. 1689.º, n.º 2)¹²⁵.

Para mais desenvolvimentos leia-se, *infra*, n.º 173.

Subsecção V. Termo das relações patrimoniais. Partilha

170. Generalidades. Operações da partilha: enunciado geral

As relações patrimoniais entre os cônjuges cessam com a dissolução, a declaração de nulidade ou a anulação do casamento

¹²⁴BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 416.

¹²⁵*Idem*, p. 419.

(art. 1688.º) ou com a separação de pessoas e bens (art. 1795.º-A).

Cessadas as relações patrimoniais entre os cônjuges, procede-se à partilha dos bens do casal (art. 1689.º). Igualmente se procede à partilha no caso de ser decretada a simples separação judicial de bens (art. 1770.º), ou declarada a ausência (art. 108.º) ou a falência de qualquer dos cônjuges (art. 141.º, n.º 1, al. *b*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Cada cônjuge — ou, no caso de dissolução do casamento por morte, os seus herdeiros — receberá na partilha os seus bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo previamente o que dever a este património. É o que dispõe o art. 1689.º, n.º 1.

A partilha, numa aceção ampla, compõe-se de três operações básicas: a separação de bens próprios, como operação ideal preliminar; a liquidação do património comum, destinada a apurar o valor do ativo comum líquido, através do cálculo das compensações e da contabilização das dívidas a terceiros e entre os cônjuges; e a partilha propriamente dita.

171. Separação dos bens próprios

Em primeiro lugar, tem de fazer-se a separação dos bens próprios de cada cônjuge. Estes bens pertencem individualmente aos seus titulares e não carecem, em rigor, de qualquer intervenção; separam-se para que as operações subseqüentes incidam apenas sobre bens comuns que, estes sim, carecem de divisão. A separação dos bens próprios é, portanto, um simples pressuposto, uma operação ideal de exclusão, que não se documenta, nem deixa rasto. Ela só serve para que a atenção dos interessados na

partilha se concentre apenas no ativo e no passivo comuns, que precisam de ser partilhados.

Exceccionalmente, esta separação ganha uma grande importância quando a propriedade sobre um bem se torna objeto de litígio. A dificuldade surge quando o cabeça-de-casal inclui no rol dos bens comuns, sujeitos a partilha, um bem que o outro cônjuge, ou os seus herdeiros, consideram como bem próprio; será o caso, por exemplo, de se apresentar como bem comum um imóvel adquirido onerosamente na constância do casamento, com bens ou valores próprios de um dos cônjuges, sem observância do regime previsto no art. 1723.º, al. c), sendo certo que o interessado pretende fazer prova da proveniência do dinheiro, por qualquer meio; será também o caso de se relacionar como comum um bem adquirido entre a propositura da ação e o trânsito em julgado da sentença de divórcio — o bem deve ser considerado próprio do adquirente, ao abrigo do art. 1789.º, n.º 1, ou deve ser considerado comum se o preço foi pago com economias comuns¹²⁶? Estas questões acabarão, porventura, por ter de vir a ser resolvidas em ação comum, fora do processo de inventário (art. 16.º da Lei n.º 23/2013, de 5 de março).

172. Liquidação do património comum. A) Relacionamento dos bens comuns

O relacionamento dos bens comuns inclui os bens e os direitos qualificados como comuns pelas regras do regime de bens que vigorou durante o casamento, salvas as exceções previstas nos arts. 1719.º e 1790.º. Em princípio trata-se de uma simples descrição pacífica do ativo comum.

¹²⁶ Neste último sentido, J. A. LOPES CARDOSO, *Partilhas judiciais*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1980, p. 372-3.

173. B) Compensações

A ideia das compensações não é uma invenção do direito matrimonial. Pode dizer-se que tem semelhanças com outros instrumentos da lei civil que pretendem corrigir movimentos abusivos de valores — no sentido de que certos patrimónios suportaram encargos que não lhes pertenciam, em homenagem a certos interesses, a conveniências especiais ou por força de meras deficiências. Será o caso das normas que preveem o direito de regresso, por exemplo na sequência do exercício dos direitos contra devedores solidários (art. 524.º); ou das normas que estabelecem a obrigação de restituir por enriquecimento sem causa (arts. 473.º e segs.).

A exposição subsequente mostrará situações típicas em que se torna necessário um mecanismo de correção, de reposição da justiça, depois de o direito matrimonial ter conduzido a soluções desviadas das regras gerais. Os resultados “especiais” reclamam um regime “especial” de correção.

Durante o casamento, operam-se transferências de valores entre os patrimónios — o património comum e os dois patrimónios próprios dos cônjuges — quer porque se utilizam verbas comuns para financiar obras num imóvel próprio, para pagar uma dívida da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges, quer porque se adquire a casa de morada da família com capital próprio de um dos cônjuges sem se formalizar a sub-rogação real, ou porque se paga uma dívida de ambos com capital de um dos cônjuges, etc. Estes movimentos de capital, estes financiamentos sem prazos e sem juros, representados com mais ou menos rigor pelos intervenientes, são mais característicos da comunhão conjugal do que de outra “sociedade” ou de outra qualquer reunião de patrimónios. Costuma dizer-se que se forma uma espécie de conta-corrente entre o património comum e os patrimónios próprios, uma conta que se fecha apenas no momento da partilha.

No momento da partilha, pode verificar-se que os movimentos de capital não se equilibraram espontaneamente e que algum património ficou enriquecido enquanto outro ficou correlativamente empobrecido. A técnica das compensações visa restabelecer as forças dos patrimónios, reconstituir o seu valor, corrigindo os desequilíbrios da conta-corrente através do reconhecimento de créditos de compensação em favor de cada património empobrecido.

A certeza deste restabelecimento final, ao mesmo tempo que repõe os valores no lugar a que pertencem, dá confiança e favorece as transferências durante o casamento. Por outro lado, a técnica das compensações obriga a traçar o rasto dos movimentos de valores entre os patrimónios, e isto permite identificar, e dissuadir, as transferências que pretendam defraudar a imutabilidade do regime de bens, encobrir negócios jurídicos proibidos ou constituir liberalidades furtadas ao regime da revogabilidade¹²⁷; e ainda serve para defender o património comum, ou o de um dos cônjuges, sistematicamente empobrecido por uma utilização abusiva, por parte do outro, em seu proveito exclusivo, como através do endividamento em proveito próprio ou da aplicação egoísta de fundos comuns¹²⁸.

Com este entendimento, dá-se à técnica das compensações um âmbito vasto, que excede os casos expressamente previstos na lei. Haverá lugar a compensações sempre que as transferências de valores, apesar de justificadas pela tutela de interesses relevantes ou pela vontade de colaboração dos cônjuges, criem desequilíbrio económico entre os patrimónios.

Como exemplos de situações donde resulta um crédito do património comum sobre cada cônjuge podem mencionar-se: o financiamento, com valores comuns, da aquisição ou de benfeitorias num bem que

¹²⁷ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9e éd., Paris, P.U.F., 1997, p. 492.

¹²⁸ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 12e éd., Paris, Litec, 2004, n.º 931-2.

tome a qualidade de próprio do adquirente (cfr. os arts. 1726.º, 1727.º e 1728.º); o pagamento, pelas forças do património comum, de dívidas da responsabilidade de um dos cônjuges (art. 1697.º, n.º 2); a alienação, a título gratuito, por um dos cônjuges, de móveis comuns que ele administre (art. 1682.º, n.º 4); a utilização abusiva, em proveito exclusivo, dos frutos de bens próprios¹²⁹ (arts. 1728.º, n.º 1, e 1733.º, n.º 2).

Como exemplos de situações em que o património comum é devedor de um cônjuge e do seu património próprio, mencionam-se: o financiamento, com valores próprios, da aquisição ou de benfeitorias num bem que tenha a qualidade de bem comum, por força do regime aplicável (art. 1726.º); o pagamento de dívidas comunicáveis à custa de um património próprio (art. 1697.º, n.º 1); a sub-rogação indireta sem cumprimento do requisito previsto na lei, quando este cumprimento é indispensável (1723.º, al. c)).

Os créditos de compensação não se confundem com outros créditos entre os cônjuges ou entre os seus patrimónios próprios.

Podem nascer créditos entre os cônjuges, designadamente por força de responsabilidade civil baseada em atos de administração intencionalmente prejudiciais (art. 1681.º, n.º 1) ou em administração contra a vontade do dono dos bens (art. 1681.º, n.º 3); ou ainda por força de responsabilidade por danos não patrimoniais que assente na violação culposa de direitos fundamentais ou do estatuto matrimonial do outro cônjuge.

Estes créditos nascem de factos específicos que não se relacionam com o curso normal das transferências de valores entre os patrimónios, com a tal conta-corrente de financiamentos que os créditos de compensação pretendem encerrar com justiça. Esses créditos são, neste sentido, autónomos e excecionais.

Uma diferença importante entre os dois tipos de créditos estará em que esses créditos entre cônjuges seguem o regime geral da responsabilidade civil, nomeadamente no que diz respeito ao seu vencimento e pagamento. De facto, nada impõe que só sejam cobrados na altura da partilha; nem há regra que o diga, nem eles se fundam numa razão semelhante aos créditos de compensação que pretendem encerrar uma conta que se mantém aberta ao longo de todo o matrimónio.

Pelas mesmas razões, os créditos de compensação também não se confundem com outros créditos entre os cônjuges, que nasçam de factos jurídicos

¹²⁹ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 480.

negociais — mútuos, locações, etc. — que têm o regime geral dos negócios que lhes dão origem.

É costume, ainda, excluir da teoria das compensações os créditos entre os patrimónios dos cônjuges, mesmo que resultem do pagamento de uma dívida comum, feito por um só deles, em regime de separação de bens. Esta ideia supõe que a doutrina das compensações, em sentido estrito, é própria dos regimes de comunhão — *Cristina Dias, Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal*, cit., p. 127 e nota 158, onde dá notícia da doutrina estrangeira.

Sendo assim, o art. 1697.º, n.º 1, CCiv, *in fine*, ao tratar das compensações no regime de separação de bens, estaria a referir-se a compensações em sentido lato e, verdadeiramente, a meros créditos entre cônjuges — *ob. loc. cit.*

Parece preferível designar por compensações, pura e simplesmente, todas as operações que visem restabelecer um desequilíbrio entre patrimónios que se operou para satisfazer certos interesses — o interesse dos credores, o interesse de qualificar um bem como próprio apesar de se ter usado dinheiro comum na sua aquisição, etc. Todas estas operações seriam compensações, embora a lei estabeleça regimes diferentes para a sua efetivação, como no art. 1697.º CCiv. Reservar-se-ia a expressão “créditos entre cônjuges” para designar os vínculos nascidos por outras razões — negócios jurídicos entre cônjuges, responsabilidade civil entre eles.

Dado por assente que, em certas situações, nasce um crédito de compensação em favor de um dos três patrimónios, as regras gerais determinariam que eles se vencessem quando o credor os quisesse cobrar, salvo se tivesse sido estipulado um prazo, se este se impusesse por força de circunstâncias peculiares ou se a lei estabelecesse um regime especial (art. 777.º). Mas não é de estranhar que as tradicionais e marcantes particularidades do estado de casado imponham um regime especial para a exigibilidade dos créditos de compensação. Assim, é concebível que o património credor possa pedir imediatamente o cumprimento; como é admissível que se preveja o diferimento destes acertos de contas para o momento da partilha, com o propósito de evitar que os cônjuges se vejam organizados como credores e devedores, como duas partes em conflito; também não se excluem soluções de compromisso entre estas duas soluções extremas.

Os textos legais que se referem a este assunto não são claros. Alguns impõem expressamente que os créditos só sejam exigíveis

no momento da partilha (arts. 1697.º e 1726.º), enquanto outros são omissos neste aspeto (arts. 1727.º e 1728.º, n.º 1). Poderia pensar-se que a diferença era intencional, de tal modo que nos primeiros casos o vencimento dos créditos fora diferido, enquanto nos segundos casos o pagamento era imediatamente exigível. Porém, não se vê razão para tal diferença, nem ela foi sequer sugerida pelos trabalhos preparatórios do Código de 1966. A diferença aparente resultará, pois, de mera falta de harmonização das redações dos artigos que se ocupavam do mesmo assunto.

Apesar de os textos legais não serem unívocos, a leitura das notas do autor do Anteprojeto do Código de 1966 revela bem a intenção de modificar o regime do Código de Seabra — da exigibilidade imediata do art. 1113.º, § 2 — em favor do diferimento para a ocasião da partilha. Entendeu-se que a exigência do pagamento, durante a vigência da comunhão, seria “fonte de dissensões ou desentendimentos conjugais”; além disto, sendo as dívidas imprescritíveis, o credor poderia exigir o cumprimento a todo o tempo, o que significaria colocar “nas mãos do cônjuge-credor um meio fácil — a ameaça de cobrança (...) — de tutelar economicamente a atividade do cônjuge-devedor”¹³⁰. E acrescentou-se que a exigência imediata ficava ressalvada quando vigorasse “o regime da separação de bens, pois a autonomia patrimonial dos cônjuges, neste regime, não se compadece com qualquer dilação na exigibilidade das dívidas conjugais”¹³¹. Assim se mostrava que o diferimento convinha em todos os casos, nos regimes de comunhão; e pode dizer-se que esta intenção ficou vertida na lei, sem que a doutrina ou a jurisprudência a tenham contrariado.

Admite-se que o regime que está em vigor seja, pois, o do diferimento da exigibilidade para o momento da partilha.

¹³⁰ BRAGA DA CRUZ, *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, cit., p. 413.

¹³¹ BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 414.

A regra da exigibilidade diferida para o momento da partilha é defensável, se a entendermos como ficou expresso acima — como o fecho de uma conta-corrente específica da comunhão conjugal, sinal de uma cooperação financeira espontânea, condescendente e justa que não se concebe entre dois estranhos; como o arranjo final que harmoniza economicamente um sistema duradouro que funcionou simultaneamente com base nas normas dos regimes de bens, nas regras sobre responsabilidade por dívidas, nos vários preceitos que excetuam certos bens da comunhão de adquiridos e ainda nos múltiplos gestos de cooperação leviana e indocumentada em que os cônjuges misturaram valores dos três patrimónios ao sabor das necessidades e conveniências do momento; neste sentido, o sistema dos créditos de compensações merece a qualificação de “cariátide do regime da comunhão de adquiridos”¹³².

A solução legal de que as compensações só são exigíveis no momento da partilha, embora defensável, não é porém indiscutível.

Não é indiscutível, desde logo, porque não é nada seguro que a situação idealizada — a da conta corrente de compensações ao longo da vida — se verifique. Pode bem acontecer, com frequência, que os atos que desequilibram os patrimónios sejam únicos, ou esporádicos, ou frequentes mas em desfavor do mesmo património; nestes casos não há uma “conta-corrente” que vá equilibrando os patrimónios até à partilha.

Deve reconhecer-se, também, que as justificações da solução, apresentadas há cerca de cinquenta anos, correspondiam a uma época em que não se encaravam de bom grado relações individuais entre os cônjuges, que ficariam à margem da instituição matrimonial. Era a época em que, do mesmo modo, se evitava reconhecer a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil extracontratual entre os cônjuges, embora nenhum preceito excluísse tal

¹³²COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 931.

aplicação; ou em que, a coberto de uma interpretação demasiado ampla do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens, se negava em grande medida a autonomia privada e a liberdade contratual entre os cônjuges. Cremos, hoje, que a existência de relações negociais entre os cônjuges e a exigibilidade imediata de créditos não constitui, por si só, uma fonte de conflitos; poderá até dizer-se, ao contrário, que a proibição da exigência imediata e o diferimento da realização prática dos direitos para o momento longínquo da partilha é que pode gerar sentimentos de injustiça e dissensões conjugais consequentes. Sobretudo se o diferimento não abrir exceções à regra geral do nominalismo (cfr. *infra*, neste número).

Por outro lado, o argumento de que a exigibilidade imediata dos créditos, acompanhada pelo regime imprescritibilidade entre cônjuges (art. 318.º, *a*), CCiv), serviria de instrumento para tutelar a vida económica do cônjuge devedor parece muito discutível. A regra da imprescritibilidade costuma ser bem aceite por se tratar de um instrumento de defesa do credor contra a inibição de exigir o pagamento; não costuma ser receada como arma de chantagem sobre o devedor; e, aliás, se o devedor pretendesse livrar-se da ameaça permanente bastar-lhe-ia depositar o valor devido à ordem do credor. A manutenção da regra da imprescritibilidade, por um lado, e a sua contestação, por outro, criam perplexidade acerca da valia deste regime. E talvez sugiram que a argumentação, na época em que foi feita, era induzida pelo receio de que a mulher casada, sem poder patrimonial, adquirisse algum parco domínio baseado em direitos de regresso contra o marido, depois de ter pago, para além do que lhe competia, os compromissos que só o marido podia assumir.

À medida que os sistemas jurídicos europeus reconhecem maior autonomia negocial aos cônjuges, justifica-se mais dificilmente o receio de que as suas relações jurídicas patrimoniais concretas sejam

fonte de conflitos entre eles. E pode legitimamente supor-se que a proibição de corrigir situações de desequilíbrio financeiro seja mais potenciadora dessas dissensões e desconfianças.

É fácil de reconhecer que os créditos de compensação, se nascem por razões atendíveis, revelam uma situação de injustiça entre os patrimónios — um locupletamento de um deles à custa de outro. Então, o diferimento da correção do desequilíbrio tem o efeito objetivo e inevitável de perpetuar a injustiça¹³³. O que é sobremaneira irritante quando o cônjuge devedor tem bens para pagar e o património credor está debilitado e porventura precisa de fazer face a outros compromissos.

Por outro lado, a possibilidade de compensação imediata apenas vinha figurar ao lado de outros atos jurídicos parecidos — como o pagamento de indemnizações entre os cônjuges, ou o pagamento de dívidas resultantes de negócios jurídicos como o mútuo ou a locação.

E não será irrealista obrigar os cônjuges a manter durante toda a vida conjugal uma ideia clara acerca de todos os movimentos de capitais, de tal modo que seja possível fazer uma verdadeira compensação dos patrimónios na partilha? Não é de esperar que a realidade dos casos venha a mostrar situações de complicação extrema¹³⁴, que mobilizem dados antigos, incompletos e múltiplos, que não permitam uma verdadeira e justa compensação, embora se mantenha a aparência de que ela se faz? Sendo certo que, no nosso direito, os casais com uma vida económica agitada não podem modificar o seu regime de bens no sentido da separação total, que lhes facilitaria os movimentos¹³⁵.

¹³³ LACRUZ BERDEJO e SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 359.

¹³⁴ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 991.

¹³⁵ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 206.

Por último, não é nítido que a exigibilidade imediata do pagamento constitua um fator de rutura matrimonial; se isso fosse nítido, o legislador de 1966 não a teria admitido para os casados em separação de bens.

CRISTINA DIAS apresenta ainda, como razão do diferimento da exigibilidade para o momento da partilha, a natureza jurídica da comunhão. De facto, a exigibilidade imediata significaria que um cônjuge poderia ter de representar sozinho a comunhão, para o efeito de cobrar um crédito da comunhão sobre o património próprio do outro cônjuge; ou que um cônjuge poderia dispor sozinho de bens comuns, para o efeito de pagar uma compensação devida ao património do outro. Ora, o conceito de “propriedade colectiva” não o permitiria, pois “nenhum dos cônjuges pode dispor desse património por si só e, por isso, não pode também exigir dele uma dada compensação”¹³⁶.

Sem prejuízo do rigor técnico destas afirmações, creio que o restabelecimento do equilíbrio patrimonial poderia justificar alguns desvios do conceito de propriedade colectiva que está presente no nosso sistema. A lei portuguesa tem consentido desvios quando admite a responsabilidade e a penhora da meação do património comum, ou quando permite que um cônjuge represente sozinho a comunhão, não só para administrar bens comuns (art. 1678.º, n.º 2, CCiv), mas também para os alienar (art. 1682.º, n.º 2, CCiv). Estes poderes já seriam suficientes para um cônjuge, p. ex., mobilizar dinheiro proveniente dos seus salários para pagar uma compensação que o património comum deve ao património próprio do outro. E se um pagamento destes é válido quando for feito espontaneamente, poderemos defender que a natureza jurídica da comunhão impede que ele possa ser exigido? E porque não, ao menos, defender que o regime do art. 740.º CProcCiv — que autoriza a partilha da comunhão para satisfazer o direito de um credor — seja alargado aos casos em que pareça justificado exigir imediatamente a compensação contra o património comum, como Braga da Cruz parecia sugerir, embora sem consequências no regime que veio a ser aprovado? Na verdade, este autor, ao mesmo tempo que propunha o diferimento da exigibilidade para o momento da partilha, era sensível aos casos em que os interesses em jogo mostrassem a “necessidade de tornar imediatamente exigível uma dívida desta natureza”; admitia que esta necessidade pudesse “servir de fundamento para requerer separação judicial de bens e proceder à partilha do casal”; e, conseqüentemente, propugnava que “à separação judicial de bens seja dada uma regulamentação muito mais folgada do que no direito atual”, de tal modo que este instituto pudesse ser usado para “*provocar* uma prematura partilha do casal”¹³⁷.

Não parece que a regulamentação da separação judicial de bens tenha sido alargada até onde o autor sugeria. Porém, hoje, sobretudo depois da eliminação da moratória

¹³⁶ *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal*, cit., p. 208.

¹³⁷ BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 414.

para a execução da meação do cônjuge devedor, haverá mais ensejos para dividir os bens durante o casamento e permitir a exigibilidade dos créditos de compensação. Para além, é claro, dos casos em que ocorram outros fundamentos da partilha.

Seria admissível, de outro modo, que a exigência das compensações fosse imediata quando um cônjuge possa dispor livremente do património devedor, na medida do que fosse necessário para cumprir?

Estas observações sustentariam a solução da exigibilidade imediata dos créditos de compensação. Tratar-se-ia, afinal, de generalizar a solução que está prevista para os casados em separação de bens, supondo que a autonomia patrimonial que esse regime recomendava nos anos sessenta convém hoje a todos os regimes.

Seria concebível, pelo menos, que se adotasse uma solução idêntica à do direito italiano que, apesar de também remeter a exigibilidade das compensações para o momento da partilha, admite que o juiz mande antecipar o pagamento, “se o interesse da família o exigir ou o consentir” (art. 192.º, 4.ª parte, CCiv).

Pode entender-se que o regime legal é omissivo quanto à questão de saber se a exigibilidade diferida para o momento da partilha impede um cônjuge devedor de pagar voluntariamente, durante o casamento.

A verdade é que não precisava de ser dito expressamente que podem ser feitas compensações voluntárias. Assim, se um cônjuge pagar com o seu património aquilo que competia ao património comum, nada pode obstar a que os cônjuges compensem espontaneamente o adiantamento que foi feito; da mesma forma, se o património comum adiantou verbas no interesse de um dos cônjuges, nada poderá impedir que os cônjuges acertem as contas por acordo. Afinal, estes acertos de contas são tão inevitáveis como muitos dos desacertos — os financiamentos de um património no interesse de outro património, consoante as disponibilidades do momento e as oportunidades de negócio.

Outro assunto que ficou omissivo foi a questão de saber se as compensações, no momento da partilha, são feitas pelo *valor nominal* ou pelo valor atualizado¹³⁸.

¹³⁸ Na doutrina italiana parece assente a natureza de *dívida de valor* — cfr. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, t. II, Milano, Giuffrè, 1995, p. 705-6.

Se imaginarmos uma situação ideal em que os movimentos de capital entre os três patrimónios se repetiram e se foram equilibrando ao longo da vida do casamento — a tal situação de conta-corrente — até ao acerto final no momento da partilha, a ideia da atualização tem pouco valor. Mas, pelo contrário, se os movimentos de capital foram esporádicos e antigos, ou repetidos apenas em desfavor de certo património, a questão já parece pertinente.

Na falta de uma regra específica que considere as compensações como dívidas de valor, parece impor-se a regra geral do art. 550.º (princípio nominalista).

A aplicação pura e simples do princípio nominalista pode frustrar completamente a intenção do regime das compensações. Num século de desvalorização monetária, é fácil de ver, p. ex., que um adiantamento feito por um património próprio em favor do património comum, “compensado” trinta anos depois, no momento da partilha, pelo valor nominal, não satisfaz a intenção do regime. Não se pode aceitar que o legislador preveja várias hipóteses de colaboração financeira entre os patrimónios, fundada nas especiais relações de proximidade dos cônjuges, na confiança e no dever recíproco de cooperação e depois imponha compensações pelo valor nominal que não vão atingir um reequilíbrio económico sério. Sobretudo, note-se, porque a lei impõe o diferimento para o momento da partilha; a censura não teria razão se os créditos fossem imediatamente exigíveis e o diferimento proviesse de uma decisão livre do credor.

Por outro lado, se o diferimento da exigibilidade dos créditos assenta na intenção de evitar litígios entre os cônjuges, durante o curso da vida matrimonial, bem pode perguntar-se se o diferimento sem atualizações de valores, com toda a sua injustiça, não será maior fonte de conflitos e de ressentimentos do que a exigibilidade imediata.

Por último, a regra do diferimento das compensações, associada ao princípio nominalista, não quadra bem com um regime que se

mostra preocupado com a imutabilidade dos regimes de bens e com as fraudes que possam desequilibrar os valores dos três patrimónios.

Em suma: se parece discutível o diferimento da exigibilidade dos créditos de compensação para o momento da partilha, ainda pode tornar-se mais injusto que os créditos só possam valer pelo seu montante nominal.

CRISTINA DIAS argumenta no sentido de se aplicar o regime do art. 2019.º, n.º 3, por interpretação extensiva, ou até por aplicação analógica, partindo da ideia de que aquele artigo exprime um regime geral de atualização e não um regime excecional relativamente ao princípio nominalista. Admite também o recurso ao art. 437.º CCiv para modificar a prestação pecuniária com base numa alteração anormal das circunstâncias resultante de uma profunda alteração do valor da moeda¹³⁹.

Compreendo a intenção louvável de justificar a atualização monetária neste caso. Porém, tenho dúvidas de que seja tecnicamente possível aplicar aquela norma, quer porque não consigo afirmar que as “compensações” se situam “dentro do mesmo contexto ou âmbito de matéria jurídica em que se situa a norma da colação” (p. 867) para permitir a interpretação extensiva, quer porque a circunstância de o art. 2109.º, n.º 3, ser uma “norma geral” de atualização monetária em matéria de colação não parece autorizar a sua aplicação analógica ao domínio das “compensações” (idem). Na verdade, a procura do “equilíbrio patrimonial” no âmbito da colação – que é o âmago do instituto – não parece ter sido a preocupação mais vincada do legislador em matéria de compensações, como noutros âmbitos, pois a depreciação monetária já era conhecida em meados do século XX e o legislador de 1966, afinal, estabeleceu a regra do nominalismo com algumas exceções. ANTUNES VARELA, aliás, disse que preferia o princípio nominalista porque não seria fácil obter um critério adequado para a atualização monetária, nem se poderiam evitar frequentes resultados injustos...¹⁴⁰. O legislador poderia até ter pensado que a ideia de uma conta-corrente entre patrimónios se encarregaria de promover um equilíbrio espontâneo, nos momentos adequados. Isto é, pode bem ter acontecido que a aplicação do princípio nominalista tenha sido uma verdadeira escolha do legislador em vez de um lapso que mereça remédio interpretativo.

Não se esclareceu se os créditos de compensação *vencem juros* desde o momento em que o movimento de valores entre patrimó-

¹³⁹ *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal*, cit., p. 222 s e *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges*, cit., p. 865 e segs.

¹⁴⁰ *Das obrigações em geral*, 9.ª ed., p. 882.

nios os faz nascer, até à partilha. Mas parece claro que a resposta é negativa. Os juros são a expressão e a medida da indemnização por mora, nas obrigações pecuniárias (art. 806.º). Sendo estes créditos de compensação apenas exigíveis no momento da partilha, não há mora, não há indemnização.

Pode ainda perguntar-se se o regime das compensações é *imperativo*, ou se pode ser afastado por acordo dos nubentes, dos cônjuges, ou por mera renúncia do titular.

A doutrina francesa não tem dúvidas em admitir que os nubentes convençionem que os enriquecimentos dos patrimónios não ficariam sujeitos ao regime das compensações previsto na lei, totalmente ou em parte¹⁴¹, tendo em conta a liberdade típica de que gozam os nubentes, em matéria patrimonial. No nosso ordenamento, porém, em face do limite especial do art. 1699.º, n.º 1, al. b), parece duvidoso que seja admissível tal convenção; ela não significaria, afinal, uma alteração dos direitos (patrimoniais) conjugais?

Durante o casamento, por sua vez, o acordo sobre dispensa de compensação significaria que um dos patrimónios não tinha de restituir aquilo com que se enriquecera; mas um acordo assim significaria uma alteração concreta do valor dos patrimónios, da sua composição, em prejuízo de um certo entendimento do princípio da imutabilidade¹⁴²; resta saber se não deve adotar-se um entendimento mais liberal deste princípio.

Também será difícil aceitar que os nubentes convençionem a exigibilidade imediata dos créditos de compensação, tendo em conta o art. 1697.º, que serve de complemento ao regime da responsabilidade por dívidas e este, aparentemente, escapa à liberdade negocial dos cônjuges porque é pensado, sobretudo, no interesse dos credores.

¹⁴¹ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 935-6 e 1159. Contra, em Espanha, MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, Metraw-Hill, 1995, p. 40-1.

¹⁴² COLOMER, *ob. cit.*, n.º 936.

Outra coisa será a renúncia, por um dos cônjuges, a uma compensação concreta. Esta renúncia poderá admitir-se nos mesmos termos em que se admitem as doações entre cônjuges¹⁴³ — livremente revogáveis e sobre bens próprios. Em rigor, a renúncia só seria possível quando o pagamento viesse a ser feito por bens próprios do devedor, como no caso do art. 1689.º, n.º 3. A não ser, é claro, que se tratasse de uma renúncia feita no momento da partilha, depois da dissolução do casamento — esta seria lícita, porque já nem sofreria os constrangimentos do regime matrimonial.

174. C) Pagamento de dívidas

Quanto às dívidas dos cônjuges um ao outro, são pagas em primeiro lugar pela meação do cônjuge devedor no património comum e, não havendo bens comuns ou sendo estes insuficientes, pelos bens próprios do cônjuge devedor (art. 1689.º, n.º 3).

Estas dívidas podem nascer, designadamente, da responsabilidade civil por administração de bens do outro cônjuge, intencionalmente prejudicial (art. 1681.º, n.º 1) ou abusiva (art. 1681.º, n.º 3). Ou porque o património de um cônjuge pagou dívidas que cabiam a ambos; a lei, neste caso, reconhece um crédito do cônjuge prejudicado, sobre o outro, pelo valor que o primeiro pagou além do que lhe competia (art. 1697.º, n.º 1).

O art. 1689.º, n.º 2, dispõe acerca da satisfação do passivo relativamente a terceiros.

O património comum paga em primeiro lugar as dívidas comuns e só depois as dívidas próprias; uma das finalidades essenciais do património comum (para além de servir como expressão económica do esforço conjunto, que virá a ser partilhada) é a de garantir as

¹⁴³ COLOMER, *ob. e loc. cit.*

responsabilidades pelas dívidas comuns, características da comunhão de vida.

Os patrimónios próprios pagam indistintamente todas as dívidas, as próprias e as comuns, se os bens comuns não chegarem para pagar estas últimas; mas os credores comuns estão sempre em posição mais vantajosa, pois beneficiam da solidariedade legal do art. 1695.º, n.º 1.

175. Partilha

Bibliografia portuguesa

CID, Nuno de Salter, *A proteção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 303; MARQUES, J. P. Remédio, *Execução específica de contrato-promessa de partilha de bens comuns na pendência de inventário: execução específica de cláusula pela qual os ex-cônjuges se obrigam a constituir um usufruto vitalício a favor de um deles de imóvel cuja nua-propriedade “prometem” doar a um terceiro*, “Lex Familiae”, ano 3, 2006, n.º 5, p. 31-56; MATOS, Albino de, *Partilha, Divórcio e Condição*, in “Temas de Direito Notarial — I”, Coimbra, Almedina, 1992, p. 467-475; MEALHA, Esperança Pereira, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2003; OLIVEIRA, Guilherme de, *Sobre o contrato-promessa de partilha de bens comuns*, in “Temas de Direito da Família”, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 215-244; RIBEIRO, Rómulo, e BOTELHO, J. Joaquim, *Partilha notarial entre cônjuges na pendência da ação de divórcio*, 2.ª ed., Lisboa, SPB II Editores Lda, 1999; SOUSA, Miguel Teixeira de, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 25; XAVIER, Rita, *Contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal celebrado na pendência da ação de divórcio. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1993*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, 1994, p. 137-172; ID., *Os limites à autonomia...*, p. 264-300.

A partilha faz-se em princípio segundo o regime adotado, mas a regra comporta as exceções dos arts. 1719.º e 1790.º

O art. 1719.º permite aos esposados convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime da comunhão geral, embora o regime adotado seja outro.

É escusado sublinhar que não se trata de modificar o regime de bens depois do casamento; a alteração já fica prevista na convenção antenupcial, antes do casamento.

Segundo o art. 1790.º, no caso de divórcio, a partilha faz-se sempre de acordo com o regime da comunhão de adquiridos. Deste modo, cada cônjuge receberá o que é seu, e receberá metade do património comum, que foi adquirido onerosamente, com o esforço conjunto. Se o casamento terminar por morte, a partilha é feita segundo o regime convencionado pelos cônjuges, respeitando-se o plano inicial tanto quanto eles próprios conservaram o matrimónio. Isto é, o plano matrimonial não subsiste com o divórcio; mas subsiste até à morte.

Nesta redação adotada pela lei n.º 61/2008 esteve presente a intenção de encarar o casamento como um acordo sentimental, despojado de interesses patrimoniais, de acordo com um movimento de “sentimentalização do matrimónio” que se iniciou nos meados do século vinte. Já foi este movimento que rejeitou a comunhão geral de bens como regime supletivo, porque a comunhão geral de bens permitia aos pobres enriquecer à custa dos ricos, pelo simples facto de casar¹⁴⁴. Assim nasceu o regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo, em que cada cônjuge tem o que é seu e partilha aquilo que ajudou a adquirir durante o casamento – os bens comprados, digamos assim. Na lei vigente, este movimento de “despatrimonialização” do casamento deu mais um passo ao estabelecer que o fracasso do projeto matrimonial, expresso pelo divórcio, *faz caducar as expectativas de receber benefícios patrimoniais* resultantes do regime da comunhão geral, ou de outras convenções prévias, estipuladas numa época em que o casamento era “para sempre” e não se adivinhava a dissolução por divórcio.

¹⁴⁴ GUILHERME BRAGA DA CRUZ – *O Problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo código civil português (Estado atual da questão)*, In “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 53, fevereiro, 1956, p. 173-204, p. 186- 187.

Na redação anterior do art. 1790.º, pretendia-se castigar o cônjuge culpado do divórcio, enquanto se protegia o cônjuge inocente. Assim, o cônjuge declarado único ou principal culpado na sentença que decretasse o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

Este preceito só se aplicava quando o regime de bens do casamento fosse o de comunhão geral e, além disso, quando a partilha segundo este regime beneficiaria concretamente o cônjuge declarado único ou principal culpado na sentença de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, por os bens levados para o casal ou adquiridos a título gratuito provirem na sua maior parte do cônjuge inocente ou menos culpado. No caso contrário, ou seja, quando a partilha segundo o regime da comunhão geral beneficiasse na prática o cônjuge inocente ou menos culpado, este conservava esse benefício, não funcionando em tal hipótese a exceção do art. 1790.º e procedendo-se à partilha em conformidade com o regime estipulado¹⁴⁵. Nestas condições, suponho que a aplicação do regime já era residual. Na verdade, em primeiro lugar, teria de se verificar um divórcio litigioso (na época, cerca de 6% de todos os divórcios); em que o tribunal tivesse declarado um dos cônjuges inocente ou menos culpado; entre cônjuges que tivessem convencionado uma comunhão geral de bens; sendo o único ou o mais culpado aquele que tivesse trazido mais bens para o casamento, ou tivesse recebido mais bens por sucessão ou doação. Só nestas condições cumulativas é que o cônjuge inocente ou menos culpado poderia beneficiar da uma partilha em comunhão geral.

Ainda quanto à partilha, interessa ter presentes as disposições dos arts. 1105.º, 1793.º, 1731.º e 2103.º-A CCiv.

Quando os cônjuges vivam em casa tomada de arrendamento, o art. 1105.º CCiv permite-lhes acordar, obtido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, em que a posição de arrendatário fique pertencendo a qualquer deles; e, na falta de acordo, permite ao tribunal decidir, tendo em conta as circunstâncias aí referidas.

O art. 1793.º prevê o caso de os cônjuges divorciados ou separados de pessoas e bens viverem em casa própria, permitindo ao tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum, quer própria do outro¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. *infra*, n.º 278.

¹⁴⁶ Cfr. *infra*, n.º 279.

^{151a} RITA XAVIER, *Contrato promessa...*, p. 172.

Os arts. 1731.º e 2103.º-A consagram as chamadas “atribuições preferenciais”. Antes da negociação entre os cônjuges, que conduzirá ao preenchimento da meação de cada um no património comum (como é próprio de um negócio de partilha) a própria lei reserva certos bens para um dos cônjuges, atendendo à especial ligação que esse cônjuge tem com eles; trata-se, por outras palavras, de valorizar a relação particular entre um cônjuge e certos bens, e de conceder uma garantia contra a fraqueza negocial desse cônjuge, que poderia não ser capaz de acordar sozinho com o outro interessado (ou os outros interessados, herdeiros do cônjuge falecido) a atribuição daqueles bens. Assim, o art. 1731.º refere-se aos instrumentos de trabalho dos cônjuges que, por força do regime de bens, tenham ingressado no património comum, reconhecendo ao cônjuge que deles necessite para o exercício da sua profissão o direito de ser encabeçado nesses instrumentos de trabalho no momento da partilha, qualquer que seja a causa desta. Finalmente, no caso de dissolução do casamento por morte, o art. 2103.º-A atribui ao cônjuge sobrevivente direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.

Pode perguntar-se se os cônjuges poderão convencionar outras atribuições preferenciais, que reservem para um cônjuge certos bens com que este criou ligações particulares. No âmbito das convenções antenupciais, parece fácil admitir que os nubentes façam estipulações acerca da partilha. A margem de liberdade que lhes é habitualmente reconhecida incluirá este poder de convencionar que um cônjuge será encabeçado em certo bem que entre para a massa comum. A verdade é que a convenção não perturba a divisão do valor do património comum em duas metades, não diminui o valor que cada cônjuge levanta no momento da partilha, pois a

imputação de um bem concreto na meação de um dos cônjuges não aumenta o valor da sua quota relativamente à do outro cônjuge. Poderá ser mais difícil admitir que estas atribuições preferenciais sejam estipuladas pelos cônjuges durante o casamento. Na verdade, a doutrina e a jurisprudência mais suscetíveis aos efeitos do eventual ascendente que um cônjuge possa exercer sobre o outro — que tem, aliás, reflexos na lei vigente — tendem a limitar o exercício da autonomia privada e a liberdade contratual entre os cônjuges e, portanto, defenderão a proibição de acordos entre casados sobre o preenchimento das meações. Cremos, porém, que a estipulação de atribuições preferenciais durante o casamento satisfaz interesses legítimos dos cônjuges que poderiam não estar presentes antes do matrimónio (por exemplo, porque ainda não existia um bem concreto com que um cônjuge estabeleceu uma ligação especial); que, por outro lado, não há modificação do valor do património comum e das meações que cada cônjuge receberá; e que, por último, qualquer má utilização desta faculdade, que acabe por empobrecer um cônjuge à custa do outro, mesmo sob a aparência de uma igualdade do valor contabilístico das meações, tornará a estipulação nula por contrariar a regra imperativa que atribui a cada cônjuge, na partilha, metade do ativo da comunhão (arts. 1730.º e 1734.º). Afinal, valem para aqui os motivos invocados para sustentar a validade do contrato-promessa de partilha entre os cônjuges, sendo certo que as atribuições preferenciais terão, porventura, um âmbito mais limitado — elas referem-se a certos bens, e não pretendem prefigurar uma divisão integral do património comum. As mesmas razões levam-nos a admitir a estipulação de atribuições preferenciais depois da dissolução do casamento e antes da partilha.

Foi objeto de discussão a validade do contrato-promessa de partilha, feito durante a constância do casamento, em regra na pendência de um processo de divórcio, e para valer logo que transite em julgado a sentença que dissolve o matrimónio. Os cônjuges

pretendem comprometer-se a dividir os bens comuns de uma certa forma e esperam que, depois da dissolução do casamento, ambos celebrem a escritura prometida. Como é óbvio, os efeitos reais só se produzem por força deste contrato, embora esses efeitos estejam predeterminados, prometidos, pelo contrato-promessa feito antes do trânsito em julgado da sentença de divórcio.

Tudo andou à volta de saber se um cônjuge separado de facto ou, de qualquer modo, no curso de um processo de divórcio, *estará ou não estará sujeito ao eventual ascendente psicológico do outro*, de tal modo que se justifique ou não se justifique a proteção do art. 1714.º Julgamos que o simples contrato-promessa de partilha é válido, independentemente de os cônjuges se encontrarem em processo de divórcio. Ao celebrarem um contrato-promessa de partilha dos bens comuns, os cônjuges nem alteram as regras que valem acerca da propriedade dos bens, dentro do seu casamento, nem modificam as normas aplicáveis à comunhão (contra o art. 1714.º, n.º 1); e também não modificam o estatuto de qualquer bem concreto (contra o art. 1714.º, n.º 2, e contra um entendimento amplo do princípio da imutabilidade). Aquele negócio tem apenas como efeito a promessa de imputar os bens comuns concretos, que o casal tem à data do acordo, na meação de cada cônjuge. Depois de realizado o contrato-promessa, todos os bens comuns do casal continuam bens comuns do casal; e todos os bens próprios de cada cônjuge continuam como dantes. Nenhuma das massas patrimoniais do casal se modifica. Assim, nem os cônjuges correm perigo, nem os terceiros que se encontram relacionados com eles. Nenhum cônjuge perde qualquer dos seus bens próprios nem vê diminuída a sua meação nos bens comuns. Por outro lado, os credores continuam a ver intactas as diversas massas patrimoniais do casal. Os credores comuns mantêm o património comum a garantir os seus créditos; e os credores pessoais do cônjuge “mais fraco” — aqueles que poderiam sofrer com o contrato — têm a

certeza de que, depois da partilha, encontrarão no património do cônjuge devedor o valor da sua meação nos bens comuns. Não se vê que interesses de terceiros devem obstar à validade do contrato. Se o regime de bens permanece incólume, e também não muda a qualificação de qualquer bem concreto e se, portanto, não há alteração do valor das massas patrimoniais do casal, então não há perigo nem para qualquer dos cônjuges nem para terceiros e não há razão para aplicar a norma que consagra a proteção dos cônjuges e dos terceiros contra os perigos da mudança do regime ou da alteração do estatuto dos bens concretos — o art. 1714.º, n.º 1 ou n.º 2.

Apesar de tudo, sempre pode recear-se que, através do contrato-promessa, um cônjuge que goze de ascendente psicológico “force” o outro a aceitar como integrantes da sua meação os bens que menos interessariam a este, deixando livres, para preencher a meação do primeiro, os bens que este teimosamente pretende; com prejuízo, também, dos credores do cônjuge “fraco”, cujos direitos poderão ficar garantidos com bens relativamente mais difíceis de vender. Porém, cremos que o modo como esta repartição é projetada não parece merecer um controlo específico da ordem jurídica. Isto é: deve ficar apenas submetida aos mecanismos gerais de defesa de um contraente contra o outro. Assim, o contrato-promessa de partilha poderá ser anulado por coação, por estado de necessidade, por erro, etc., tal como outro negócio jurídico qualquer, no caso de se verificarem os respectivos requisitos.

Já não se pode dizer o mesmo se o contrato-promessa servir para projetar uma partilha de tal modo que um dos cônjuges venha a receber um valor maior do que o outro. Imagine-se um contrato-promessa em que se promete uma divisão do património comum em partes desiguais. Este contrato-promessa seria nulo por força do art. 1730.º, n.º 1, CCiv. Segundo esta norma, “os cônjuges participam por metade no ativo e no passivo da

comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso”. Ao impor a regra da metade a ambos os cônjuges, o legislador deve ter querido evitar que um deles tentasse obter do outro um acordo injusto no sentido de uma partilha desigual, usando algum ascendente psicológico sobre este. Por exemplo, o marido guardaria duas terças partes dos bens comuns e a mulher levantar-se-ia apenas com uma terça parte. Por outro lado, estes acordos desiguais parecem esconder doações que o cônjuge prejudicado faz ao outro. Se for assim, esses acordos podem ser acusados de pretender fazer doações de bens comuns, contra o preceituado no art. 1764.º, n.º 1; e também por isso serão nulos. Sendo estes acordos nulos, o cônjuge prejudicado tem o direito de invocar a nulidade a todo o tempo e apenas tem o ônus de provar, nos termos gerais, que o contrato-promessa de partilha lhe reservou uma quota inferior a metade.

Encaramos a partilha sob condição suspensiva do mesmo ponto de vista. A partilha pura e simples é nula, pelas razões já mencionadas. A partilha subordinada à condição suspensiva da procedência de um divórcio é válida porque não faz terminar as relações patrimoniais antes de a lei o permitir, nem faz mudar o regime de bens. É só isto que a lei proíbe que se faça durante o casamento; por esta razão, não creio que se deva qualificar a partilha sob condição suspensiva como “um negócio em fraude à lei”¹⁴⁷.

Os limites resultarão dos arts. 1730.º e 1764.º, n.º 1. Só é admissível uma partilha sob condição que respeite a regra da metade. Se a partilha sob condição previr uma distribuição desigual, ela acaba por significar uma renúncia antecipada ao direito à metade ou uma doação de bens comuns. Parece irrelevante o modo como os cônjuges se entenderam acerca da distribuição dos bens pelas meações. Creio que é despropositado dar relevância a qualquer

¹⁴⁷ RITA XAVIER, *Contrato promessa...*, p. 172.

espécie de “ascendente” que apenas tenha por consequência que um cônjuge fica com o pinhal enquanto o outro fica com a vinha, um fica com a casa da cidade o outro com a da serra, se estes bens tiverem o mesmo valor.

A jurisprudência portuguesa andou dividida acerca da validade destes contratos-promessa: se vários acórdãos consideraram os contratos nulos, como a Rel. de Lisboa, ainda em 3.10.2000 (sumário em www.dgsi.pt), o S.T.J. optou pela solução da validade em 23.3.1999 (*Col. Jur. — S.T.J.* 1999, t. II, p. 30-1), em 9.12.1999 (*Col. Jur. — S.T.J.* 1999, t. III, p. 132-5), em 8.3.2001 (*Col. Jur. — S.T.J.* 2001, t. I, p. 161-3), em 6.12.2001 (sumário em www.dgsi.pt), em 05.05.2005, 12.20.2005 e 02.22.2007 (www.dgsi.pt).

Subsecção VI. Contratos entre cônjuges

176. Generalidades

Nos sistemas jurídicos de origem latina, a tradição da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens andou associada, compreensivelmente, a grandes restrições da capacidade negocial dos cônjuges. A permanência dos regimes exigia que os cônjuges não tivessem o ensejo para modificar a composição das massas patrimoniais através de negócios jurídicos translativos de domínio que pudessem levar, indiretamente, ao resultado que a lei proibia.

Por outro lado, a hierarquia dos papéis conjugais¹⁴⁸ também não parecia compatível com a justaposição de outras relações jurídicas baseadas na igualdade, em que os dois cônjuges se tornassem

¹⁴⁸ MALAURIE e AYNÈS, *Cours de droit civil, La Famille*, 6e éd., Paris, Cujas, 1998, p. 515 e 518; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 12e éd., Paris, Litec, 2004, n.º 371.

associados com um estatuto igual, ou de outras relações jurídicas organizadas sobre uma hierarquia inversa, em que a mulher tivesse o poder de direção sobre o marido.

Foi assim que o nosso direito, como o francês, o espanhol e o italiano, estabeleceram proibições da compra e venda, da constituição de sociedades, como estabeleceram restrições à participação em sociedades, às doações entre cônjuges, aos contratos de trabalho.

À medida que o princípio da imutabilidade foi cedendo perante as necessidades de adaptação aos interesses patrimoniais modernos e à medida que o estatuto dos cônjuges se foi encaminhando para uma progressiva igualação, aquelas restrições foram perdendo o sentido e os vários sistemas jurídicos abandonaram-nas passo a passo, não sem alguns equívocos e contradições¹⁴⁹.

No direito português, a reforma de 1977 introduziu a regra da igualdade jurídica dos cônjuges, mas não tocou no tradicional princípio da imutabilidade. Esta circunstância, aliada a um sentimento de desconfiança quanto ao livre exercício da autonomia privada dentro do casal em que a regra da imutabilidade se baseia, e que simultaneamente alimenta, justifica que ainda se mantenham várias das restrições à livre contratação entre os cônjuges.

Como preliminar de uma exposição sobre o regime da contratação dentro do casal, partimos da ideia de que as incapacidades ou as ilegitimidades conjugais constituem exceção aos princípios gerais da autonomia privada e da liberdade contratual. Sendo assim, na interpretação dessas regras excepcionais deve adotar-se o sentido menos restritivo da capacidade dos cônjuges¹⁵⁰.

¹⁴⁹COLOMER, *ob. cit.*, n.º 368 a 374.

¹⁵⁰ Como M. J. HERRERO GARCIA para o direito espanhol, *Contratos onerosos entre conyuges*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 1976, p. 475.

177. Contrato de sociedade

Bibliografia portuguesa

CAEIRO, António, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, Coimbra, 1986 (separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia” — 1984); Id., *A destituição social do administrador ou gerente — Adenda*, in “Temas de direito das sociedades”, Coimbra, Almedina, 1984, p. 334-362; CARNEIRO, José Gualberto de Sá, *Sociedades de cônjuges*, in “Revista dos Tribunais”, Porto, ano 86.º, 1968, Jul.-Dez., n.º 1833, p. 291-306, n.º 1834, p. 345-354, n.º 1835, p. 387-392, n.º 1836, p. 435-441; COSTA, Marta, *Sociedades entre cônjuges*, “Lex Familiae”, ano 1, 2004, n.º 2, p. 79-90; LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, vol. IV (arts. 1576.º a 1795.º), 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 396-403; VARELA, Antunes, *Direito da família*, 1.º vol., 5.ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, p. 434-443; XAVIER, Rita Lobo, *Sociedades entre cônjuges. Sociedade de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das sociedades comerciais. Lei interpretativa. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 1990*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Lisboa, ano XXXV (VIII da 2.ª série), 1993, Jan-Dez., n.º 1-2-3-4, p. 239-281; XAVIER, Rita Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000.

I. Sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial

O art. 8.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de setembro) alterou os n.º 2 e 3 do art. 1714.º CCiv, no âmbito das sociedades comerciais e das sociedades civis sob forma comercial. Hoje “é permitida a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada”. A proibição de constituir sociedades ou de participar em sociedades com outrem foi reduzida aos casos em que os dois cônjuges assumam responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais.

A intenção legislativa parece ter sido a de evitar “a responsabilização pessoal dos cônjuges pelas dívidas da mesma sociedade (...) susceptível, em abstrato, de ofender o princípio da imutabilidade

(...)”¹⁵¹. Por isto é que, apesar das dúvidas que a doutrina sempre manifestou relativamente ao âmbito de aplicação da norma, o caso mais pacífico de proibição era o da participação dos cônjuges na mesma sociedade em nome coletivo, em que ambos os cônjuges respondiam solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais¹⁵².

Esta justificação — reduzida ao argumento da responsabilidade por dívidas — embora se tivesse tornado a mais conhecida, não parece satisfatória.

Em primeiro lugar, não se podia afirmar que o legislador rejeitava uma responsabilidade tão pesada para os cônjuges, pois que este regime era exatamente o que a lei impunha no caso da responsabilidade por dívidas contraídas no exercício do comércio (art. 1691, n.º 1, al. *d*). Aqui, o comerciante podia comprometer os bens comuns e, solidária e ilimitadamente, os bens próprios dos dois cônjuges. Nem se impede que os dois cônjuges mantenham cada um o seu comércio, ficando assim ambos duplamente responsáveis solidária e ilimitadamente. Se a lei impunha este regime num lado não fazia sentido que o rejeitasse noutro.

HERRERO GARCIA manifestou a mesma perplexidade perante o direito francês que inspirou o nosso regime atual e que, ao mesmo tempo, proibía aos cônjuges a constituição de sociedades comerciais com dupla responsabilidade ilimitada e admitia a de sociedades civis profissionais nas mesmas condições¹⁵³.

ANTÓNIO CAEIRO, aliás, notou a incongruência, afirmando depois que a proibição da responsabilização solidária e ilimitada, no âmbito societário, só tinha valor autónomo quando os cônjuges fossem casados em separação de bens — só aqui é que o art.

¹⁵¹ ANTÓNIO CAEIRO, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 22.

¹⁵² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, t. IV, p. 402.

¹⁵³ *Contratos onerosos entre conyuges*, cit., p. 485.

1691.º excluía a responsabilização de todos os bens do casal¹⁵⁴ e se tornaria necessário evitar que a proibição fosse defraudada através da constituição de uma sociedade. Mas não é razoável justificar o regime da proibição das sociedades entre cônjuges com dupla responsabilidade ilimitada com um argumento que só tem sentido para o caso minoritário da separação de bens.

Em segundo lugar, não é o momento da responsabilização por dívidas o mais propício para as alterações ilícitas, diretas ou indiretas, dos regimes de bens e dos poderes que a lei distribui imperativamente pelos cônjuges. Estas iniciativas contrárias ao princípio da imutabilidade — para quem o entenda num sentido demasiado amplo — são mais verosímeis no momento da constituição e da dissolução das sociedades e em outros aspectos do seu funcionamento, para além da responsabilidade por dívidas. Assim, pode imaginar-se que se vicie o valor das entradas para que as participações sociais não correspondam ao valor real dos bens que os cônjuges levaram para a sociedade; podem ser estabelecidas cláusulas de repartição de lucros ou sobre as quotas de liquidação que não correspondam às entradas; podem ser tornados próprios rendimentos que deviam ser comuns; na liquidação, podem vir a fazer parte do lote de um cônjuge bens que pertenciam à entrada do outro¹⁵⁵. Podem também ser estipuladas cláusulas sobre poderes de administração que derroguem as regras da lei civil¹⁵⁶. Pode dizer-se que a preocupação do legislador estaria mais na prevenção destas ofensas ao princípio da alteração dos regimes de bens do que na prevenção de um regime de responsabilidade que, embora pesado, era o regime regra previsto para o exercício do comércio.

¹⁵⁴ ANTÓNIO CAEIRO, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁵⁵ Exemplos de RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 259-260, e *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 236-7.

¹⁵⁶ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 434 e 437.

Se pudermos dizer que as preocupações razoáveis do legislador deviam ser estas — mais do que a responsabilidade por dívidas — então é difícil encontrar uma justificação convincente para o art. 8.º, n.º 1, C.S.C. Na verdade, a preocupação desta norma centra-se, justamente, na responsabilidade por dívidas.

Dir-se-á que o interesse do preceito é o de impedir que ambos os cônjuges assumam responsabilidade ilimitada. Mas não se vê como é que esta restrição defende o princípio da imutabilidade. O máximo que se pode dizer é que é menos arriscado para a situação financeira do casal que haja um só com responsabilidade ilimitada... Mas nada garante que este único responsável não seja o mais rico; nem esta cautela tem relevo do ponto de vista do princípio da imutabilidade.

Em suma: se o legislador não se preocupou com as ofensas ao princípio da imutabilidade suscitadas pela constituição, funcionamento e dissolução das sociedades, e que são alheias à responsabilidade por dívidas e são maiores, então devia ter admitido a constituição de sociedades ou a participação nelas, sem restrições. Isto é, devia ter encontrado um modo de revogar, sem mais, os n.º 2 e 3 do art. 1714.º CCiv.

O art. 8.º, n.º 1, C.S.C. afirmou a validade das sociedades entre cônjuges e da participação deles em sociedades com terceiro (com a ressalva da parte final do preceito).

Os autores que dão um sentido muito amplo ao princípio da imutabilidade discutem se esta norma derogou o princípio da imutabilidade no domínio das sociedades comerciais ou se, pelo contrário, é compatível com a sua vigência plena.

ANTUNES VARELA entendia que esta norma significou “uma profunda e significativa derrogação”¹⁵⁷ daquele princípio. Afirma que o legislador ficou “absolutamente insensível aos perigos especiais a que está

¹⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 439.

exposto cada um dos cônjuges perante o outro” e “não pôs o menor entrave à constituição de sociedades”. Para este autor, as sociedades comerciais abrem o caminho para os cônjuges poderem mudar “a categoria de certos bens (...) e as regras da sua administração¹⁵⁸.

Pelo contrário, RITA XAVIER entende que o art. 8.º C.S.C. enunciou “um princípio de validade das sociedades entre cônjuges (em que nenhum, ou apenas um dos cônjuges assuma responsabilidade ilimitada) sob reserva da compatibilidade do seu conteúdo com o respetivo regime matrimonial de bens”. Deixou de haver uma proibição absoluta, cega, de constituição de sociedades, que se baseava, para aquela autora, na presunção de que a constituição de sociedades servia a fraude contra a regra da imutabilidade; mas não deixa de se permitir, hoje, um “exame casuístico dos contratos de sociedade entre os cônjuges, com o objectivo de ajuizar da sua conformidade com o regime de bens (...)”. Serão ainda hoje inválidos os contratos que, apreciados em concreto, mostrem violação do princípio da imutabilidade. Assim, o art. 8.º, n.º 1, seria compatível com a regra da imutabilidade¹⁵⁹.

Estes dois autores partem do mesmo sentido do princípio da imutabilidade (art. 1714.º, n.º 1), dando-lhe o alcance de proibir quer os acordos de alteração direta das convenções e dos regimes de bens, quer os acordos que envolvam alteração indireta das massas patrimoniais e do estatuto patrimonial dos cônjuges, incluindo os poderes de administração que a lei lhes confere. Diferem apenas porque o primeiro via no art. 8.º, n.º 1, C.S.C. uma derrogação pura e simples dos n.º 2 e 3 do art. 1714.º, estabelecendo o regime oposto da permissão das sociedades; enquanto a segunda defende que não se trocou uma proibição das sociedades por uma admissão sem restrições (tirando agora a questão da responsabilidade): con-

¹⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 437-8.

¹⁵⁹ *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 264-7.

tinua a ser proibido constituir sociedades que, pelo seu conteúdo, ofendam a regra da imutabilidade.

Partimos de um entendimento diferente do art. 1714.º, n.º 1: apenas se pretendeu proibir a alteração do regime de bens convencionado ou fixado por lei na falta de convenção. Se assim for, não estão considerados, neste n.º 1, os negócios que incidem sobre bens concretos. Os negócios concretos entre os cônjuges estão regulados noutras normas, como a do n.º 2 desse preceito, que proibia o contrato de sociedade entre os cônjuges, e a do n.º 3 que permitia, em certos termos, a participação em sociedades com outros sócios. O art. 8.º C.S.C. revogou os n.º 2 e 3 do art. 1714.º, estabeleceu o regime oposto da permissão da constituição de sociedades e da participação em sociedades, com o limite relativo à responsabilidade por dívidas. Estes atos terão sido admitidos em homenagem à iniciativa privada, às necessidades da atividade comercial, à livre organização do capital produtivo, pesem os sacrifícios que estes propósitos tenham de impor ao princípio tradicional da preservação das massas patrimoniais definidas por um regime de bens imutável.

A livre constituição de sociedades e de participação em sociedades (com o único limite da responsabilidade ilimitada de ambos os cônjuges), prevista em nome daqueles interesses, pode significar que se introduzam modificações nas massas patrimoniais do casal; estas modificações não seriam autorizadas, no puro quadro do Direito da Família, fora de um contexto societário. ANTUNES VARELA parecia ter razão quando afirmava que se derogou o princípio da imutabilidade, sobretudo com o sentido amplo que lhe atribuía.

Pode dizer-se, no entanto, que esta liberdade tão ampla pode suscitar prejuízos para credores dos cônjuges que vejam as suas garantias diminuídas pela eventual modificação das massas patrimoniais do casal. Teria sido avisado estabelecer como limite para a livre constituição de sociedades a proteção dos direitos adquiridos por terceiros antes do registo da constituição do novo ente social;

este limite seria mais útil do que a cautela referente à responsabilidade por dívidas, de interesse duvidoso, que ficou estabelecida no art. 8.º, n.º 1, C.S.C.

Foi discutido o problema de saber se a nova lei (art. 8.º C.S.C.) é apenas interpretativa da lei anterior (art. 1714.º, n.º 2 e 3, CCiv) de tal modo que se integre na lei interpretada (art. 13.º, n.º 1, CCiv), aplicando-se às sociedades constituídas no domínio da lei anterior.

Parece difícil que o novo regime, abertamente favorável à constituição de sociedades entre cônjuges, possa ser entendido como a afirmação de um dos sentidos possíveis contidos no art. 1714.º CCiv, de onde emergia, sobretudo, uma clara proibição¹⁶⁰. A diferença entre o regime novo e o anterior não é tão nítida no que toca à participação de cônjuges com outrem, em sociedades; por isso, seria viável defender a natureza interpretativa da lei nova, neste ponto.

A interpretação do n.º 3 do art. 1714.º dividiu a doutrina e a jurisprudência acerca do significado da “participação dos dois cônjuges na mesma sociedade...”. Uma corrente entendeu que “participar significa fazer parte integrante, ter ou tomar parte”¹⁶¹ e, portanto, era irrelevante que se tratasse de uma sociedade apenas com os dois cônjuges ou que nela figurassem outros sócios; além disto, o problema que se queria resolver com a proibição e as suas exceções era o da responsabilidade ilimitada e solidária dos dois cônjuges pelas dívidas sociais — e a solução deste problema não dependia de os cônjuges estarem sozinhos ou acompanhados na sociedade¹⁶².

Mas também se defendeu que era preciso distinguir a situação em que os cônjuges estão sozinhos daquela em que eles participam numa sociedade com outrem, alegando que a sociedade entre os

¹⁶⁰ Sobre este assunto, mais desenvolvidamente, RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 271-6.

¹⁶¹ ANTÓNIO CAEIRO, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 27; VASCO XAVIER e MARIA ÂNGELA COELHO, Ónus da impugnação especificada; sociedade de dois cônjuges e validade das transmissões de partes sociais a ela conducentes, separata da “Rev. Direito e Estudos Sociais”, 10/11 (1984/1985), p. 305-328, p. 323.

¹⁶² RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 252-3.

cônjuges propicia mais as fraudes ao princípio da imutabilidade¹⁶³ — para concluir que o legislador tinha usado a palavra “participação” num sentido restrito, que supunha a presença de outro sócio, para além dos cônjuges. O sentido mais vulgar das palavras, as razões substanciais apontadas, e também a circunstância de o art. 8.º, n.º 1, C.S.C. distinguir bem a constituição de sociedades entre cônjuges da simples participação deles noutra sociedade, parece sugerir que se considerem distintamente as duas hipóteses¹⁶⁴.

Também era disputada a questão de saber se a sociedade por quotas cabia na expressão legal de “sociedade de capitais”, em que os cônjuges podiam participar (art. 1714.º, n.º 3). ANTUNES VARELA, alegando a possibilidade de detenção e exercício de poderes de gerência, pouco fiscalizados, através dos quais um cônjuge poderia lesar o outro, negava que a participação de ambos coubesse na autorização daquela norma¹⁶⁵. ANTÓNIO CAEIRO, pelo contrário, sensível principalmente à limitação da responsabilidade, e negando que o cônjuge não gerente carecesse de uma proteção suficiente, admitia que a sociedade por quotas estivesse entre aquelas em que os cônjuges podiam participar, nos termos do art. 1714.º, n.º 3¹⁶⁶.

II. Sociedades civis

O art. 1714.º, n.º 2 e 3, continua a aplicar-se às sociedades civis, que não estão subordinadas ao art. 8.º, n.º 1, C.S.C.

Quer se entenda que o art. 1714.º, n.º 1, já contém a proibição dos negócios concretos sobre bens que, apreciados em concreto, ofendam o princípio da imutabilidade, quer se entenda, como nós,

¹⁶³ RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 258-261.

¹⁶⁴ Embora a epígrafe do art. 8.º volte a reunir os dois casos sob o termo “participação” e o regime seja idêntico.

¹⁶⁵ *Direito da Família*, cit., p. 436.

¹⁶⁶ *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, cit., p. 21-4.

que o citado artigo não se refere a negócios sobre bens concretos e só proíbe novos acordos sobre o regime, sobre os critérios de qualificação dos bens do casal, o que agora importa é que o art. 1714.º, n.º 2, estabelece uma clara proibição da constituição de sociedades entre cônjuges.

A razão, para uns, terá estado no risco de ofensa do princípio da imutabilidade que resultaria da responsabilidade ilimitada e solidária dos cônjuges. Já criticámos esta orientação, acima. Segundo outra corrente, a proibição visou eliminar os ensejos que a constituição de sociedades oferece para alterações da qualificação dos bens do casal e para desvios a outras regras, designadamente sobre o valor das entradas, sobre a natureza dos frutos e sobre quotas de liquidação. Estas alterações são tão naturais no âmbito da constituição de sociedades, quer inocente quer fraudulentamente, que o legislador terá preferido impor uma interdição plena. A justificação parece melhor do que a anterior, como vimos acima. No âmbito das sociedades comerciais, o legislador de 1986 terá entendido que os interesses do comércio e da Economia em geral deviam sobrepor-se às regras do Direito patrimonial da Família e, por isso, o art. 8.º, n.º 1, é bem mais liberal; mas no âmbito das sociedades civis não valem essas razões e a clássica proibição mantém-se em vigor.

178. Doações

As doações entre cônjuges não são admitidas sem reservas em todos os sistemas jurídicos, e compreende-se porquê. As razões que se lhes opõem são as mesmas que justificam, ou podem justificar, que não seja permitido aos cônjuges alterar livremente o seu regime de bens. Por um lado, haverá o receio de que a doação resulte do ascendente ou influência dum dos cônjuges sobre o outro; a comunhão de vida, de um modo geral, e o sentimento

de que os bens doados “ficam na família” podem levar um deles a beneficiar o outro irrefletidamente, tudo com prejuízo da liberdade e espontaneidade do ato. Por outro lado, também os interesses de terceiros, nomeadamente dos credores dos cônjuges, estarão contra a possibilidade de eles fazerem doações um ao outro, transformando bens comuns em bens próprios ou bens próprios em bens comuns. São razões idênticas, como se vê, àquelas com que a imutabilidade das convenções antenupciais costuma justificar-se. E, assim, não se estranha que a atitude do legislador quanto às doações entre cônjuges seja coerente com a que, na respetiva legislação, se tome quanto à imutabilidade ou imutabilidade das convenções antenupciais. Tudo depende do valor que se dê ou não dê ao princípio da imutabilidade, em cada sistema jurídico. Naturalmente, as legislações que têm em menos apreço esse princípio — como a alemã e a suíça — permitem livremente as doações entre cônjuges, que sujeitam ao regime geral das doações. No polo oposto estão aquelas — como a italiana e a espanhola — que proíbem tais doações pura e simplesmente. E entre umas e outras estão as que — como a francesa — permitem as doações entre cônjuges mas as consideram livremente revogáveis como as disposições testamentárias. O nosso legislador segue igualmente esta *via media*, como resulta do art. 1765.º CCiv.

Quanto aos requisitos de fundo e de forma, as doações entre cônjuges não oferecem especialidades a mencionar. Valerão aqui integralmente as regras gerais, como se de vulgares doações se tratasse.

Quanto à capacidade, há a notar porém que o nosso direito contém uma proibição genérica de os cônjuges fazerem doações um ao outro em todos os casos de regime de bens imperativo (art. 1762.º)¹⁶⁷. Deste modo se afasta uma maneira indireta de tornar ou iludir a imposição do regime pela lei.

¹⁶⁷ Ao contrário do regime anterior ao Código de 1966.

Também quanto à forma as doações entre cônjuges se regem pelos princípios das doações em geral (art. 947.º), com duas especialidades. Por um lado, a doação de coisas móveis, mesmo quando acompanhada de tradição, tem de ser reduzida a escrito (art. 1763.º, n.º 1). A verdade é que a tradição, em geral, tem o valor de publicar a transmissão do domínio; e esta função não fica preenchida quando a tradição opera de um cônjuge para outro, dentro de casa¹⁶⁸. Por outro lado, “os cônjuges não podem fazer doações recíprocas no mesmo ato” (art. 1763.º, n.º 2). As razões da proibição são as mesmas que valem para a proibição de testamentos de mão comum (art. 2181.º). Em primeiro lugar, a lei quer preservar a liberdade e espontaneidade da vontade do doador, e tem receio das influências e pressões que entre os codoadores poderiam exercer-se no caso de as doações serem feitas “no mesmo ato”. Em segundo lugar, quer a lei assegurar a livre revogabilidade da doação, e pensa que o facto de as doações serem feitas no mesmo instrumento funda uma aparência de reciprocidade, aparência que se imporá aos próprios cônjuges, em termos de a revogação pôr a cada um deles difíceis problemas de consciência. Cada um dos cônjuges terá compreensíveis escrúpulos em revogar a doação que fez, sabendo que o mesmo instrumento de que ela consta contém uma outra doação de que ele beneficia. Já no caso de as doações serem feitas em instrumentos diferentes aparecerá mais clara ao espírito dos doadores a ideia de que se trata de dois negócios autónomos e independentes entre si. A proibição comporta, porém a exceção do n.º 3 do mesmo artigo. O caso mais vulgar é este: os pais fazem doação aos filhos de determinados bens comuns, com a cláusula de reserva do usufruto desses bens até à morte do último doador. Semelhante reserva do usufruto, embora envolvendo a doação de cada um dos cônjuges

¹⁶⁸ PESSOA JORGE, *Doações para casamento. Doações entre casados*, in *BMJ* n.º 124, 1963, p. 331.

ao outro, no mesmo e único ato, do usufruto dos bens doados para o caso de sobrevivência do donatário, é, pois, inteiramente válida.

As doações entre cônjuges só podem ter por objeto bens presentes, nos termos do regime geral das doações (arts. 942.º, n.º 1, e 1753.º, n.º 2).

Por outro lado, as doações entre cônjuges só podem ter por objeto bens próprios. O regime do Código de Seabra não continha esta restrição; permitia a doação de bens comuns. PESSOA JORGE, ponderando as críticas a esse regime — que permitia a transferência de bens do património comum para o património de um dos cônjuges, com ofensa do princípio da imutabilidade entendido num sentido lato e suscitando “sérios prejuízos para terceiros”¹⁶⁹ — optou por proibir as doações de bens comuns. O que avultou, pois, foi a proteção da integridade do património comum e a consequente defesa dos credores de ambos os cônjuges. A razão de proteção dos credores de ambos os cônjuges, verdadeiramente, não exigia tanto. Em primeiro lugar, o património do cônjuge donatário ainda responderia, embora subsidiariamente, pela dívida; em segundo lugar, aqueles credores ainda poderiam ficar mais garantidos se os bens comuns doados, transformados em bens próprios do donatário, respondessem perante os credores de ambos os cônjuges ao mesmo tempo que os outros bens comuns, num regime que lembraria o disposto no art. 1696.º, n.º 2. Note-se, por último, que a doação de um bem comum a um dos cônjuges era menos prejudicial para os credores de ambos do que a doação a um terceiro, feita pelos dois cônjuges — e a lei não a proíbe.

É certo que também era conhecido o obstáculo que resultava do facto de a doação de um bem comum significar a disposição, por um dos cônjuges, de uma fração do bem comum, em contraste com a ideia de propriedade coletiva, segundo a qual há apenas um direito uno sobre os bens, com dois

¹⁶⁹ PESSOA JORGE, *Doações para casamento. Doações entre casados*, cit., p. 292-3 e 332.

titulares. Mas este obstáculo teórico não parece ter pesado na solução que o código adotou¹⁷⁰.

O traço mais característico do regime das doações entre cônjuges é a sua *livre revogabilidade*, com a qual, como vimos, a lei julgou obviar satisfatoriamente aos inconvenientes que as mesmas doações oferecem. Segundo o art. 1765.º, n.º 1, “as doações entre casados podem a todo o tempo ser revogadas pelo doador, sem que lhe seja lícito renunciar a este direito”. As doações entre cônjuges podem, pois, ser revogadas por qualquer motivo, que não apenas por ingratidão do donatário (art. 970.º); o princípio é agora o da revogabilidade *ad nutum*, ou seja, o de uma revogabilidade que não carece de ser motivada ou fundamentada.

A livre revogabilidade, porém, não está isenta de dúvidas. Não deixa de ser estranho que um contrato possa ser livremente revogado por uma das partes — sem o ónus de uma justificação e dependendo do seu puro arbítrio. A falta de um mínimo de vinculação jurídica, que restrinja a vontade, costuma ser argumento para se rejeitar a validade das declarações de vontade com que um declarante se vincula “se quiser”, ou para rejeitar a validade das condições potestativas arbitrárias¹⁷¹. Por outro lado, sabe-se que as doações entre cônjuges podem ser usadas com a finalidade de compensar o donatário a quem o mero funcionamento do regime de bens não garanta as vantagens patrimoniais justas¹⁷². Será o caso do cônjuge que trabalha para a família, em casa, para além do que exigiria a vulgar contribuição para os encargos do lar, e a quem um regime de separação de bens nem sequer faz participar no valor das aquisi-

¹⁷⁰ PESSOA JORGE, *Doações para casamento. Doações entre casados*, cit., p. 332; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 492.

¹⁷¹ MOTA PINTO, *Teoria Geral ...*, cit, p. 565-6.

¹⁷² Com mais desenvolvimento, veja-se RITA XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 208 s.

ções do outro; será, também, o caso do cônjuge que colabora numa empresa do outro, sem salário. Exemplos como estes mostram que as doações podem ter uma intenção compensatória ou remuneratória. A livre revogabilidade nestes casos — em geral exercitada pelos maridos num momento de crise matrimonial, quando as mulheres ficam mais sobrecarregadas e mais pobres — pode constituir uma violência injusta¹⁷³.

A alternativa mais óbvia que se pode conjeturar para o regime da livre revogabilidade das doações é o regime geral da revogação por ingratidão do donatário (art. 974.º), que remete para os fundamentos da indignidade sucessória e da deserdação. Segundo este regime geral, as doações são tomadas a sério do ponto de vista da vinculação do doador, como outro contrato qualquer; embora o seu carácter gratuito permita dar relevo aos comportamentos muito graves que, no âmbito sucessório, fazem um sucessível perder a capacidade de ser chamado e o correspondente direito aos benefícios. É claro que, deste modo, será muito difícil revogar uma liberalidade. A solução, portanto, não satisfará os que reconhecem que as liberalidades entre cônjuges são realizadas num enquadramento diferente do das doações vulgares, e que preferem um regime mais amplo de revogação, como o que está consagrado na lei.

Se o regime tradicional da livre revogabilidade for considerado muito amplo e se o regime geral da revogação por ingratidão do donatário for julgado muito restritivo, talvez se pudesse imaginar um regime intermédio, que mantivesse basicamente a ideia de vinculação própria do contrato e garantisse a solidez das doações, mas permitisse ao doador revogar a liberalidade não só por ingratidão mas também em outros casos especiais¹⁷⁴; um regime próximo da “alteração das circunstâncias” (art. 437.º), que porventura não viesse a consagrar que toda a

¹⁷³ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille em France*, in “Liber Amicorum Marie Thérèse Meuldens-Klein”, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 672.

¹⁷⁴ Veja-se, sobre algumas tentativas da doutrina alemã, RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 218, nota 200.

cessação do casamento, ou toda a cessação baseada em divórcio, constituiria motivo bastante para a revogação. E não poderia mesmo usar-se o regime do art. 437.º? Parece não haver obstáculos à sua aplicação a contratos unilaterais¹⁷⁵ e também não parece impossível a sua aplicação a contratos já cumpridos¹⁷⁶.

Supomos que o princípio da livre revogabilidade se aplica tanto às doações diretas como às indiretas; mas, por outro lado, cremos que se aplica apenas às verdadeiras doações e não aos simples donativos, assim considerados em face dos usos e do respetivo valor económico, dadas as condições económicas dos cônjuges.

Advirta-se por outro lado que o art. 1765.º, n.º 1, permite a revogação a todo o tempo e portanto mesmo depois da morte do donatário, quando os bens doados já pertencem aos herdeiros deste. Sem embargo dos graves inconvenientes que a solução comporta, dos prejuízos que dela podem derivar para os terceiros que, de boa fé, tenham confiado na aparência de os bens pertencerem sem restrições aos herdeiros do donatário, a lei terá admitido a solução como a mais conforme à vontade normal do doador, que, falecendo o donatário antes dele, naturalmente quer que os bens doados voltem ao seu património e não que vão beneficiar os herdeiros daquele. Mas a faculdade de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador (art. 1765.º, n.º 2).

Questão de solução duvidosa é a da validade da cláusula de não retroatividade da revogação. As razões do princípio da livre revogabilidade apontam para a solução negativa. Aliás o donatário poderia convencer o doador a fazer-lhe a liberalidade renunciando à retroatividade dos efeitos da revogação, e ficaria com a possibilidade de alienar e onerar livremente os bens doados. Em conclusão, pode dizer-se que as doações entre cônjuges produzem imediatamente

¹⁷⁵ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 612.

¹⁷⁶ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 305-6.

os seus efeitos mas estes ficam dependentes de uma condição resolutiva legal (a revogação pelo doador), cuja verificação opera retroativamente, de um modo geral. Um regime em face do qual se vê bem como é precária, na verdade, a situação do donatário nas doações entre cônjuges: revogada a doação, a qualquer tempo, os bens dados reverterem para o doador livres de quaisquer encargos que o donatário tenha constituído sobre eles.

As doações entre cônjuges caducam, em primeiro lugar, se o donatário falecer antes do doador, salvo se este confirmar a doação nos três meses subsequentes à morte do donatário (art. 1766.º, n.º 1, al. *a*). Caducam também (al. *b*) no caso de declaração de nulidade ou anulação do casamento, mas isto sem prejuízo dos princípios do casamento putativo que já foram expostos (art. 1647.º). Assim, a doação não caduca havendo boa fé de ambos os cônjuges, pois os efeitos que já produziu mantêm-se em atenção a essa boa fé; estando só um dos cônjuges de boa fé, também a doação não caduca quando feita pelo cônjuge de má fé a favor do outro cônjuge. Por último, deve notar-se que o fundamento de caducidade previsto na al. *c*) – que se manteve por manifesto lapso – é inaplicável por não haver lugar para a consideração e a graduação das culpas, no divórcio ou na separação.

179. Compra e venda

Conforme o art. 1714.º, n.º 2, “consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior os contratos de compra e venda (...) entre os cônjuges...”.

O legislador entendeu que, se as vendas fossem válidas, os cônjuges podiam fazer um ao outro, sob a aparência de vendas, verdadeiras doações, com as quais facilmente iludiriam o princípio da livre revogabilidade das doações entre casados. Sendo difícil a prova

da simulação, muitas vezes um dos cônjuges se locupletaria à custa do outro, sendo este levado a fazer àquele verdadeiras doações, mas doações irrevogáveis porque mascaradas ou disfarçados de vendas.

O fundamento do princípio do art. 1714.º, n.º 2, é, pois, o mesmo que justifica a imutabilidade das convenções antenupciais, a proibição dos testamentos de mão comum ou a livre revogabilidade das doações entre cônjuges. Trata-se de evitar que um dos cônjuges abuse da influência ou do ascendente que exerça sobre o outro cônjuge.

Segundo o entendimento restrito que adotamos do princípio da imutabilidade — que só abrangeria as alterações do regime de bens convencionalizado ou aplicado supletivamente — a proibição da compra e venda entre cônjuges não resultaria do art. 1714.º, n.º 1, pois este negócio apenas incidiria sobre um bem concreto, transferindo a sua propriedade. Daí que o legislador tivesse sentido a necessidade de prever o disposto no n.º 2. Quem atribuir ao princípio da imutabilidade um alcance maior — que impeça toda a alteração das massas patrimoniais dos cônjuges ou mesmo toda a alteração do “estatuto patrimonial” dos cônjuges — dirá que a proibição da compra e venda já resultaria do n.º 1, pois esse negócio implica uma transferência de um bem entre dois patrimónios.

Perante a necessidade de encontrar para a proibição do art. 1714.º, n.º 2, um sentido útil, RITA XAVIER defende que os negócios jurídicos sobre bens concretos poderão ser nulos se produzirem alterações sobre bens concretos, no quadro do n.º 1; e toda a compra e venda será nula, sem averiguação casuística, porque a lei pressupõe a lesão do princípio da imutabilidade, no quadro do n.º 2¹⁷⁷.

A compra e venda entre cônjuges deixou de ser proibida em França, em 1985. Mas a doutrina continua a defender que só são válidas as vendas entre patrimónios próprios e desde que se respeitem as regras da sub-rogação indireta (correspondentes ao art. 1723.º, al. c), do nosso Código Civil); se não se respeitarem estas regras, a aquisição fará entrar o bem no património comum.

¹⁷⁷ RITA XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 231-3.

Pelo contrário, serão nulas as transmissões do património comum para qualquer património próprio e, inversamente, de um património próprio para o património comum. A razão fundamental está, é claro, na circunstância de a compra e venda, nestes dois últimos casos, significar uma mudança do estatuto do bem — uma mudança de património — fora das normas sobre alteração das convenções matrimoniais.

Seria possível admitir todas estas transmissões se o princípio da imutabilidade, ou da mutabilidade controlada, dos regimes de bens se referisse ao valor dos patrimónios e não aos bens concretos que neles se integram. Se assim fosse, a mudança de um bem próprio para o património comum, p. ex., podia admitir-se, sabendo-se que a perda do bem concreto tinha sido compensada pela entrada do preço correspondente¹⁷⁸. Restaria, porém, a objeção de que as vendas poderiam continuar a dissimular doações, que assim escapavam ao regime da livre revogabilidade.

A proibição do art. 1714.º, n.º 2, supõe que o contrato celebrado entre os cônjuges é uma verdadeira venda; e, por outro lado, que o vendedor e o comprador são casados no momento da conclusão do contrato (uma venda entre esposados é permitida, como é permitida uma venda entre os ex-cônjuges). Pode dizer-se que são estes dois os pressupostos da nulidade estabelecida naquela disposição legal.

O art. 1714.º, n.º 2, abre, porém, uma exceção para os casados separados de pessoas e bens, exceção cuja justificação é elementar. Estando os cônjuges separados, certamente que a razão da proibição legal já não vale nesse caso.

E uma outra hipótese em que a venda entre casados é permitida é a de venda executiva. Como o remidor tem de pagar o maior preço oferecido, também aqui a proibição não teria razão de ser.

Não é igualmente havida como venda proibida entre casados “a dação em cumprimento, feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte”. Mas, por não haver aqui propriamente uma venda, não poderá dizer-se que se trate de uma outra exceção ao art. 1714.º, n.º 2.

¹⁷⁸ BARABÉ-BOUCHARD, *Le changement de signification du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, JCP, 1994, p. 112-3, *apud* RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 161.

180. Outros contratos

A validade do *contrato de trabalho* foi difícil de aceitar enquanto os sistemas consagravam um estatuto conjugal desigualitário. Era sobretudo estranho que o marido pudesse ficar subordinado ao poder de direção da mulher; um contrato destes era considerado nulo por significar uma “inversão de papéis”¹⁷⁹.

Os progressos sociais e legais conduziram os sistemas para a igualdade jurídica dos cônjuges. E também esta ideia pode suscitar resistência à situação em que um dos cônjuges fica colocado numa posição de subordinação relativamente ao outro — como é característico de uma relação laboral.

A tendência vai no sentido da autonomia negocial dos cônjuges e, portanto, vai no sentido da aceitação de todos os contratos entre eles. O problema da contradição entre a regra da igualdade dos cônjuges e a regra da subordinação laboral só pode resolver-se através da distinção entre o que é a vida familiar, estatuto conjugal, e o que é relação laboral¹⁸⁰. E se esta distinção não for sempre fácil, pode dizer-se que mais difícil ainda é a consagrada distinção entre a vida particular de cada cônjuge e a vida em comum, que tem um relevo fundamental para delimitar o âmbito da autonomia privada e da direção conjunta da vida familiar (art. 1671.º, n.º 2).

Supõe-se que a subordinação laboral não diminui a dignidade e o estatuto conjugal do subordinado¹⁸¹; e supõe-se também que a prestação laboral não se confunde com o desempenho das tarefas domésticas habituais — caso contrário a relação de trabalho não

¹⁷⁹ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 305-6.

¹⁸⁰ OLIVIER MICHIELS e SYLVIE BREDAEL, *Le contrat de travail entre époux*, in Jean-Louis Jeghers, dir., *Les Contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 260.

¹⁸¹ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2011, n.º 7.

teria especificidade. Parece, portanto, legítima a constituição de uma relação de trabalho subordinado entre cônjuges.

As relações laborais regem-se pelas leis gerais do trabalho, embora a situação especial das partes possa levar a algumas perplexidades, como no problema de saber como é que o marido-patrão, e futuro pai, cumpre os deveres relacionados com a maternidade da sua mulher grávida-empregada, que presta os serviços dentro de casa; ou se a mulher-patroa tem de dar férias pagas ao marido-empregado¹⁸²; ou se, tratando-se de uma empresa qualificada como bem comum do casal, o património comum é responsável pelo pagamento do salário que, afinal, reverte para o mesmo património, a título de rendimento do trabalho do cônjuge assalariado.

Todos terão o sentimento de que o contrato de trabalho entre cônjuges pode ser facilmente usado para defraudar¹⁸³ o Fisco — fingindo despesas inexistentes para efeitos de dedução na matéria coletável; ou a Segurança Social e outros Programas financeiros — forjando relações de trabalho no intuito de obter regalias sociais ou económicas. Os contratos fraudulentos terão a sorte que as disposições gerais lhes assinarem.

Em face de uma pretensão de incentivos financeiros com base na criação de postos de trabalho, o S.T.A. já decidiu que “Num casamento sob o regime da comunhão de adquiridos é de ter por inexistente o contrato de trabalho celebrado por marido e mulher por falência de um elemento essencial, a retribuição. (...) É que a mesma proviria dos bens comuns e para eles retornaria, não se podendo afirmar assim um ganho, uma correspectividade.” (ac. de 05.12.1998, com sumário em jurisprudência.no.sapo.pt). Noutro acórdão, de 10.06.1993 (com sumário em jurisprudência.no.sapo.pt), o S.T.A. deliberou que “entre cônjuges casados sem convenção antenupcial não pode haver contrato de trabalho, por não haver entre eles subordinação jurídica e/ou económica”.

¹⁸² MALAURIE e AYNÈS, *Cours de droit civil, La Famille*, 6e éd., Paris, Cujas, 1998, p. 518.

¹⁸³ *Idem*.

Também não parece proibido o *mútuo* ou o *comodato* entre cônjuges. O dever recíproco de cooperação, sob a forma de socorro e de auxílio mútuos, deve poder assumir uma destas concretizações, antes de qualquer dos cônjuges ter de recorrer a um terceiro.

A questão parece pacífica sobretudo se os cônjuges estiverem casados no regime da separação.

Nos regimes de comunhão, ainda parece fácil conceber estes negócios se eles incidirem sobre bens próprios e se o mútuo for gratuito; nestes casos estabelecem-se relações apenas entre os patrimónios próprios dos cônjuges, que parecem não levantar dificuldades.

Será menos fácil conceber um mútuo ou um comodato de bens comuns em favor de um dos cônjuges ou um mútuo oneroso de bens próprios. No primeiro caso, os dois cônjuges, titulares de um único direito sobre o bem, cedem-no a um desses titulares. No segundo caso, os juros dos créditos próprios, na sua qualidade de frutos, devem ser contabilizados como bens comuns¹⁸⁴.

Sempre poderá justificar-se o cuidado de saber se o negócio não encobre, afinal, uma doação¹⁸⁵.

A *locação* entre cônjuges, que já foi considerada impossível mercê da “técnica do regime matrimonial de comunhão”¹⁸⁶, não está proibida, embora suscite dificuldades parecidas com as do mútuo e do comodato. Assim, quando o bem locado for próprio, deve ter-se em conta que o produto do arrendamento ou aluguer é comum, na qualidade de fruto do bem próprio. Quando o bem locado for comum, é preciso admitir que ambos os cônjuges possam dá-lo em locação a um só deles, e que o crédito sobre o locatário seja cobrado periodicamente pelo património comum.

¹⁸⁴ PIERRE JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 143.

¹⁸⁵ MALAURIE e AYNES, *ob. cit.*, p. 515.

¹⁸⁶ PIERRE JULIEN, *ob. cit.*, p. 143.

A abertura de *contas bancárias* que possam ser movimentadas por qualquer dos cônjuges — as contas coletivas solidárias — perturba radicalmente a aplicação típica das normas do direito patrimonial da família¹⁸⁷.

Os valores pertencentes a qualquer dos patrimónios — próprio de um dos cônjuges ou comum — podem ser transferidos para qualquer outro através do depósito e do levantamento por qualquer dos cônjuges. Assim, os bens de um cônjuge podem ser transferidos para o património do outro cônjuge; ou podem ser mantidos na conta para mais tarde serem tratados como um património comum, para dividir a meio. Estas transferências serão perturbadoras sobretudo para quem tiver um entendimento amplo do princípio da imutabilidade — que proibirá todas as alterações do estatuto patrimonial dos cônjuges — mas não deixam de causar dificuldades a quem permita alterações sobre bens concretos, pois, na verdade, não seguem os caminhos típicos da doação, da venda, do mútuo, etc., e acabam por ser mais ou menos inconscientes, resultado de uma confusão inevitável que se estabelece entre quem vive em comum e não mantém um mínimo de contabilidade.

As regras sobre administração dos bens também sofrem atropelos, pois qualquer dos cônjuges pode levantar as quantias que entender sem que haja averiguação acerca da proveniência dos valores (que permitiria qualificá-los como bens próprios ou comuns) e, no caso de os valores serem comuns, sem que o banco pergunte se o titular vai praticar um ato legítimo de administração ordinária ou que envolve a utilização dos seus salários, ou se, pelo contrário, vai praticar sozinho um ato que requeria a intervenção de ambos.

As regras gerais sobre responsabilidade por dívidas também sofrem ameaças. Designadamente, o credor por uma dívida que pertence a

¹⁸⁷ Veja-se RITA XAVIER, *Os limites da autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 301 s.

um só cônjuge pode pretender executar todo o saldo da conta solidária, alegando que o devedor pode dispor livremente da totalidade dos valores; o próprio banco, em face de um saldo negativo, pode pretender exigir de qualquer dos cônjuges a quantia em dívida.

No termo das relações conjugais, qualquer dos cônjuges pode também ele pretender ignorar a natureza dos fundos que alimentaram o depósito para partilhar o saldo, em partes iguais.

Todos estes problemas resultam, afinal, da emergência de um regime pretensamente autónomo, dinâmico e simplificado, assente no mero contrato de depósito e na prática bancária, que contrasta com as regras complicadas do direito matrimonial e passava bem sem elas. No entanto, e por agora, não pode deixar de se dar preferência ao direito matrimonial na solução dos problemas enunciados acima. Assim — e apesar das dificuldades manifestas — deve ser possível provar a origem dos fundos para determinar a medida dos direitos e das obrigações de cada cônjuge, nos termos das disposições do direito civil da família¹⁸⁸. Deste modo se hão de resolver as questões acerca das compensações do cônjuge prejudicado na hipótese de levantamentos excessivos pelo outro, as questões da ilegitimidade para a prática de certos atos, o problema da responsabilidade por dívidas e a medida certa da divisão do saldo.

O ac. do S.T.J., de 19.4.1995, ocupou-se de um caso em que uma mulher casada, separada de facto, pretendia que alguns bancos lhe dessem informações acerca da “evolução dos dinheiros e bens depositados” em contas em que o marido era o único ou um dos titulares juntamente com terceiros, supondo a mulher que esses dinheiros eram bens comuns do casal.

Os bancos alegaram o sigilo bancário para se negarem a dar as informações pretendidas.

O S.T.J., depois de ter afirmado que o sigilo pressupunha que as quantias depositadas pertenciam ao titular, talvez pudesse ter resolvido a favor da pretensão se dispusesse da prova de que os fundos depositados eram comuns;

¹⁸⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. IV, 2.^a ed., p. 293; RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 334.

mas, na verdade, esta prova não estava feita, nem poderia ser feita numa ação contra os bancos, mas sim num processo contra o marido, que assegurasse o contraditório deste.

O S.T.J. decidiu contra a pretensão da mulher e acrescentou que o único caminho viável seria o do pequeno processo de suprimento da autorização conjugal, previsto nos arts. 1684.º, n.º 3, CCiv e 1425.º CProcCiv (hoje art. 1000.º). Pensamos que a utilização deste processo seria forçada, pois ele destina-se a suprir as recusas de consentimento “nos casos em que ele é legalmente exigido”, para alienações e onerações de certos bens, no quadro das chamadas “ilegitimidades conjugais”, em que um negócio não pode ser válido sem a participação dos dois cônjuges; o processo não está pensado para qualquer recusa de consentimento como a que se verificava neste caso e nem podemos invocar aqui uma verdadeira analogia.

Mas parece insólito que um cônjuge não tenha um meio legal expedito para obter as informações indispensáveis sobre depósitos bancários alimentados com fundos comuns, que lhe permitam conhecer a extensão do seu direito a metade do património comum, na previsão de uma partilha¹⁸⁹.

Subsecção VII. Doações para casamento

181. Generalidades

Enunciaremos agora, a seguir à Subsecção que se ocupou dos contratos entre cônjuges, os princípios mais gerais que regem as doações para casamento. É claro que não se trata aqui de negócios entre cônjuges, mas sim entre esposados; no entanto, trata-se de negócios jurídicos feitos em vista do casamento, cujos efeitos dependem do estado de casado.

Chamamos “doações para casamento” às doações feitas em vista do futuro casamento por um dos esposados ao outro ou por um terceiro a qualquer deles. O seu regime traduz-se, como vamos ver, em uma

¹⁸⁹ Mais liberal ainda veja-se SERGIO ALAGNA, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Padova, Cedam, 1988, p. 46-51, e o direito italiano aqui referido.

série de desvios às regras gerais das doações, que todos se justificam pela ideia do favor ao casamento — do casamento que as doações matrimoniais precisamente se destinam a encorajar e promover.

182. Doações entre esposados

a) Noção. Natureza jurídica

Estudaremos em primeiro lugar as doações entre esposados, que são as doações feitas por um esposado a favor do outro e em vista do futuro casamento entre eles.

As doações entre esposados são doações condicionais, cuja eficácia fica dependente da verificação da condição legal (suspensiva) da futura celebração do casamento. São, pois, contratos subordinados a uma *conditio iuris*: a condição *si nuptiae sequantur*. A celebração do casamento é um facto incerto e do qual depende, por lei, a eficácia da doação; mas só a eficácia, na verdade, pois a doação já está concluída antes da celebração do casamento, a doação já existe e é válida, apenas não tem efeitos. Cremos, pois, ser aqui inteiramente aplicável o conceito, muito amplo, de condição legal ou *conditio iuris*.

b) Objeto

No que se refere ao seu objeto, as especialidades do regime das doações entre esposados são muito dignas de nota. É que as doações entre esposados, com efeito, podem ter por objeto, não apenas bens presentes (como a generalidade das doações: art. 942.º, n.º 1), mas também em certo sentido bens futuros, no sentido de que podem ter por objeto a totalidade ou uma parte, determinada ou indeterminada, da herança do doador. Admite a lei, pois, aqui, a figura da doação *mortis causa*, a que, em geral e como se sabe,

o nosso legislador dá a natureza de disposição de última vontade e sujeita, sob todos os aspectos, às regras estabelecidas no título dos testamentos (art. 946.º). As doações entre esposados, como também as doações de terceiros aos esposados, podem ser *inter vivos* ou *mortis causa*, como o art. 1755.º reconhece. E é de acordo com a sua natureza e o objeto sobre que recaem que podemos distinguir três modalidades nas doações entre esposados: doações *inter vivos* (de bens presentes), doações *mortis causa* de bens presentes certos e determinados e doações *mortis causa* de parte ou da totalidade da herança. Às primeiras referem-se os arts. 1753.º e segs.; às segundas e terceiras referem-se especialmente os arts. 1700.º e segs.

c) Forma

O art. 1756.º, dizendo que as doações para casamento só podem ser feitas na convenção antenupcial, parece ser muito limitativo e considerar nulas as doações que constem de uma qualquer escritura pública. Mas não parece que esta seja a melhor interpretação da lei. Na verdade, “convenção antenupcial” é qualquer escritura feita pelos nubentes em vista do casamento, quer escolham um regime de bens quer não. Se os nubentes aceitarem o regime supletivo e fizerem uma (ou mais) escritura de doação, deixando claro que se trata de um negócio pré-nupcial e por causa do casamento, estaremos perante uma convenção antenupcial e a doação será formalmente válida; e o mesmo se passará se os nubentes fizerem uma escritura para escolher o regime de bens e, em separado, fizerem outra escritura, para formalizarem a doação.

d) Efeitos

Os efeitos das doações entre esposados variam consoante a espécie de doação de que se trate, de modo que é necessário

distinguir a este respeito as três modalidades de doações entre esposados que referimos acima.

Não levantam quaisquer problemas as doações *inter vivos*. Como quaisquer outras doações entre vivos, elas operam a transferência dos bens doados ou dos respectivos direitos, no momento da celebração do casamento, do doador para o donatário, o qual adquire, a partir deste momento, um direito pleno sobre esses bens, de que pode dispor.

Nas doações *mortis causa* de bens presentes certos e determinados, de acordo com a estipulação dos nubentes, só à morte do doador é que a propriedade dos bens doados (ou, em termos gerais, a titularidade dos respectivos direitos) passa para o donatário. Não tem, pois, este, em vida do doador, qualquer direito ou, em geral, quaisquer poderes sobre os bens doados, mas só uma expectativa de os vir a receber à morte do doador, expectativa, porém, fortemente tutelada. Na verdade, sendo irrevogável a doação (art. 1701.º, n.º 1), não pode o doador dispor dos bens doados, nem a título gratuito nem mesmo a título oneroso; como a doação é de bens certos e determinados, qualquer alienação significaria uma revogação. Uma alienação a título oneroso só é permitida nas condições apertadas do n.º 2, tornando-se o donatário um mero credor pelo valor da coisa doada, com preferência sobre os demais legatários (n.º 3).

Nas doações *mortis causa* de parte ou da totalidade da herança também só à morte do doador os bens doados se transmitem para o donatário, o qual, em vida do doador, não tem pois qualquer direito atual sobre esses bens, mas só uma expectativa de os vir a receber quando o doador falecer. Uma expectativa, porém, juridicamente tutelada, conquanto a tutela da lei não seja tão forte como no caso anterior. Em vida, o doador não pode dispor dos bens doados a título gratuito, *mortis causa* ou mesmo *inter vivos*, mas pode dispor deles a título oneroso. Não se limitou a lei, pois, aqui, a tirar do princípio da irrevogabilidade as suas lógicas consequências. Logicamente, o princípio só levaria a proibir ao doador

as disposições *mortis causa*, mas não as disposições *inter vivos*. Na verdade, tendo o doador doado a sua herança (ou parte dela), os bens que em vida fosse doando já não fariam parte da sua herança e, portanto, não estariam abrangidos pela primeira doação. O legislador terá pensado, porém, como seria frágil e precária a posição do donatário se ao doador fossem permitidas as doações entre vivos. E a ideia fundamental do favor ao casamento levou-o, assim, no intuito de assegurar às doações entre esposados uma maior consistência e estabilidade, a proibir ao doador as próprias disposições *inter vivos*, só a possibilidade de disposições a título oneroso lhe ficando, pois, plenamente aberta.

e) Caducidade das doações entre esposados

Neste aspeto, as doações entre esposados oferecem a seguinte especialidade: é que há nelas duas causas de caducidade que lhes são próprias. Em primeiro lugar, as doações entre esposados, como doações subordinadas à condição legal *si nuptiae sequantur*, caducam se esta condição falhar, nos termos previstos nas als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 1760.º. Em segundo lugar, também caducam no caso de pré-morte do donatário ao doador (art. 1703.º, n.º 1).

Deve ter-se presente o regime da “perda de benefícios” na sequência do divórcio (cfr. o art. 1791.º e *infra*, n.º 257).

183. Doações de terceiros aos esposados

Não precisa agora de ser longa a exposição que vamos fazer do regime das doações de terceiros aos esposados, que são as doações feitas por terceiro a um ou a ambos os esposados e em vista do seu futuro casamento. E não precisa de ser longa porque se aplica a estas doações grande parte do regime das doações entre esposados.

As doações de terceiros aos esposados também são doações condicionais, cuja eficácia fica dependente da verificação da condição legal (suspensiva) da futura celebração do casamento.

Além disso, também podem ter por objeto bens presentes ou bens futuros, e a mesma classificação que fizemos das doações entre esposados a podemos fazer aqui: podem ser doações *inter vivos* (de bens presentes), doações *mortis causa* de bens presentes certos e determinados e doações *mortis causa* de parte ou da totalidade da herança.

Os princípios são ainda os mesmos quanto à forma. As doações de terceiros aos esposados também têm de ser feitas em escritura pública antenupcial.

Quanto aos efeitos, há que distinguir igualmente entre as três espécies de doação mencionadas, variando os efeitos das doações de terceiros aos esposados consoante a espécie de doação de que se trate.

São semelhantes as causas de caducidade. Porém, o predececho do donatário não é agora fundamento de caducidade: se o donatário tiver descendentes do casamento (que a doação visara favorecer), estes são chamados a suceder nos bens doados, em lugar do donatário (art. 1703.º, n.º 2).

Também deve ter-se em conta o regime da “perda de benefícios” na sequência do divórcio (cfr. o art. 1791.º e *infra*, n.º 257).

Secção II. Regime de bens do casamento

Bibliografia portuguesa

BARONA, FRANCISCO, *O contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 399-458; CRUZ, Guilherme Braga da, *Problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redatora do novo Código Civil*, in *BMJ* n.º 52, 1956, p. 341-354; *Id.*, *Regimes de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojeto de um capítulo novo do Código Civil*, in *BMJ* n.º 63, 1957, p. 23-191; *Id.*, *Regimes de bens do casamento. Disposições gerais-Regimes de comunhão. (Disposições gerais e regime supletivo)*, in *BMJ* n.º 122, 1963, p. 205-222; *Id.*,

O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português. (Estado atual da questão), in *BMJ* n.º 53, 1956, p. 173-204; DIAS, Cristina, *Da acessão no âmbito da titularidade dos bens no regime da comunhão de adquiridos: bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios*. Separata dos Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho. Universidade do Minho, Almedina; DIAS, João Álvaro, *Sociedades entre cônjuges. Rejeição ou atração?*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 477-486; ESPÍRITO SANTO, João, *A imutabilidade dos regimes de bens*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 459-476; GONÇALVES, Maria João, *Natureza jurídica das doações mistas no regime da comunhão de adquiridos*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 501-519; HENRIQUES, Sofia, *Estatuto patrimonial dos cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; LIMA, Pires de, e CRUZ, Braga da, *Direitos de Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1943; OLIVEIRA, Guilherme de, *Observações sobre os regimes de bens*, in “Temas de Direito da Família”, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 245-256; PAIVA, Adriano, *Regime de bens*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 381-397; ID., *A comunhão de adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, policopiado, Coimbra, Faculdade de Direito, 2006; ID., *Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no direito de Macau*, “Lex Familiae”, ano 3, 2006, n.º 5, p. 65-79; PEREIRA, Manuel Gonçalves, *Regimes convencionais. Anteprojeto para o novo Código Civil*, in *BMJ* n.º 122, 1963, p. 223-372; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Col. *Studia Iuridica*, n.º 27, Coimbra, Coimbra Editora, 1997; VASCONCELOS, Pedro Leitão Paes de, *Convenções antenupciais atípicas*, in “*Sciencia Jurídica*”, tomo XLIV, n.º 256/258, 1995, Braga, p. 331-344; XAVIER, Rita Lobo, *Das relações entre o direito comum e o direito matrimonial — a propósito de atribuições patrimoniais entre cônjuges*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, p. 487-500; ID., *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000; ID., *A sub-rogação real indireta de bens próprios nos regimes de comunhão*, separata da “*Revista de Direito e de Estudos Sociais*”, 1997, n.º 1-2-3, p. 185-212; ID., *Bem adquirido por cônjuge casado no regime da comunhão de adquiridos em cumprimento de contrato-promessa de compra e venda celebrado antes do casamento*, “*Lex Familiae*”, ano 1, 2004, n.º 2, p. 5-17.

Subsecção I. Princípios gerais

184. Noção de regime de bens do casamento

Chama-se regime de bens do casamento ao conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto

é, a sua repartição entre o património comum, o património do marido e o património da mulher.

A este conjunto de regras acrescem muitas outras — sobre a administração dos bens, sobre a responsabilidade por dívidas e pelos encargos da vida familiar, etc., que já mencionámos. Estas normas são impostas por lei, ao contrário do “regime de bens” que pode ser escolhido, quase sempre, pelos nubentes.

185. Casos de regime imperativo

São apenas os das als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 1720.º: casamentos celebrados sem precedência do processo preliminar de casamento e por quem tenha completado 60 anos de idade.

Anteriormente à Reforma de 1977, o art. 1776.º do Código (a que corresponde hoje o art. 1795.º-C) impunha ainda o regime da separação aos cônjuges separados judicialmente de pessoas e bens que viessem a *reconciliar-se*.

Só nestes dois casos pode falar-se de uma imperatividade absoluta, no sentido de que a lei impõe aí aos nubentes, sem lhes oferecer alternativa, o regime de bens do casamento.

Há a considerar ainda, porém, o preceituado no art. 1699.º, n.º 2, que proíbe a estipulação do regime da comunhão geral nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados. A Reforma de 1977 não achou necessário ir mais longe, impondo aos nubentes, como no Código de 1966, o regime da separação. A proteção aos filhos do cônjuge, que o art. 1699.º, n.º 2, visa assegurar, respeita essencialmente aos bens que o cônjuge levou para o casal ou adquiriu a título gratuito e aos sub-rogados no seu lugar. Proíbe-se aos nubentes estipular a comunhão geral mas permite-se-lhes, bem entendido, convencionar o regime da separação. A imposição da lei não é aqui pois absoluta, mas só relativa.

O art. 1699.º, n.º 2, acrescenta que também não é permitido aos nubentes estipular neste caso — embora fixando como regime-base o da comunhão de adquiridos — a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do art. 1722.º.

A regra do art. 1720.º, n.º 1, al. *a*), que já vinha da legislação anterior, aplica-se a todos os casamentos que se tenham celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento, quer aos que assim se tenham celebrado legalmente, trate-se de casamentos católicos (art. 1599.º) ou civis (art. 1622.º), quer aos que deviam ter sido precedidos do processo preliminar de casamento mas foram celebrados, de facto, sem precedência desse processo. A solução parecerá menos justificada relativamente a estes últimos; mas o legislador terá entendido que as circunstâncias em que se celebraram legitimam, na generalidade dos casos, a suspeita de que algum dos nubentes tenha sido determinado a contrair matrimónio por interesse económico.

É uma razão idêntica que, no fundo, justifica a solução da al. *b*) do n.º 1 do art. 1720.º que constitui uma inovação do Código de 1966, inspirada no direito brasileiro. Anteriormente à Reforma de 1977, o Código distinguia conforme o sexo dos nubentes, impondo o regime da separação nos casamentos celebrados por quem tivesse mais de 60 anos, sendo do sexo masculino ou 50, sendo do sexo feminino. Foi a Reforma que suprimiu a distinção, que parecia menos conforme ao princípio constitucional (art. 13.º CRep) da não discriminação em função do sexo.

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? A intenção da lei — evitar o casamento por interesse económico — perdeu valor por força das próprias alterações legislativas de 1977, que vieram dar uma posição sucessória principal

ao cônjuge sobrevivente, ao lado dos descendentes. Assim, a lei civil impede a escolha de um regime de bens, na altura do casamento, com receio de um eventual intuito de benefício econômico à custa de um nubente com mais de sessenta anos, mas chama o cônjuge sobrevivente a herdar, no momento da morte. Em certo sentido, quanto mais velho for o noivo mais fácil será obter o benefício. Por outro lado, se os limites dos 50 e 60 anos tinham sentido na época em que o direito brasileiro os adotou — 1916 — pois correspondiam à esperança de vida dessa altura, eles merecem um reparo óbvio hoje, quando a esperança de vida é de cerca de oitenta anos.

Para além de não se encontrar um interesse claro que justifique esta restrição da liberdade negocial, é forçoso lembrar que os sistemas jurídicos têm reforçado a autonomia individual, e a Constituição da República consagrou um direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º) que é certamente contrário à limitação em causa.

Os casos excepcionais de abuso de alguma debilidade, com o intuito de obter benefícios através do regime de bens do casamento, deviam ficar apenas sujeitos às regras gerais que tutelam a liberdade negocial.

Adverta-se por último que a lei proíbe nestes casos as doações entre casados (art. 1762.º), com as quais, se fossem admitidas, os cônjuges poderiam facilmente iludir a imposição do regime da separação. O art. 1720.º, n.º 2, permite todavia que, em vista do seu futuro casamento, os nubentes façam doações entre si.

186. Princípio da liberdade de regime de bens. Os regimes-tipo

O art. 1698.º enuncia o princípio da liberdade de regime de bens: “os esposos podem fixar livremente, em convenção 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”¹⁹⁰.

O nosso direito não impõe pois aos cônjuges, em geral, o regime de bens do casamento (como acontecia, p. ex., em Cabo Verde). Nem admite sequer um sistema de tipicidade (como sucede, p. ex., na Alemanha, na Suíça ou em Angola), em que os nubentes tenham de escolher um dos modelos legais, restringindo-se a sua liberdade a isso¹⁹¹. Os nubentes portugueses gozam de maior liberdade, podendo, inclusivamente, criar um regime novo ou combinar dum modo ou doutro os vários regimes-tipo.

Não permite o Código, porém, que o regime de bens do casamento seja fixado por simples remissão genérica para lei estrangeira ou revogada, ou para usos e costumes locais (art. 1718.º).

A liberdade para escolher ou criar um regime de bens tem uma longa tradição em Portugal, pois que aparece já expressamente consagrada nas Ordenações Manuelinas. É o sistema vulgar nos países latinos e tem sido defendida com bons argumentos pela doutrina, sem discrepância. Diz-se, nomeadamente, que não há razão para coartar a autonomia da vontade, porque nenhum interesse superior o reclama, ao mesmo tempo que se permite que os interessados conformem o regime aos seus interesses concretos. Nem se diga que os terceiros ficariam mais protegidos com um regime imperativo ou com a mera escolha de um regime-tipo, já que saberiam mais facilmente qual a regulamentação em vigor dentro do casal; é claro que ficariam aparentemente mais protegidos, mas esta proteção seria obtida à custa do sacrifício escusado de interesses razoáveis dos cônjuges. Julga-se

¹⁹⁰ Dos 48.671 casamentos celebrados em Portugal em 2005, 42.832 (88%) foram celebrados no regime da comunhão de adquiridos, 3.835 no regime da separação e 2.004 no regime da comunhão geral.

¹⁹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, in *BMJ* n.º 63, p. 8 s. da separata.

que a proteção suficiente dos terceiros se consegue por via da publicidade do regime. Pode rezear-se, também, que uma ampla liberdade conduza os nubentes a soluções levianas e arriscadas. Mas a experiência tem mostrado que a maior parte dos nubentes se contenta com a escolha de qualquer dos regimes tipificados; e quando exercem a liberdade até mais longe, é para introduzir modificações legítimas e compreensíveis, que adequam um regime tipo à sua situação concreta.

Os regimes-tipo do Código Civil são três: o regime da comunhão de adquiridos (arts. 1721.º-1731.º), o regime da comunhão geral (arts. 1732.º-1734.º) e o regime da separação (arts. 1735.º-1736.º). As disposições relativas ao quarto regime-tipo do Código de 1966, o regime dotal, foram revogadas pela Reforma de 1977¹⁹².

187. Regime supletivo

O regime supletivo, ou seja, o regime que vale na falta de convenção antenupcial ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, é o da comunhão de adquiridos (art. 1717.º).

Foi esta uma inovação muito significativa do Código de 1966, pois na legislação anterior, e já desde as Ordenações Manuelinas¹⁹³, o regime da comunhão geral era o regime supletivo. O Código não fez senão acompanhar a reação que, já a esse tempo, se desenhava contra a comunhão geral¹⁹⁴, que pouquíssimos países aceitavam, como regime supletivo, na respetiva legislação¹⁹⁵.

¹⁹² Nos termos do art. 180.º do Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro, a partir de 1 de abril de 1978 não podiam ser celebrados casamentos sob esse regime, mas os dotes constituídos relativamente a casamentos anteriores continuavam sujeitos às normas do Código.

¹⁹³ IV, 7, pr. Para uma análise do período anterior ver PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes patrimoniais*, II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913, p. 105 s.

¹⁹⁴ Reação que no Código italiano (art. 215.º) foi ao ponto de a comunhão geral ser proscriita *mesmo como regime convencional*.

¹⁹⁵ Era, designadamente, o caso do Brasil, que, todavia, já desde 1977 consagra como regime supletivo o da “comunhão parcial”.

A ideia de comunhão geral — ou seja, de uma comunhão que se estenda aos próprios bens levados para o casal ou adquiridos a título gratuito — é uma ideia muito criticada¹⁹⁶. Tal comunhão favorece a celebração de casamentos cujo móbil seja o interesse económico, e não se justifica que o casamento, ele próprio, seja meio de adquirir. O locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro será ainda mais reprovável nos casos de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, em que o regime de comunhão geral autorizaria cada um dos cônjuges, mesmo o culpado, a levantar a sua meação nos bens comuns, incluindo os que foram levados para o casal pelo outro cônjuge ou adquiridos por este por herança ou doação posteriormente ao casamento¹⁹⁷. Nem a tradição jurídica pode justificar o regime, pois no antigo direito eram incomunicáveis os bens de maior valor (os bens da coroa, os bens vinculados, os prazos de livre nomeação, etc.), tendo, pois, a comunhão geral alcance e extensão muito diverso¹⁹⁸. Finalmente, também não será convincente argumentar com a vantagem, que a comunhão geral ofereceria, de proteger o interesse do cônjuge sobrevivente, pois este interesse pode ser protegido — mesmo que o regime supletivo seja de separação — pela atribuição ao cônjuge de uma posição sucessória mais vantajosa.

Foi o que fez a Reforma de 1977, que colocou o cônjuge na 1.ª classe de sucessíveis ao lado dos descendentes (art. 2139.º), ou na 2.ª classe se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar ascendentes (art. 2142.º); além disso, o cônjuge sobrevivente passou a ser herdeiro *legitimário* do autor da sucessão (arts. 2157.º-2159.º e 2161.º).

¹⁹⁶ Cfr. BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo no novo Código Civil Português*, in *BMJ* n.º 53, p. 173 s., e *O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro*, na “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo”, vol. LII (1957), p. 22 s.

¹⁹⁷ Note-se que o art. 1790.º obviaria porém a este inconveniente, já na versão anterior a 2008.

¹⁹⁸ BRAGA DA CRUZ, *cit.*, p. 185.

Se a rejeição da comunhão geral como regime supletivo pode considerar-se assente, a querela entre o regime da comunhão de adquiridos e o da separação continua verdadeiramente em aberto. Estando fora do nosso propósito um verdadeiro debate da questão¹⁹⁹, limitar-nos-emos a este respeito às três breves observações que se seguem.

Em primeiro lugar: o regime da separação tem o mérito da simplicidade e ainda o de realizar, pelo menos formal e aparentemente, uma mais perfeita igualdade entre os cônjuges; todavia, e em contrapartida, pode dizer-se que o regime da comunhão de adquiridos oferece sobre o da separação a vantagem de fazer participar ambos os cônjuges nos bens adquiridos depois do casamento e, nomeadamente, a de dar à mulher a parte que lhe cabe nos ganhos e economias do marido, o que corresponderá — tanto mais que muitas mulheres continuam a exercer exclusivamente a atividade doméstica, que não é remunerada — à expressão ideal da comunhão dos cônjuges no plano patrimonial, não deixando de ser estranho que à comunhão das pessoas se contraponha uma absoluta separação dos seus bens. Pode dizer-se que a comunicação dos rendimentos dos bens próprios e das aquisições a título oneroso feitas na constância do matrimónio “constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente se prestam”²⁰⁰.

A segunda observação que deve fazer-se é que não há hoje, porém, um puro regime de comunhão como não há um puro regime

¹⁹⁹ Vejam-se, entre muitos outros, CLAUDE RENARD, *Le régime matrimonial de droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 1960; GRAULICH e GOTHOT, *Indépendance, mais solidarité: impératifs nouveaux des régimes matrimoniaux*, nos “Annales de la Faculté de Droit de Liège”, 1958, p. 95 s.

²⁰⁰ BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo no novo Código Civil português*, cit., p. 28.

de separação, pois os sistemas de comunhão têm-se permeado de ideias “separatistas”²⁰¹ e os de separação de ideias “comunitárias”. Trata-se de um curioso fenómeno de interpenetração (ou de osmose, como já se lhe chamou), que por vezes é salientado na doutrina. Ao clássico regime de comunhão assente sobre a supremacia do marido, tende hoje a substituir-se, por toda a parte, um regime de comunhão em que os patrimónios próprios aumentam em detrimento do património comum e em que os dois cônjuges têm iguais poderes de administração; por outro lado, também a separação se afastou da sua pureza primitiva enquanto, designadamente, a maior parte das legislações que consagram regimes de separação admite uma contribuição proporcional dos dois cônjuges para os encargos do casal e prevê restrições dos poderes do proprietário da casa de morada da família, no interesse de ambos.

Advirta-se, em terceiro lugar, que tem havido outras tentativas para combinar as vantagens da separação de bens com os méritos da comunhão.

A primeira versão destas tentativas apareceu na Suécia, em 1920, sob a forma de uma “comunhão diferida”²⁰². Na verdade, durante o casamento os cônjuges mantêm um regime separado, administram os seus bens e respondem pelas suas dívidas; no momento da dissolução do casamento, todos os bens são considerados propriedade conjugal e cada cônjuge tem direito a metade do seu valor. Este regime tornou-se particularmente irrazoável com a frequência de divórcios e de casamentos de curta duração, pois fazia um cônjuge beneficiar de metade dos bens, incluindo aqueles trazidos pelo

²⁰¹ Cfr. COLLETE SAUJOT, *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, Paris, L.G.D.J., 1956.

²⁰² BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo no novo código civil português*, p. 175; GONÇALVES PEREIRA, *Regimes convencionais. Anteprojeto para o novo Código Civil*, p. 264-287; ANDERS AGELL, *The division of property upon divorce from an european perspective*, in “Droit Comparé des personnes et de la famille”, Liber Amicorum Marie Térése Meulders-Klein, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 9-12.

outro para o casamento; em 1987, a participação por metade no valor do património conjugal global, contabilizado no termo do casamento, depende da duração do matrimónio, à razão de vinte por cento ao ano, de tal modo que o direito a metade só se adquire ao fim de cinco anos.

Na Noruega, onde o ponto de partida foi o mesmo, obteve-se ao inconveniente mencionado de outra forma: desde 1991, cada cônjuge retira desse património conjugal final os bens que levou para o casamento e os que adquiriu a título gratuito. Pode dizer-se, portanto, que os valores partilhados correspondem aos bens que se dividiriam em espécie num regime de comunhão de adquiridos propriamente dita.

Na Alemanha, o propósito de beneficiar das vantagens da separação sem prejuízo da solidariedade própria dos regimes de comunhão foi conseguido através da impropriamente chamada “participação nos adquiridos”, que é sobretudo uma partilha das valorizações ou uma “separação de bens com igualação nos ganhos”²⁰³. Tal como na “comunhão diferida” dos escandinavos, durante o casamento os cônjuges vivem em separação de bens; no momento de um divórcio, calcula-se o aumento do valor do conjunto de todos os bens de cada cônjuge — que são todos bens próprios — e confrontam-se estes dois valores para apurar a diferença. O cônjuge cujo património se valorizou mais, que enriqueceu mais durante o casamento, digamos assim, deve entregar ao outro metade da diferença das valorizações dos patrimónios.

Note-se, por curiosidade, que este último modelo foi escolhido pelas autoridades legislativas de Macau, na revisão do Código Civil, em 1999.

Pode perguntar-se se o regime supletivo é um *regime convencional tácito* assente numa vontade presumida dos nubentes (doutrina

²⁰³ NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 30. Auf., München, C. H. Beck, 2012, n.º 48.

tradicional) *ou se é a própria lei* que aproveita o silêncio dos nubentes para, ela própria e fazendo inteira abstração da vontade dos esposos, fixar o regime de bens que lhe parece mais vantajoso sob o ponto de vista social (doutrina moderna). Julgamos que esta ideia é preferível à anterior.

Restará saber que objetivos de carácter social o legislador pode visar. Pode pretender-se que a escolha do regime supletivo seja aproveitada para fortalecer a instituição familiar. Duvidamos da eficácia deste propósito. É certo que nas sociedades ocidentais, em certos momentos, a alteração dos efeitos patrimoniais do casamento ou a modificação das regras de transmissão sucessória tiveram consequências no seio da Família ou da sociedade em geral. Mas a Família ocidental passou a ser, desde há muito tempo, uma família conjugal — a “pequena família” — tendencialmente urbana, que já não desempenha a antiga função produtiva. Por outro lado, a riqueza também se transformou. A maioria das famílias não tem bens ou, na melhor hipótese, serão donas da casa onde vivem. A riqueza, no ocidente contemporâneo, é uma boa aptidão profissional, que propicie um bom emprego, um bom salário, uma pensão de reforma garantida; e, num nível superior e organizado da produção económica, a riqueza está na concentração dos pequenos aforros e no acesso aos financiamentos bancários. Note-se, por último, que como simples unidade afetiva que se tornou, a Família conjugal é mais instável do que dantes. Desfaz-se com grande frequência através do divórcio, antes mesmo de ter tempo para acumular bens. Uma grande parte das famílias casa sem ter bens e desfaz o casamento, por divórcio, sem ter bens. Por todas estas razões, cremos que a instituição familiar quase não reage às modificações da organização da propriedade, dentro do casamento.

Mas o legislador pode pretender, por um lado, organizar a propriedade dos bens, dentro do casamento, de tal modo que a

gestão dos bens seja fácil e igualitária; e, por outro lado, pode pretender que o princípio da igualdade sobre que assenta a regulamentação do casamento não se transforme numa igualdade formal, incapaz de garantir a proteção do cônjuge mais pobre, menos empreendedor, ou menos livre para desenvolver uma atividade económica fora de casa, nos momentos de crise do matrimónio. O intuito do legislador pode ser, como afirmava BRAGA DA CRUZ, o “de adoptar como regime supletivo um regime que resolva com justiça [os] problemas dos momentos de crise (...)”²⁰⁴.

Subsecção II. Convenções antenupciais

188. Noção de convenção antenupcial

Convenção antenupcial diz-se o acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens. A convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento, cuja existência e validade supõe, podendo dizer-se que o casamento — a ulterior celebração de um casamento válido entre os nubentes — é uma condição legal de eficácia da convenção antenupcial.

189. Princípios dominantes: liberdade e imutabilidade

Dois princípios gerais dominam a matéria do conteúdo das convenções antenupciais: o da liberdade e o da imutabilidade.

²⁰⁴O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil, cit., p. 191.

I. Princípio da liberdade

Os esposos podem fixar, na convenção antenupcial, dentro dos limites da lei, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos no Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver.

Mas não têm apenas a liberdade de escolher o regime de bens. A própria lei mostra que é possível incluir disposições que são estranhas à conformação do regime de bens, como as que estão previstas nos arts. 1700.º e segs. Pode dizer-se que esta liberdade lhes permite “incluir quaisquer negócios que possam constar de escritura pública”²⁰⁵, tanto de natureza patrimonial como de natureza não patrimonial. Parece indiscutível, até, que a possibilidade de incluir cláusulas não patrimoniais foi claramente admitida pelo legislador, apesar da vocação natural das convenções para assuntos relativos aos regimes de bens. De facto, BRAGA DA CRUZ escreveu que as convenções sempre foram aproveitadas para a estipulação de cláusulas de conteúdo não patrimonial e “nada há a objectar contra a observância desta prática”²⁰⁶.

Assim, já foram apreciadas, ou são concebíveis, cláusulas que fazem doações entre os nubentes²⁰⁷; que estabelecem uma promessa de arrendamento em favor dos pais de um dos nubentes²⁰⁸; que fixam o modo da contribuição para os encargos domésticos²⁰⁹; que exprimem a renúncia a uma sucessão de um parente²¹⁰; que estabelecem a responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges pelas

²⁰⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 217.

²⁰⁶ *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 68-9. Cfr. também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 363.

²⁰⁷ *Idem*, p. 326.

²⁰⁸ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 162.

²⁰⁹ *Idem*, n.º 198.

²¹⁰ *Idem*, n.º 197.

dívidas emergentes da vida matrimonial²¹¹; que preveem quotas desiguais para os cônjuges na altura da partilha.

No âmbito extrapatrimonial, pode pretender-se incluir, por exemplo, uma perfilhação²¹²; a proibição de segundas núpcias²¹³; a escolha da residência apenas por um dos cônjuges²¹⁴; a escolha do modo de educação dos filhos, designadamente segundo uma certa religião²¹⁵; um regime de utilização da casa de morada da família ou sobre a guarda dos filhos, para o caso de divórcio ou de separação de facto²¹⁶; a proibição do exercício de profissões que impliquem derramamento de sangue; a imposição de visitas regulares aos sogros.

Qualquer cláusula fica sujeita a uma apreciação, nos termos gerais, acerca da sua validade; não poderão ser consideradas válidas as estipulações que violem normas imperativas, a ordem pública, os bons costumes²¹⁷.

Mesmo quando não se possa dizer que sejam nulas, pode duvidar-se de que as estipulações vinculem os cônjuges²¹⁸ em qualquer circunstância e, sobretudo, em caso de separação de facto ou de divórcio. Por exemplo, mesmo que não seja ilícito convencionar um certo aspeto da educação dos filhos, respeitando o poder igual dos progenitores, não parece razoável impor para sempre esse acordo se ele vier a parecer desajustado a uma realidade concreta posterior e aos interesses dos próprios filhos²¹⁹. Por outro lado, pode

²¹¹ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 307-8.

²¹² TERRÉ e SIMLER, *ob. cit.*, n.º 162.

²¹³ *Idem*, n.º 196.

²¹⁴ *Idem*, n.º 198, nota 1.

²¹⁵ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 69.

²¹⁶ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 222-3.

²¹⁷ Algumas das que foram referidas como exemplo seriam nulas.

²¹⁸ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 69, nota 99.

²¹⁹ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 199. Tanto a ideia da “alteração das circunstâncias” como a ideia que preside à “jurisdição voluntária” podem ajudar a entender isto.

pretender-se incluir cláusulas que nem sequer têm a dignidade para serem tuteladas pelo direito, sob a forma de uma vinculação contratual, como será o caso de acordos sobre quem lava a louça ou quem leva o lixo para a rua...²²⁰.

Os “limites da lei” aludidos no art. 1698.º, que constituem outras tantas restrições ao princípio da liberdade, estão enunciados no artigo seguinte (1699.º). Pode reparar-se que as proibições já resultariam das regras imperativas e dos princípios fundamentais que regem o direito matrimonial; mas o legislador português seguiu a tendência de todos os sistemas e, apesar da repetição, achou vantagem em destacar os domínios em que fica restringida a liberdade contratual dos nubentes²²¹.

Não podem ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges, ou de terceiro (com ressalva dos casos, previstos nos arts. 1700.º-1707.º, em que a lei permite disposições por morte, quer entre os esposados ou de terceiros aos esposados, quer dos esposados a terceiros) (art. 1699.º, n.º 1, al. *a*)).

Também não são permitidas cláusulas que constituam “alteração dos direitos ou deveres paternais ou conjugais” (al. *b*)). Estão abrangidas nesta proibição cláusulas de conteúdo patrimonial e de conteúdo não patrimonial; ao que parece, o legislador terá mesmo redigido esta limitação pensando nas estipulações de natureza não patrimonial²²². É neste quadro que poderão ser analisadas estipulações como a que consagre poderes exclusivos ao marido na direção da vida familiar comum; que consagre o poder exclusivo de fixar a residência do casal ou a liberdade de não adotar a residência fixada; que determine a abolição do dever de fidelidade;

²²⁰ MARY ANN GLENDON, *The transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 139.

²²¹ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 66-7.

²²² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 363.

que estabeleça o compromisso de obter autorização conjugal para o exercício de uma profissão; que fixe competências especiais, ou prerrogativas quanto ao modo de educação dos filhos, etc. Os chamados direitos e deveres paternais ou conjugais são definidos por normas imperativas e, assim, não pode tentar-se uma interpretação *a contrario* que considere válidas as estipulações posteriores ao casamento.

Proíbem-se as estipulações que impliquem “alteração das regras sobre administração dos bens do casal” (al. *c*). Este limite já constava da versão primitiva do Código Civil²²³. Nessa altura, a intenção da norma era claramente a de manter uma certa distribuição desigual dos papéis entre os cônjuges, em matéria de administração dos bens, de acordo com o modelo de supremacia marital que o legislador adoptara. Hoje, no quadro igualitário nascido da Reforma de 1977, ter-se-á pretendido que os nubentes não procurassem repor a tradição de desigualdade, através de um acordo pré-nupcial. É certo que os cônjuges têm a liberdade de alterar as regras sobre administração de bens através da celebração de contratos de mandato (art. 1678.º, n.º 2, al. *g*)) atingindo por esta via o resultado que lhes fora impossível alcançar, antes do casamento, através da convenção. Na verdade, a lei proíbe a alteração em convenção mas não a proíbe por mandato. A razão desta disparidade está no facto de o mandato ser livremente revogável; deste modo, o cônjuge que ceder os poderes de administração ao outro está sempre a tempo de os recuperar, revogando o mandato.

A al. *d*) refere-se à “estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º”. Trata-se dos bens irredutivelmente próprios, que resistem à comunicabilidade mesmo quando se es-

²²³ Era proibida “a atribuição da administração dos bens do casal à mulher, fora dos casos previstos na lei”.

tipula o regime da comunhão geral de bens. O legislador impôs a qualidade de bens próprios, contra toda a estipulação em contrário.

Não se pode dizer que todos os bens imperativamente considerados como bens próprios, no art. 1733.º, mereçam, com a mesma intensidade, esta qualificação imperativa. O caso mais evidente será o do usufruto, que dificilmente pode ser qualificado como um direito estritamente pessoal, tendo em conta o seu regime, designadamente a possibilidade de trespasse (art. 1444.º).

O n.º 2 do art. 1699.º proíbe, nos casamentos celebrados por quem tenha filhos, a estipulação da comunhão geral ou da comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do art. 1722.º Esta norma visa assegurar a proteção aos filhos do cônjuge, garantindo-lhes que o seu progenitor manterá no património próprio os bens levados para o casal ou adquiridos a título gratuito e os sub-rogados no seu lugar; bens que, portanto, não se confundirão no património comum do casal, sujeito a divisão por metade com o segundo cônjuge, que no caso de partilha levantaria a sua meação e ainda seria herdeiro em concorrência com o filho.

Sendo esta a razão da lei — a proteção dos interesses materiais de um filho anterior contra os do cônjuge do segundo casamento — parece não ter sentido aplicar o art. 1699.º, n.º 2, quando o filho anterior ao casamento é de ambos os nubentes, é um filho comum. Este filho sempre receberá dos dois progenitores as vantagens patrimoniais que lhe devam caber, quer eles continuem solteiros quer casem em comunhão geral. Porventura em resposta a dúvidas suscitadas, esta doutrina foi sustentada por um Parecer da Procuradoria-Geral da República, homologado por despacho da Secretária de Estado da Justiça e publicado no *Boletim dos Registos e do Notariado* n.º 2/95.

Por último, advirta-se apenas que a enumeração do art. 1699.º não pretende naturalmente ser taxativa. Sempre que a estipulação dos nubentes vá contra disposição legal imperativa será nula, conforme o princípio do art. 294.º. Já vimos, p. ex., que o art. 180.º do Decreto-lei n.º 496/77 proibiu a estipulação do regime dotal, nos

casamentos celebrados depois de 1 de abril de 1978. Será também o caso, por exemplo, da estipulação que proíba segundas núpcias, porque viola o direito de contrair casamento, constitucionalmente reconhecido (art. 36.º, n.º 1, 2.ª parte, CRep); ou da que estabeleça a irrevogabilidade das doações entre casados, contra o disposto no art. 1765.º, n.º 1.

II. Princípio da imutabilidade do regime de bens

No que se refere ao princípio da imutabilidade, o art. 1714.º, n.º 1, dispõe que “fora dos casos previstos na lei não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados”.

O art. 1.º, al. *e*), CRegCiv (cfr. também os arts. 189.º a 191.º) sujeita a registo as “alterações do regime de bens convencionado ou legalmente fixado”, mas o preceito deve entender-se em conformidade com o art. 1715.º, n.º 1, CCiv, só podendo admitir-se, portanto, as *alterações* previstas nas várias alíneas desta disposição. As alterações são registadas por *averbamento* ao assento de casamento (arts. 70.º, n.º 1, al. *b*), e 190.º, n.º 2, CRegCiv).

Para darmos ao princípio o seu justo alcance convém registar algumas observações preliminares.

Em primeiro lugar, deve ter-se presente que não é só o regime de bens *convencionado* pelos nubentes que não pode ser modificado na constância do matrimónio, mas também o regime *supletivo* que, na falta de convenção, se aplica por determinação da lei nos termos do art. 1717.º. O chamado princípio da imutabilidade das convenções antenupciais entende-se pois no sentido amplo que acabamos de definir.

Em segundo lugar, cabe acentuar que a convenção antenupcial só é imutável a partir do momento da celebração do casamento, sendo livremente revogável ou modificável até essa data, nos termos prescritos no art. 1712.º

Celebração civil ou religiosa, sendo irrelevante a circunstância de o casamento ainda não ter sido *transcrito*, como resulta dos princípios expostos sobre a natureza da transcrição — cfr. *supra*, n.º 140.

Finalmente, deve ter-se em conta que o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais vale no nosso direito em termos muito rígidos, só comportando as exceções aludidas no art. 1715.º, n.º 1, algumas das quais, de resto, só em sentido amplo e menos rigoroso poderão assim considerar-se.

Verdadeiramente, só no caso previsto na al. *a*) a revogação da doação para casamento importa alteração *direta* à convenção antenupcial em que aquela doação se contém (e que, aliás, pode ter apenas por objeto essa doação). Os “demais casos previstos na lei”, a que se refere a al. *d*), de separação de bens na vigência da sociedade conjugal, são os de ausência (arts. 108.º e 115.º CCiv), insolvência (art. 141.º, n.º 1, al. *b*), CInsRecE) e execução movida contra um dos cônjuges em que se penhorem bens comuns do casal (art. 740.º CProcCiv).

Para além disto, não é pacífico o alcance do princípio da imutabilidade. Teoricamente, é possível distinguir vários sentidos para este princípio, cada vez mais amplos: (1) seria proibido modificar as cláusulas da convenção antenupcial, ou as regras do regime supletivo, que determinassem a qualificação dos bens e a sua integração no património de um dos cônjuges ou no património comum; (2) seria proibido também alterar a qualificação de um bem através da realização de um negócio concreto sobre ele, como uma venda ou uma doação, que fariam o bem concreto mudar de património; (3) seria proibido ainda alterar as regras convencionadas ou supletivas sobre matérias patrimoniais, para além das que impõem uma qualificação e integração dos bens nos vários patrimónios, como as regras acerca do modo que há de assumir a contribuição para as despesas domésticas, o acordo de adjudicação preferencial de um bem na partilha, as cláusulas que estabeleçam presunções de propriedade de bens móveis (cfr. o art. 1736.º, n.º 1), as cláusulas sobre avaliação

do património e sobre critérios de atualização dos valores; (4) seria proibido, também, produzir um resultado diferente do que resultaria das regras referidas no número anterior, mas através da realização de um negócio concreto; (5) seria proibido, para além de tudo o que foi enunciado nos números antecedentes, alterar cláusulas anteriores sobre matérias não patrimoniais incluídas na convenção antenupcial, como a cláusula acerca da educação religiosa dos filhos, a frequência das visitas aos parentes afastados ou sobre a guarda dos filhos em situações de crise matrimonial.

Para alguns autores, o princípio da imutabilidade parece ter um sentido amplo. Assim, abrangeria “não só as cláusulas constantes de convenção ou as normas do regime legalmente fixado, relativas à administração ou disposição de bens, mas também, como se depreende do disposto no n.º 2 do artigo 1714.º, a situação concreta dos bens dos cônjuges que interessa às relações entre estes”²²⁴. Por outras palavras, a imutabilidade abrangeria, “... de acordo com o verdadeiro espírito da regra, a situação jurídica de certos bens, cuja modificação envolva uma alteração concreta nos poderes ou deveres dos cônjuges”²²⁵. Deveria considerar-se abrangida pela regra da imutabilidade a alteração da “categoria de certos bens dos cônjuges e as regras da sua administração”²²⁶. De um modo geral, são proibidos pela regra da imutabilidade todos os negócios que por qualquer forma, direta ou indireta, “impliquem uma modificação na composição das massas patrimoniais pertencentes ao casal”²²⁷. Ou seja, “(...) não podem os cônjuges modificar o seu estatuto patrimonial”²²⁸.

²²⁴ ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 433-4.

²²⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 399. Aparentemente PIRES DE LIMA escreveu neste sentido usando a fórmula “não podem os cônjuges”.

²²⁶ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 437.

²²⁷ RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 254.

²²⁸ Pires de LIMA, *RLJ*, ano 99.º, p. 172.

Mas PIRES DE LIMA acrescentou exemplos que restringem a fórmula porque não incluem, por exemplo, convenções sobre a administração de bens — “não podem bens próprios entrar na comunhão; não podem bens comuns ser atribuídos em propriedade exclusiva a qualquer deles; não podem ser transmitidos, onerosa ou irrevogavelmente, os bens de um para outro” ²²⁹.

Salvo erro, para estes autores, o princípio da imutabilidade teria o alcance mencionado, pelo menos, nos quatro primeiros números considerados acima.

Mas pode atribuir-se ao princípio da imutabilidade um sentido restrito. Pode dizer-se que ele apenas pretende proibir a alteração do regime de bens convencionado ou fixado por lei na falta de convenção, de acordo com o sentido mais natural do texto do art. 1714.º, n.º 1. Neste sentido, o princípio abrangeria apenas o primeiro número enunciado acima. Não estariam proibidos os negócios que incidam sobre bens concretos. Estes negócios sobre bens concretos estariam regulados noutros lugares, como no art. 1714.º, n.º 2, que proibiu as sociedades e as vendas entre cônjuges, no n.º 3, que admitiu a participação em sociedades de capitais e a dação em cumprimento, e nos arts. 1761.º e segs., que estabeleceram restrições às liberalidades entre vivos.

Outros negócios sobre bens concretos, para os quais não se veja norma especial, seriam livremente celebrados de acordo com o princípio da autonomia privada e as regras gerais. Nestes termos, seria válido um comodato de um prédio por vinte anos, um arrendamento com renovação obrigatória, a constituição de direito de usufruto, embora qualquer destes negócios venha a traduzir-se numa alteração do chamado “estatuto patrimonial dos cônjuges”, dos seus poderes de administração e de gozo.

Não parece que as justificações apresentadas para um entendimento diverso sejam decisivas.

²²⁹ Idem.

Assim, a circunstância de o art. 1714.º, n.º 2, afirmar que se consideram “abrangidos pelas proibições do número anterior”, os contratos aí referidos não prova que o n.º 1 já proíba os negócios concretos entre cônjuges, servindo o n.º 2 de mera explicitação²³⁰ ou então servindo para determinar a nulidade de certos negócios concretos, “independentemente de uma averiguação concreta do efetivo desrespeito pela imutabilidade...”²³¹.

Na verdade, para se afirmar que o n.º 1 já abrange a proibição de negócios sobre bens concretos terá de se reconhecer que a sua formulação foi acanhada, e que o n.º 2 seria inútil se o texto anterior tivesse sido claro. Por outro lado, parece excessivo incluir no n.º 1 a proibição de todos os negócios entre cônjuges que, de uma maneira ou de outra, alteram a sua situação patrimonial relativa, como se vê pelos exemplos acima. A expressão do n.º 2 pode significar, simplesmente, uma extensão da proibição prevista no n.º 1 aos dois concretos negócios que o legislador quis vedar aos cônjuges — a venda e a sociedade.

Também não é convincente a ideia de que art. 1714.º, n.º 1, proíbe todos os negócios concretos que, de acordo com uma avaliação casuística, alterassem a composição das massas patrimoniais dos cônjuges, para deixar ao n.º 2 o valor de afastar essa apreciação concreta no caso da compra e venda e da sociedade; nestes dois negócios a lei presumiria a fraude à imutabilidade e considerá-los-ia sempre ofensivos daquela regra, e nulos. “Tais contratos já seriam sempre nulos no caso de em concreto se provar que envolvem uma violação do princípio da imutabilidade...”²³², pelo n.º 1 do artigo. Mas, por dificuldades da apreciação em concreto e por se tratar daqueles mais suscetíveis de violação indireta da imutabilidade, a lei teria determinado, sempre, pelo n.º 2, a sua invalidade. Para além da dificuldade de meter um sentido tão amplo na letra do n.º 1, e do excesso que seria proibir todos os negócios sobre bens concretos que alterassem o “estatuto patrimonial dos cônjuges”, é difícil aceitar como é que uma compra e venda poderia, numa apreciação casuística segundo o n.º 1, revelar-se umas vezes modificadora da composição das massas patrimoniais do casal, e outras vezes não; sendo certo que, por definição, o bem vendido havia de se transferir sempre de um património para outro.

Em suma, parece razoável dizer que o n.º 2 significa o que parece: um alargamento da proibição do n.º 1 aos dois negócios concretos que o legislador quis vedar — a venda e a sociedade.

O n.º 2 do art. 1714.º proibiu expressamente os contratos de compra e venda e também os contratos de sociedade entre cônjuges não separados judicialmente de pessoas e de bens.

²³⁰ Como parece entender ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 433-4.

²³¹ RITA XAVIER, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 254-5.

²³² *Idem*.

No nosso entendimento restrito do princípio da imutabilidade, estas proibições não resultariam da regra do art. 1714.º, n.º 1.

A lei proibiu os contratos de compra e venda em íntima relação com o regime da livre revogabilidade das doações e com a intenção de evitar que os cônjuges pudessem usar fraudulentamente a faculdade de comprar para esconder uma doação real e para fugir à livre revogabilidade que a lei impõe.

O n.º 3 do art. 1714.º constitui exceção ao regime do n.º 2²³³. Em primeiro lugar, o legislador excluiu da proibição do n.º 2 a participação dos cônjuges, com outrem, em sociedades de capitais. Por um lado, terá entendido que a participação com outrem não favorece a má utilização, as fraudes no âmbito do regime de bens²³⁴; por outro lado, sugere-se que o legislador terá dado valor à limitação de responsabilidade própria das sociedades de capitais para admitir uma participação menos arriscada financeiramente²³⁵. Em segundo lugar, previu-se expressamente a dação em cumprimento, cujas vantagens recomendavam a sua admissão — de facto, mais vale dar um bem em pagamento ao cônjuge do que ter de o vender a um estranho para pagar em dinheiro²³⁶ — e que podia facilmente confundir-se com uma venda para ser liminarmente arrastada pela proibição do n.º 2.

A questão de saber se o n.º 3 é exceção ao n.º 1 ou ao n.º 2²³⁷ depende do alcance que for dado ao princípio da imutabilidade e ao texto do n.º 1. De facto, se o princípio da imutabilidade tiver um alcance lato, os números seguintes do art. 1714.º só podem consagrar clarificações ou exceções ao regime da imutabilidade e, portanto, relacionam-se com o n.º 1; pelo contrário, se o princípio tiver o alcance reduzido que lhe damos, então o n.º 2 assume um valor próprio

²³³ RITA XAVIER lê-o como exceção ao n.º 1, *Sociedades entre cônjuges*, cit., p. 257.

²³⁴ RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 260-1.

²³⁵ O que não deixa de ser incoerente com o regime estabelecido no art. 1691.º, n.º 1, al. *d*). Cfr. *supra*, n.º 190.

²³⁶ RITA XAVIER, *ob. cit.*, p. 257, nota 9.

²³⁷ RITA XAVIER, *Os limites da autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 233-6.

e o n.º 3 contém clarificações e exceções aos regimes previstos para o tema das vendas entre cônjuges e das sociedades.

Podendo as mais variadas circunstâncias, ao longo dos anos, solicitar os cônjuges a uma modificação do regime de bens do casamento, cabe perguntar por que razões ela não lhes é permitida.

A favor da imutabilidade das convenções antenupciais invocam-se a sua natureza de pactos de família, o receio 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.

A primeira justificação não corresponde, de modo nenhum, às soluções do direito português, em que os sujeitos da convenção antenupcial, em princípio, são os nubentes e só eles.

Dizemos “em princípio” porque, tendo as doações para casamento de ser feitas “na convenção antenupcial” (art. 1756.º, n.º 1), pode haver escrituras antenupciais que se limitem a titular essas doações, porque os nubentes queiram casar no regime supletivo ou porque a lei lhes imponha o regime da separação nos termos do art. 1720.º E, podendo aquelas doações ser feitas por terceiro ou a favor de terceiro (art. 1700.º, n.º 1), poderá haver casos em que terceiros sejam sujeitos de convenções antenupciais, assim qualificadas por lei. Note-se, porém, que o princípio da imutabilidade não abrange as referidas doações, as quais, quando feitas por terceiro, podem ser revogadas por mútuo consentimento dos contraentes (art. 1701.º, n.º 1).

A justificação que na doutrina portuguesa tradicionalmente se dá ao princípio da imutabilidade é a segunda²³⁸: tratar-se-ia de evitar que um dos cônjuges, abusando do ascendente ou influência que exerce sobre o outro e o casamento lhe deu, leve este a consentir numa alteração do regime de bens que lhe seja prejudicial, alte-

²³⁸ Cfr., p. ex., M. ANDRADE, *RLJ*, ano 69.º, p. 321 s. e 327 s. A ideia teria outras aplicações no nosso direito: proibição das vendas e livre revogabilidade das doações entre cônjuges, proibição dos testamentos de mão comum, etc.

ração que se traduziria numa verdadeira liberalidade do segundo cônjuge a favor do primeiro e à qual se não aplicaria o princípio geral da livre revogabilidade das doações entre cônjuges (art. 1765.º, n.º 1)²³⁹. O argumento é de ponderar dentro do sistema, pois seria incoerente, de certo modo, que a lei proibisse os cônjuges de fazer um ao outro doações irrevogáveis e, afinal, as viesse a permitir indiretamente, através de uma modificação do regime de bens. O que pode perguntar-se, porém, é se aquela mesma solução terá fundamento suficiente, ou seja, se será justificada a suspeita de que um dos cônjuges esteja sujeito ao ascendente ou influência do outro, ou, dizendo mais claro (pois essa é no fundo a suspeita da lei), se haverá razões para crer que a mulher está de facto sujeita, em geral, ao ascendente do marido sobre ela. A evolução sociológica que se tem verificado no sentido da igualdade dos cônjuges e da independência da mulher, faz com que semelhante preocupação da lei tenha cada vez menos fundamento, embora se reconheça que a “comunhão de vida” é uma situação particular que tem justificado desvios às regras gerais, como as suspensões do decurso de prazos de prescrição entre cônjuges (art. 318.º, al. a)), e o controlo dos acordos associados ao divórcio por mútuo consentimento (art. 1776.º, n.º 1, e 1778.º-A, n.º 2).

Creemos que, *de iure constituendo*, 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. Suponhamos que o marido contraía uma dívida sem outorga da mulher; casados os cônjuges no regime da separação, por essa dívida respondiam todos os bens do marido; mas se, posteriormente, os cônjuges adotassem com efeitos retroativos o regime

²³⁹ Nem as regras gerais das doações: cfr., p. ex., arts. 970.º e 2169.º

da comunhão geral, os bens do marido tornar-se-iam comuns e só a sua meação nesses bens responderia pela dívida (art. 1696.º, n.º 1).

Sem minimizar o valor destas considerações, não deixaremos de notar, contudo, que o argumento perderá grande parte da sua força se a lei estabelecer limites à possibilidade de os cônjuges alterarem o seu regime de bens e, sobretudo, organizar um adequado sistema de publicidade, tanto das convenções antenupciais como das posteriores alterações nelas introduzidas, não permitindo que tais alterações possam ser *opostas* a terceiros que tenham adquirido anteriormente os seus direitos.

RITA XAVIER defende que a regra da imutabilidade se tem justificado pela força de um princípio geral do nosso ordenamento que proíbe a ocorrência de enriquecimentos injustificados de um dos cônjuges à custa do outro²⁴⁰; embora, *de jure condendo*, a autora defenda a abolição da regra, alegando que os seus objetivos podem ser atingidos, com vantagem, por outros modos.

Não pode negar-se que o sistema rejeita os enriquecimentos injustificados, de um modo geral; mas se aquele objetivo fosse a razão do princípio da imutabilidade, sempre poderíamos esperar que se permitissem as alterações de regime que não se traduzissem em enriquecimentos injustificados, feita uma avaliação casuística.

A razão fundamental que abona a faculdade de modificar o regime de bens²⁴¹ está na conveniência que os cônjuges podem sentir em adequar o seu estatuto patrimonial às alterações do seu modo de vida e às suas expectativas. Mais concretamente, as razões típicas que costumam fundamentar a pretensão de mudança do regime de bens são três.

Em primeiro lugar, trata-se dos casais mais velhos que vivem num quadro jurídico onde a proteção sucessória do cônjuge sobre-

²⁴⁰ RITA XAVIER, *Os limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. ex., p. 177.

²⁴¹ Segue-se de perto a monografia de JÚLIO GOMES, *Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado*, separata da “Revista do Notariado”, 1987, p. 321-555.

vivo é fraca. Estes casais manifestam o interesse de transitar para um sistema de comunhão geral que garanta ao cônjuge sobrevivido a meação no património do casal.

Em segundo lugar, trata-se de casais novos em que um dos cônjuges pretende iniciar uma profissão economicamente arriscada (p. ex. o comércio) e não quer que as dívidas assumidas no exercício dessa atividade comprometam os bens comuns do casal e os do outro cônjuge. Estes casais pretendem transitar para um regime de separação de bens. O mesmo se passa com os que têm filhos de um casamento anterior, ou fora do matrimónio, e vêm a sentir interesse numa separação de patrimónios.

Um último grupo será o dos casais que preveem uma separação de facto e que querem fazer as alterações que essa situação lhes recomenda.

Como se vê por esta referência esquemática, as razões apresentadas não são universais nem recomendam absolutamente a consagração do princípio da mutabilidade no direito português. De facto, a proteção do cônjuge sobrevivido pode obter-se pela via do direito das sucessões — e assim acontece no nosso direito; a defesa do património comum e do património próprio do outro cônjuge contra os riscos de uma atividade comercial, ou outra, pode ter uma solução mais clara e simples no regime da responsabilidade pelas dívidas; a mudança do regime de bens para um período de separação de facto não terá alternativa com a mesma eficácia, mas sempre é duvidoso que a situação excepcional da separação de facto, e as suas exigências, possam fundamentar a alteração da regra da imutabilidade durante o casamento. Não se pretende, deste modo, argumentar contra a possibilidade de mudar o regime de bens durante o casamento, no direito português; apenas tem de se dar o devido valor — e não mais — aos interesses e aos argumentos conhecidos.

A favor da possibilidade de mudar devem ainda acrescentar-se às situações típicas mencionadas todos os outros casos “atípicos”

em que os cônjuges manifestam a conveniência de alterar todo o regime, ou parte dele, por razões legítimas e que são específicas do seu caso particular. Em suma, em abono da faculdade de mudar o regime de bens, milita o puro e simples respeito pela autonomia privada, nesta matéria que não contende com os valores pessoais e com os interesses públicos da organização do matrimónio e da família, e onde as restrições da liberdade negocial devem ser excepcionais e solidamente fundamentadas.

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 da comunhão de vida e o livre desenvolvimento das suas esferas pessoais, apesar das dificuldades que esta conciliação implique (cfr. o art. 1671.º). A reforma de 1977 pretendeu acompanhar o movimento de vários países europeus no sentido da liberdade patrimonial dos cônjuges, sem prejuízo da solidariedade conjugal; e a alteração do Código das Sociedades Comerciais (cfr. o art. 8.º, n.º 1), veio acompanhar nitidamente esse movimento.

CUNHA GONÇALVES, que em 1933 duvidava do regime da imutabilidade, mostrava-se favorável a permitir “às partes uma nova convenção, por ambas elas desejada, mesmo para sanar conflitos domésticos, derivados da convenção antenupcial ou do regime legal, a que ficaram sujeitos devido à sua imprevisão e inexperiência da vida”²⁴².

Finalmente, observe-se ainda que a lição do direito estrangeiro não abona, de modo nenhum, a consagração do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais nos termos rígidos em que o nosso direito o admitiu. Sem falar dos sistemas germânico e suíço, onde a mutabilidade é a regra tradicional, alguns países europeus

²⁴² *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, p. 294-5.

que acolhiam a regra oposta têm-se encaminhado para sistemas que permitem a modificação do regime de bens durante o casamento; assim fizeram a Holanda, a França, a Itália, a Espanha e a Bélgica.

Não se pretende afirmar que a regra da mutabilidade é simples de aplicar e que a doutrina dos países referidos está tranquila acerca do funcionamento do regime. Não está. De facto, nos sistemas que adotaram a faculdade de mudar o regime de bens controlada pela intervenção do tribunal (França, Bélgica, Itália) generalizou-se o sentimento de que esta intervenção não é satisfatória. Na verdade, ou assenta numa produção de prova abundante e, neste caso, constitui uma intromissão indesejável na família, desvia os juizes das funções que lhes são próprias e burocratiza penosamente o exercício da faculdade legal; ou, pelo contrário, baseia-se numa prova insuficiente e acaba por não satisfazer os propósitos de cautela para que foi prevista. Por outro lado, a publicidade indispensável para a tutela dos credores — tanto nos sistemas referidos como em Espanha, onde constitui a base do regime — nunca é tão eficaz como seria desejável e as melhorias neste particular obtêm-se sempre à custa de um aumento de Serviços de Registo e de atos administrativos que oneram os particulares e a Administração pública.

Apesar de tudo, o princípio de imutabilidade, característico do sistema romanista²⁴³, deu lugar, na generalidade dos sistemas europeus, a um regime de mutabilidade dos regimes de bens.

Na França, é hoje permitido aos cônjuges, dois anos após a celebração do casamento, modificar o seu regime de bens, no interesse da família, embora o acordo tenha de ser homologado pelo tribunal²⁴⁴.

²⁴³ Ver indicações de direito comparado no prefácio de ROUAST a *Le régime*, cit., e sobre o valor do princípio da imutabilidade *de iure condendo*, SAVATIER, *De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, na "Rev. trim. de droit civil", 1921, p. 93 s., o tomo VII dos *Travaux de l'Association Henri Capitant* (1956), p. 301-460, e o tomo V (1949-1950) dos *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, sobretudo p. 356 s.

²⁴⁴ Art. 1397.º do Código Civil, na redação da Lei n.º 65/570, de 13 de julho de 1965.

Na Bélgica, a lei de 14 de julho de 1976 consagrou um sistema parecido com o francês, baseado na homologação judicial, mas sem condicionar a modificação ao decurso de um prazo. Impõe-se também um conjunto de atos de publicidade da decisão.

Na Itália vigora um regime complexo, baseado em normas da Reforma de 1975 e da Lei n.º 142, de 10 de abril de 1981. A doutrina manifestou sempre as maiores reservas contra a disciplina legal e o sistema italiano parece constituir um bom exemplo do melindre que a transição para a mutabilidade encerra.

Em Espanha, as reformas de 2 de maio de 1975 e de 13 de maio de 1981 prescindiram do controlo judicial, para assentarem a faculdade de mudar o regime de bens apenas num sistema de publicidade e na proteção dos direitos adquiridos pelos credores. Apesar da simplicidade aparente, o sistema é complexo e “a determinação do regime legal não é questão fácil para terceiros”²⁴⁵.

Num regime liberal, e para além da defesa de um sistema de mutabilidade do regime de bens, é concebível que a tutela da liberdade negocial dos cônjuges leve a admitir todos os negócios jurídicos entre eles, mesmo que alterem a composição e até o valor das massas patrimoniais. Num regime assim, os cônjuges poderiam alterar, quanto a cada bem, a qualificação que resultaria do seu regime de bens, de tal modo que este tivesse um valor supletivo, determinando a titularidade de cada bem apenas na falta de uma intervenção contrária dos cônjuges. Esta liberdade permanente de alterar, caso a caso, as massas patrimoniais, teria de respeitar os direitos e as expectativas de terceiros.

Como já resultaria da exposição anterior, as estipulações incluídas na convenção antenupcial que tenham um carácter não patrimonial ou, sendo disposições patrimoniais, que não se destinem a escolher o regime de bens, não têm de se sujeitar à regra da imutabilidade e, portanto, podem ser objeto de novos acordos entre os cônjuges, ao abrigo das leis gerais dos negócios jurídicos²⁴⁶.

190. Requisitos de fundo

I. Como contrato que é, a convenção antenupcial exige o consentimento dos respetivos sujeitos — na convenção antenupcial típica,

²⁴⁵ DÍEZ-PICAZO e GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 4, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 170.

²⁴⁶ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 70, nota 99.

o consentimento dos nubentes ou dos seus representantes — e está sujeita às regras gerais no respeitante às divergências entre a vontade e a declaração, aos vícios da vontade, etc.

Se a escritura incorporar uma *doação* para casamento, ou até titular exclusivamente esta doação, a convenção antenupcial requer ainda naturalmente o consentimento do doador ou do donatário (cfr. art. 1700.º, n.º 1, als. *a*) e *b*)), que nessas hipóteses serão partes no ato.

Embora a lei não seja expressa a este respeito, cremos que a *procuração* para a convenção antenupcial deve conter indicação do regime de bens convencionado, mal se entendendo que a escolha desse regime fosse deixada ao critério do procurador.

Antes do Código de 1966 era muito discutida, tanto na doutrina como na prática notarial, a questão da validade da convenção sob condição ou a termo, mas o art. 1713.º, n.º 1, resolveu a questão no sentido da aponibilidade dessas cláusulas. Note-se, porém, que o preenchimento da condição não tem efeito retroativo em relação a terceiros, como dispõe o art. 1713.º, n.º 2. Assim, se os nubentes estipularam o regime da comunhão de adquiridos, ou o da separação, com a cláusula de que o regime passaria a ser de comunhão geral se nascesse algum filho do casamento, e veio a nascer um filho, os créditos de terceiros constituídos antes do nascimento do filho serão pagos de harmonia com o regime de bens inicialmente estabelecido.

Tratando-se de ocorrência que importa alteração do regime de bens, nos termos do art. 70.º, al. *b*), CRegCiv, parece que o preenchimento da condição deve ser *averbado* ao assento de casamento para produzir efeitos em relação a terceiros.

Pode estipular-se, p. ex., o regime da comunhão geral se nascerem filhos do casamento (cfr. o ac. do S.T.J. de 12.3.1957, na *RLJ*, ano 90.º, p. 230 s., com anotação de MANUEL DE ANDRADE e FERRER CORREIA). Não deve confundir-se esta cláusula com a prevista no art. 1719.º, em que os nubentes estipulam que a partilha se faça segundo o regime da comunhão geral, mesmo que o regime adotado seja outro, se houver descendentes comuns à data da morte do primeiro

cônjuge que falecer. Note-se ainda que o valor prático de qualquer das cláusulas (com as quais os nubentes pretendem, naturalmente, evitar que os bens de um vão para a família do outro) ficou muito diminuído com a Reforma de 1977, segundo a qual o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes ou, não havendo descendentes, com os ascendentes do cônjuge falecido, como seu herdeiro legítimo.

II. Por outro lado a convenção antenupcial exige capacidade dos nubentes, que, em princípio, é a mesma que se exige para o casamento (“*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*”). É a doutrina do art. 1708.º, n.º 1.

Os menores, bem como os interditos ou inabilitados, só podem todavia celebrar convenções antenupciais com autorização dos respectivos representantes legais (art. 1708.º, n.º 2), embora os menores já tenham obtido dos pais ou do tutor autorização para casar, nos termos do art. 1612.º, e os interditos ou inabilitados, como sabemos, não careçam de autorização dos representantes legais para celebrar casamento.

A solução compreende-se, pois a autorização para o casamento do menor não implica necessariamente que os pais ou o tutor o autorizem a fixar o regime de bens que entender. Pode acontecer, até, que os pais só autorizem o casamento porque este seja celebrado no regime da separação ou, pelo contrário, no da comunhão geral.

Na falta de autorização a convenção antenupcial é anulável, a requerimento do incapaz, dos seus herdeiros ou daqueles a quem competia conceder a autorização, dentro do prazo de um ano a contar da celebração do casamento; a anulabilidade, porém, considera-se sanada se o casamento vier a ser celebrado depois de cessar a incapacidade (art. 1709.º).

Excetuam-se, naturalmente, os interditos ou inabilitados *por anomalia psíquica*, que, estando impedidos de casar (art. 1601.º, al. b)), não podem celebrar convenções antenupciais.

191. Formalidades. Registo

I. Nos termos do art. 1710.º, as convenções antenupciais só são válidas se forem celebradas *por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública*, não tendo qualquer valor a indicação que, contra o estipulado nestes instrumentos, conste da declaração para casamento (CRegCiv, art. 136.º, n.º 2, al. *h*)), do certificado (art. 147.º, n.º 1, al. *c*), e n.º 2) ou do assento do casamento (arts. 167.º, n.º 1, al. *f*), e 181.º, al. *e*)).

A possibilidade de lavrar a convenção antenupcial por meio de auto já era conhecida pela doutrina portuguesa²⁴⁷ mas só foi adotada pelo CRegCiv de 1995 (art. 189.º)²⁴⁸. A dispensa da escritura pública só era lícita quando os nubentes pretendessem adotar integralmente um dos regimes tipificados na lei — comunhão geral ou separação de bens. Se, ao contrário, pretendessem introduzir modificações em qualquer regime, ao abrigo do princípio da liberdade, teriam de usar a forma mais solene e tradicional da escritura pública. Hoje pode celebrar-se *qualquer* convenção, por declaração, nas conservatórias de registo civil.

A admissibilidade da escolha do regime de bens perante o conservador do registo civil não afasta qualquer outro aspeto do regime legal das convenções antenupciais, designadamente a proibição de escolher a comunhão geral ou a estipulação da comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722.º, n.º 1, para quem já tenha filhos (art. 1699.º, n.º 2). Por esta razão, o conservador deve tomar todas as cautelas necessárias.

II. Além disso, as convenções antenupciais devem ser *registadas* para terem efeitos em relação a terceiros (art. 1711.º, n.º 1, CCiv e arts. 1.º, n.º 1, al. *e*), e 191.º CRegCiv).

²⁴⁷ BRAGA DA CRUZ, *Regimes de bens do casamento*, cit., p. 38.

²⁴⁸ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 131/95, de 6 de junho; a alteração correspondente do art. 1710.º do Código Civil foi determinada pelo Decreto-lei n.º 163/95, de 13 de julho.

Excetuam-se as convenções respeitantes aos *casamentos celebrados antes de 1 de janeiro de 1959* (CRegCiv, art. 304.º), data em que entrou em vigor o CRegCiv de 1958, que instituiu a obrigatoriedade do registo das convenções antenupciais. Anteriormente só estavam sujeitas a registo as escrituras em que algum dos nubentes fosse *comerciante* (CCom, art. 49.º, n.º 2, e *assento* do S.T.J. de 18 de dezembro de 1942), o que oferecia manifestos inconvenientes.

Não tem pois o registo da convenção antenupcial função idêntica à do registo do casamento ou, em geral, dos vários atos ou factos que são objeto do registo civil²⁴⁹: o registo é aqui exigido para dar publicidade à convenção, no interesse de terceiros; e assim, a convenção antenupcial não registada é válida e plenamente eficaz entre as partes, apenas não tem efeitos em relação a terceiros. Quanto à noção de terceiros, importa ter presente o n.º 2 do art. 1711.º segundo o qual os herdeiros dos cônjuges e dos demais outorgantes da escritura (p. ex., dos autores das liberalidades que integrem a convenção antenupcial) não são considerados terceiros.

Nos termos do n.º 3 do art. 1711.º, o registo da convenção antenupcial não dispensa o *registo predial* dos factos a ele sujeitos (*v. g.*, doações de terceiros aos esposados ou a algum deles, ou destes a terceiros).

As convenções antenupciais registam-se mediante a sua menção no texto do assento de casamento sempre que o auto seja lavrado ou a certidão da escritura seja apresentada até à celebração deste (art. 190.º, n.º 1, CRegCiv); se a certidão for apresentada mais tarde, a convenção é registada por averbamento ao assento do casamento (art. 190.º, n.º 2).

Deve aqui ter-se em conta o art. 191.º, n.º 2, CRegCiv, segundo o qual, se o registo da convenção antenupcial for lavrado simultaneamente com a transcrição do casamento católico, os seus efeitos se *retrotraem* à data da celebração do casamento se este for transcrito nos *sete dias* imediatos.

²⁴⁹ Cfr. o art. 2.º CRegCiv, em relação ao qual constituirá *exceção*, justamente, o preceituado nos arts. 1711.º, n.º 1, CCiv e 191.º CRegCiv.

Nos termos gerais do art. 83.º, n.º 2, CRegCiv, se o conservador tiver conhecimento de que a escritura antenupcial está omissa no registo deve promover as diligências previstas no n.º 1 do mesmo artigo.

Os princípios expostos aplicam-se às alterações do regime de bens convencionalado ou legalmente fixado, as quais só são possíveis nos casos previstos no art. 1715.º CCiv e também estão sujeitas a registo (arts. 1.º, n.º 1, al. *e*), 70.º, n.º 1, al. *b*), e 190.º, n.º 2, CRegCiv). Conforme vimos atrás, o registo é lavrado por averbamento ao assento de casamento (art. 190.º, n.º 2).

192. Nulidade e anulabilidade

As convenções antenupciais, como quaisquer outros negócios jurídicos, podem ser inválidas, ou seja, nulas ou anuláveis, de acordo com as regras gerais. Só há a ressalvar o preceituado no art. 1709.º que, no caso de convenção celebrada por incapaz, estabelece regime especial para a anulabilidade decorrente da falta da autorização exigida.

A questão de saber se, tendo sido aposta à convenção antenupcial alguma cláusula nula, a convenção será nula ou deverá ter-se a cláusula como não escrita deve resolver-se em harmonia com o princípio geral do art. 292.º, relativo à redução do negócio jurídico.

193. Caducidade

A convenção antenupcial caduca se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, for declarado nulo ou anulado, nos termos do art. 1716.º

Na verdade, a convenção está sujeita à condição legal de eficácia *si nuptiae sequantur*, e a não verificação desta condição provoca de pleno direito — ou seja, sem necessidade de qualquer manifestação

de vontade tendente a esse resultado — a ineficácia da convenção. Semelhantes hipóteses de ineficácia costumam inserir-se, como bem se sabe, no conceito da caducidade negocial²⁵⁰.

Em 19 de abril de 2001, o S.T.J. determinou que a partilha devia ser feita nos termos da comunhão geral de bens convencionalizada, apesar de a convenção ter caducado por falta de celebração do casamento dentro do ano subsequente ao acordo. O S.T.J. verificou que, apesar da caducidade, a convenção foi levada ao registo; só depois do divórcio, na altura da partilha, se promoveu a sentença que declarou a nulidade do registo; os efeitos entretanto produzidos deviam ser ressalvados; e os cônjuges viveram sempre na convicção de que estavam casados em comunhão geral de bens (www.dgsi.pt).

Note-se, porém, que a lei ressalva o disposto em matéria de casamento putativo se o casamento for declarado nulo ou anulado, pelo que terão aqui aplicação os princípios que expusemos no n.º 135. Assim, se ambos os cônjuges estavam de boa fé a convenção antenupcial produzirá os seus efeitos em relação a eles e a terceiros (art. 1647.º, n.º 1); se só um deles contraiu o casamento de boa fé, e a convenção antenupcial o beneficiou, só esse poderá arrogar-se os benefícios do estado matrimonial (art. 1647.º, n.º 2).

Subsecção III. Regime da comunhão de adquiridos

194. Características gerais do regime

No regime da comunhão de adquiridos há ou pode haver bens comuns e bens próprios de cada um dos cônjuges. Mas o regime

²⁵⁰ Cfr. M. ANDRADE, *Teoria geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1966, p. 412, nota (2). Para maiores desenvolvimentos sobre o instituto da caducidade dos negócios jurídicos, ver BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1963.

distingue-se do da comunhão geral, porque enquanto neste regime, em princípio, são comuns todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, no regime da comunhão de adquiridos nem os bens levados para o casal nem os adquiridos a título gratuito se comunicam. Só se comunicam os bens adquiridos depois do casamento a título oneroso. É esta a ideia geral que define o regime e que corresponde, basicamente, à ideia de só tornar comum aquilo que exprime a colaboração de ambos os cônjuges no esforço patrimonial do casamento.

195. Quando vigora o regime da comunhão de adquiridos

O regime da comunhão de adquiridos vigora, como regime supletivo, na falta de convenção antenupcial ou “no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção” (art. 1717.º), relativamente aos casamentos celebrados depois de 31 de maio de 1967²⁵¹; e, como regime convencional, quando tenha sido estipulado em convenção antenupcial. Claro, porém, que essa estipulação será rara, só se verificando na prática quando os nubentes pretendam adotar regime misto, que tome por base a comunhão de adquiridos mas com determinadas alterações.

Excetua-se, naturalmente, os casos previstos no art. 1720.º, já aludidos, em que a lei *impõe* o regime da separação.

196. Natureza jurídica da comunhão

São duas as questões fundamentais que a “natureza jurídica” da comunhão conjugal suscita²⁵².

²⁵¹ Cfr. o art. 15.º da “Lei preambular” do Código de 1966.

²⁵² Cfr. MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni* (1920).

A primeira é a de saber de quem são os chamados bens comuns, se duma pessoa jurídica nova, se de algum dos cônjuges ou dos dois, e, neste último caso, como se configura o direito dos cônjuges aos bens comuns ou sobre eles. Os cônjuges serão sócios duma sociedade (civil) de que esses bens constituam o património? Serão comproprietários dos bens comuns, não sendo a comunhão conjugal, portanto, distinta duma comunhão ordinária? Os bens comuns serão um património ou uma propriedade coletiva de que sejam titulares ambos os cônjuges?

Em segundo lugar e agora numa perspetiva diferente, interessará também esclarecer, suposto que os bens comuns pertençam aos próprios cônjuges, que relação haja entre o património comum e o património de cada um deles. Tudo se resumirá aqui em saber se aquele património é autónomo em face deste e qual o grau dessa autonomia.

Resumiremos assim a nossa opinião sobre estas duas questões: *os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afetação, a lei concede certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito sobre ela*. Aderimos assim à doutrina da propriedade coletiva que é a mais divulgada entre nós²⁵³.

O património coletivo é um património que pertence em comum a várias pessoas, mas sem se repartir entre elas por quotas ideais, como na compropriedade. Enquanto, pois, esta é uma comunhão por quotas aquela é uma comunhão sem quotas. Os vários titulares do património coletivo são sujeitos de um único direito, e de um direito uno, o qual não comporta divisão, mesmo ideal. Não tem, pois, cada um deles algum direito de que possa dispor ou que lhe seja permitido realizar através da divisão do património comum. Esta particular fisionomia do património coletivo radica no vínculo pessoal que liga entre si os membros da coletividade e que exige

²⁵³ Cfr. M. ANDRADE, *cit.*, I, p. 226, e PIRES DE LIMA e BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1943, p. 97.

que o patrimônio coletivo subsista enquanto esse vínculo perdurar. Tal é o desenho mais vulgar da propriedade coletivística, moldada na antiga comunhão do tipo germânico²⁵⁴, e que se distingue com nitidez da comunhão de tipo romano, comunhão individualística, que é a que está regulada nos arts. 1403.º e segs. CCiv.

Que a comunhão conjugal se ajusta fundamentalmente a este desenho da propriedade coletiva, é o que se conclui do seu regime jurídico, que adiante será versado. Notaremos aqui só o aspeto mais importante desse regime, que é o seguinte: antes de estar dissolvido o casamento ou de ser decretada a separação de pessoas e bens entre os cônjuges, não podem estes dispor (p. ex., vendendo-a, doando-a, hipotecando-a (art. 690.º)) da sua meação nos bens comuns, assim como não lhes é permitido pedir a partilha dos mesmos bens antes da dissolução do casamento.

Outra questão teórica a que só faremos alusão é a de saber como se opera a entrada dos bens na massa comum: há uma aquisição direta para a massa ou uma aquisição individual e uma comunicação subsequente? Parece-nos que este 2.º esquema é o preferível. Logicamente (é claro que não cronologicamente) as coisas passar-se-ão assim: em primeiro lugar o cônjuge a quem respeita o respetivo título de aquisição adquire individualmente os bens de que se trata (só ele é, portanto, herdeiro, legatário, donatário, etc.); e, em segundo lugar, comunica os mesmos bens ao seu cônjuge. À luz desta construção, torna-se mais compreensível que os bens comuns não se confundam indistintamente na massa comum, qualquer que seja a sua origem ou proveniência, torna-se compreensível que a lei não desconheça, sob vários aspetos, que alguns destes bens entraram na comunhão por aquisição do marido e outros por aquisição da mulher. Assim, nomeadamente, no que respeita à administração dos bens dos cônjuges (art. 1678.º, n.º 2, al. c)) e ao regime das dívidas (art. 1696.º, n.º 2)²⁵⁵.

Dissemos que os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que a lei dá certo grau de autonomia, em vista da sua especial afetação.

²⁵⁴ Ver MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, cit., p. 99 s.

²⁵⁵ Cfr. PAULO CUNHA, *A incapacidade do cônjuge do herdeiro determinará inventário obrigatório?*, em "O Direito", ano 77.º, p. 98 s.

Mas, na verdade, a autonomia dos bens comuns em face dos bens próprios de cada um dos cônjuges é uma autonomia limitada, incompleta.

Sabe-se em que consiste, juridicamente, um património autónomo²⁵⁶. Património autónomo é o património que tem dívidas próprias — uma ideia que tem duas aplicações ou se desenvolve em duas direcções diferentes. Autonomia completa, total, existirá quando certa massa de bens só responda (1.º aspeto) e responda só ela (2.º aspeto) por determinadas dívidas. Para que os bens comuns constituíssem um património autónomo, neste sentido rigoroso, seria necessário, portanto, *que só respondessem e respondessem só eles pelas dívidas comuns*. Ora, não é o caso.

Em primeiro lugar, os bens comuns *não respondem só pelas dívidas comuns*, mas também, embora excecionalmente, por dívidas próprias. Decerto que a lei destina o património comum à satisfação das necessidades do casal e ao pagamento das dívidas comuns, considerando-o especialmente afetado a estas finalidades; mas o sistema não é rígido, pois a lei permite que, embora subsidiariamente, os bens comuns também paguem dívidas próprias (art. 1696.º).

Antes da nova redação dada ao art. 1696.º CCiv pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, esta conclusão não se tirava do n.º 1 do preceito, pois, aí, os bens comuns só respondiam por dívidas próprias depois de o matrimónio estar dissolvido ou de ter havido separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento — numa altura, portanto, em que aqueles bens já tinham deixado de ser comuns para passarem a ser próprios. Mas tirava-se dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, devendo ainda ter-se presentes as normas do art. 10.º CCom e do art. 56.º, n.º 11, do Código da Estrada, em que o legislador, para proteger os interesses, respetivamente, dos comerciantes e das vítimas dos acidentes de viação, permitia que os bens comuns fossem executados, em certos termos, pelas dívidas próprias.

Em segundo lugar, os bens comuns *não respondem só eles pelas dívidas comuns*, pelas quais respondem também, ainda que só subsidiariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (art. 1695.º, n.º 1).

²⁵⁶ Cfr., por todos, M. ANDRADE, *cit.*, I, p. 217 s.

A afirmação que fizemos de que os bens comuns constituem uma comunhão *sem quotas* não é porém isenta de dúvidas. O art. 825.º CProcCiv, na redação anterior ao Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, falava mesmo no “direito à meação” do cônjuge devedor, permitindo a penhora desse direito. Na nova redação do preceito, a penhora não é do “direito à meação” mas de “bens comuns do casal”; o art. 1685.º, n.º 1, CCiv, porém, permite a cada um dos cônjuges dispor para depois da morte “da sua meação nos bens comuns”, o art. 1717.º requerer a simples separação judicial de bens quando esteja em risco de perder “o que é seu” pela má administração do outro, e o art. 1730.º, n.º 2, fazer em favor de terceiro doações ou deixas “por conta da sua meação nos bens comuns”. Expressões que não serão inteiramente corretas se for válido o desenho que fizemos da comunhão conjugal. Decerto que cada um dos cônjuges tem uma certa posição em face do património comum, e uma posição jurídica, que a lei tutela. Não poderá considerar-se esta posição como um verdadeiro direito? A razão de que aos cônjuges não é consentido dispor dessa posição não será decisiva, pois há direitos indisponíveis. Não poderá admitir-se, mesmo na comunhão conjugal, que cada um dos cônjuges tem o seu “direito à meação” (como dizia a lei), um verdadeiro direito de quota — uma quota, é certo, não feita para circular, para ser objeto de troca, mas que exprime a medida da divisão e que virá a realizar-se no momento da divisão, já existindo, porém, atualmente, como *nomen iuris*?

197. Participação dos cônjuges no património comum. A regra da metade

Segundo as regras gerais, quando se trata de dissolver um património posto em comum através das entradas realizadas por pessoas jurídicas autónomas, cada um dos associados levanta-se com os

bens proporcionais ao valor da sua entrada (arts. 992.º e 1018.º). Se aplicássemos esta regra ao casamento, entregaríamos a cada cônjuge um valor proporcional à sua contribuição efetiva para o património comum; e só por coincidência as contribuições de ambos seriam iguais.

O art. 1730.º, n.º 1, atribui a cada cônjuge *o direito a metade* do valor do património comum, do ativo e do passivo, considerando-se nulas todas as estipulações em sentido diverso.

Em primeiro lugar, não se trata de cada cônjuge ter um direito a metade de cada bem concreto do património comum — o que não corresponde ao conceito de património coletivo que a comunhão é; a pensar de outro modo, acabaríamos por afirmar também que cada cônjuge teria de pagar metade de cada concreta dívida comunicável — o que não tem sentido. O direito a metade é, assim, um direito ao valor de metade.

Em segundo lugar, verifica-se que a nossa lei rejeitou soluções de sistemas jurídicos conhecidos que admitem a estipulação de cláusulas de partilha desigual²⁵⁷. Na verdade, seria concebível que os cônjuges pretendessem dividir o património de forma a respeitar a provável desigualdade das contribuições de cada cônjuge, ao longo do casamento — quer porque algum deles entrou com bens que logo se tornaram comuns (por convenção), quer porque os rendimentos do trabalho de algum deles foram consideravelmente superiores aos do outro. Ou ainda porque os cônjuges pretenderiam assegurar as condições económicas do sobrevivente, garantindo-lhe uma parte superior, ou mesmo todo o património comum²⁵⁸. Mas o nosso legislador deve ter entendido que a regra da metade é a mais consentânea com a ideia de colaboração no esforço patrimonial do casamento; que se um cônjuge tem mais rendimentos é porque o outro se encarrega de tarefas indispensáveis e não remuneradas; que a justiça de uma divisão proporcional às contribuições individuais exigiria uma con-

²⁵⁷ Cfr. o art. 1520.º do *Code Civil*.

²⁵⁸ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9e éd., Paris, R.U.F., 1997, p. 585 s.

tabilidade inextricável, e a consideração de valores não contáveis. Embora a nossa lei não seja insensível ao modo como se constituiu o património comum, como se prova ao admitir compensações em favor de cada cônjuge quando o seu património próprio foi sacrificado, ela não foi ao ponto de fazer depender o valor da quota do valor das contribuições concretas de cada um, em bens comuns²⁵⁹.

O n.º 2 do mesmo art. 1730.º admite, porém, que cada um dos cônjuges faça em favor de terceiro²⁶⁰ doações ou deixas por conta da sua meação nos bens comuns.

198. Composição das massas patrimoniais: bens próprios e bens comuns

I. Bens próprios

Das disposições dos arts. 1722.º, 1723.º e 1726.º-1729.º infere-se que são próprios os seguintes bens:

a) Bens que os cônjuges levam para o casamento (art. 1722.º, n.º 1, al. a)).

Trata-se dos bens cujo título de aquisição seja anterior à data em que a comunhão se constituiu. O critério é de aplicação fácil, na maioria dos casos, sobretudo quando estejam em causa bens imóveis, adquiridos com formalidades esclarecedoras acerca do momento da aquisição. Pode não ser assim tão simples aplicá-lo relativamente a bens móveis, adquiridos sem formalidades e em maiores quantidades, principalmente se o apuramento da data ti-

²⁵⁹ Assim em Espanha (art. 1404.º) e na Itália (art. 194.º); aqui, a doutrina é unânime acerca do carácter inderrogável da regra da metade — cfr. R. CARAVAGLIOS, *La comunione legale...*, I, p. 129.

²⁶⁰ As doações entre cônjuges só podem ter por objeto bens próprios (art. 1764.º, n.º 1).

ver de ser feito muito tempo depois da aquisição, porventura no momento da partilha.

Além disto, há casos menos líquidos. Como exemplos²⁶¹, o caso de uma compra feita antes do casamento, sob condição suspensiva que se realiza depois; o caso da recuperação de um bem que fora alienado antes do matrimónio, por efeito de uma anulação ou de uma resolução posterior ao casamento; ou ainda o caso da aquisição escalonada, antes e depois do matrimónio, de vários elementos que compõem um estabelecimento comercial.

b) Bens que advierem a cada cônjuge por sucessão ou doação (art. 1722.º, n.º 1, al. *b*)).

Os bens adquiridos por estas formas não resultam do esforço partilhado dos cônjuges que justifica a comunhão de adquiridos.

Não há que distinguir se se trata de sucessão legal ou voluntária, ou se se trata de herança ou legado.

O bem doado pode entrar no património de um cônjuge indiretamente: é o caso vulgar de um cônjuge que intervém um contrato como comprador de um imóvel — e assim parece adquirir a título oneroso — mas o preço é pago pelos seus pais diretamente ao vendedor. Cfr. ac. Rel. do Porto de 11.4.2005, *Col. Jur.* 2005, t. II, p. 186.

Em 1 de abril de 2003, o Tribunal da Relação do Porto deliberou que um prédio herdado por um dos cônjuges, na constância do matrimónio, deve ser considerado um bem próprio ainda que ele tenha dado tornas aos co-herdeiros (www.dgsi.pt). De facto, as tornas não são um preço da aquisição, mas apenas a compensação por um excesso do valor do bem relativamente à quota do herdeiro.

Mas os bens entram na comunhão se o doador ou testador assim o tiver determinado, entendendo-se que essa é a sua vontade se a liberalidade for feita em favor dos dois cônjuges conjuntamente (art.

²⁶¹ COLOMER, *Droit civil. Régime matrimoniaux*, cit., n.º 578-580; TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 309-310.

1729.º, n.º 1). Isto sem prejuízo do princípio da intangibilidade da legítima (art. 2163.º): se a doação ou deixa for por conta da legítima, os bens doados ou deixados são sempre próprios, para evitar a comunicação ao outro cônjuge que significaria uma diminuição, em metade, do valor deixado ou doado (art. 1729.º, n.º 2).

c) Bens adquiridos na constância do matrimónio por direito próprio anterior (art. 1722.º, n.º 1, al. c)).

Visam-se aqui os bens adquiridos, como tais, depois do casamento, mas em virtude de direito próprio, anterior ao matrimónio. Também estes bens não resultam do esforço conjunto do casal, e portanto devem escapar à massa comum, para pertencerem apenas ao cônjuge que os fez entrar para o casamento.

O n.º 2 do art. 1722.º dá quatro exemplos destes bens, que são considerados próprios “sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao património comum”.

Consideram-se adquiridos por virtude de direito próprio anterior os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre patrimónios ilíquidos partilhados depois dele. Na verdade, o que releva é o direito adquirido sobre o património ilíquido, e é no momento da aquisição deste direito que se fixa o seu conteúdo; a partilha não passa de uma concretização do direito anterior, que não acrescenta nem diminui a posição jurídica que o titular já detinha. Assim, o bem concreto que aparece de novo, depois do casamento, não é mais do que uma representação do valor que já estava no património do cônjuge adquirente antes do casamento e que, portanto, deve continuar no seu património exclusivo. Por outras palavras, pode dizer-se que o bem concreto fica sub-rogado no lugar da quota anterior, através da substituição mais direta e patente que se pode congeminar.

Seguem o mesmo regime os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento.

A solução resulta linearmente do modo como o sistema jurídico concebe a aquisição da propriedade por usucapião: a titularidade sobre o bem retroage ao tempo do início da posse (art. 1317.º, al. c)). Deste modo, quando se completa o prazo da usucapião, o cônjuge adquirente torna-se proprietário desde uma data anterior à celebração do matrimónio. É natural que o bem novo, adquirido por esta forma, não entre na massa dos bens comuns, partilhável com o outro cônjuge.

Também os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade são considerados adquiridos por virtude de direito próprio anterior e, portanto, bens próprios. A reserva de propriedade, estabelecida para defesa do alienante sobretudo na venda a prestações, significa que o contrato não produziu, no momento da celebração, o efeito típico da transferência do domínio. Mas este efeito vai produzir-se logo que ocorrer o facto a cuja verificação as partes o condicionaram, sem necessidade de nova manifestação de vontade negocial. O regime, neste caso, é semelhante ao da aquisição sob condição suspensiva e, nesta situação, a doutrina admite pacificamente que o momento relevante da aquisição do bem é o da celebração do contrato.

O ac. da Relação de Lisboa, de 6.11.1995, decidiu neste sentido, e acrescentou que o cônjuge proprietário devia ao património comum o montante de todas as prestações pagas durante o casamento, com valores comuns (www.dgsi.pt).

Os bens adquiridos no exercício de direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento tomam igualmente a categoria de bens próprios. O legislador terá entendido que o exercício do direito de preferência resultou de uma vantagem que foi conferida ao cônjuge adquirente sem que o outro tenha colaborado, porque o direito nasceu no património do adquirente antes do casamento; assim, o legislador terá querido que o cônjuge do adquirente não participasse no valor do bem.

A razão do preceito parece sugerir que ele se deve aplicar mesmo que a aquisição não mostre um exercício formal de um direito de preferência: p. ex., o cônjuge inquilino compra o andar ao senhorio, ainda que não tenha havido notificação para preferir com todos os requisitos formais. Afinal, a aquisição não deixa de se basear na situação de privilégio em que se encontra o inquilino, que podia exercer a preferência se tivesse precisado de o fazer.

O ac. do STJ, de 07.03.2014, seguiu esta orientação embora não tenha aplicado o art. 1722.º, n.º 1, al. c), porque o imóvel fora adquirido pelos dois cônjuges na constância do casamento (jurisprudência.no.sapo.pt).

O art. 1722.º, n.º 2, revela claramente que a lista é exemplificativa: “Consideram-se, entre outros, ...”.

Podem acrescentar-se, como outros exemplos, o caso das ações adquiridas por virtude de um direito preferencial de subscrição; os bens adquiridos por força da verificação de uma condição²⁶² ou de um termo suspensivo durante o casamento.

Pode dizer-se que também ficam abrangidos na previsão desta norma os direitos adquiridos depois do casamento mas resultantes de contratos aleatórios celebrados antes dele. Suponhamos que um dos cônjuges comprou antes do casamento um bilhete de lotaria que só veio a ser premiado depois²⁶³; ou que, tendo um dos cônjuges feito um seguro antes do casamento, só mais tarde veio a receber a respetiva importância.

Será ainda o caso dos bens reavidos depois do casamento em consequência de restituições fundadas em anulação ou resolução de negócios anteriores ao matrimónio²⁶⁴.

²⁶² CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 515.

²⁶³ CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, VI, p. 517.

²⁶⁴ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 581.

Mas já não o bem adquirido por força de um contrato-promessa celebrado antes do casamento, pelo menos se este contrato não tinha eficácia real; se lhe tivesse sido conferida esta eficácia, o promitente comprador estaria a exercer, depois do casamento, um direito real de aquisição. Neste caso, o bem adquirido deveria ser considerado como próprio, à semelhança do bem adquirido por força do exercício de um direito de preferência fundado numa situação anterior ao casamento. Assim deliberou o ac. da Rel. de Lisboa de 8.2.2001, na *Col. Jur.* 2001, t. 1, p. 111-3.

No sentido de que o contrato-promessa não dá origem a um “direito próprio anterior” veja-se também o ac. da Rel. do Porto de 11.10.2004, *Col. Jur.* 2004, t. I, p. 186.

d) Bens sub-rogados no lugar de bens próprios (art. 1723.º).

Os bens adquiridos tomam o lugar dos anteriores, fazendo as vezes deles, por aplicação do princípio da sub-rogação real²⁶⁵. Um princípio que, seguindo a lição de PIRES DE LIMA, tendemos a considerar como de carácter geral no nosso direito, aplicando-se, pois, não só a todos os patrimónios “separados”, em sentido próprio, como a todas as massas patrimoniais que tenham um regime ou destino especial, qualquer que ele seja. A sub-rogação real supõe, como se sabe, que de um desses patrimónios saíram determinados bens mas outros entraram nele, e que houve uma conexão entre aquela perda e esta aquisição.

Às vezes essa conexão é ostensiva, patente, pois a aquisição e a perda procedem do mesmo ato ou facto jurídico, e estes casos não suscitam dificuldades. Assim, p. ex., um prédio próprio foi trocado por outro, expropriado por utilidade pública ou vendido (quer o preço, neste caso, tenha sido pago quer tenha ficado em dívida); um cônjuge recebeu um bem a título de dação em pagamento de um crédito próprio; um cônjuge recebeu títulos representativos de entradas com bens próprios num património social; recebeu novos direitos sociais por força de transformação, fusão ou cisão de sociedades²⁶⁶; recebeu uma indemnização por danos provocados em

²⁶⁵ Sobre o princípio da sub-rogação real, cfr. M. ANDRADE, *cit.*, I, p. 223, nota (1), PIRES DE LIMA, *Direitos Reais*, p. 38 s., e GALVÃO TELLES, *Das Universalidades* (1940), p. 188 s.

²⁶⁶ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, *cit.*, n.º 352.

bens próprios²⁶⁷. Nestes casos, sem dúvida que os bens ou direitos adquiridos substituirão, no património do respectivo cônjuge, os bens ou direitos que desse património saíram em consequência dos mesmos atos ou factos.

Outras vezes a aquisição e a perda procedem de atos jurídicos diferentes, ou, de todo o modo, aquela conexão não é ostensiva. Um dos cônjuges comprou com dinheiro do seu património próprio quaisquer bens — o que a doutrina costuma designar por emprego; ou vendeu um prédio próprio e com o produto da venda comprou outro — ao que é costume chamar-se sub-rogação indireta ou reemprego. Nestes casos, os bens adquiridos são próprios ou comuns?

A questão era muito discutida antes do Código de 1966, tanto na doutrina como na jurisprudência, que davam ao caso duas soluções.

Segundo uma delas, mais favorável à sub-rogação real, a prova da referida conexão poderia fazer-se por qualquer meio, e mesmo na ocasião da partilha; e, feita essa prova, os bens adquiridos com dinheiro próprio ou o produto da venda de bens próprios deveriam considerar-se próprios.

Segundo outra orientação, a conexão em causa deveria resultar expressamente do título de aquisição, de modo que, *v. g.*, os bens comprados com o produto da venda de bens próprios só poderiam considerar-se próprios se na escritura de compra fosse declarado, por ambos os cônjuges, que o preço da compra proviera da venda de bens próprios. Se esta declaração não se fizesse, os bens adquiridos seriam comuns. Nem por isso, todavia, a comunhão se enriqueceria em detrimento do cônjuge titular dos bens ou direitos próprios, pois a este pertenceria um direito de compensação — salvo se da alienação dos bens próprios não proviesse benefício para o casal ou derivasse uma aplicação improdutiva.

²⁶⁷ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 659.

Foi esta segunda solução que o art. 1723.º, al. c), consagrou: a sub-rogação real admite-se expressamente nos casos de troca direta (al. a)) e de alienação de bens próprios quanto ao respetivo preço (al. b)); no que se refere aos bens adquiridos ou às benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges exige-se que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição ou em documento equivalente (p. ex. um título de empreitada), com assinatura de ambos os cônjuges (al. c)). Se não for devidamente mencionada a proveniência do dinheiro ou dos valores com que foram adquiridos os bens ou efetuadas as benfeitorias, estes bens ou benfeitorias serão comuns.

No que toca aos valores utilizados, é necessário que se trate de valores próprios. Não cabem nesta categoria as chamadas “economias”²⁶⁸, pois estas são geralmente constituídas por aforro de salários e estes, nos regimes de comunhão, são bens comuns.

O mesmo se diga quanto ao aforro de frutos de bens próprios — por exemplo, rendas de imóveis. Também estes valores serão comuns e não podem ser sub-rogados por bens próprios.

Deve considerar-se o caso de o outro cônjuge colaborar com dinheiro próprio, para a aquisição. Se a colaboração foi a título de empréstimo ou de doação, terá o regime destes atos e não influi na qualificação do bem adquirido, que entrará no património do adquirente; se o outro cônjuge mobilizou valores próprios, adquiriu para si e também cumpriu os requisitos da sub-rogação, acabaremos por ver constituída uma compropriedade de ambos os cônjuges sobre o bem adquirido²⁶⁹.

Nada obsta, porém, a que os valores próprios utilizados sejam reforçados, digamos assim, por valores comuns²⁷⁰, desde que a

²⁶⁸ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 630.

²⁶⁹ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 675.

²⁷⁰ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 368.

parcela destes não ultrapasse metade do valor da aquisição. Esta ajuda do património comum ao património próprio do cônjuge adquirente será, afinal, um mútuo que o art. 1726.º expressamente prevê, sem deixar de reconhecer ao património comum um crédito de compensação que se exercitará no momento da partilha.

No que se refere aos bens adquiridos, exige-se que se trate de um bem novo, isto é, um bem que não estivesse já no património do adquirente. Não preencherá este requisito, por exemplo, a aplicação de dinheiro de uma conta à ordem numa conta poupança-reforma²⁷¹. É certo que as condições do depósito (remuneração, disponibilidade do capital, etc.), são diferentes; mas também é verdade que se trata do mesmo dinheiro que já pertencia ao cônjuge interessado, que apenas foi transferido de uma conta para outra.

Resulta do texto legal, e da razão que o inspira, que a declaração sobre a proveniência dos valores utilizados tem de ser feita no momento em que se faz a aquisição ou o ato equivalente²⁷². De facto, uma declaração feita em momento posterior não satisfaria a razão da lei. Por um lado, feita num instrumento diverso, seria menos acessível aos terceiros interessados; por outro lado — e sobretudo — mesmo que fosse conhecida desses interessados, poderia vir tarde para os terceiros que já tivessem tomado decisões, confiantes na natureza de bem comum que resultava da presunção de comunhão.

Estas afirmações já contêm a solução para o problema de saber se as chamadas “escrituras de rectificação” são válidas. Trata-se de escrituras em que intervêm os dois cônjuges, afirmando que estão a fazer num momento posterior a declaração conjunta que o art. 1723.º, al. c), exige e que foi omitida no momento da aquisição. Cremos que elas não são válidas, no quadro em que entendemos todo o regime, isto é, essas escrituras não podem transformar em bens próprios os bens que, em homenagem aos interesses de terceiros, foram adquiridos como bens comuns;

²⁷¹ Assim, COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 625, nota 103, para casos parecidos.

²⁷² “Uma declaração tardia não é oponível a terceiros” (COLOMER, *ob. cit.*, n.º 646).

serão válidas, pelo contrário, se não estiverem em causa interesses de terceiros (cfr., adiante, a distinção que assenta sobre a existência de interesses de terceiros).

Nada parece afastar, porém, que as escrituras sejam válidas e produzam o efeito desejado se os terceiros interessados intervierem no ato, prescindindo da garantia que o regime lhes dá e aceitando que os bens sejam considerados próprios de um dos cônjuges.

A declaração sobre a proveniência do dinheiro tem de ser feita “com intervenção de ambos os cônjuges”. Esta exigência de participação de ambos torna mais pacífica a declaração do que se ela fosse feita apenas pelo cônjuge adquirente, embora se pudesse sempre ressaltar a possibilidade de o outro cônjuge, ou os credores comuns, contestarem a declaração.

Mas, por outro lado, a exigência de declaração conjunta suscita a eventualidade de o cônjuge do adquirente se recusar a intervir, por impossibilidade, capricho ou má fé. Nesses casos, se o adquirente persistir na aquisição, não cumpre o requisito legal e o bem entrará para o património comum (supondo que não estão em causa apenas os interesses dos cônjuges). A maneira mais simples de fazer a justiça possível nas relações internas do casal, sem prejudicar os interesses de terceiros, seria a de reconhecer ao adquirente um crédito de compensação (cfr. *infra*). Um remédio mais eficaz seria o de admitir, nestas hipóteses, o suprimento da intervenção do cônjuge do adquirente, à semelhança do regime do suprimento do consentimento conjugal previsto no art. 1684.º, n.º 3. É certo que o regime do suprimento só foi concebido para os casos em que um cônjuge não pode praticar validamente, sozinho, um ato jurídico — caso diferente deste, em que o adquirente pode efetuar validamente a aquisição, embora venha a suportar o prejuízo de os valores próprios acabarem por enriquecer o património comum. Mas o recurso a um regime semelhante parece justo²⁷³.

²⁷³ Neste sentido também, RITA XAVIER, *Os limites da autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 367-8.

Para definir o âmbito de aplicação da norma constante da al. *c*), devemos ponderar a sua razão: a necessidade de proteger os terceiros que confiam na presunção de comunhão estabelecida no art. 1724.º, al. *b*).

A maior parte dos casamentos foram celebrados no regime da comunhão geral, quando este era o regime supletivo; depois da entrada em vigor do Código de 1966, a maior parte dos casamentos é celebrada em comunhão de adquiridos. Assim, pode dizer-se que a esmagadora maioria das pessoas vive num regime de comunhão. Nestes termos, os terceiros que veem entrar um bem novo para o casal, a título oneroso, confiam em que esse bem entrou para o património comum. Esta expectativa influencia a sua disposição de dar crédito aos cônjuges, de não exigir o cumprimento imediato de obrigações anteriores, etc.

Para que o bem adquirido a título oneroso não entre para o património comum, é necessário que os terceiros tenham um meio fidedigno de afastar a sua expectativa normal; este meio é a declaração inequívoca dos dois cônjuges, no momento do ato, acerca da proveniência dos valores mobilizados para a aquisição.

Sendo uma ideia de proteção de terceiros que justifica a especial exigência do art. 1723.º, al. *c*), cremos que tal só deverá aceitar-se onde o interesse de terceiros o exigir. Não estando em causa o interesse de terceiros, mas única e simplesmente o dos cônjuges, nada parece impedir que a conexão entre os valores próprios e o bem adquirido seja provada por quaisquer meios.

O cônjuge que pretenda demonstrar que os valores utilizados na aquisição de um bem provieram do seu património tem de oferecer qualquer prova capaz de afastar a qualificação do novo bem como comum — qualificação que resulta da inobservância dos requisitos estabelecidos no art. 1723.º, al. *c*), e que assenta, em última análise, na presunção de comunhão do art. 1724.º, al. *b*).

Sublinhando a dificuldade técnica e prática desta solução, designadamente a dificuldade de cumprir o requisito negativo da “inexistência de interesses de terceiros”, ADRIANO PAIVA defende que se devia admitir uma prova, por qualquer

meio, da proveniência dos valores usados para a aquisição, deixando aos terceiros interessados a manifestação positiva do seu interesse incompatível, com a consequente *inoponibilidade* da qualificação atingida pelos cônjuges²⁷⁴.

Para RITA XAVIER, a natureza de bem comum resulta da inobservância dos requisitos legais e da aplicação de uma norma imperativa; é, por isso, uma qualificação imutável²⁷⁵. No nosso entender, porém, esta solução não retira ao preceito do art. 1723.º, al. c), o carácter de norma imperativa; não se trata de afastar o preceito em favor de uma solução ditada pela vontade de um cônjuge. Trata-se apenas de não aplicar a norma imperativa quando não está presente a razão que, indubitavelmente, a justifica.

O S.T.J. já deliberou que a proveniência do dinheiro ou valores pode ser provada por qualquer meio, desde que não estejam em causa interesses de terceiros (ac. de 14.12.1995, no *BMJ* n.º 452, 1996, p. 437-447, com voto de vencido; ac. de 24.9.1996, no *BMJ* n.º 459, 1996, p. 535-542; ac. de 11.4.2002 e de 2.5.2002, em www.dgsi.pt; ac. de 24.10.2006, *Col. Jur.* 2006, t. III, p. 92); ac. de 07.01.2010 e 07.13.2010. Outras decisões consideraram indispensável a menção no documento de aquisição (ac. do S.T.J. de 15.10.1998, no *BMJ* n.º 480, 1998, p. 466-474, ac. do S.T.J. de 25.5.2000, na *Col. Jur.* 2000, t. II, p. 76-9, e ac. da Rel. de Lisboa de 7.12.2000, na *Col. Jur.* 2000, t. V, p. 122-3).

Em 7.02.2015, em Plenário das secções cíveis, o STJ entendeu que: “Estando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do art. 1723.º, c) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal”.

Algumas opiniões que se têm manifestado sublinham os riscos e inconveniências de os bens poderem ser qualificados de uma maneira e voltarem a ser qualificados de outra, e sublinham os riscos da falta de “veracidade” da prova.

²⁷⁴ *A comunhão de adquiridos...* policopiado, Coimbra, 2006, p. 173.

²⁷⁵ *A sub-rogação real indireta de bens próprios nos regimes de comunhão*, cit., p. 208.

Vale a pena sublinhar que normalmente o problema da sub-rogação se apresentou no âmbito da partilha do património comum, depois do divórcio, ou seja, quando estavam a terminar as relações patrimoniais. E é de esperar que estas situações sejam as mais comuns, embora o problema se possa levantar noutros contextos, em que a relação matrimonial subsiste — p. ex., para discutir se uma alienação ilegítima recaiu sobre um bem próprio ou sobre um bem comum, para se tirar a consequência da nulidade ou da anulabilidade; ou para se concluir pela licitude de um ato de administração extraordinária praticado só por um cônjuge, e não pelos dois. Os casos normais, portanto, levar-nos-iam a não recear que o bem possa ser considerado como próprio, num momento, e comum, noutro momento, consoante a ausência ou a presença posterior de um interesse de terceiro.

Num sentido hostil à “incerteza” que resultaria de um bem poder ser considerado ora como comum ora como próprio, consoante o terceiro interessado estivesse na causa ou não, pronunciaram-se: o voto de vencido no ac. do S.T.J. de 14.12.1995, e os acs. de 15.10.1998 e de 25.5.2000. Mas essa incerteza não resulta da solução defendida neste Curso. De facto, segundo esta solução, o bem é comum, em princípio, na falta de menção expressa da proveniência do dinheiro, como resulta do art. 1723.º, al. c), mesmo que o terceiro interessado não esteja na causa a defender o seu direito; na verdade, basta que se traga ao conhecimento do tribunal que o interesse do terceiro existe para que o cônjuge que pretende provar a sub-rogação por qualquer meio não tenha sucesso — e o outro cônjuge, que pretende fazer valer a qualidade de bem comum não deixará de trazer a juízo esse conhecimento.

Aqueles dois acórdãos sublinham a passagem em que PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA afirmavam que só a menção expressa da proveniência do dinheiro “garante capazmente a veracidade da declaração” (*Código Civil anotado*, IV, 2.ª ed., 1992, p. 426). Porém, julgamos que o problema em causa não é o de saber qual é o meio de prova mais seguro para a descoberta da verdade — a prova livre ou a prova por menção expressa no documento de aquisição com intervenção de ambos os cônjuges; o único problema é o de saber qual dos meios garante a publicidade de que os terceiros precisam, acerca da origem do dinheiro empregado na aquisição onerosa. Na verdade, não se pode dizer que a prova por qualquer meio não é segura, pois é sobre estas provas que assenta a atividade judicial; nem se pode dizer que a proveniência do dinheiro é um facto mais difícil de provar do que outros, de tal modo que se exija uma prova especial. O que acontece, neste caso, é que a menção da proveniência do dinheiro na escritura de aquisição é o único meio de garantir que os terceiros possam conhecer a sub-rogação, que contraria a aparência criada pela aquisição a título oneroso no sentido de que o bem é comum. Na ausência de terceiros que possam ser enganados pela aparência, a exigência de um meio especial de prova não tem sentido.

O acórdão da Relação de Lisboa, de 07.12.2000, parece ter sobrevalorizado a opção do legislador por uma “prova mais exigente” em vez da sujeição eventual “às surpresas de uma prova incontrolável”; talvez por isso não tenha encontrado

uma razão suficiente para distinguir as situações em que há interesses de terceiros envolvidos daquelas outras em que só estão em causa interesses dos cônjuges. Mas, salvo erro, e como resulta do que ficou dito, o problema não é o da segurança da prova, mas sim o da publicidade; e a garantia de publicidade não tem sentido sempre que se prove que não há terceiros que precisem dela.

Tem de admitir-se, porém, que, de acordo com a situação defendida no *Curso*, a qualificação do bem pode mudar, em duas situações.

Em primeiro lugar, talvez possa acontecer que um bem seja qualificado como próprio e esta qualificação venha a ser julgada errada mais tarde, em fase do conhecimento posterior da existência, à data da qualificação, de terceiros interessados. Esta situação será, provavelmente, rara, já que supõe que as relações conjugais perduraram; e que o cônjuge interessado na qualificação do bem como comum não trouxe a juízo a informação que lhe convinha. Porém, se o caso ocorrer, não há razão para, com base nisso, se repudiar a solução defendida no *Curso*. Afinal, tratar-se-á apenas de corrigir uma qualificação que resultou de pressupostos errados; o mesmo se passará noutros casos pacíficos, p. ex. quando se vier a negar que um certo bem foi adquirido por virtude de direito próprio anterior (art. 1727.º, n.º 1, al. c)) ou que a maior parte do dinheiro com que um bem foi adquirido proveio do património próprio do adquirente (art. 1726.º).

Em segundo lugar, pode acontecer que os cônjuges discutam a qualidade do bem durante o casamento, prevaleça a qualificação de bem próprio e, mais tarde, um terceiro adquira um direito que lhe confere expectativas quanto ao património comum do casal. Este terceiro tem de poder confiar no registo predial e acreditar que o bem é comum. A não ser que a qualificação como bem próprio tivesse resultado de um litígio, com um averbamento esclarecedor no registo predial; ou que os cônjuges tivessem feito uma “escritura de retificação” para suprir a omissão da formalidade que o art. 1723.º, al. c), exige, durante o tempo em que ainda não se tivessem constituído interesses de terceiros. A sucessão de qualificações diferentes, porém, não é mais nem menos do que acontece sempre que a lei sujeita certos atos a publicidade. O caso mais óbvio será o das convenções antenupciais — que são válidas e eficazes entre os cônjuges, produzindo certas qualificações dos bens como próprios ou comuns, mas que não são eficazes em relação a terceiros antes do registo, produzindo-se quanto a estes qualificações diferentes daquelas que valem entre os cônjuges (art. 1711.º, n.º 1).

Talvez deva admitir-se²⁷⁶, ainda, que *um credor pessoal* do cônjuge pretenda demonstrar que, apesar de não ter sido feita a menção exigida pela lei, o bem novo foi adquirido com valores

²⁷⁶ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 650, nota 139; cfr. tb. TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 361.

provenientes do património exclusivo do seu devedor; este credor pretenderá defender legitimamente a garantia patrimonial do seu crédito, porventura contra uma decisão premeditada dos cônjuges no sentido de o prejudicar. Para que esta solução seja defensável, porém, é necessário que não haja credores comuns, pois que o interesse destes na qualificação do bem adquirido como comum teria de prevalecer, por respeito da presunção de comunhão e do regime do art. 1723.º, al. c).

Talvez não mereça o regime do art. 1723.º, al. c), a aquisição de títulos na Bolsa²⁷⁷. Numa aplicação estrita, o adquirente ver-se-ia forçado a mencionar a proveniência do dinheiro, com a intervenção do seu cônjuge, sob pena de os bens adquiridos serem havidos por comuns. Porém, estas aquisições, precedidas por alienações, sucedem-se em obediência à sua lógica própria e a um ritmo rápido que não é compatível com a observância dos requisitos mencionados pelo art. 1723.º, al. c). Como poderia esperar-se que os cônjuges intervissem em cada ato de aquisição, para declarar a proveniência do dinheiro? Parece razoável afirmar-se que a alienação de títulos e o reemprego subsequente dos valores próprios correspondem à gestão ordinária de uma carteira de títulos, que escapa às exigências do regime.

Deveria ser admitida uma sub-rogação real “por antecipação”? Tratar-se-ia de um cônjuge antecipar a aquisição do novo bem, usando capital comum, com o compromisso de realizar depois capital próprio, por exemplo através da venda de um bem próprio, para compensar o património comum que adiantou o preço da compra. Como se vê, neste caso a conexão entre os dois atos não é nada ostensiva, e a aquisição do novo bem precede a disponibilidade do capital afetado à sua compra, pelo cônjuge.

O interesse deste procedimento está na vantagem que proporciona a um cônjuge que quer aproveitar uma oportunidade excepcional de negócio, mesmo antes de ter realizado o capital próprio necessário. Supondo que o património comum constitui uma espécie de “banco” do casal, e admitindo que se estabelece a garantia de que o cônjuge beneficiado realiza o capital suficiente para repor o dinheiro que usou, não parece que se deva afastar liminarmente este procedimento. A doutrina francesa admite-o há mais de um século e a lei consagra expressamente a figura²⁷⁸. Não se pode omitir que se levantam alguns problemas

²⁷⁷ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 661.

²⁷⁸ TERRÉ; SIMLER, *ob. cit.*, n.º 365; COLOMER, *ob. cit.*, n.º 636 e segs.; veja-se o art. 1435.º do *Code Civil*.

discutidos, como o de saber qual é o prazo em que o cônjuge tem de realizar o capital, se é que tem prazo; ou o problema de saber se, entre a aquisição e a reposição do capital mobilizado, o bem se considera próprio do adquirente ou comum, para todos os efeitos, designadamente em relação aos terceiros credores.

A menção da proveniência dos valores utilizados deve poder ficar sujeita a impugnação por terceiros²⁷⁹. De facto, é concebível que os cônjuges atribuam a natureza de bens próprios a valores que são comuns, no todo ou em parte. Os credores comuns, designadamente, devem poder demonstrar que a qualificação dada pelos cônjuges não correspondeu à verdade e afeta, nessa medida, a garantia patrimonial dos seus créditos.

Quando os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios entrem na comunhão, por estarem em causa interesses de terceiros e não ter sido feita a menção exigida na al. c) do art. 1723.º, parece que *o cônjuge prejudicado deve ser compensado pelo património comum*. Este ponto não é claro na lei. O anteprojeto de BRAGA DA CRUZ²⁸⁰ previa que o cônjuge adquirente se tornasse “credor do outro pela importância do prejuízo sofrido” (art. 51.º, n.º 2); mas esta norma não chegou até à redação final o que pode sugerir uma opção em sentido contrário, pelo legislador²⁸¹.

Creemos, porém, que se deve sustentar a solução que constava do anteprojeto. A falta de cumprimento das exigências previstas no art. 1723.º, al. c), tem por consequência que o bem adquirido seja considerado um bem comum do casal. Esta solução é justa para os terceiros, que doutro modo veriam frustrada a sua expectativa de que os bens comprados na constância do matrimónio sejam comuns; e é injusta para o cônjuge, que gastou efetivamente valores próprios e não vê o seu património crescer nessa proporção. Entre os dois interesses, o legislador preferiu satisfazer o dos terceiros, e fez bem. Porém, a

²⁷⁹ TERRÉ e SIMLER, *ob. cit.*, n.º 361.

²⁸⁰ *BMJ* n.º 122, janeiro 1963 p. 217.

²⁸¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA veem aqui “um sinal de afastamento da doutrina proposta”, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 427.

satisfação do interesse dos terceiros fica cumprida com a entrada do bem adquirido no património comum e com a possibilidade de ele vir a ser executado para pagamento de dívidas do casal; não é preciso mais do que isto. Sobretudo, nada justifica que o cônjuge do adquirente acabe por ficar beneficiado, ganhando o direito a metade do bem comum, ou do que restar dele, no momento da partilha.

Este resultado, injusto e arbitrário, pode ser evitado com o reconhecimento de um crédito de compensação em favor do cônjuge adquirente, sobre o património comum. A solução corresponderia à preocupação básica do nosso direito de obstar ao enriquecimento sem causa; por outro lado, poderia assentar num princípio básico do direito patrimonial da família, que encontra expressão em vários pontos da lei — arts. 1697.º (responsabilidade por dívidas), 1722.º, n.º 2 (bens adquiridos por virtude de direito próprio anterior), 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), 1728.º (bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios). Nem se argumente com a ideia de que só a menção expressa, no ato de aquisição, constitui prova segura da “proveniência do dinheiro ou valores”. A prova por qualquer meio, diariamente produzida nos tribunais, também é segura; é esta prova livre que serve para aqueles regimes legais que preveem a compensação do património empobrecido. Na verdade, a razão da exigência do art. 1723.º, al. c), CCiv não é uma razão de segurança de prova mas antes de publicidade da qualidade do bem adquirido. A solução, por fim, corresponderia à preocupação expressa pelo princípio da imutabilidade, de manter a integridade das massas patrimoniais: a integração do bem adquirido no património comum — exigida pelos interesses de terceiros — teria apenas o efeito indispensável, pois seria contrabalançada pelo reconhecimento de um crédito compensatório, no valor do bem, em benefício do património prejudicado.

e) Bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e, noutra parte, com dinheiro ou bens comuns, se aquela for a prestação mais valiosa (art. 1726.º).

Se é certo que o regime patrimonial da família já introduz algumas complicações necessárias na administração e na disposição dos bens, devem ser evitadas complicações maiores e inúteis. A ausência desta regra suscitaria uma destas dificuldades, pois teríamos de afirmar que um bem poderia ser em parte comum e em parte próprio do cônjuge adquirente (respeitadas as normas sobre sub-rogação real do art. 1723.º), na proporção do valor das entradas do património comum e do património daquele cônjuge no ato da aquisição. O legislador evitou este resultado difícil recorrendo à regra simples da prevalência da parte maior para a qualificação do bem.

Quando a parte mais valiosa for de dinheiro ou bens comuns, o bem adquirido acaba por ter a qualificação natural de bem comum, que corresponde às aquisições a título oneroso.

Esta norma foi aplicada num caso em que os cônjuges construíram um imóvel, com valores comuns, sobre um terreno que era um bem próprio da mulher. Se o valor da construção for superior ao do terreno, o imóvel transforma-se em prédio urbano e ganha a qualificação de bem comum do casal.

Cfr. ac. Rel. do Porto de 25.05.2006 (*Col. Jur.* 2006, t. III, p. 175-178) seguindo a orientação defendida por RITA XAVIER, *Das relações entre o direito comum...*, cit.

Este preceito continua a interessar, porém, para recusar que o bem também seja próprio, na parte menor, se um cônjuge tiver aplicado na aquisição um bem próprio (troca direta) ou valores próprios (com menção da proveniência desses valores).

Quando a parte mais valiosa for de dinheiro ou bens próprios, o bem adquirido toma a natureza de bem próprio. Os valores comuns empregados na aquisição não se transformam numa parte do bem, considerada comum; só têm relevo para justificar o nascimento de um crédito do património comum sobre o património

próprio do cônjuge adquirente, que entrará nas operações de liquidação e partilha.

Esta solução, porém, não dispensa o cônjuge adquirente de respeitar as normas sobre sub-rogação real. Na verdade, não faria sentido que a exigência do art. 1723.º, al. c), deixasse de ser aplicada só porque a aquisição não fora realizada só com dinheiro ou valores próprios, mas também com 30% de capital comum, ou com 1%... Assim, se não se tratar de uma troca direta e se o cônjuge adquirente não mencionar a proveniência do dinheiro, com intervenção de ambos os cônjuges, todo o bem adquirido será comum. Na melhor hipótese, deveria reconhecer-se um crédito do património próprio sobre o património comum. A não ser que seja caso de seguir a doutrina que julgamos preferível quando não estão em causa interesses de terceiros e que permite a prova da sub-rogação por qualquer meio.

O ac. do STJ, de 07.03.2014, afastou a aplicação do art. 1726.º num caso em que a mulher queria avantajá-la sua participação na compra de um imóvel através da contabilização, a seu favor, da redução do preço que se verificou, relativamente ao preço de mercado, pela circunstância de ser a arrendatária (jurisprudência.no.sapo.pt).

Quando as contribuições do património próprio de um dos cônjuges e do património comum forem de igual valor, não tem aplicação a regra do art. 1726.º, que supõe o caso mais verosímil de contribuições desiguais. Não havendo regra especial, o bem adquirido será comum, aplicando-se a regra geral que manda qualificar como bens comuns todos os que sejam adquiridos na constância do casamento e não sejam excetuados por lei (art. 1724.º, al. b)). Haverá lugar a um crédito de compensação do património próprio sobre o património comum, nos termos gerais.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA defendiam uma solução diferente: o bem adquirido seria em parte próprio e em parte comum²⁸². Cremos, porém, que a

²⁸² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 431.

aplicação das normas pertinentes pode afastar esta natureza mista, que tem os inconvenientes conhecidos e que o regime do art. 1726.º quis afastar.

f) Bens indivisos adquiridos, em parte, por um dos cônjuges, que deles já tinha uma outra parte (art. 1727.º).

O motivo que ditou este regime foi, compreensivelmente, o interesse de evitar formas complicadas de propriedade sobre os bens. Na verdade, na falta deste regime a parte adquirida no bem indiviso pertenceria ao património comum, enquanto a parte que o cônjuge adquirente já detinha cabia no seu património próprio. Ora, se já são conhecidos os inconvenientes da compropriedade — inconvenientes que justificam os direitos de preferência recíprocos na alienação de cada parte — ainda seria pior que o domínio sobre o bem indiviso ficasse repartido pelo património próprio de um cônjuge e pelo património comum do casal, sujeito a uma administração de contornos indefiníveis e suscitando dificuldades de partilha. Com este regime, a parte adquirida junta-se à parte que o cônjuge adquirente já detinha, simplificando-se, quanto possível, a propriedade sobre o bem indiviso.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA incluíam no âmbito de aplicação deste artigo a aquisição de uma parte de uma coisa, resultante de divisão da coisa comum requerida pelo cônjuge comproprietário fora da comunhão ou por outro consorte (*Código Civil anotado*, vol. IV, p. 432; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, cit., p. 460-1).

É verdade que a parte de uma coisa que resulta da concretização de uma quota dentro da compropriedade tem de receber a qualidade de bem próprio. Mas talvez não seja rigoroso utilizar, para o efeito, o art. 1727.º Na verdade, esta norma pretende evitar o aumento de complexidade da administração e de partilha que se verificaria se uma parte do bem fosse própria de um cônjuge e a outra parte fosse comum. Esta complicação havia de prejudicar o domínio sobre o bem indiviso. Ora, estas dificuldades não se fazem sentir no momento em que se faz a divisão da coisa comum; não tem importância que as parcelas do bem dividido tenham regimes diferentes — uma parte caiba a um cônjuge e outra parte caiba aos dois. A prova de que os problemas são menores está em que a lei não dá direito de preferência aos titulares das parcelas (ressalvados os casos do emparcelamento rural), mas deu-o aos contitulares durante a indivisão.

Concluimos que não há analogia nas duas situações e que, em rigor, o art. 1727.º só deve valer para o caso da aquisição de parte de bens indivisos, como resulta do texto legal, e não para o caso de aquisição de parte de bens divididos de que o cônjuge era comproprietário.

Quando a parte sobre o bem indiviso já pertencia ao cônjuge antes do casamento, o bem novo poderia ser considerado como próprio através da aplicação do art. 1722.º, n.º 1, na parte em que admite aplicar-se a outros casos de aquisição de um bem por virtude de um direito próprio anterior (ao casamento).

Quando o direito sobre o bem indiviso não é anterior ao casamento, não pode aplicar-se o art. 1722.º; nesta hipótese deveria aplicar-se o princípio geral da sub-rogação real, sendo certo que a parcela do bem dividido não é mais do que a concretização da quota sobre o todo indiviso, que veio tomar o lugar dela através de uma conexão óbvia.

A redação final da norma restringiu intencionalmente a sua aplicação aos casos em que a aquisição é feita pelo cônjuge que já tem parte no bem indiviso — excluindo as aquisições feitas pelo outro cônjuge ou pela comunhão²⁸³.

Considera-se feita pelo cônjuge comproprietário a aquisição feita com base num mandato, expresso ou tácito, e a aquisição feita a título de gestão de negócios, aprovada nos termos gerais.

Se a aquisição da nova parte do bem indiviso for feita pelo cônjuge do comproprietário, ou pelos dois, a nova parte entra para o património comum, nos termos da regra geral do art. 1724.º, al. *b*); de facto, a norma do art. 1727.º não se aplica e, portanto, não há regra que excetue o novo bem da comunhão. A nova parcela será, porém, do cônjuge do comproprietário se este adquirir para si mesmo, observando as formalidades da sub-rogação (art. 1723.º, al. *c*)).

Pressupõe-se que se trata de uma aquisição a título oneroso. Se, pelo contrário, a aquisição é gratuita, a nova parcela do bem indiviso pertencerá ao destinatário da liberalidade²⁸⁴. No âmbito deste tipo de negócios dá-se primazia à vontade do disponente,

²⁸³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 432.

²⁸⁴ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 345.

ainda que isso tenha inconvenientes visíveis, como a frustração das intenções contidas pelo art. 1727.º; se, por exemplo, o disponente deixar a parte nova sobre o bem indiviso ao património comum, respeitar-se-á essa vontade.

Mais uma vez se admite aqui, expressamente, uma compensação ao património comum pelas somas prestadas para a respectiva aquisição. É bem possível que o dinheiro usado para comprar a nova parcela tenha sido adiantado por aquele património.

O STJ apreciou, em 03.05.2009, um caso em que um dono de uma metade indivisa de um prédio adquiriu a outra metade, que deveria seguir a natureza da primeira; mas deixou que esta segunda metade fosse integrada no acervo de bens comuns a partilhar, depois do divórcio (jurisprudência.no.sapo.pt).

g) Bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios e que não possam considerar-se como frutos destes (art. 1728.º, n.º 1).

Como se sabe, os frutos de bens próprios são considerados comuns, no regime da comunhão de adquiridos.

O n.º 2 do art. 1728.º dá quatro exemplos característicos de aquisição de bens por virtude da titularidade de bens próprios. A expressão usada (“São designadamente...”) mostra bem que não se pretende fazer uma enumeração taxativa.

O primeiro caso exemplar é o das acessões (al. a)). Retoma-se aqui a noção clássica desta forma de aquisição originária da propriedade. Assim, serão próprios os bens que se unam com um bem próprio ou se incorporem nele (art. 1325.º). Compreendem-se aqui todas as formas de acessão natural que se verifiquem em imóveis de um cônjuge (arts. 1327.º e segs.), bem como as formas de acessão industrial mobiliária (arts. 1333.º e segs.) e imobiliária (como nos casos de sementeira, plantação ou obra em terreno próprio de um dos cônjuges — arts. 1339.º e segs.).

Pode ter um relevo particular o caso da acessão industrial imobiliária em que o cônjuge realiza melhoramentos em terreno seu

à custa do investimento de frutos desse bem. O problema está na circunstância de os frutos serem bens comuns; isto é, neste caso o titular de um bem próprio faz melhoramentos no seu terreno com bens que pertencem ao património comum. De acordo com uma aplicação normal da regra do art. 1728.º, não há dúvida de que a mais valia obtida pertence ao proprietário; mas veja-se adiante a referência às compensações entre patrimónios.

Os materiais resultantes da demolição ou da destruição de bens próprios também adquirem a qualidade de bens próprios (al. *b*)). Supõe-se, evidentemente, que esses materiais têm um valor qualquer no mercado e que constituem um bem distinto do anterior, de que provieram. Trata-se, como é óbvio, de produtos extraordinários, que resultam do sacrifício do capital, por oposição aos frutos.

O mero princípio da sub-rogação real justificaria a solução.

Também é bem próprio a parte do tesouro que pertence ao cônjuge dono do terreno em que ele é encontrado (al. *c*) e art. 1324.º).

A propriedade do cônjuge titular do terreno próprio sobre o tesouro já resultaria da regra geral acerca do conteúdo da propriedade dos imóveis que abrange, em princípio, todas as utilidades contidas no subsolo (art. 1344.º, n.º 1). A norma torna-se útil mais para limitar o direito do proprietário à metade que não pertence ao achador (cfr. o art. 1324.º).

Embora os tesouros ou as coisas perdidas não se confundam com os chamados “recursos geológicos”²⁸⁵, vem a propósito referir que a propriedade do cônjuge titular do terreno próprio sobre estes recursos também resultaria da regra geral acerca do conteúdo da propriedade dos imóveis (art. 1344.º, n.º 1). Este direito, porém, está limitado, e supõe uma conciliação entre aquela regra geral e as numerosas restrições impostas por uma extensa legislação especial que se ocupa do domínio público sobre esse tipo de recursos. Não estão incluídos no âmbito do domínio público, porém, as “massas minerais” (as pedreiras),

²⁸⁵ Sobre este tema pode ver-se J. L. BONIFÁCIO RAMOS, *O regime e a natureza jurídica do direito dos recursos geológicos dos particulares*, Lisboa, Lex, 1994, p. 21.

as “águas de nascente” e as águas subterrâneas sem valor industrial, terapêutico ou de consumo.

Quando a utilização deste tipo de recursos — depois de concessionada ou autorizada por licença de exploração, conforme os casos — assumir a forma de uma exploração industrial, parece forçoso entender que os lucros, os chamados “frutos civis” da exploração, pertencem ao patrimônio comum. BRAGA DA CRUZ, numa passagem do projeto de 1963 que não figurou no texto final (art. 54.º, n.º 3), falava neste caso num “direito novo”, que seria pertença da comunhão²⁸⁶; mas cremos que o cônjuge dono do imóvel pode adquirir o direito de exploração como direito próprio, sem prejuízo de que os frutos serão comuns, segundo as regras gerais.

Por último, a al. *d*) refere-se aos prémios de amortização de títulos próprios e aos títulos ou valores novos, adquiridos por virtude de um direito de subscrição àqueles inerente.

Os bens adquiridos como prémios de amortização de títulos próprios têm uma relação íntima com estes, e entram no património próprio porque o cônjuge era dono dos títulos. Compreende-se facilmente a solução legal.

Os títulos novos são adquiridos em consequência do exercício de um direito de subscrição preferencial que se reconhece ao cônjuge que já é dono de títulos anteriores; os títulos novos entram no património numa relação íntima com os títulos anteriores.

Deve aplicar-se o mesmo regime aos títulos sociais novos que não assentem numa subscrição mas numa atribuição fundada em incorporação de reservas? A resposta pode não ser pacífica, já que as reservas eventuais ou livres, constituídas por deliberação dos associados, podem parecer lucros não distribuídos, valores tirados aos patrimónios comuns dos associados casados. Pode haver quem diga, portanto, que os títulos novos deveriam ser tratados como bens comuns, em vez de pertencerem ao titular das participações sociais próprias anteriores.

A doutrina francesa²⁸⁷, que tem debatido a questão, resolve no sentido de que estas reservas não são lucros, bens comuns, retidos pela sociedade; os lucros são os rendimentos efetivamente distribuídos, e não os valores que poderiam ter

²⁸⁶ *Regimes de bens do casamento*, in *BMJ* n.º 122, 1963, p. 218.

²⁸⁷ COLOMER, *ob. cit.*, n.º 678-684; TERRÉ e SIMLER, *ob. cit.*, n.º 342.

sido distribuídos. Conclui, pois, que os títulos adquiridos por incorporação de reservas são títulos próprios, adquiridos por virtude de direito próprio anterior²⁸⁸.

O n.º 1, parte final, deste artigo refere-se às compensações entre patrimónios — um expediente que serve para compensar um património prejudicado pela qualificação que foi atribuída a um bem. Já apreciámos esta técnica das compensações tanto no âmbito da responsabilidade por dívidas como na hipótese de sub-rogação real.

Assim, por exemplo, se a demolição de um prédio próprio foi custeada por dinheiro do património comum, os materiais da demolição são próprios, mas é devida uma compensação ao património comum. O mesmo se diga quando a subscrição de novos títulos, no exercício de um direito preferencial de compra, for feita à custa de dinheiro comum, no todo ou em parte.

Veja-se, a propósito, o ac. da Rel. do Porto, de 11.13.2003, em www.dgsi.pt

Também se poderia seguir este caminho se os melhoramentos num imóvel próprio, como a construção de um muro, fossem pagos, na verdade, com valores adiantados pelo património comum: as benfeitorias acrescentadas seriam integradas no bem próprio anterior, como uma verdadeira acessão industrial imobiliária, mas os patrimónios seriam reequilibrados através do reconhecimento de um crédito do património comum sobre o património próprio do cônjuge beneficiado, para tomar em conta no momento da partilha. Porém, a lei reconheceu expressamente que o valor das benfeitorias úteis, em vez de se integrar no património próprio do cônjuge dono do prédio, é um valor do ativo comum (art. 1733.º, n.º 2).

²⁸⁸ Neste sentido pronunciou-se também J. A. LOPES CARDOSO, *Partilhas Judiciais*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1980, p. 376; o ac. da Rel. de Lisboa de 9.10.1997, *Col. Jur.* 1997, t. IV, p. 114-6; o ac. da Rel. do Porto, de 05.19.2010 e o ac. do STJ, de 12.16.2010.

b) Bens considerados próprios por natureza, por vontade dos nubentes, ou por disposição da lei.

Pertencem ao primeiro grupo, quer a lei os preveja quer não, as distinções honoríficas ou os objetos representativos de situações profissionais peculiares — diplomas, condecorações, taças e medalhas, etc.; como o direito moral de autor e a correspondência pessoal, cuja incomunicabilidade se impõe como expressão de direitos de personalidade.

Pertencem ao segundo grupo os bens que forem considerados incomunicáveis em convenção antenupcial. De facto, nada exclui que os nubentes, no uso da liberdade que lhes concede o art. 1698.º, estipulem na convenção antenupcial, como regime-base, o regime da comunhão geral, mas excluam da comunhão outros bens, não abrangidos no art. 1733.º, n.º 1; o que não podem é retirar a qualidade de bens incomunicáveis aos bens que a lei considera como tais.

Cabem no terceiro grupo todos os bens a que a lei atribui a qualidade imperativa de bens próprios. A norma que estabelece o elenco básico destes bens é o art. 1733.º.

O art. 1733.º, embora esteja previsto no âmbito do regime da comunhão geral de bens, deve aplicar-se também quando os cônjuges casarem em comunhão de adquiridos ou num regime misto ou conformado segundo o interesse particular dos nubentes. A aplicabilidade do art. 1733.º a todos os regimes de bens pode fundamentar-se na proibição geral de afastar, em qualquer caso, por meio de convenção antenupcial, a incomunicabilidade que ele prevê (art. 1699.º, n.º 1, al. *d*)); e também num argumento de maioria de razão — se os bens mencionados resistem à comunicação em comunhão geral, mais claramente devem resistir à comunhão noutro qualquer regime que será, forçosamente, mais “separatista”.

A lei refere, em primeiro lugar, os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade (al. *a*)).

O regime é claramente subordinado ao respeito pela vontade do disponente, como é típico nos negócios gratuitos.

Era duvidosa, no direito anterior ao Código de 1966, a validade desta cláusula de incomunicabilidade quando a doação ou deixa fosse por conta da legítima; a cláusula podia ser tomada por um encargo sobre a legítima do beneficiário, contra o chamado “princípio da intangibilidade da legítima” (art. 2163.º). Mas a incomunicabilidade não é um ónus ou encargo, e, por outro lado, o respeito por esta cláusula impede que os bens se comuniquem ao cônjuge, garante a propriedade exclusiva do beneficiário sobre os bens; a sua posição, em vez de enfraquecida, fica reforçada²⁸⁹.

Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão (art. 960.º) ou com a cláusula fideicomissária (art. 962.º e arts. 2286.º e segs.) (al. *b*)) entram no património do beneficiário mas, por sua morte, reverterem para o doador ou para o fideicomissário, conforme os casos.

Para que esta reversão seja possível, é necessário que o bem permaneça no património próprio do beneficiário; de facto, se o bem entrasse para o património comum do casal do primeiro beneficiário só a metade que a este competia ficaria livre para reverter para o último beneficiário; ou poderia pretender-se que o bem, enquanto comum, deveria ficar sujeito à partilha normal e, eventualmente, vir a pertencer por inteiro ao cônjuge do primeiro beneficiário. Se isto acontecesse, não se poderia cumprir a vontade do disponente expressa naquelas cláusulas. Pode dizer-se que o regime desta al. *b*) é apenas um corolário da aceitação, pelo nosso direito, das cláusulas de reversão e fideicomissárias.

Porém, não se verifica esta necessidade de considerar o bem incomunicável quando a reversão pretendida seja em favor do cônjuge do beneficiário.

²⁸⁹ PIRES DE LIMA e BRAGA DA CRUZ, *Direitos de Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1943, p. 105, nota 1.

A solução da lei, embora aceitável, não é a única possível. De facto, podia admitir-se que o bem entrasse para o património comum, nos termos gerais, embora com todas as limitações requeridas pela necessidade de reversão, prevista pelo disponente. Cremos, aliás, que é isto que acontece quando a liberalidade for feita aos dois cônjuges (art. 1729.º, n.º 1).

Todavia, se a solução da incomunicabilidade foi adotada pelo direito português no quadro de um regime de comunhão geral, em que todos os bens eram comuns, incluindo os recebidos por doação ou herança, não é altura para preferir a comunicabilidade, agora que há menor força atrativa da comunhão, agora que o regime de bens mais vulgarizado é o da comunhão de adquiridos e onde, por consequência, os bens doados ou deixados entram no património próprio, segundo a regra geral.

Pode parecer que a incomunicabilidade não interessa no âmbito da comunhão de adquiridos porque os bens são recebidos a título gratuito (doados ou deixados) e, portanto, sempre seriam bens próprios de acordo com as regras gerais. Mas mesmo aqui o regime tem o valor de afastar toda a estipulação em contrário que os nubentes quisessem fazer em convenção antenupcial. A incomunicabilidade é imperativa.

No regime da comunhão geral o regime nota-se mais porque abre uma exceção patente à regra de que também se comunicam os bens adquiridos a título gratuito.

Sempre que as cláusulas de reversão ou fideicomissárias caduquem por qualquer causa, é natural que a incomunicabilidade deixe de ser imposta. Essas cláusulas caducam, conforme os casos e ressalvadas outras hipóteses, se o doador falecer antes do donatário (art. 960.º, n.º 2) ou se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança ou o legado (arts. 2293.º, n.º 2, e 2296.º).

São ainda incomunicáveis o usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais (al. c)).

A solução legal, quanto ao usufruto, é discutível *de iure condendo*, pois a qualificação do usufruto como “direito estritamente pessoal” harmoniza-se mal com o disposto no art. 1444.º, que admite o trespasse a terceiro deste direito. Sobretudo se compararmos este

regime com o dos direitos de uso ou de habitação, nitidamente confinados às necessidades do usuário ou do morador usuário (arts. 1484.º e 1486.º).

Um exemplo de direito estritamente pessoal será o que resulta da concessão de licenças, em função de qualidades da pessoa concreta — do farmacêutico para efeitos de abertura de uma farmácia, do motorista profissional para o efeito da concessão de um alvará de táxi.

Cfr., para este último caso, o ac. da Rel. do Porto de 9.5.1996, segundo o qual a licença está fora do acervo dos bens comuns do casal (*Col. Jur.* 1996, t. III, p. 192-3); e o de 05.13.2004 (*jurisprudência.no.sapo.pt*).

O ac. da Rel. do Porto de 21.3.2002, distinguiu claramente entre o alvará, que é pessoal, e a propriedade da farmácia, que segue as normas gerais do regime de bens; no caso, a farmácia adquirida por trespasse na constância do matrimónio era um bem comum do casal — *Col. Jur.* 2002, t. II, p. 205-6.

Um outro exemplo de “direito estritamente pessoal” e, como tal, excetuado da comunhão é o chamado “direito moral de autor”.

Nunca se qualificaram como bens próprios “os lucros da propriedade intelectual”²⁹⁰; isto é, os proventos resultantes da efetiva exploração económica da obra, da tradução efetiva em rendimentos, quer se trate de “utilidades periódicas” quer do preço da alienação total dos direitos. Estes rendimentos devem ser tratados como bens comuns.

Mas antes de se tratar da qualificação desses proventos efetivos tem de se qualificar o chamado “direito patrimonial de autor” — o direito de explorar economicamente a obra, de beneficiar das utilidades que ela seja apta a produzir. Segundo as regras gerais dos arts. 1724.º e 1678.º, n.º 2, al. b), o valor potencial de exploração da obra poderia ser comum²⁹¹, embora administrado pelo autor; o valor patrimonial potencial de exploração da obra entraria para o património comum, embora as decisões sobre a gestão coubessem ao criador da obra. Lembrando o que acontece com o produto do trabalho.

Mas talvez este direito deva considerar-se também como bem próprio. Não tanto pelo modo como o Código do Direito de Autor se lhe refere, ao afirmar que

²⁹⁰ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 522.

²⁹¹ Como no direito francês anterior a 1958, segundo CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., 9.ª ed., p. 273.

“... o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la ou utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente” (art. 9.º, n.º 2), e também que “o autor tem, em exclusivo, o direito de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente...” (art. 67.º, n.º 1). Na verdade, esta acentuação do exclusivo da fruição económica da obra pode ter tido em vista apenas a exclusão de terceiros, sem cuidar de resolver a questão da titularidade do bem no quadro do direito da família e dos regimes de bens. As expressões são idênticas às que se usam no Código da Propriedade Industrial, para proteger os titulares de registos – arts.101.º, 203.º, 258.º.

Mas, na verdade, a aplicação das regras gerais poderia levar a alguma constrição do poder livre de decisão do autor: assim, se o direito patrimonial fosse um bem comum, administrado pelo autor, este teria legitimidade para o alienar (art. 1682.º, n.º 2); mas a alienação gratuita, ou a renúncia, poderia gerar uma pretensão, por parte do cônjuge, de que o valor económico do direito fosse levado à conta da meação do autor no património comum (art. 1682.º, n.º 4). E quando o autor, usando de uma faculdade claramente inscrita no seu “direito moral”, destruísse completamente a obra, poderia também levantar o problema da responsabilidade por um ato intencionalmente praticado em prejuízo do casal, nos termos do art. 1681.º, n.º 1. Estas consequências eventuais limitariam a extrema liberdade que se costuma reconhecer à posição jurídica do autor. O direito patrimonial de autor, apesar do seu carácter patrimonial, ainda mantém uma ligação íntima ao direito moral de autor, e é capaz de condicionar o seu exercício.

Esta ideias poderão valer também para os bens materiais singulares em que se incorpora a criação de pintura ou de escultura. O direito aos benefícios económicos potenciais da obra — da sua venda, réplica, exposição, reprodução noutro suporte, etc. — serão um bem próprio do autor; os proventos pecuniários efetivamente recebidos como resultado da exploração serão bens comuns do casal; as peças únicas em que se exteriorizou a criação — o quadro, a escultura — deverão ser tratadas como bem próprio, tal como um manuscrito na gaveta do escritor, que já tem um valor económico mas ainda permanece na esfera de atuação livre do criador; mas estas últimas afirmações suscitam dúvidas²⁹², pois aquelas peças são já uma materialização da ideia, com valor pecuniário, e o autor pode ter dado por acabado o processo de criação, pode tê-las dado a público através, p. ex., de exposição. No que toca às obras inacabadas, são mais fortes ainda as razões que levam a considerá-las como bens próprios do autor; mas não se excluem as dúvidas, ao menos no caso de morte ou noutros casos em que o autor não possa pretender acabá-las.

²⁹² Contra, no direito francês, GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 1998, p. 117; com dúvidas, COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 767-8; e, pouco afirmativo, no direito italiano, AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 1997, 4.ª ed., p. 156-7.

No que respeita à propriedade industrial — quer quanto ao direito à patente quer relativamente ao direito de patente (e análogos) — não é costume reconhecer-lhe um carácter tão pessoal, e uma protecção correspondente, como aquele que se reconhece ao direito patrimonial de autor. Mas, ao menos por alguma razão de simetria, pode pensar-se que o direito à patente ainda se conserva na esfera pessoal do inventor, e o seu valor económico potencial é um bem próprio; mas o valor económico potencial do direito de patente, tal como os rendimentos efetivos da sua exploração, parecem ser bens comuns²⁹³.

Devem ainda incluir-se nesta categoria de direitos estritamente pessoais “os direitos de crédito constituídos *intuitu personae* a favor de um dos cônjuges (direito a viagens gratuitas, na qualidade de antigo empregado da empresa; direito a descontos, em função da idade ou da profissão, etc.”²⁹⁴.

As indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios também são bens comunicáveis (al. *d*)).

Não podia deixar de ser considerado comunicável o direito à reparação, que entra no património do lesado no momento do dano²⁹⁵. O carácter pessoal deste direito, sobretudo no caso de dano não patrimonial, suscita mesmo a questão de saber se ele é hereditável pelos herdeiros do titular²⁹⁶.

Depois de exercido o direito à indemnização, as somas recebidas para reparação dos danos tomam o lugar dos bens lesados pelos factos praticados contra a pessoa ou os bens próprios de um dos cônjuges, de tal modo que podemos falar de uma nítida sub-rogação.

Não é pacífico que mereçam este regime as indemnizações que pretendam reparar uma incapacidade de ganho ou se meçam por

²⁹³ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 768, nota 400.

²⁹⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 442.

²⁹⁵ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 518.

²⁹⁶ PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, policop., Coimbra, 1992, p. 163-6.

uma perda de salários. Será o caso das indemnizações recebidas por acidentes de trabalho, doenças profissionais, reforma antecipada, despedimento, etc. Nestes casos, as somas recebidas vêm substituir os salários “cessantes”, que teriam a qualidade de bens comuns; as indemnizações deviam entrar para o património comum²⁹⁷.

Os seguros vencidos em favor da pessoa de um cônjuge ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios também são incomunicáveis (al. e)). Mas a fórmula legal carece de apreciação.

Em primeiro lugar, está hoje vulgarizado um tipo de contrato de seguro que não compreende apenas a cobertura de riscos, que engloba uma componente de poupança, remunerada com juros atraentes e com capitalização; esta parte do contrato é facilmente separada da outra, inclusive para efeitos de resgate. Assim, cremos que pelo menos esta componente de poupança, constituída à custa dos salários, de bens comuns, deve ter o tratamento de qualquer outro aforro: deve ser considerada como um bem comum²⁹⁸.

Em segundo lugar, pode discutir-se que os capitais recebidos para indemnização de danos na pessoa que signifiquem diminuições da capacidade de ganho tenham a natureza de bens próprios. Se se puder dizer que os capitais substituem salários “cessantes” pode defender-se que sejam bens comuns do casal.

Nos outros casos, é fácil de aceitar que os capitais recebidos substituam bens pessoais ou bens próprios, sub-rogando-se no lugar deles, de modo que devam continuar a figurar no ativo dos respectivos patrimónios próprios. Ainda merece discussão, porém, o caso de os prémios do seguro, para além de serem pagos com dinheiro comum, como é vulgar, serem manifestamente excessivos ou despro-

²⁹⁷ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 599 e 727; TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, n.º 299 e 320; LACRUZ *et al.*, *Derecho de familia*, cit., 4.ª ed., p. 293.

²⁹⁸ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 754-6; TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 323.

porcionados relativamente ao padrão de vida do casal²⁹⁹. Talvez seja justo, em algum caso destes, determinar uma compensação devida pelo cônjuge segurado em favor do ativo comum.

Os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges (al. *f*)), abrangem, como é óbvio, as peças de vestuário em geral, como os factos e os sobretudos do homem; e excluem a chamada roupa de mesa, cama e casa de banho³⁰⁰, que são de utilização conjunta, ou da família.

Na fórmula mais vaga “outros objetos de uso pessoal” hão de incluir-se as joias.

O uso exclusivo destes bens por cada cônjuge, a ligação íntima que o usuário tem com eles, o valor afetivo e simbólico das roupas e dos adornos, são as razões compreensíveis da incomunicabilidade.

Os instrumentos de trabalho não cabem nesta alínea, nem noutra, do art. 1733.º, n.º 1; não são objeto de um “uso pessoal” mas apenas de um uso profissional. Assim, não são incomunicáveis por força da lei, embora se possa prever a incomunicabilidade na convenção antenupcial.

No direito português³⁰¹, os instrumentos de trabalho têm a qualidade de bens próprios ou comuns de acordo com as regras gerais do regime de bens do casamento. A ligação, e a continuidade da ligação, entre um cônjuge e essa categoria de bens é tutelada pela atribuição de poderes exclusivos de administração ao cônjuge usuário (art. 1678.º, n.º 2, al. *e*) e pela atribuição preferencial desses bens no momento da partilha (art. 1731.º).

Este regime impõe-se com preferência a outros. Assim, se um cônjuge adquirir um destes bens com dinheiro ou valores próprios, não precisa de cumprir as exigências da sub-rogação real para que o bem adquirido não seja comum e seja considerado

²⁹⁹ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 754-6 e 945; TERRÉ e SIMLER, *ob. loc. cit.*

³⁰⁰ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 380.

³⁰¹ No direito francês cabem no rol dos bens incomunicáveis, salvo quando forem acessórios de um estabelecimento comercial ou de uma exploração comum (art. 1404.º do *Code Civil*).

próprio. E se um cônjuge usar dinheiro ou valores do património comum na aquisição, o bem adquirido não é comum apesar de ter sido adquirido a título oneroso e de vir substituir os valores comuns utilizados.

Embora a ligação íntima ao usuário justifique a incomunicabilidade contra o resultado que se havia de apurar através da aplicação de outras normas pertinentes, sempre se reclamará alguma contenção. É necessário averiguar, por exemplo, se sob a capa de uma aquisição de roupas ou de adornos conforme com os usos sociais, não se faz um puro e simples investimento de capital³⁰². Num caso destes, parece que cessam as razões da norma em apreço para se justificar a aplicação dos regimes gerais. Assim, no caso de se usar dinheiro próprio, o bem adquirido seria comum, a não ser que tivessem sido observadas as exigências do art. 1723.º; no caso de se ter usado dinheiro comum, o bem adquirido a título oneroso só podia ser comum. Também merece discussão o caso em que os bens adquiridos, embora satisfaçam apenas os interesses de vestuário e adorno, ultrapassam muito o padrão de vida do casal. As dúvidas justificam-se, principalmente, quando for o património comum a suportar a despesa, como se se tratasse de um encargo vulgar da vida doméstica. Nesta hipótese, mesmo sem se chegar a negar o caráter de bem próprio incomunicável, de uso pessoal e exclusivo, sempre se poderia ponderar o recurso a uma compensação em favor do património comum³⁰³, que evitasse o locupletamento do cônjuge adquirente. Porém, as dificuldades de contabilizar estes créditos, em transações frequentes e de contornos indefinidos, aliadas ao facto de se poder esperar uma espécie de compensação em conta-corrente, feita pelo outro cônjuge que cometa igualmente

³⁰² COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 736; TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 327.

³⁰³ COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., n.º 726; TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 318.

umas extravagâncias, levará a considerar o bem como próprio sem compensação do património comum.

Estes dois problemas não se poriam se a nossa lei tivesse exigido a condição de que as roupas e outros objetos de uso pessoal tivessem um valor económico modesto. Mas ainda bem que não o exigiu porque em casais de recursos elevados estes bens de uso corrente podem ser muito valiosos sem deixar de merecer a qualificação de bens in-comunicáveis, em atenção ao vínculo com o cônjuge que os usa, aos sentimentos que simbolizam ou às tradições sociais que cumprem.

São, por último, considerados imperativamente próprios as recordações de família de diminuto valor económico (al. g)).

Estas recordações são tipicamente bens adquiridos a título gratuito e, portanto, já seriam naturalmente bens próprios em comunhão de adquiridos. O valor da norma estará, assim, em considerá-los imperativamente próprios em comunhão de adquiridos e próprios em comunhão geral.

A razão deste regime está, obviamente, no valor sentimental que acompanha as recordações, de geração em geração, como se cada titular fosse apenas um fiduciário³⁰⁴.

A razão expressa não foi, porém, tão forte que tivesse levado o legislador a sujeitar ao mesmo regime todas as recordações, qualquer que fosse o seu valor: a norma restringe-se às coisas com diminuto valor económico. Este conceito é mais um cuja determinação fica deixada ao intérprete e ao julgador. No âmbito do direito civil não é necessário, nem conveniente, estabelecer critérios objetivos para concretizar a noção de “diminuto valor”; ao contrário do direito penal que, com as suas exigências de segurança, fixou o valor diminuto em uma unidade de conta (art. 202.º, al. c), CPen).

Talvez esta restrição do regime esteja de acordo com alguma desvalorização da família consanguínea em favor da família conjugal

³⁰⁴ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 327.

que se reconhece na lei vigente. Da mesma forma que o cônjuge é herdeiro e pode, assim, herdar bens da família do outro, também se poderão comunicar recordações da família de um cônjuge que tenham expressão económica para o casal.

A lei excetua ainda da comunhão, expressamente, os bens doados pelos cônjuges um ao outro (art. 1764.º, n.º 2) e pelos esposados um ao outro, salvo estipulação em contrário (art. 1757.º).

O Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, excetuava também da comunhão o direito ao arrendamento para habitação (art. 83.º RAU). Esta imposição legal sustentava as maiores reservas e foi eliminada pelo novo art. 1068.º CCiv³⁰⁵.

As razões que terão levado a esta modificação podem resultar das críticas que foram feitas à solução da incomunicabilidade do direito anterior, e que por esta razão se apresentam a seguir.

O legislador terá entendido que a construção do direito ao arrendamento para habitação como direito pessoal e incomunicável era o meio tecnicamente mais correto para estabelecer o regime de transmissão ao cônjuge do arrendatário que se lhe afigurava mais razoável, tanto no caso de divórcio ou separação como no de falecimento do cônjuge arrendatário. Terá receado que, no primeiro caso, sendo o direito ao arrendamento comum, ele viesse a caber na partilha ao cônjuge ou ex-cônjuge que tivesse menos necessidade da casa, em prejuízo do outro cônjuge e, eventualmente, dos filhos que lhe tivessem ficado confiados. E do mesmo modo, no caso de falecimento do cônjuge arrendatário o legislador terá receado que o jogo das licitações levasse a atribuir o direito ao arrendamento (o que não seria justo) ao cônjuge sobrevivente ou a um dos filhos do casal que igualmente não tivessem necessidade da casa por terem a sua habitação estabelecida em local diferente. Terá receado, em suma, que a comunicabilidade do arrendamento inviabilizasse ou dificultasse a salvaguarda dos interesses atendíveis dos cônjuges, que justificadamente pretendia proteger nos casos de divórcio ou separação e de falecimento de um deles.

Mas estes receios só teriam fundamento se a comunicabilidade do direito ao arrendamento supusesse ou implicasse que, como elemento patrimonial comum, o mesmo direito ficasse sujeito às regras gerais da partilha, tanto no caso de divórcio ou separação como no de falecimento de um dos cônjuges, ou seja, se a comunicabilidade do direito ao arrendamento constituísse obstáculo ao estabelecimento de regimes especiais de transmissão nos dois casos aludidos.

A verdade, porém, é que a comunicabilidade do direito ao arrendamento para habitação não só permitiria como continuaria a exigir o estabelecimento desses

³⁰⁵ Redação da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro.

regimes especiais, para tutela dos interesses que procurámos caracterizar. Pois a comunicabilidade do direito ao arrendamento significa apenas que a posição do cônjuge arrendatário se comunica ao outro, ou seja, que este também é arrendatário, para todos os efeitos daí decorrentes. Mas não significa mais do que isto. Não significa que a lei veja no direito de arrendamento habitacional um elemento patrimonial comum como qualquer outro, sujeito, por isso, às regras gerais da partilha nos casos de divórcio ou separação ou de falecimento de algum dos cônjuges. Com efeito, e qualquer que seja a opção do legislador sobre a comunicabilidade ou incomunicabilidade do direito ao arrendamento para habitação, a lei não pode desconhecer a singularidade deste direito, o qual, embora tenha conteúdo patrimonial, é constituído *intuitu personae* e, dada a sua finalidade, reveste um carácter pessoal que marca decisivamente importantes aspetos do seu regime. É esse carácter pessoal que, na questão fundamental da transmissão *mortis causa*, explica que o arrendamento para habitação caduque, em princípio, no caso de falecimento do arrendatário (art. 1051.º, n.º 1, al. *d*)) e que a subsistência do arrendamento, nos casos excepcionais em que a relação locativa se mantém, não crie um valor partilhável da herança, expresso por uma verba na relação de bens, deferindo-se aquela transmissão à margem do fenómeno sucessório, em condições e segundo regras inteiramente diversas.

Independentemente disto, porém, outras razões poderiam invocar-se contra a opção pela incomunicabilidade. Desde logo, não se vê que o facto de um dos cônjuges (e quase sempre será o marido) ter outorgado no contrato como arrendatário deva ser determinante no sentido de o direito ao arrendamento ficar a pertencer exclusivamente a esse cônjuge. Sendo adquirido a título oneroso na constância do matrimónio, o direito ao arrendamento deveria ser comum, de acordo com as regras gerais, pelo menos quando o regime de bens do casamento fosse de comunhão (arts. 1724.º, al. *b*), e 1732.º CCiv). Entende-se mal que o direito ao arrendamento seja próprio do cônjuge que outorgou no contrato e o seu corresponsável, a dívida das rendas, como “encargo normal da vida familiar”, seja da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 1691.º, n.º 1, al. *b*)³⁰⁶.

O ac. da Rel. de Coimbra de 3.6.1997 determinou que a notificação para preferência deve ser feita a ambos os cônjuges, invocando o art. 1682.º-A, n.º 2, CCiv). A Relação entendeu que esta norma impõe que “a renúncia ou perda do direito de preferência” respeitante à casa de morada da família depende do consentimento de ambos os cônjuges. Apesar de este ser o regime mais conforme com o maior favorecimento da casa de morada de família, não parece que tenha fundamento legal. Na verdade, o mencionado art. 1682.º-A, n.º 2, CCiv), só consegue evitar que um cônjuge sozinho faça diminuir o direito ou a fruição da casa de morada da família,

³⁰⁶ A exposição precedente sobre a incomunicabilidade do direito ao arrendamento para habitação e os inconvenientes da solução consagrada no art. 83.º RAU é tirada da anotação de P. COELHO ao ac. do S.T.J. de 2.4.1987, na *RIJ*, ano 122.º, p. 139-142.

em prejuízo dos dois cônjuges e da família; mas, neste caso, a simples omissão do exercício do direito de preferência pelo marido arrendatário não diminuía o direito e a fruição do imóvel, tal como existiam até aí — apenas se frustrava a eventualidade da aquisição da propriedade do imóvel (cfr. *Col. Jur.* 1997, t. II, p. 28-30).

O problema dos embargos de terceiro, muito discutido na jurisprudência, resultava do facto de o cônjuge locatário dispor, excepcionalmente, dos meios possessórios reconhecidos aos possuidores (art. 1037.º, n.º 2) — mas não o seu cônjuge, já que o direito ao arrendamento era um direito próprio. A dificuldade de estender ao cônjuge do locatário a tutela possessória que este tinha foi recentemente tratada como um caso de existência de uma lacuna, a preencher nos termos do art. 10.º, n.º 3, CCiv, pelo recurso à criação de uma norma dentro do espírito do sistema³⁰⁷. Este quadro de referências tem sido construído em torno da defesa da estabilidade da casa de morada de família, tanto na lei substantiva como na lei processual; assim, a norma criada pelo intérprete só podia ser favorável à concessão à mulher do arrendatário de legitimidade para usar os embargos de terceiro³⁰⁸.

II. Bens comuns

São os arts. 1724.º-1726.º que, fundamentalmente, nos dizem quais são os bens comuns.

a) O produto do trabalho dos cônjuges (art. 1724.º, al. a)).

Consideram-se produto do trabalho todos os proventos auferidos por trabalho dependente ou independente, regular ou esporádico, pago em dinheiro ou géneros, bem como as prestações retribuídas com prémios de produtividade laboral e ainda os prémios ou gratificações que não resultem de pura sorte, isto é, que impliquem uma contraprestação de esforço, destreza, ciência ou de outra aptidão de qualquer dos cônjuges, como as que se realizam nas competições desportivas ou em concursos televisivos.

Sobre a questão de saber se deveria caber nesta categoria o direito patrimonial de autor, que retribui economicamente a realização intelectual, técnica

³⁰⁷ SALTER CID, *A proteção da casa de morada da família*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 258-265, sobretudo p. 263.

³⁰⁸ Cfr. o ac. do S.T.J. de 28.1.1997, no *BMJ* n.º 463, p. 508.

ou artística protegida pelo regime dos direitos de autor, veja-se *supra*, n.º 198, I, al. *b*).

Devem considerar-se parte integrante do património comum os bens adquiridos em substituição de salários, como as pensões de reforma³⁰⁹, os complementos de reforma resultantes de aforros de salários, por exemplo através de planos poupança-reforma, e as indemnizações, por qualquer causa, que tenham na sua base uma intenção de compensar a diminuição da capacidade de ganho.

b) Os bens adquiridos na constância do matrimónio, que não sejam excetuados por lei (art. 1724.º, al. *b*)).

Cabem nesta rubrica, em princípio, os bens adquiridos a título oneroso — comprados, trocados — sendo certo que, por vezes, os bens que resultam destas operações vêm a ser excetuados da comunhão e a ser integrados no património próprio do adquirente, p. ex. através do mecanismo da sub-rogação real (art. 1723.º).

Cabem ainda nesta rubrica os bens adquiridos pelas formas de aquisição originária, designadamente por ocupação, por acessão e por usucapião (desde que a posse não tenha tido o seu início antes do matrimónio — art. 1722.º, n.º 2, al. *b*)). De facto, a lei apenas excetua da comunhão as aquisições por sucessão e por doação.

Apesar de adquiridos por sucessão ou doação, também se integram no património comum os bens doados ou deixados aos dois cônjuges (art. 1729.º) — solução que se explica pelo respeito devido à vontade do disponente, respeito habitual neste tipo de negócios gratuitos. Porém, este regime não se mantém quando a liberalidade é feita no âmbito da legítima a que um dos cônjuges tem direito. A proibição justifica-se neste caso porque a comunicação do bem

³⁰⁹ Desenvolvidamente, sobre este assunto, MARIA JOÃO TOMÉ, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, cit., 1997.

traduz-se na perda da meação dele ou, mais rigorosamente, na necessidade de dividir o respetivo valor, no momento da partilha. Sendo assim, a integração da liberalidade no património comum diminuiria o valor dos bens efetivamente recebidos pelo destinatário, contra o princípio da intangibilidade da legítima.

Para que os bens se possam considerar adquiridos na constância do matrimónio, é preciso que os efeitos técnicos da aquisição se produzam nesse período, designadamente, que a transmissão da propriedade para o adquirente ocorra dentro do casamento, independentemente de quaisquer atos preliminares que tenham ocorrido antes. Por outro lado, deve considerar-se abrangida por este regime a compra sujeita a condição suspensiva que se verifique depois do casamento, cujos efeitos retroagem ao momento da celebração do negócio.

“... sendo consabido que qualquer dos cônjuges pode, só por si, adquirir qualquer bem, não poderia ser o facto de o cônjuge comprador o fazer registar com a sua única titularidade que poderia ter a virtude *ex inscriptio* de lhe dar a natureza de bem próprio do mesmo cônjuge, pois tal conflituaria, frontalmente, com o disposto no art. 1724.º do CC ...” — ac. da Rel. de Lisboa, de 28.11.2000, em www.dgsi.pt.

c) Frutos e rendimentos dos bens próprios e o valor das benfeitorias úteis feitas nestes bens.

São tradicionalmente considerados como bens comuns (art. 1728.º, n.º 1, e art. 1733.º, n.º 2 — aplicável ao regime da comunhão de adquiridos por analogia).

Os frutos de uma coisa são “tudo o que ela produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância” (art. 212.º, n.º 1).

A expressão abrange os frutos “naturais”, que provêm diretamente da coisa, espontaneamente ou por ação do homem, e os frutos “civis”, também designados por rendimentos, como os juros de um depósito bancário, que são produzidos por intermédio de uma relação jurídica sobre a coisa (art. 212.º, n.º 2).

Os frutos dos bens foram a base tradicional da sustentação da família, sobretudo quando a riqueza era principalmente fundiária, antes de o salário industrial e dos serviços ter tomado a primazia como fonte de rendimento individual. Assim, ao lado do produto do trabalho, é natural que os frutos, mesmo dos bens próprios, continuem a pertencer a ambos os cônjuges e a desempenhar a sua função económica.

O valor do investimento necessário e rotineiro, na conservação do bem próprio, realizado através de uma parcela dos frutos que ele produz, incorpora-se no bem próprio e escapa ao património comum. Do mesmo modo, o valor das amortizações e o valor dos encargos ordinários de administração são retirados dos proventos habituais. Assim, os frutos do bem próprio que entram no património comum parecem ser os frutos líquidos produzidos pela coisa.

Só se considera comum, com autonomia, o valor das benfeitorias úteis. É o caso frequente da edificação de um imóvel, durante o casamento, com dinheiro comum, num terreno próprio de um dos cônjuges.

O valor das benfeitorias necessárias incorpora-se na coisa e pertence ao titular do bem próprio. Entende-se que as benfeitorias necessárias são indispensáveis para a conservação do capital e para a sua frutificação normal e que, nessa medida, o valor delas acaba por ser reproduzido, periodicamente, através dos frutos da coisa. O património comum acaba por ir recebendo, deste modo, o valor das benfeitorias³¹⁰.

As benfeitorias voluptuárias não aumentam, por definição, o valor da coisa; não tem sentido discutir a que massa patrimonial pertencem.

³¹⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 443; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. VI, p. 342.

d) Os móveis, salvo prova em contrário.

Os bens móveis são próprios ou comuns, segundo as regras gerais. Porém, tratando-se de bens que se adquirem com frequência, e sem documentação, torna-se difícil saber, relativamente a todos e a cada um, se são bens comuns ou bens próprios. Os cônjuges provarão por qualquer meio a pertinência a este ou àquele património. E a lei presume que se trata de um bem comum, sempre que os cônjuges não consigam vencer as dúvidas que haja em algum caso concreto (art. 1725.º).

Com esta presunção de comunicabilidade dos móveis protegem-se os interesses que no direito anterior se defendiam através da exigência de inventariação dos bens próprios. Mas não se protegem tão eficazmente, pois não se exige agora prova documental.

A presunção do art. 1725.º é aplicável em qualquer tipo de litígio, designadamente no incidente de reclamação de bens ocorrido em processo de inventário (ac. S.T.J. de 16.2.2006, *Col. Jur.* 2006, t. I, p. 69).

e) Os bens sub-rogados no lugar de bens comuns.

São bens comuns, por fim, os bens sub-rogados no lugar de bens comuns, nos termos gerais do princípio da sub-rogação real.

Em regime de comunhão de adquiridos, todo o bem que entra no casal em substituição de um bem anterior presume-se comum (art. 1724.º, al. b)). Quando um bem substitui outro bem, no património comum, não há razões que impeçam que esta relação seja provada por qualquer meio.

Pode haver dificuldade em saber se há, de facto, sub-rogação por entrada de outro bem diferente. Desde a simples transformação das espécies monetárias num depósito à ordem, até às modernas e sofisticadas aplicações financeiras, passando pela aquisição de títulos obrigacionistas, pode hesitar-se em dizer que há um bem novo que entra para o lugar do anterior³¹¹.

³¹¹ TERRÉ e SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, cit., n.º 281.

f) Os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e, noutra parte, com dinheiro ou bens comuns, se esta for a prestação mais valiosa.

Veja-se o que se disse *supra*, n.º 198, I, al. e).

Subsecção IV. Regime da comunhão geral

199. Características gerais do regime

O regime da comunhão geral de bens é caracterizado (como as palavras estão a dizer) por uma comunhão geral de bens, isto é, pelo facto de o património comum ser “constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges que não sejam excetuados por lei” (art. 1732.º). Comunhão não só de domínio mas também de posse e de administração.

200. Quando vigora o regime da comunhão geral

O regime da comunhão geral vigora quando for estipulado pelos nubentes na escritura antenupcial ou no auto lavrado perante o conservador do registo civil, e só nesse caso³¹².

Todavia, por força do art. 15.º do Decreto-lei n.º 47 344 (que aprovou o Código Civil), o regime da comunhão geral vigora ainda quanto a todos os casamentos celebrados até 31 de maio de 1967, inclusive, sempre que fosse o regime aplicado a esses casamentos, como regime supletivo ou convencional.

³¹² Note-se, porém, que no caso previsto no art. 1699.º, n.º 2, não permite a lei a estipulação do regime da comunhão geral (*supra*, n.º 211, I).

201. Aplicação das disposições relativas à comunhão de adquiridos

O art. 1734.º considera “aplicáveis à comunhão geral de bens, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à comunhão de adquiridos”. Efetivamente, na técnica do Código só o regime de comunhão de adquiridos é que, como regime supletivo e, portanto, regime-regra, tem na lei uma regulamentação minuciosa. É a propósito desse regime que a lei enuncia, por assim dizer, as disposições gerais relativas aos regimes de comunhão, disposições aplicáveis igualmente ao regime da comunhão geral. Assim, nomeadamente, tudo o que dissemos na Subsecção III sobre a natureza jurídica da comunhão e a participação dos cônjuges no património comum, sobre os bens sub-rogados no lugar de bens próprios, os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e, noutra parte, com dinheiro ou bens comuns, os bens indivisos adquiridos, em parte, por um dos cônjuges que deles já tinha uma outra parte e os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, todas essas noções e princípios são inteiramente aplicáveis ao regime da comunhão geral de bens.

202. Composição das massas patrimoniais: bens próprios e bens comuns

São comuns, no regime de comunhão geral, “todos os bens presentes e futuros dos cônjuges que não sejam exceptuados por lei” (art. 1732.º); só os bens que a lei excetua da comunhão é que são portanto próprios, e são-no imperativamente, como vimos (art. 1699.º, al. d)).

O elenco dos bens próprios, que consta fundamentalmente do art. 1733.º, n.º 1, foi apreciado a propósito do regime-regra da comunhão de adquiridos.

Subsecção V. Regime da separação

203. Características gerais do regime

Há agora uma separação absoluta e completa entre os bens dos cônjuges. Nos termos do art. 1735.º, 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.

Não se diz que a liberdade dos cônjuges é absoluta porque a lei prevê alguns constrangimentos. Assim, a prática de atos que impliquem a privação total ou parcial da casa de morada da família carece do consentimento de ambos (art. 1682.º-A, n.º 2); e o mesmo se diga quanto aos móveis utilizados conjuntamente na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho, e aos móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os não administra (art. 1682.º, n.º 3). Nestes casos, ainda que o bem pertença exclusivamente a um dos cônjuges, o proprietário não pode dispor dele livremente.

204. Quando vigora o regime da separação

O regime da separação vigora, como regime imperativo, nos dois casos previstos no art. 1720.º, n.º 1, que já estudámos, e, como regime convencional, quando tenha sido estipulado pelos nubentes na escritura antenupcial ou em auto lavrado perante o conservador do registo civil.

205. Composição das massas patrimoniais: bens de um cônjuge e bens do outro

Não há aqui bens comuns, mas claro que pode haver, e normalmente haverá, bens que pertençam a ambos os cônjuges em compropriedade, e em relação aos quais, portanto, qualquer deles pode pedir a divisão a todo o tempo (art. 1412.º CCiv), através do processo de divisão de coisa comum (arts. 1052.º e segs. CProcCiv). Note-se que a lei presume a compropriedade dos móveis (art. 1736.º, n.º 2), admitindo, porém, que os nubentes estipulem na convenção antenupcial cláusulas de presunção sobre a respetiva propriedade (art. 1736.º, n.º 1), com eficácia extensiva a terceiros mas sem prejuízo de prova em contrário.

Em 9.11.2000, o S.T.J. pronunciou-se a favor da ideia de que é inteiramente lícita a divisão de coisa comum, sem que haja obstáculo decorrente do princípio da imutabilidade dos regimes de bens. Na verdade, tudo o que os cônjuges fazem, na divisão, é transformar cada quota numa parte especificada da coisa comum (*Col. Jur.* 2000, t. III, p. 113-4).

Em 09.15.2014, a Rel. do Porto apreciou um caso em que se discutia a necessidade de inventariar um conjunto de certificados de aforro que haviam figurado na titularidade apenas do cônjuge falecido. Manifestaram-se dúvidas sobre a origem do dinheiro utilizado para os adquirir – que podia ter provindo também, ou exclusivamente do património próprio do sobrevivente. A Relação impôs a produção de prova para o esclarecimento da origem do dinheiro, pois a mera titularidade dos certificados não é o bastante para concluir a que património pertenciam.

CAPÍTULO III

MODIFICAÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

206. Generalidades. Simple separação judicial de bens e separação de pessoas e bens

Nos dois primeiros capítulos estudámos o casamento como ato e como estado. O estudo do ato de casamento foi o estudo da constituição da relação matrimonial; o do estado de casado, o estudo da relação matrimonial depois de constituída. A relação matrimonial constituiu-se e agora os cônjuges, enquanto a relação se mantiver, vão ficar ligados por ela. E sabemos que o estado de casado tem tendência para se manter. Por outro lado, os efeitos pessoais do casamento são regidos por normas imperativas, bem como os efeitos de natureza patrimonial independentes do regime de bens; além disto, vale entre nós o princípio da imutabilidade dos regimes de bens. Sendo assim pode dizer-se que a relação matrimonial tem tendência, *não só para se manter como para se manter a mesma.*

Todavia nem sempre se mantém a mesma. Como qualquer outra empresa humana, a empresa matrimonial pode atravessar crises mais ou menos profundas, que se manifestam na *separação* dos cônjuges, pois o casamento é sempre, de algum modo, *comunhão* entre eles.

Ainda que o possa ser de modos diferentes no plano dos bens, onde os nubentes podem estipular uma comunhão total, uma comunhão (ou separação) relativa e uma separação absoluta. Mesmo neste último caso, ou seja, quando tenha sido estipulado o “regime da separação” (art. 1735.º) ou a lei imponha

este regime (art. 1720.º), a relação pessoal entre os cônjuges ainda tem alguns efeitos no plano dos bens (cfr., em particular, os arts. 1682.º-A, n.º 2, e 1682.º-B); para estes efeitos limitados, continua a ter sentido pedir a separação de pessoas e bens (a qual, relativamente aos bens, é equiparada ao divórcio — art. 1795.º-A, 2.ª parte) mesmo que os cônjuges estejam casados no regime da separação ou tenha sido decretada a simples separação judicial de bens (cfr. art. 1770.º).

Quando essas crises ocorrem, o legislador pode permitir que a relação matrimonial se *dissolva* ou *extinga*, a solicitação de um dos cônjuges ou dos dois, ficando os cônjuges desligados do vínculo que os prendia. É uma primeira possibilidade, que será analisada no Capítulo IV.

Concebe-se todavia, ainda, que o legislador, em lugar da possibilidade anterior ou ao lado dela, autorize um ou ambos os cônjuges a obter uma *modificação* da relação matrimonial no sentido de um afrouxamento ou relaxamento dessa relação.

No nosso direito as duas possibilidades existem lado a lado, como veremos. E nem correspondem a diferentes graus de intensidade ou gravidade da crise a que aludimos no texto, pois os fundamentos do divórcio e os da separação de pessoas e bens são os mesmos, podendo o cônjuge autor optar livremente pela extinção ou pela simples modificação da relação matrimonial.

São estes casos que nos interessa considerar agora, e é em relação a eles que se fala em *estado de separação*, a qual, teoricamente, se entende que afete só os efeitos pessoais do casamento, só os efeitos patrimoniais ou uns e outros, sendo, pois, concebível uma simples separação de pessoas, uma simples separação de bens e uma separação de pessoas e bens. Deve advertir-se, porém, que o nosso direito não conhece hoje, e já desde 1910, a figura da simples separação de pessoas, pois o § único do art. 1210.º do Código de Seabra, como aspeto em que se refletia a desigualdade de tratamento entre o adultério do marido e o da mulher, foi expressamente revogado pelo art. 50.º da “Lei do Divórcio”¹.

¹ Cfr. também a disposição transitória do art. 65.º da mesma Lei.

As formas de modificação da relação matrimonial que o direito português admite são pois apenas a simples separação judicial de bens e a separação de pessoas e bens. São formas doentias ou menos perfeitas do estado de casado, em que o vínculo matrimonial se relaxa sem todavia se quebrar inteiramente.

Faremos breve alusão à simples separação judicial de bens na Divisão I deste Capítulo; na Divisão II estudaremos a separação de pessoas e bens, que o Código regula, conjuntamente com o divórcio, no Cap. XII do Livro do Direito da Família.

Será desnecessário advertir que só teremos em vista os casos de separação *legal*, pois só aí é que há uma verdadeira modificação da relação matrimonial como relação jurídica. Não quer isto dizer, porém, que seja desprovida de efeitos jurídicos a separação *de facto* dos cônjuges, como temos tido oportunidade de ver no curso da exposição.

Divisão I. Simples separação judicial de bens

Bibliografia portuguesa

GOMES, V. Rocheta, *Da situação jurídico-patrimonial da mulher judicialmente separada de bens*, no Supl. XIV ao “Bol. Fac. Dir.” (1966), p. 1-142.

207. Noção e natureza

No direito anterior à Reforma de 1977 a simples separação judicial de bens era um remédio conferido sobretudo à mulher casada contra a má administração que o marido fizesse dos bens comuns e dos bens próprios dela. Hoje, com o regime vigente de igualdade dos poderes de administração, o instituto perdeu quase todo o seu interesse prático. Porém, ainda podem verificar-se casos em que um cônjuge administre sozinho bens comuns, ou bens próprios do outro, por força de alguma das alíneas do art. 1678.º, n.º 2; nestes casos, ainda terá sentido pedir a simples separação judicial de bens.

A simples separação de bens, ou simples separação judicial de bens, caracteriza-se, como as palavras estão a dizer, por ser uma separação restrita aos bens, que deixa imperturbados os efeitos pessoais do casamento. Quanto às pessoas a relação matrimonial não se modifica, continuando os cônjuges a ter os direitos e a estar vinculados pelos deveres previstos no Código Civil. A relação matrimonial só se modifica quanto aos bens, na medida em que se procede a uma separação de bens, nos termos que vamos precisar adiante.

O instituto está regulado nos arts. 1767.º-1772.º CCiv. Trata-se de uma providência concedida ao cônjuge que se achar em perigo de perder o que for seu pela má administração do outro (art. 1767.º). Sabemos que os poderes de administração dentro do casamento são muito amplos, já porque o cônjuge administrador, em princípio, não é obrigado a prestar contas da administração que faz, já porque a sua atividade de administrador não é circunscrita à prática de atos de mera ou simples administração, mas vai muito além dela. Ora o recurso à simples separação de bens representa a defesa que a lei dá ao cônjuge não administrador em face dos tão latos poderes conferidos ao outro cônjuge.

É claro que estamos a referir-nos à separação judicial pedida para defesa dos interesses patrimoniais do cônjuge lesado (art. 1769.º) — separação judicial «autónoma». Outra coisa será a separação judicial de bens «não autónoma», decretada em processo que visa outro fim e em que a separação de bens é meramente reflexa; será o caso da separação de bens decretada na sequência da insolvência de um dos cônjuges (art. 141.º, n.º 1, al. *b*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de março), ou o caso da separação de meações decretada no âmbito de uma execução por dívida da responsabilidade de um dos cônjuges (arts. 741.º e 742.º CProcCiv). Estes casos — que terão aumentado em virtude da eliminação da moratória que suspendia a execução, depois de penhorado o

direito à meação do devedor, até que o casamento fosse dissolvido, declarado nulo ou anulado, ou até que fosse decretada a separação judicial de pessoas e bens ou a simples separação judicial de bens (cfr. os arts. 1696.º, n.º 1, CCiv e 825.º CProcCiv, na redação anterior ao Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro) — não cabem na noção restrita de separação judicial de bens que agora nos ocupa, embora venham a produzir os mesmos efeitos nas relações patrimoniais.

No que respeita à natureza da simples separação de bens, cabe notar que a separação só pode ser decretada em ação intentada por um dos cônjuges contra o outro (art. 1768.º). Reveste assim carácter *judicial*, no que se distingue do divórcio e da separação de pessoas e bens, os quais, tratando-se de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, são quase sempre decretados pelo conservador do registo civil, revestindo, pois, carácter «administrativo», como veremos adiante. Por outro lado, e como resulta ainda do art. 1768.º, a separação tem carácter *litigioso*, não admitindo a lei uma simples separação judicial de bens por mútuo consentimento.

Será desnecessário advertir, por último, que nenhum dos cônjuges pode renunciar por qualquer forma ao direito (potestativo) de requerer a simples separação judicial de bens.

208. Pressupostos

Pode dizer-se que são três os pressupostos exigidos para que um cônjuge possa pedir contra o outro a simples separação de bens.

É necessário, em primeiro lugar, que o cônjuge esteja “em perigo” de perder o que for seu. O sentido do conceito de “perigo” não será muito fácil de precisar em teoria. Mas se alguma orientação prática dele se pode tirar será a de que não basta um ou outro ato

isolado de má administração, senão que é necessária uma gestão sistematicamente mal conduzida e que, com grande probabilidade, vá causar o prejuízo que se receia. Exigindo a lei, como exige, não apenas um risco, mas o perigo de o cônjuge perder o que é seu, ela mostra bem que o juiz só deve decretar a separação em casos em que a situação assuma alguma gravidade. Seria errôneo, porém, entender que o perigo já deve estar consumado ou desencadeado. O cônjuge não precisa, para requerer a simples separação de bens, de ter perdido já tudo o que é seu. Até porque se assim fosse o recurso à separação seria inútil. A simples separação de bens é fundamentalmente uma medida *preventiva*; supõe uma ameaça, mas não a consumação dessa ameaça, consumação que justamente se destina a evitar.

Em segundo lugar, é necessário que o requerente esteja em perigo de perder “o que é seu”. A fórmula tinha um significado equívoco na legislação anterior ao Código de 1966, mas hoje só pode querer referir-se aos bens próprios do requerente de que o outro cônjuge tenha a administração ou aos bens comuns de que o outro cônjuge tenha a administração exclusiva, nos termos do art. 1678.º, n.º 2, CCiv.

Em terceiro lugar, é preciso que o perigo de o autor perder o que é seu resulte da má administração do outro cônjuge e não de quaisquer outras causas. A questão mais importante que aqui se põe é a da definição desta “má administração”: quando é que a administração do outro cônjuge é má? A má administração pode consistir na prática reiterada de atos que diminuam os bens próprios do outro cônjuge, ou os bens comuns; note-se que, sem prejuízo da regra igualitária introduzida pela reforma de 1977, pode acontecer que um cônjuge administre bens do casal, para além dos seus bens próprios (cfr. o art. 1678.º). A má administração pode também advir de um endividamento excessivo que comprometa diretamente o património comum, como no caso de

uma prática comercial deficitária, por atos do cônjuge comerciante, que responsabiliza ambos os cônjuges.

Como casos de endividamento excessivo, cfr. o ac. do STJ, de 06.09.2005 (jurisprudência.no.sapo.pt) e os ac. da Rel. do Porto de 04.10.2007 e de 02.22.2011 (www.dgsi.pt).

Outra questão que consiste em saber se deverá fazer-se aqui intervir um elemento de culpa. Na verdade, um cônjuge pode administrar mal com culpa e até com dolo, gastando os bens do outro em dissipações, esbanjamentos e atos perdulários; mas também se concebe que administre mal por ter pouca sagacidade de espírito ou experiência da vida, por ser pessoa ingénuo ou crédulo e que os outros facilmente enganem nos negócios, etc. Cremos que este pressuposto estará preenchido sempre que tenha havido uma “conduta errada”, ou seja, sempre que o cônjuge administrador se tenha desviado, reiteradamente, daquilo que faria um administrador médio em idênticas circunstâncias, ainda que tenha usado a diligência que lhe é habitual e aquela “conduta errada” resulte de falta de dotes, recursos ou capacidades, intelectuais ou de outra ordem.

209. Processo

O processo que seguem as ações de simples separação judicial de bens é o comum, pois não está previsto qualquer processo especial para elas. A partilha subsequente ao trânsito em julgado da sentença que decreta a separação de bens será feita “como se o casamento tivesse sido dissolvido”, nos termos do art. 1770.º, n.º 1.

O n.º 2 deste preceito remete os interessados para o novo regime do inventário, previsto na Lei n.º 23/2013, de 5 de maio, que decorre nos cartórios notariais.

210. Efeitos

Em termos gerais, pode dizer-se que a simples separação de bens opera uma modificação do regime de bens do casamento e, portanto, uma modificação, no plano dos bens, do estado de casado, ficando os cônjuges, embora casados, no “estado de separados de bens”. Como diz o art. 1770.º, o regime matrimonial, sem prejuízo do disposto em matéria de registo (cfr. arts. 1.º, n.º 1, al. *e*), e 70.º, n.º 1, al. *f*), CRegCiv), “passa a ser o da separação”. Os bens do casal vão integrar-se em duas massas patrimoniais – bens próprios do marido e bens próprios da mulher.

Por outro lado, perde todo o sentido que continuem a praticar-se os “desvios” que a lei admite, no art. 1678.º, n.º 2, relativamente à regra geral dos n.ºs 1 e 3, permitindo que um cônjuge administre bens do outro ou administre sozinho bens comuns. A separação judicial de bens levará à partilha dos bens comuns e à entrega, ao requerente, de todos os poderes de administração exclusiva dos seus bens — dos que deixaram de ser comuns e dos que já eram próprios mas eram administrados pelo outro cônjuge.

Resta dizer que estes efeitos são irrevogáveis. Na verdade, ao contrário do que se dispunha no art. 1229.º do Código de Seabra, não é permitido restabelecer o regime de comunhão anterior à separação judicial de bens, nem por convenção nem por nova decisão judicial (art. 1771.º). O legislador terá entendido que a técnica do mandato (art. 1678.º, n.º 2, al. *g*)) serve os interesses do cônjuge que queira restabelecer os poderes de administração nas mãos do outro²: o mandato confere poderes ao outro cônjuge e a circunstância de o contrato ser revogável dá ao mandante um meio simples de os recuperar, no caso de o mandatário reincidir na “má administração”.

² A. VARELA, *ob. e vol. cits.*, p. 541.

A utilização do art. 1767.º CCiv e do art. 740.º CProcCiv têm algumas semelhanças: ambas as vias levarão a uma partilha e à vigência de um regime de separação de bens entre os cônjuges, com separação de administrações. Mas os pontos de partida são diferentes: no primeiro caso, um cônjuge praticou reiteradamente atos lesivos de bens próprios do outro, ou de bens comuns, ou comprometeu esses bens pela assunção exagerada de dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges; no segundo caso, um cônjuge quer evitar que bens comuns penhorados respondam por dívidas da responsabilidade exclusiva do outro.

Divisão II. Separação de pessoas e bens

211. Noção e natureza da separação de pessoas e bens. Suas modalidades

Na separação de pessoas e bens, como as palavras estão a dizer, a separação não afeta simplesmente os bens mas as próprias pessoas dos cônjuges, sendo, pois, muito mais extensa e profunda, em relação à que se opera na simples separação judicial de bens, a modificação que se verifica na relação matrimonial. Dir-se-ia que as malhas do vínculo, agora, se relaxam ou distendem tanto que quase se partem. Mas na verdade não se partem. Separados de pessoas e bens, os cônjuges continuam não obstante a ser casados. Porque são casados, nenhum deles pode contrair novo casamento sob pena de bigamia. Além disso, vamos ver que subsistem depois da separação, no plano das pessoas, o dever de fidelidade conjugal e ainda os deveres de cooperação e respeito (art. 1795.º-A). A isto e pouco mais se reduz o casamento depois de decretada a separação de pessoas e bens, e já estas notas bastarão para dar uma ideia geral do instituto, que o nosso direito regula nos arts. 1794.º a 1795.º-D CCiv.

No que se refere à sua natureza, há a notar que a separação de pessoas e bens não tem o mesmo carácter nas várias legislações em que está consagrada, podendo dizer-se que a sua

natureza é uma ou outra conforme se admita ou não o divórcio na legislação do país.

Nas poucas legislações em que, ainda não há muitos anos, não se admitia o divórcio (Itália, Espanha, Irlanda até 1997), a separação de pessoas e bens era o único remédio que a lei dava às crises mais agudas do casamento, aquelas que justificavam, segundo a lei, uma modificação da relação matrimonial no sentido de um afrouxamento do vínculo. A separação não era em si mesma um bem, mas era um *bem* no sentido de que era a melhor solução dessas crises. E sendo um bem, a separação era uma situação permanente, estável, que durava enquanto um tal estado de crise se mantivesse. É esta concepção da separação que se exprime quando se diz que a separação “é o divórcio dos católicos”; isto é, a separação é para os católicos o mesmo que o divórcio é para as pessoas que o obtêm — uma situação estável, permanente, definitiva.

Distinta natureza tem o instituto nas legislações que admitem o divórcio ao lado da separação e permitem ao cônjuge autor optar livremente por aquele ou por esta. Agora, a separação é um dos dois remédios que se oferecem para aquelas crises, e concebe-se, em geral, como sendo das duas a menos perfeita. Ela será, portanto, um *mal*, não só em si mesma, mas até em confronto com o divórcio. E sendo um mal, a separação será uma situação transitória, que o legislador prefere não dure por muito tempo e admite seja convertida em divórcio decorrido certo prazo. Será a separação, portanto, o *prelúdio* do divórcio ³.

Creemos que esta é a concepção das legislações que, como a nossa, admitem a separação e o divórcio lado a lado mas permitem que aquela seja convertida neste. A possibilidade de conversão denuncia que a lei prefere o divórcio à separação; admite-se, porém, que o cônjuge autor peça só a

³ Fórmula de CARBONNIER, *cit.*, 21^{éd.}, p. 667.

separação, fundamentalmente por uma ideia de respeito pelas suas convicções e sobretudo pelos seus sentimentos religiosos, porventura contrários ao divórcio.

Consoante a função deste prazo, ainda são concebíveis aqui dois sistemas. Concebe-se que a conversão só possa pedir-se decorrido certo prazo (que entre nós em princípio é de um ano) porque durante esse prazo exista uma esperança de reconciliação dos cônjuges; ou, noutra perspetiva, porque durante esse prazo o cônjuge culpado deva sofrer uma pena, a pena de não se poder divorciar. A primeira conceção quadra melhor às soluções do direito português, em que o prazo de um ano é exigido mesmo que a separação não tenha sido decretada *contra* qualquer dos cônjuges.

É à luz destas ideias que cumpre caracterizar a separação de pessoas e bens no direito português.

Na legislação anterior ao Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio, ela revestia uma natureza dúplice. Tinha uma natureza nos casamentos que podiam ser dissolvidos por divórcio e outra nos que não o podiam ser. Nos primeiros a separação era apenas, na realidade, um prelúdio do divórcio, em que podia ser convertida ao fim de três anos a requerimento de qualquer dos cônjuges (art. 1793.º, n.º 1, na antiga redação); nos segundos, ao invés, era uma situação ou estado permanente, não sendo aqui possível a opção entre o divórcio e a separação ou a conversão desta naquele.

No direito atual, porém, em que todos os casamentos, civis ou católicos, podem dissolver-se por divórcio, a natureza da separação de pessoas e bens é uma só: a separação é, em qualquer caso, a *antecâmara* do divórcio, em que pode ser convertida a requerimento de ambos os cônjuges ou de um deles, nos termos que exporemos adiante.

A separação de pessoas e bens pode revestir duas *modalidades*, a saber: separação de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges e separação de pessoas e bens por mútuo consentimento. A primeira supõe um litígio; é, portanto, pedida por um dos cônjuges contra o outro e funda-se numa determinada *causa*. A segunda

não implica litígio algum, sendo requerida pelos dois cônjuges de comum acordo e sem indicação da causa por que é pedida. Por sua vez, a separação por mútuo consentimento pode ser *judicial* ou *administrativa*, conforme é decretada pelo tribunal ou pela conservatória do registo civil; como veremos adiante, a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento é hoje da exclusiva competência das conservatórias do registo civil, exceto no caso de acordo obtido no âmbito de processo de separação litigiosa (art. 12.º, n.º 1, al. *b*), do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro) e quando os cônjuges não conseguiram formar algum dos acordos exigidos pelo art. 1775.º, n.º 1, ou atingiram um acordo que não mereceu homologação.

Dada esta ideia geral do instituto e definidas a sua natureza e as modalidades que pode revestir, vamos expor agora os princípios gerais que o regulam. Começaremos por dizer duas palavras sobre as relações entre a separação de pessoas e bens e o divórcio; estudaremos a separação por mútuo consentimento e, depois, as causas e o processo da separação sem consentimento de um dos cônjuges. Em seguida analisaremos os efeitos da separação (seja ela sem consentimento de um dos cônjuges ou por mútuo consentimento), para assim vermos em que consista o “estado de separado de pessoas e bens”. Por fim, faremos breve referência às duas causas específicas que podem pôr termo à separação de pessoas e bens, que são a conversão da separação em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados.

Devemos advertir, porém, que este esquema não será preenchido completamente, pois há muitos pontos do regime da separação de pessoas e bens em que se aplica por inteiro a mesma doutrina que vale quanto ao divórcio, de acordo com a remissão do art. 1794.º CCiv. É o que acontece, nomeadamente, quanto aos fundamentos e ao processo da separação litigiosa e ainda à separação por mútuo consentimento. Sobre estes pontos limitar-nos-emos, por isso, a remeter para o que será dito quanto ao divórcio no Capítulo IV.

212. A separação de pessoas e bens e o divórcio

A separação de pessoas e bens e o divórcio são os dois remédios que as leis oferecem para as crises da vida conjugal que, pela sua gravidade, justificam a extinção da relação matrimonial ou a sua modificação no sentido de um relaxamento do vínculo.

São dois remédios que a nossa lei admite lado a lado, nos casamentos civis como nos casamentos católicos, podendo o cônjuge autor optar livremente pelo divórcio ou pela separação. Este é igualmente o sistema de grande número de países⁴, embora haja legislações que só admitem o divórcio⁵.

É de notar que esta opção não tem de ser exercida, de modo definitivo, na petição inicial da ação de divórcio ou de separação. Em primeiro lugar, “o facto de se optar em dado momento por uma das ações referidas não implica que, intentada uma das duas, dela se não possa desistir para intentar a outra”, como julgou o ac. do S.T.J. de 3.2.1953 (no *BMJ* n.º 35, p. 327) e nos parece, de resto, evidente. Em segundo lugar, o pedido inicial de divórcio pode ser alterado na réplica para o de separação de pessoas e bens (ou ao contrário), nos termos do art. 273.º, n.º 2, (hoje 265.º) CProcCiv, como também decidiu o ac. do S.T.J. de 22.2.1952, no *BMJ* n.º 29, p. 423. De qualquer modo, o juiz decidirá *em face do pedido*, não podendo (como o art. 1794.º do Código de 1966, antiga redação, lhe permitia) decretar a separação se tiver sido pedido o divórcio, por as circunstâncias do caso, designadamente a viabilidade de uma reconciliação, aconselharem a não dissolução do casamento.

A possibilidade de *opção* entre a separação e o divórcio pode sugerir a ideia de que o direito se desinteressa da escolha que o cônjuge faça: essa escolha seria indiferente à lei, que não teria qualquer preferência pelo divórcio ou pela separação. As coisas não devem, porém, entender-se por esta forma. O instituto da *conversão* mostra por si, com suficiente nitidez, que a lei prefere

⁴ É, p. ex., o sistema da França, da Bélgica, da Suíça, da Itália e da Inglaterra.

⁵ P. ex., Alemanha, Áustria, Grécia, Rússia e países do leste europeu.

à separação o divórcio⁶, decerto por julgar inconveniente aquela espécie de “celibato forçado”⁷ que da separação resulta. A lei terá entendido, porém, que este inconveniente não existe desde que os cônjuges preferam, os dois, a separação ao divórcio, como por vezes acontece, dado o facto de o divórcio ser contrário às convicções e designadamente aos sentimentos religiosos dos cônjuges. E, assim, ela facultou aquela opção. Portanto a lei prefere o divórcio à separação, mas não se pode dizer que haja aqui um interesse público de primeiro grau, que prevaleça contra a vontade de *ambos* os cônjuges. Quando, porém, um dos cônjuges prefere a separação e o outro o divórcio, então os interesses dos cônjuges equilibram-se, e vem à luz o interesse social de que seja pela via do divórcio que a crise conjugal se resolva. Por isso a lei permite a qualquer dos cônjuges requerer a conversão.

A afirmação de que a lei prefere o divórcio à separação não é desmentida pelo facto de, se o autor opta pela separação, o réu não poder requerer na contestação que a ação siga como ação de divórcio. Quando afirmamos que a lei prefere o divórcio à separação, queremos apenas dizer que entre a separação e o divórcio como duas vias de solução para as crises mais graves da vida conjugal, como duas soluções *definitivas* para essas crises, a lei acha preferível a solução do divórcio. A lei admite, porém, que comece por ser decretada a separação de pessoas e bens se o autor optar por esta, pois a separação ainda permite uma esperança de reconciliação entre os cônjuges. Se o autor optar pela separação e não houver acordo dos cônjuges no sentido de converter a separação em divórcio, acha preferível que o divórcio só seja decretado depois de um tempo de *prova* de um ano, durante o qual espera a reconciliação. Porque é claro que o divórcio e a separação são dois *males*, e o *bem* é uma normal e sã vida conjugal. Passado aquele tempo de prova e quando a lei já desesperou da reconciliação entre os cônjuges, é que prefere o divórcio à separação.

Cabe aqui uma referência ao problema de saber se o tribunal, nos termos do art. 272.º CProcCiv, não deverá *suspender* a ação de separação de pessoas e

⁶ Não assim nos direitos inglês e norte-americano, os quais desconhecem a conversão.

⁷ Cfr. CARBONNIER, *cit.*, 21 éd., p. 667.

bens no caso de estar pendente ação de divórcio já intentada pelo cônjuge réu contra o cônjuge autor. O ac. do S.T.J. de 5.5.1942, na *RLJ*, ano 75.º, p. 168, em face do art. 279.º CProcCiv equivalente, decidiu que o juiz não deve ordenar a suspensão neste caso, e nós decidiríamos da mesma forma. Não só porque, como se diz no acórdão, se for suspensa a ação de separação e mais tarde for julgada improcedente a de divórcio o autor perderá tempo e terá prejuízos que teriam sido evitados com o prosseguimento da ação que intentou e em que pode obter deferimento, como também porque, segundo cremos, mesmo que a ação de divórcio seja julgada procedente a ação de separação não será inútil, pois (se também esta ação proceder) terá o efeito de transformar o divórcio proferido contra um dos cônjuges em divórcio proferido contra os dois: cfr. *infra*. Pode notar-se ainda, a favor da solução indicada, que tal seria o efeito do pedido de separação se este tivesse sido deduzido em reconvenção e ambos os pedidos procedessem (cfr. art. 1795.º); ora a verdade é que a reconvenção (como se diz no referido acórdão) é uma faculdade e não uma obrigação para o réu: ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, III, p. 97. O S.T.J. também já decidiu, mas agora evidentemente sem razão, que deve suspender-se a ação de separação de pessoas e bens desde que esteja pendente ação de anulação do casamento. Cfr. o ac. de 1.6.1956, na *RLJ*, ano 89.º, p. 342, e a respetiva *anotação* de PIRES DE LIMA.

213. Separação por mútuo consentimento: remissão

Tanto no que se refere aos requisitos como ao processo de separação por mútuo consentimento, o regime aplicável a esta modalidade de separação, administrativa ou judicial, é o mesmo do divórcio por mútuo consentimento (cfr. *infra*, n.os 226-231).

214. Separação sem consentimento de um dos cônjuges: remissão

Também aqui, as *causas* da separação sem consentimento de um dos cônjuges são as mesmas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, aplicando-se por força da remissão do art. 1794.º os princípios expressos no art. 1781.º, que estudaremos no lugar apropriado. Notaremos apenas que esses princípios devem aplicar-se ao

divórcio e à separação nos mesmos termos. Tendência para rejeitar seria a de, vendo na separação um “diminutivo do divórcio”, o juiz ser mais indulgente quando de separação se trate, contentando-se aqui com motivos menos importantes. Essa tendência, que alguma jurisprudência chegou a defender na vigência da legislação anterior à Reforma de 1977 mas que já então nos parecia carecida de fundamento, por maioria de razão deve ser rejeitada na legislação atual, em que a separação, trate-se de casamento civil ou de casamento católico, pode ser convertida em divórcio a requerimento dos cônjuges ou de qualquer deles.

Uma importante consequência prática da orientação preconizada será a de que, proposta mas julgada improcedente uma ação de divórcio, não pode o autor, mais tarde, intentar com a mesma causa de pedir uma ação de separação judicial de pessoas e bens (ou vice-versa). Ainda que o pedido não seja o mesmo nas duas ações e, portanto, não se verifique uma das três identidades exigidas pelo art. 581.º CProcCiv, a verdade é que tudo deverá passar-se, para efeitos de caso julgado e como resulta do que no texto se diz, como se a 1.ª e a 2.ª ação tivessem o mesmo objeto. Cfr., neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, III, p. 120.

O *processo* de separação sem consentimento de um dos cônjuges é o mesmo do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o processo especial regulado nos arts. 931.º-932.º CProcCiv e que teremos oportunidade de estudar no Capítulo IV (n.os 249 e 250).

Só valerá a pena referir a doutrina do art. 1795.º, introduzido pela Reforma de 1977 e em que se resolveu uma questão que poderia ser de solução duvidosa em face das regras gerais: a questão de saber se, proposta ação de divórcio, poderá o réu pedir a separação judicial de pessoas e bens em reconvenção; ou poderá deduzir pedido reconvenicional de divórcio quando tenha sido intentada contra ele ação de separação judicial de pessoas e bens.

O art. 1795.º resolve a questão em sentido afirmativo, tutelando assim o interesse particular de cada cônjuge que pode querer

pedir o divórcio ou antes a separação judicial de pessoas e bens. Claro, porém, que esta tutela não pode chegar ao ponto de, procedendo os dois pedidos, um dos cônjuges ficar divorciado e o outro simplesmente separado de pessoas e bens. É para obviar a esta consequência absurda que o n.º 2 do art. 1795.º dispõe que, se o pedido de divórcio proceder, a sentença decretará o divórcio entre os cônjuges.

215. Efeitos da separação

Importa analisar agora os *efeitos* da separação — por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges —, para vermos em que consista o “estado de separado de pessoas e bens”. A separação de pessoas e bens afeta os cônjuges (como as palavras estão a dizer) quanto às *pessoas* e quanto aos *bens* e convém distinguir os dois aspetos.

Uma ideia geral a ter em conta é a de que o afrouxamento do vínculo que a separação opera não deve ficar *aquém* mas também não deve ir *além* de determinado limite, limite que justamente se trata de encontrar. Em primeiro lugar, não pode esquecer-se que a separação se destina a solucionar uma crise da vida matrimonial e que, portanto, é preciso que o vínculo conjugal se relaxe o suficiente para que a crise seja resolvida através da separação. Mas, em segundo lugar, não pode esquecer-se também que a separação não é o divórcio e, portanto, não pode autorizar os cônjuges a exercer antecipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimónio. Se o vínculo conjugal se mantém e os cônjuges mantêm esse estado (art. 1795.º-A), hão de manter-se todos os efeitos do casamento que lhe são absolutamente *essenciais*, de tal forma que o casamento não possa conceber-se sem eles. Assim, p. ex., e sobretudo, é claro que os cônjuges separados não podem contrair

um novo e válido matrimônio, sob pena de bigamia. Um excessivo afrouxamento do vínculo, no plano das pessoas como no plano dos bens, teria, aliás, o inconveniente de dificultar ou impossibilitar a reconciliação, que a lei deve encorajar. Encontrar o justo limite em que as pessoas e os bens dos cônjuges devem separar-se será justamente descobrir a melhor forma de conciliação entre estas duas exigências ou solicitações, de sentido contrário.

Analisar os efeitos, quanto às pessoas, da separação de pessoas e bens traduz-se em ver se se mantêm ou se cessam, depois da separação, os *efeitos pessoais* do casamento que já estudámos. Vejamos então.

Mantém-se, naturalmente, o dever de *fidelidade* conjugal (arts. 1795.º-A e 1795.º-D, n.º 3). Trata-se, na verdade, de um dos tais efeitos absolutamente essenciais ao matrimônio; um casamento em que os cônjuges não estivessem obrigados a guardar fidelidade conjugal e o adultério fosse, portanto, lícito, seria — dentro das concepções morais a que o nosso legislador aderiu — algo que não poderia conceber-se.

Os deveres recíprocos de *respeito* e *cooperação* também se mantêm, embora, claro, o respetivo *conteúdo* se modifique em consequência da separação. No que toca, por exemplo, ao dever de respeito, se se mantêm, por assim dizer, o lado *negativo* desse dever, como dever de *non facere* (cada um dos cônjuges continua obrigado, designadamente, a não ofender a integridade física ou moral do outro), já não será exigível a cada um dos cônjuges, depois da separação, o interesse pela pessoa e pela vida do outro a que se reconduz o lado *positivo* do dever de respeito, como dever de *facere*.

O dever de *coabitação* é que cessa com a separação (art. 1795.º-A). Não pode ser doutro modo, destinando-se a separação, como se destina, fundamentalmente a evitar uma vida em comum que não pode continuar sem grave risco para a vida, a saúde ou a honra de um dos cônjuges.

O dever de *alimentos* mantém-se (arts. 1794.º, 1795.º-A e 2016.º); mas cessa o dever de *contribuir para os encargos da vida familiar*

(o outro dever que, nos termos do art. 1675.º, n.º 1, se inclui no dever de *assistência*), como bem se compreende, uma vez que se extinguem o dever de coabitação e a “vida familiar”.

Finalmente, e isto como que atesta e simboliza que o casamento não se dissolve, cada um dos cônjuges conserva, mesmo depois da separação, os apelidos do outro que porventura tenha adotado (art. 1677.º-B, n.º 1, 1.ª parte).

Só nos referimos no texto aos efeitos pessoais da separação quanto aos cônjuges. Quanto aos filhos, caberá notar, por um lado, que cessa a presunção de paternidade nos termos do art. 1829.º; e, por outro, que o disposto nos arts. 1905.º e segs. sobre o destino dos filhos menores, os alimentos a estes devidos e a forma de os prestar, assim como sobre o exercício das responsabilidades parentais, é aplicável tanto ao divórcio como à separação de pessoas e bens.

No plano dos bens, concebe-se que a separação vá ainda mais longe do que no plano das pessoas: o casamento, teoricamente, é compatível com a mais absoluta separação de bens entre os cônjuges. Com a separação, pode dizer-se que termina o regime matrimonial em vigor, qualquer que ele seja, e que deixa de haver propriamente um “regime de bens do casamento”. Como dispõe o art. 1795.º-A, “relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento”. Assim, a separação faz perder ao cônjuge sobrevivente os seus direitos sucessórios em relação à herança do falecido (art. 2133.º, n.º 3)⁸, e cada cônjuge não pode, na partilha, receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1790.º)⁹, perdendo ainda todos os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791.º)¹⁰.

⁸ Cfr. *infra*, n.º 256.

⁹ Cfr. *infra*, n.º 253.

¹⁰ Cfr. *infra*, n.º 257.

Os efeitos da separação não podem ser opostos a terceiros, e designadamente aos credores, que tenham adquirido anteriormente os seus direitos. Sobre o momento a partir do qual a separação tem efeitos em relação a terceiros e o valor do registo (do averbamento da separação ao registo do casamento), vale o que diremos mais adiante quanto ao divórcio (*infra*, n.º 261).

Além disso, o cônjuge que tenha pedido a separação com o fundamento do art. 1781.º, al. *b*) (alteração das faculdades mentais), deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela separação decretada, devendo o pedido de indemnização ser deduzido na própria ação de separação (arts. 1792.º e 1794.º)¹¹.

216. Reconciliação dos cônjuges separados de pessoas e bens

Já dissemos como a lei encoraja e protege a reconciliação dos cônjuges separados, e é a esta reconciliação que cabe agora uma referência. Sabemos como ela é uma das duas causas (a outra é a conversão) que podem pôr termo à separação de pessoas e bens entre os cônjuges. Refere-se à reconciliação o art. 1795.º-C.

Nos termos deste preceito, podem os cônjuges a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais (n.º 1).

Note-se que, com a reconciliação entre os cônjuges, se *reinicia* a presunção de paternidade do marido (art. 1830.º, al. *a*)).

O processo de reconciliação de cônjuges separados de pessoas e bens está regulado nos arts. 12.º e 13.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, e é de exclusiva competência das conservatórias do registo civil (art. 12.º, n.º 1, al. *a*)).

¹¹ Cfr. *infra*, n.º 259.

Não conhece o nosso direito, como se vê, a reconciliação *tácita*, resultante da mera coabitação, que é admitida no Código italiano (art. 157.º). Também assim no direito francês, em que a “retomada voluntária da vida em comum” põe termo à separação, embora deva ser constatada por instrumento notarial ou declaração na conservatória do registo civil, averbada ao assento de casamento para ser oponível a terceiros (art. 305.º).

Os cônjuges que pretendam reconciliar-se devem formular o pedido, devidamente fundamentado, em requerimento entregue em qualquer conservatória (art. 12.º, n.º 2). A reconciliação, que pode ser requerida a todo o tempo (art. 1795.º-C, n.º 1, CCiv), efetua-se por acordo dos cônjuges, que o conservador deve homologar se verificar que estão preenchidos os pressupostos legais, para o que pode determinar a prática de atos e a produção de prova (arts. 12.º, n.º 5, e 13.º, n.º 1).

Embora o art. 21.º do Decreto-lei n.º 272/2001 não mencione expressamente o art. 1795.º-C, n.º 2, CCiv na lista das normas revogadas, cremos que também esta disposição, segundo a qual a reconciliação podia fazer-se «por termo no processo de separação ou por escritura pública», foi revogada pelo Decreto-lei n.º 272/2001, que inclui a reconciliação dos cônjuges separados entre os «procedimentos da competência exclusiva do conservador». Igualmente revogado parece estar o art. 1795.º-C, n.º 3, CCiv, acrescentado pelo Decreto-lei n.º 163/95, de 13 de julho, segundo o qual quando a separação tivesse corrido os seus termos na conservatória do registo civil a reconciliação se fazia por termo no processo de separação¹². A reconciliação não pode hoje fazer-se por termo no processo, judicial ou administrativo, de separação de pessoas e bens, nem corre por apenso a esse processo, só podendo fazer-se por acordo dos cônjuges homologado pelo conservador do registo civil, nos termos do art. 13.º do Decreto-lei n.º 272/2001.

A decisão que homologue a reconciliação deve ser oficiosamente registada por averbamento aos assentos de nascimento (CRegCiv, arts. 1.º, n.º 1, al. *p*), e 69.º, n.º 1, al. *a*) e ao assento de casamento (art. 70.º, n.º 1, al. *f*)); os efeitos da reconciliação só se produzem

¹² TOMÉ RAMIÃO, *Divórcio por mútuo acordo anotado e comentado*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2002, p. 62.

a partir da homologação ou, em relação a terceiros, a partir do registo (CCiv, art. 1795.º-C, n.º 4). Se os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens, é enviada certidão da decisão de reconciliação para ser junta ao processo de separação (art. 13.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 272/2001).

Só a hipótese de os cônjuges estarem separados *judicialmente* cabe na letra do art. 13.º, n.º 2, mas no caso de a reconciliação ter sido homologada, como a lei permite (art. 12.º, n.º 2) em conservatória diferente daquela onde correu o processo (administrativo) de separação de pessoas e bens cremos que o conservador deve igualmente enviar a esta conservatória certidão da decisão de reconciliação.

Questão que pode levantar dúvidas é a do *regime de bens* que fica a vigorar entre os cônjuges depois da reconciliação. O art. 1776.º, n.º 2, do Código de 1966, na sua primitiva redação, dispunha que a partir da reconciliação os cônjuges se consideravam casados “segundo o regime da separação de bens”, mas o preceito foi revogado pela Reforma de 1977. Não contendo o art. 1795.º-C disposição semelhante, parece dever entender-se que a reconciliação dos cônjuges repõe em vigor o mesmo regime de bens que vigorava antes da separação, conforme o princípio geral enunciado no n.º 1¹³. Mas não deverá permitir-se aos cônjuges escolher livremente o regime de bens do casamento (o mesmo que valia antes da separação ou regime diverso) em escritura pública ou auto lavrado pelo conservador do registo civil, nos termos gerais do art. 1710.º CCiv, outorgados, já se vê, anteriormente à reconciliação? A lógica da solução seria esta: a reconciliação valeria *como um segundo casamento*, pelo que a convenção que os cônjuges celebrassem sobre o regime de bens que valeria depois da reconciliação seria ainda, de alguma maneira, uma convenção “antenupcial”, não havendo pois, verdadeiramente, derrogação ao

¹³ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *cit.*, p. 536.

princípio geral da imutabilidade das convenções antenupciais expresso no art. 1714.º CCiv. Aliás, dispondo o art. 1795.º-A, *in fine*, que a separação, relativamente aos bens, “produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento”, os regimes da separação de pessoas e bens e do divórcio viriam assim a coincidir neste ponto, pois é sabido que, no divórcio, os divorciados que voltem a casar um com o outro podem escolher livremente o regime de bens do segundo casamento ¹⁴.

217. Conversão da separação em divórcio

Se no prazo de um ano a contar do trânsito em julgado da sentença ou da decisão do conservador que decretou a separação os cônjuges não se reconciliarem, pode qualquer deles pedir que a separação, litigiosa ou por mútuo consentimento, seja convertida em divórcio. E se a conversão for requerida por ambos os cônjuges, nem é necessário o decurso daquele prazo. São as soluções dos n.os 1 e 2 do art. 1795.º-D.

Não assim no direito francês, em que a separação por mútuo consentimento só a pedido de *ambos* os cônjuges pode ser convertida em divórcio (art. 307.º, 2.º par.).

Não é difícil apreender quais sejam o espírito e a justificação do instituto no nosso direito. A lei faculta o pedido de conversão porque, em último termo, prefere o divórcio à separação; mas só faculta esse pedido passados um ano sobre a data da separação porque, salvo no caso de a conversão ser requerida por ambos os cônjuges, espera durante um ano que os cônjuges separados venham

¹⁴ Cfr. *infra*, n.º 251.

a reconciliar-se. Todo o sistema da conversão no nosso direito se compreende a partir destas duas ideias.

Querendo promover a reconciliação, a lei aproveita a circunstância de os cônjuges ou o cônjuge autor terem *optado* pela separação para dispor que esta se manterá por um ano, que são um *tempo de experiência*, um *tempo de prova* durante o qual presume que a reconciliação é possível. Passado este prazo e falhada a esperança de reconciliação, a lei permite, porém, que a conversão seja requerida por qualquer dos cônjuges, pois entende que entre a separação e o divórcio, como soluções definitivas da crise conjugal, é preferível o divórcio, a menos que os cônjuges queiram os dois a separação.

Quanto ao *processo* da conversão, há que distinguir conforme a separação de pessoas e bens for sem consentimento de um dos cônjuges ou por mútuo consentimento e, neste caso, conforme a separação for decretada pelo tribunal ou decidida na conservatória do registo civil.

No caso de *separação* sem consentimento de um dos cônjuges, rege o art. 993.º CProcCiv. O requerimento de conversão é autuado por apenso ao processo de separação. Sendo a conversão requerida por ambos os cônjuges, é logo proferida a sentença. Sendo requerida só por um deles, o outro é notificado para no prazo de quinze dias deduzir oposição, a qual só pode fundamentar-se em reconciliação, acordada nos termos do art. 13.º do Decreto-lei n.º 272/2001; não sendo deduzida oposição, é proferida sentença.

No caso de *separação por mútuo consentimento*, a solução da lei varia conforme a separação for decretada pelo tribunal ou decidida na conservatória do registo civil.

Antes do CRegCiv de 1995, a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento só podia ser decretada pelo tribunal. Depois deste Código, a separação era obrigatoriamente judicial quando os cônjuges tivessem filhos menores e o poder paternal ainda não estivesse judicialmente regulado; e podia

ser judicial, no caso de, não tendo filhos menores ou já estando o exercício do poder paternal judicialmente regulado, os cônjuges terem preferido requerer a separação no tribunal e não na conservatória do registo civil, uma *opção* que lhes era facultada pelo art. 1773.º, n.º 2, CCiv, na redação que lhe deu o Decreto-lei n.º 163/95, de 13 de julho.

A conversão em divórcio da separação de pessoas e bens por mútuo consentimento decretada pelo tribunal segue os termos do art. 993.º CProcCiv, que já referimos.

Pelo contrário, à conversão em divórcio da separação de pessoas e bens por mútuo consentimento decidida na conservatória do registo civil aplica-se o «procedimento tendente à formação de acordo das partes» regulado nos arts. 7.º-11.º do Decreto-lei n.º 272/2001 (art. 5.º, al. e)).

Sendo a conversão pedida por um dos cônjuges, o requerimento é entregue na conservatória da residência de qualquer deles ou em outra escolhida por ambos e expressamente designada (art. 6.º, n.º 1, al. c)); nos termos do art. 7.º, o pedido deve ser fundamentado de facto e de direito e indicar as provas oferecidas. O requerido é citado para se opor, querendo, nos quinze dias seguintes. Não sendo apresentada oposição, e devendo considerar-se confessados os factos indicados pelo requerente, o conservador, verificado o preenchimento dos pressupostos legais, declara a procedência do pedido; havendo oposição, marca tentativa de conciliação a realizar no prazo de quinze dias. Se a tentativa não resultar, as partes são notificadas para alegarem e requererem a produção de novos meios de prova e o processo é remetido ao tribunal (art. 8.º); o juiz ordena a produção de prova e marca audiência de julgamento (art. 9.º).

Quando, pelo contrário, a conversão for pedida por ambos os cônjuges, na conservatória da residência de qualquer deles ou em outra por ambos escolhida e expressamente designada (art. 6.º, n.º 1, al. c)), o conservador decide de imediato (art. 11.º).

Das decisões do conservador cabe recurso para o tribunal, nos termos do art. 10.º.

O *efeito* da conversão da separação em divórcio é o de fazer cessar todas as consequências do casamento que ainda se mantinham durante a separação; exceto, naturalmente, aquelas que persistem mesmo depois do divórcio. Assim, nomeadamente, cessam os deveres de fidelidade conjugal, cooperação e respeito e qualquer dos cônjuges pode contrair validamente um segundo casamento.

Questão controversa é a de saber se, decretada a separação de pessoas e bens, podem os cônjuges (ou algum deles), não só requerer a *conversão* da separação em divórcio, nos termos dos arts. 1795.º-D CCiv e 993.º CProcCiv, ou do art. 7.º do Decreto-lei n.º 272/2001, mas também propor uma ação de divórcio *autónoma* se os respetivos requisitos se verificarem.

Já se tem decidido que só por via da conversão os separados de pessoas e bens podem obter o divórcio¹⁵, e que, pelo contrário, a lei lhes faculta uma ação de divórcio autónoma, nos termos gerais¹⁶.

Começaremos por notar que não se vê razão, no plano da lei, para negar aos cônjuges separados de pessoas e bens a possibilidade de recorrerem à ação de divórcio nos termos gerais dos arts. 1773.º e segs. CCiv.

Com efeito, a separação de pessoas e bens “extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos” (art. 1795.º-A), mas mantém os restantes deveres que o art. 1672.º impõe aos cônjuges; isto é, mantém o casamento.

¹⁵ Neste sentido, o ac. da Rel. do Porto de 14.2.1985, na *Col. Jur.* 1985, t. 1, p. 268.

¹⁶ Neste sentido, o ac. do S.T.J. de 24.10.1985, na *RLJ*, ano 118.º, p. 332 s., com *anotação* favorável de P. COELHO, que reproduzimos muitas vezes literalmente.

Não pode dizer-se que, tendo sido decretada a separação de pessoas e bens entre os cônjuges, a ação de divórcio já não tenha objetivo ou finalidade, pois o casamento persiste, embora amputado nos seus efeitos, e a situação de *crise* da vida matrimonial, crise tão grave que já determinou a separação, pode reclamar e justificar o divórcio, como *remédio* para essa situação de crise ou definitiva *constatação* da rutura do casamento. Mal se compreenderia até que a lei *desfavorecesse* neste aspeto os cônjuges separados de pessoas e bens em face dos não separados, dificultando-lhes, mais que a estes últimos, a possibilidade de obterem a dissolução do vínculo conjugal. Aliás, o art. 1775.º concede igualmente aos “cônjuges”, em termos genéricos, sem distinguir entre os não separados e os separados de pessoas e bens, a faculdade de requerer o *divórcio por mútuo consentimento* cumpridos que estejam os requisitos respectivos. Assim sendo, parece que as regras do divórcio (sem consentimento de um dos cônjuges ou por mútuo consentimento) valem indistintamente para os cônjuges não separados e para os separados de pessoas e bens, só por *interpretação restritiva* das mesmas regras podendo entender-se que algumas delas não sejam aplicáveis a estes últimos. Simplesmente, uma tal interpretação restritiva não parece justificada.

Por outro lado, os cônjuges separados de pessoas e bens podem ter interesse em pedir o divórcio, nomeadamente em vista da celebração de um segundo casamento, e não se veem razões para a lei não satisfazer esse interesse se estiverem verificados os respectivos requisitos legais. Os cônjuges têm interesse em propor uma ação de divórcio *autónoma* se a possibilidade de converterem a separação em divórcio lhes for vedada por ainda não ter decorrido o prazo fixado no art. 1795.º-D, n.º 1, CCiv.

Notaremos, por último, que a solução defendida, segundo a qual a ação *autónoma* de divórcio está aberta, em princípio, aos cônjuges não separados como aos próprios cônjuges separados

de pessoas e bens, corresponde a uma orientação pacífica — tanto quanto sabemos — da doutrina estrangeira¹⁷ e nacional¹⁸, expressa nas poucas referências que os autores costumam dedicar ao assunto.

Na edição anterior do Curso fazia-se uma apreciação dos argumentos da jurisprudência que se pronunciou em sentido contrário ao que é aqui defendido.

¹⁷ Cfr., p. ex., MARTY-RAYNAUD, *Droit civil — Les personnes*, 3.^a ed. (1976), p. 462, HENRY, LÉON e JEAN MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1.^o, 3.^o vol., 6.^a ed. (1976), p. 1002-3, e WEILL-TERRÉ, *Droit civil — Les personnes, la famille, les incapacités*, 5.^a ed. (1983), p. 453. Tem ainda interesse referir a doutrina italiana anterior à introdução do divórcio no país, em que já se admitia, cremos que sem oposição, ação de alteração do *título* da separação, com base em *novos factos*. Cfr., p. ex., AZZOLINA, *ob. cit.*, p. 219 s., SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi* (1966), p. 519 s., e PAJARDI, *La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza* (1966), p. 256 s.

¹⁸ Cfr. os autores referidos no cit. ac. do S.T.J. de 24.10.1985.

CAPÍTULO IV

EXTINÇÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL

Divisão I. Princípios gerais

218. Extinção por dissolução e extinção por invalidação

Depois de termos visto como se constitui, em que consiste e que modificações pode sofrer a relação matrimonial, cumpre estudar os modos por que a mesma relação pode extinguir-se. De extinção da relação matrimonial pode falar-se, com maior ou menor rigor, quando o casamento se dissolve e quando ele é declarado nulo ou anulado; a doutrina da extinção da relação matrimonial abrange, pois, a extinção por dissolução e a extinção por invalidação.

Lembrar a distinção entre os dois conceitos será quase supérfluo. Na invalidação, a relação jurídica extingue-se em consequência de um vício originário do ato através do qual se constituiu; pelo contrário, na dissolução a relação extingue-se em consequência de um ato ou facto superveniente, a que a lei atribui esse efeito. Por isso a invalidação é retroativa enquanto a dissolução não o é (embora, no direito matrimonial, o instituto do casamento putativo torne menos nítida a distinção sob este aspeto). Dissolvido o casamento surge um novo estado, o estado de viúvo ou divorciado (ou o de ex-cônjuge cujo casamento foi dissolvido por dispensa); pelo contrário, declarado nulo ou anulado o casamento regressa-se ao estado anterior, ao estado de solteiro.

Será só a matéria da extinção da relação matrimonial por dissolução do casamento que iremos tratar agora. Sabe-se que o

casamento, católico ou civil, tem vocação para ser perpétuo, mas tal vocação não exclui que o casamento se dissolva, quando determinadas circunstâncias se verificarem. São estas circunstâncias, a que chamaremos causas de dissolução do casamento, que iremos estudar nas páginas que se seguem.

219. Causas de dissolução: enunciado geral

As causas de dissolução do casamento admitidas, em geral, no direito português são a morte de um dos cônjuges e o divórcio entre eles, cumprindo à lei civil regular o respetivo regime quanto aos seus requisitos e efeitos independentemente da forma do casamento, como dispõe o art. 36.º, n.º 2, CRep.

Como resulta do art. 16.º da Concordata com a Santa Sé e do art 1625.º CCiv, que não foi revogado pela Constituição¹ nem pela Concordata de 2004², o direito português reconhece ainda uma forma de dissolução específica do casamento católico — “a dispensa do casamento rato e não consumado” a que se referem as aludidas disposições.

Trata-se de uma dispensa pedida por ambos os cônjuges ou só por um deles, mesmo contra a vontade do outro, e que pode ser concedida se, não tendo havido consumação do casamento, houver para a dispensa uma justa causa (câns. 1142 e 1697-1706 CICan)³. Verificada pelo órgão eclesiástico de controlo superior, a dispensa pontifícia produz efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação pelo competente tribunal do Estado (art. 16.º, n.º 1, da Concordata), se este concluir que estão satisfeitas as condições enumeradas nas quatro alíneas do

¹ Cfr. *supra*, n.º 44.

² Cfr. *supra*, n.º 44.

³ Cfr. CANTÓN, *ob. cit.*, p. 280-2.

n.º 2 do artigo. Como veremos adiante, o instituto canonístico da dispensa *super matrimonio rato et non consummato* foi recebido nestes termos no direito português⁴.

220. A morte como causa de dissolução da relação matrimonial.

Morte presumida. Direitos do cônjuge sobrevivido

A primeira das causas de dissolução do casamento é a morte de algum dos cônjuges; ou de ambos, pois podem morrer os dois simultaneamente.

No que se refere à morte presumida, remetemo-nos para as considerações que fizemos noutra lugar⁵. Vimos que a declaração de morte presumida não dissolve o casamento, mas o cônjuge do ausente tem a faculdade de contrair novo casamento, dissolvendo-se o primeiro pela celebração do segundo. Se o ausente regressar ou houver notícia de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro matrimónio dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida. É este, em síntese, o regime dos arts. 115.º-116.º CCiv, ao qual, como vimos, podem fazer-se justos reparos⁶.

Com a morte, dissolve-se o casamento e extingue-se a relação matrimonial. Pode dizer-se que, regra geral, cessam todos os efeitos

⁴ Cfr. *infra*, n.º 263.

⁵ Cfr. *supra*, n.º 109.

⁶ O regime vale quer se trate de casamento civil ou de casamento católico, pois o n.º 2 do art. 116.º, antiga redação, foi revogado pela Reforma de 1977 (se é que já não o tinha sido pelo art. 36.º, n.º 2, CRep), pelo que deve considerar-se não escrito o inciso “casado civilmente” no n.º 1 do art. 116.º Não tem pois aplicação na ordem jurídica portuguesa o regime da morte presumida do direito canónico, o qual não admite uma presunção legal de morte semelhante à do direito civil, mas apenas que a prova da morte se faça por presunções de facto tão fortes que façam supor com a máxima probabilidade que a morte se verificou, fundando nesse sentido uma inequívoca “certeza moral” (cân. 1707, §2). Só nesse caso o Bispo diocesano pode proferir a declaração de morte presumida, não sendo suficiente a simples ausência, mesmo prolongada, do cônjuge.

do casamento, os pessoais como os patrimoniais. Mas não é uma regra absoluta. Há efeitos do casamento que não caem mesmo depois de caída a causa que lhes deu origem⁷. Assim, o cônjuge sobrevivente continua a poder usar os apelidos do outro que tenha adotado e, se o declarar até à celebração do novo casamento, mesmo depois das segundas núpcias (art. 1677.º-A)⁸; a relação de afinidade mantém-se, até 2008, depois da dissolução do casamento (art. 1585.º)⁹; etc. Além disso, à morte de um dos cônjuges a lei atribui ao sobrevivente determinados direitos, que ainda se podem dizer efeitos do casamento. O cônjuge sobrevivente tem direito de exigir partilha se for herdeiro ou meeiro dos bens do casal (art. 2101.º, n.º 1); tem direito à legítima ou a parte dela como herdeiro legítimo do falecido (arts. 2157.º-2161.º) e integra a 1.ª ou a 2.ª classe de sucessíveis como seu herdeiro legítimo (art. 2133.º); sucede no direito ao arrendamento para habitação se tinha residência no locado (art. 1106.º, n.º 1, al. *a*), CCiv); se tiver necessidade de alimentos, tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido (art. 2018.º); pode ter direito a pensão de sobrevivência e a subsídio por morte (art. 40.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março; art. 3.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro; art. 7.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro), etc. Tudo isto reflete, de alguma maneira, a ideia de perpetuidade do matrimónio, mesmo do matrimónio civil¹⁰, o qual estabelece entre os cônjuges uma ligação tão forte que não se rompe senão pela morte do último¹¹.

⁷ Um estudo de conjunto destes efeitos do casamento que sobrevivem à sua dissolução, por morte ou divórcio, foi objeto da monografia de BORRICAND, *Les effets du mariage après sa dissolution* (1960).

⁸ Cfr. *supra*, n.º 152.

⁹ Cfr. *supra*, n.º 11.

¹⁰ Cfr. CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, em "Le droit privé français au milieu du XX^e siècle", vol. I, 1950, p. 343.

¹¹ Dir-se-á que alguma coisa sobreviveu da conceção dos primeiros tempos do cristianismo em que a ideia de perpetuidade se exagerava ao ponto de o vínculo nem

Divisão II. Divórcio

Bibliografia portuguesa

ANDRADE, Manuel de, *Algumas questões em matéria de “injúrias graves” como fundamento de divórcio*, Coimbra, 1956 (sep. da RLJ, ano 88.º); ATAÍDE, R. Mascarenhas de, *Poder paternal, direitos da personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada*, in “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes”, vol. 3, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 337-409; CARVALHO, Fidélia Proença de, *O conceito de culpa no divórcio-Crime e castigo*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 585-604; CERDEIRA, Ângela, *Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 605-611; CID, Nuno de Salter, *A Protecção da Casa de Morada da Família no Direito Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996; Id., *A alteração do acordo sobre o destino da casa de morada de família*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 275-318; Id., *O divórcio em Portugal: antecedentes e 1.ª República*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 8, 2011, n.º 16, p. 19-28; Id., *O divórcio em Portugal durante o Estado Novo*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 9, 2012, n.os 17 e 18, p. 15-35; COELHO, F. Pereira, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na Reforma do Código Civil*, in “Reforma do Código Civil”, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 27-53; Id., *Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação atual*, BFD, vol. 77 (2001), p. 13-32; CORDEIRO, A. Menezes, *Divórcio e casamento na I República...*, in «ROA», ano 72 – I, 2012, p. 45-108; COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005; CURA, A. Vieira, *O dever de consciência dos casados catolicamente de não pedirem o divórcio nos tribunais civis*, in “Família, Consciência, Secularismo e Religião”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 207-239; DELGADO, Abel, *Do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Coimbra, Atlântida, 1971; Id., *O divórcio*, 2.ª ed., Lisboa, Petrony, 1994; DIAS, Cristina, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009; Id., *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.º do código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento*, in “Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes”, vol. 1, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 389-419; FARINHA, António e Lavadinho, Conceição, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 1997; FARINHA, António, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais*, in “Direito da Família e Política Social”, Porto, Universidade Católica, 2001, p. 193-203; FIALHO, António J., *Algumas*

se dissolver por morte, sendo as segundas núpcias consideradas como “bigamia”: KNECHT, *cit.*, p. 227.

questões sobre o novo regime jurídico do divórcio, in “Revista do CEJ”, 14, 2010, p.47-120; Id., *Divórcio e responsabilidades parentais – Guia prático*, 2.ª ed., Centro de Estudos Judiciários, 2013; GERSÃO, Eliana, *Sociedade e divórcio. Considerações à volta da evolução da legislação do divórcio*, in “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias”, vol. 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 331-358; LOPES, A. Viana, *Divórcio e responsabilidades parentais. Algumas reflexões sobre a aplicação do novo regime*, in “Revista do CEJ”, 11, 2009, p. 137-178; MARTINS, Lourenço, *O ónus da prova e as ações de divórcio*, Lisboa, 1991; *Nova lei do divórcio*, Lisboa, Grupo parlamentar do partido socialista, 2008; OLIVEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 7, 2010, n.º 13, p. 5-32; Id., *Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 8, 2011, n.º 16, p. 5-17; Id., *Linhas gerais da reforma do divórcio*, “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano V, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, p. 63-72; *O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol: um caso de paralelismo espontâneo?* “Lex Familiae » Revista Portuguesa de Direito da Família. ISSN 1645-9660. Ano. 2, n.º 4, 2005, p. 7-20; PINHEIRO, J. Duarte, *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*, in “Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda”, vol. 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp.529-541; PINTO, F. Ferreira, *Causas do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1980; PITÃO, J. França, *Legislação anotada sobre o divórcio*, Coimbra, Atlântida, 1976; id., *Sobre o divórcio*, Coimbra, Almedina, 1996; RAMIÃO, Tomé, *Divórcio por mútuo acordo anotado e comentado*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2002; Id., *O Divórcio e questões conexas - regime jurídico atual*, Lisboa, Quid Juris, 2009; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011; SOTTOMAYOR, Maria Clara; ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, dir., *E Foram Felizes Para Sempre?... Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010; REIS, Miguel e Menezes, C. Cardoso de, *Guia prático do divórcio*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 1999; ROCHA, Patrícia, *O divórcio sem culpa*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 561-584; SOUSA, M. Teixeira de, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991; TOMÉ, M. João, *Social security law and the divorced wife in Portugal: a proposal based on the community property of acquests marital regime*, in “International Journal of Law, Policy and the Family”, 13 (1999), p. 280-291; XAVIER, Rita Lobo, *Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio*, in L. Couto Gonçalves, W. Brito, M. Ferreira Monte *et al.* (coord.), “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 499-514; Id., *Família, direito e lei*, in “Léxico da Família. Termos ambíguos e controversos sobre família, vida e aspectos éticos”, Cascais, Principia, 2010, p. 364- 376; Id., *Mediação familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*, in “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias”, vol. 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.1125-1145; Id., *Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio*, in “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 499-514; Id., *Regime da comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio à luz do novo artigo 1790.º do Código Civil*, in “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas”, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 525-553; Id., *Reflexão bioética sobre o projeto de lei da “coadoção”*, in CNECV “Bioética e Políticas Públicas”, 2014;

Id., *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, Coimbra, Almedina, 2009; Id, *A relação especificada de bens comuns*. “Julgar”, n.º 8, 2009, p. 11-26.

Secção I. Princípios gerais

221. Noção de divórcio

Já vimos que o divórcio e a separação de pessoas e bens são os dois remédios que o nosso direito oferece para as situações de crise matrimonial que, pela sua gravidade, justificam uma modificação do regime normal do casamento. Na separação esta modificação traduz-se em um relaxamento ou afrouxamento da relação matrimonial; no divórcio consiste em uma inteira rutura da mesma relação, da qual os cônjuges ficam desvinculados. Entende-se por divórcio, justamente, a dissolução do casamento decretada pelo tribunal ou pelo conservador do registo civil, a requerimento de um dos cônjuges ou dos dois, nos termos autorizados por lei.

222. A questão do divórcio

A “questão do divórcio” — a questão de saber se deveria admitir-se o divórcio — foi objeto de larga exposição na 1.ª edição do *Curso*. Países da mesma matriz cultural do nosso não admitiam o divórcio nesse tempo (Espanha, Itália, Brasil) ou admitiam o divórcio litigioso mas não o divórcio por mútuo consentimento (França). E em Portugal valia o regime instituído pela Concordata com a Santa Sé de 1940, que não permitia aos tribunais civis decretar o divórcio nos casamentos católicos celebrados depois da data (1.8.1940) em que a Concordata entrara em vigor. Foi neste quadro que considerámos a “questão do divórcio” em 1965. Alinhámos então argumentos a favor e contra o divórcio, e pronunciávamo-nos no sentido de que o divórcio devia ser admitido, mesmo nos casamentos católicos, pois não sendo a indissolubilidade do casamento, em Portugal, um valor do próprio Estado, que admitia o divórcio nos casamentos civis, mas um puro valor religioso,

não deveria o Estado impor aos católicos o cumprimento do seu *dever de consciência* de não se divorciarem. O divórcio devia ser admitido nos casos extremos em que a vida matrimonial se tornasse intolerável e a esperança de reconciliação dos cônjuges estivesse praticamente afastada. Sendo em si mesmo um *mal*, pois o *bem* é uma vida familiar harmoniosa, o divórcio seria nesses casos um mal *menor*, em face do mal *maior* de os cônjuges não se divorciarem mas viverem toda a vida separados, de direito ou mesmo só de facto. E nesta perspetiva pusemos fortes reservas à admissão do divórcio por mútuo consentimento, pois o simples acordo dos cônjuges, sem revelação da *causa* ou das *causas* do seu desentendimento, pode ser fruto de precipitação e irreflexão, não dando garantias de que se esteja em face de uma dessas situações de “impossibilidade” da vida em comum.

Muitos anos decorridos, tem de reconhecer-se que, tanto nas leis como nas mentalidades, o quadro em que escrevêramos se mostra significativamente alterado. A admissão do divórcio, litigioso e por mútuo consentimento, é por assim dizer consensual¹², e o segundo corresponde a uma prática social generalizada¹³. Falar hoje na “questão do divórcio” ainda fará sentido? Diz-se às vezes que a querela das causas do divórcio está resolvida; a “questão” do divórcio não seria já a das *causas* do divórcio mas a dos seus *efeitos*, designadamente a da proteção aos filhos menores e ao ex-cônjuge (quase sempre a mulher) que a dissolução do casamento tenha deixado em precária situação económica. A afirmação tem muito de verdade mas há nela algum exagero. Não pode dizer-se que a questão das *causas* do divórcio esteja definitivamente encerrada.

Digamos que, no limite, um modelo *puro* de divórcio-constatação da rutura do casamento exigiria que o divórcio fosse permitido onde quer que se verificasse uma situação de rutura e que a lei não condicionasse a relevância dos factos que a indiciassem. Concebido o divórcio como *pura constatação da rutura do casamento*, deveria a lei admitir que o divórcio fosse requerido por ambos os cônjuges ou só por um deles *sem quaisquer condicionamentos ou limitações, de prazo ou outros*, pois a vontade manifestada por ambos os cônjuges, ou mesmo só por um dos cônjuges, de pôr termo ao casamento *indiciaria* suficientemente uma situação de *rutura* da relação matrimonial. Nem haveria lugar para a ponderação da culpa ou das culpas dos cônjuges que eventualmente tivessem determinado essa situação de rutura. Ora nenhuma legislação consagra este modelo *puro*. Sobretudo a partir dos anos setenta as legislações têm feito caminho nesse sentido, mas subsistem

¹² Em 2013, foram decretados 70,4 divórcios por cada 100 casamentos (www.pordata.pt).

¹³ “A proporção de divórcios por “mútuo consentimento” tem vindo a aumentar nos últimos anos, tendo conseqüentemente diminuído a proporção de divórcios “litigiosos”. (...) Em 2012, 68,3% dos processos de divórcio deram entrada nas conservatórias do registo civil, resultando o termo do processo num divórcio “por mútuo consentimento”. Os restantes 31,7% de processos seguiram a via judicial, tendo dado entrada em tribunais de 1.ª instância. Destes, cerca de 87% resultaram em divórcios decretados “sem consentimento de um dos cônjuges”, 11,8% em divórcios “por mútuo consentimento” e os restantes 1,3% em divórcios “litigiosos” e em “conversão de separações para divórcios”. (INE, *Estatísticas demográficas*, 2012,, p. 105).

condicionamentos ou limitações de vária natureza ao direito de pedir o divórcio. E também assim acontece em Portugal. Até 2008, o divórcio litigioso podia ser pedido com fundamento em violação de qualquer dos deveres conjugais enumerados no art. 1672.º CCiv, mas a lei exigia ao requerente a prova de que a violação fora “culpada” e “grave”, no sentido de que tinha “comprometido a possibilidade da vida em comum” (art. 1779.º, n.º 1); além disso, a sentença devia declarar qual fora o cônjuge culpado, ou principal culpado no caso de ter havido culpas dos dois (art. 1787.º), o que tinha considerável relevância. Podia também o divórcio litigioso ser pedido com fundamento em rutura da vida em comum, nos termos do art. 1781.º, mas só nos casos previstos e corridos os prazos fixados nas quatro alíneas deste artigo, prazos que a Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, abreviou. Relativamente à separação de facto dos cônjuges, vale a pena notar que era de seis anos o prazo estabelecido pela Reforma de 1977, a qual, por sua vez, já abreviara o prazo exigido na “Lei do Divórcio” de 1910, que era de dez anos. No que se referia ao divórcio por mútuo consentimento, a Reforma de 1977 suprimiu o requisito de uma idade mínima dos cônjuges (25 anos) para estes poderem requerer o divórcio; mas, em contrapartida, subiu de dois para três anos o prazo de duração do casamento exigido e, inspirando-se em recente legislação francesa, condicionou o decretamento do divórcio por mútuo consentimento a homologação judicial de acordos dos cônjuges sobre as suas mais importantes sequelas (prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, exercício do poder paternal relativamente a filhos menores e destino da casa de morada da família). Mais tarde, a Lei n.º 47/98 deixou de exigir qualquer prazo de duração do casamento, dispondo que o divórcio por mútuo consentimento podia ser requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”, uma solução raramente admitida nas legislações¹⁴; mas, em tudo o mais, manteve o instituto como a Reforma de 1977 o conformara, nomeadamente o condicionamento do divórcio à homologação de acordos dos cônjuges sobre as matérias referidas no n.º 2 do art. 1775.º CCiv. Finalmente, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, eliminou a possibilidade de o divórcio ser pedido com base na violação culpada dos deveres conjugais enumerados no art. 1672 CCiv, afastou a “declaração de culpa” que o tribunal era obrigado a fazer, em suma, eliminou a relevância da culpa na dissolução do casamento. Esta Lei manteve a via da constatação de rutura do casamento, com causas de pedir indeterminadas (art. 1781.º, d)), tornando-a a única via para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Manteve-se a relevância das causas determinadas previstas no regime anterior, embora reduzindo os prazos para um ano. No que se refere ao divórcio por mútuo consentimento, a Lei n.º 61/2008 consagrou-o como a via preferida, menos traumática, e facilitou o recurso a ela na medida em que a falta de algum dos acordos complementares, ou a sua não homologação, não determina o indeferimento do pedido de divórcio por mútuo consentimento, mas apenas que o processo corra no tribunal, que decidirá o que os cônjuges não conseguiram acordar.

¹⁴ Solução dos direitos holandês e suíço (cfr. *supra*, n.º 40).

Estes dados mostram que a “questão do divórcio” continua realmente em aberto. Ainda sobrevive a necessidade de discutir as *causas* do divórcio: a “questão”, hoje, é a de saber se os condicionamentos e limitações ao direito de pedir o divórcio que ainda subsistem se manterão ou irão caindo um a um, em nome de um irrestrito “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” que não tolerará qualquer desses condicionamentos e limitações.

223. Evolução legislativa

A evolução que agora se apresenta mostra, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, o desaparecimento progressivo dos *requisitos de maturidade*¹⁵ que assentavam na idade dos cônjuges e/ou na duração do casamento; os *requisitos de convicção*, que impunham um período de reflexão, traduzido pela necessidade de renovar o pedido dentro de um certo prazo; e os *requisitos de responsabilidade*, que obrigavam os cônjuges a atingir os acordos complementares sobre os alimentos, a casa de morada e o destino dos filhos, sob pena de o pedido ser indeferido. Quanto ao divórcio litigioso ou sem consentimento de um dos cônjuges, a evolução mostra a coexistência de uma via baseada na *violação culposa dos deveres conjugais* ao lado de uma via assente na *rutura objetiva do matrimónio*, e o movimento para a consagração de uma via única, fundada na rutura definitiva do casamento por qualquer motivo.

Em Portugal o divórcio foi introduzido pouco depois da República, pelo *Decreto de 3 de Novembro de 1910*, vulgarmente chamado “Lei do Divórcio”¹⁶. Admitia-se tanto o divórcio litigioso como o divórcio por mútuo consentimen-

¹⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, *O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol: um caso de paralelismo espontâneo?* “Lex Familiae” Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 2, n.º 4, 2005, p. 7-20.

¹⁶ Já em 1900 o deputado ROBOREDO SAMPAIO E MELO apresentara à Câmara dos deputados um projeto de lei permitindo o divórcio, e em 1908 e 1909 o mesmo deputado renovou a sua iniciativa, mas a fonte do “Decreto de 3 de Novembro de 1910” veio a ser o projeto de lei do divórcio de LUIZ DE MESQUITA. Para o estudo da “questão do divórcio” no ambiente apaixonado da época, cfr. ROBOREDO SAMPAIO E

to¹⁷, e o primeiro em termos muito amplos para a época: não só por causas subjetivas (adultério, abandono do domicílio conjugal, sevícias, injúrias graves), mas também por causas objetivas, não culposas (separação de facto dos cônjuges, ausência sem notícias, loucura incurável, outras doenças). Era, já em 1910, o sistema do divórcio-remédio ou, como viria a dizer-se mais tarde, do divórcio-constatação da rutura do casamento. Quanto à separação de facto dos cônjuges, a causa do divórcio em que essa conceção melhor se revelava, o prazo de separação exigido era muito longo (dez anos) e a separação tinha de ser “livremente consentida”, expressão que deu lugar a viva polémica¹⁸, mas a prova era restrita ao *facto* da separação, sua continuidade e duração (art. 4.º, § 3.º), não relevando, pois, a culpa que pudesse ser imputada ao requerente, ao contrário do que acontece no direito atual (art. 1782.º, n.º 2, CCiv).

A legislação de 1910 sobre o divórcio foi a que esteve em vigor até à *Concordata com a Santa Sé de 1940*¹⁹. O divórcio continuou a ser admitido nos

MELO, Família e divórcio (1906), ALBERTO BRAMÃO, Casamento e divórcio (1908), e ainda JOÃO MASCARENHAS DE MELO, Contra o divórcio (1908).

¹⁷ A “Lei do Divórcio” admitiu o divórcio por mútuo consentimento mas não a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, a qual só veio a ser introduzida na legislação do país pelo sidonismo (Decretos n.ºs 4343 e 4431, de 30 de maio de 1918); nos termos de um dos considerandos destes decretos, “tendo o decreto com força de lei de 3 de Novembro de 1910 estabelecido o divórcio por mútuo consentimento, com o fim altamente moralizador de conservar ocultas as causas que o determinam, mantendo o bom nome e reputação dos cônjuges, iguais fundamentos justificam a permissão da separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, tanto mais que às crenças religiosas de grande número de cidadãos portugueses repugna aquele meio de dissolução do casamento”. O Decreto n.º 5644, de 10 de maio de 1919, revogou vários “diplomas publicados pela ditadura que se seguiu à revolução de 5 de Dezembro de 1917”, inclusive o Decreto n.º 4431, mas manteve expressamente o disposto neste decreto quanto à separação por mútuo consentimento.

¹⁸ Cfr. a 1.ª ed. do Curso, p. 496-8.

¹⁹ Apesar das duas tentativas que foram feitas, para suprimir o divórcio, a primeira, e para restringir as causas do divórcio litigioso e introduzir outras modificações no Decreto de 1910, a segunda. Referimo-nos ao projeto de lei n.º 25 e ao projeto de lei n.º 111, apresentados à Assembleia Nacional em 6 de fevereiro de 1935 e em 22 de fevereiro de 1936, respetivamente, pelo deputado José Maria Braga da Cruz e pelos deputados Cunha Gonçalves e Ulisses Cortês. O projeto de lei n.º 25 está publicado no Diário das Sessões de 1935, p. 175 e 176, e o projeto de lei n.º 111 no Diário das Sessões de 1935-36, p. 669 a 672, sendo de muito interesse os pareceres da Câmara Corporativa sobre os dois projetos de lei, ambos relatados pelo Prof. Pinto Coelho (J. G.), e que estão publicados, respetivamente, no Suplemento ao n.º 32 do Diário das Sessões de 1935 e no 4.º Suplemento ao n.º 127 do Diário das Sessões de 1936-37. Malogradas essas duas tentativas, foi a legislação de 1910 sobre o divórcio que esteve em vigor até à Concordata, apenas modificada em pontos secundários. Haverá a notar fundamentalmente o novo regime do divórcio por mútuo consentimento estabelecido nos arts. 1472.º e segs. CProcCiv de 1939, o qual também revogou todas as disposições de carácter processual contidas na Lei do divórcio.

casamentos civis, nos mesmos termos em que o era em face da legislação em vigor, mas os casamentos católicos — os casamentos católicos celebrados depois de 1 de agosto de 1940 — deixaram de poder dissolver-se pelo divórcio. Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entendeu-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciavam à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não podia ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos (Concordata, art. XXIV)²⁰.

O *Código Civil de 1966* manteve e incorporou no seu texto a solução concordatária quanto ao divórcio, dispondo que não podiam dissolver-se por divórcio os casamentos celebrados depois de 1 de agosto de 1940, nem tão-pouco os casamentos civis quando, a partir dessa data, tivesse sido celebrado casamento católico entre os mesmos cônjuges (art. 1790.º). E, relativamente aos casamentos civis, veio dificultar o divórcio, introduzindo no respetivo regime alterações significativas. Em primeiro lugar, eliminou as causas de divórcio objetivas que a “Lei do divórcio” reconhecera, consagrando, em toda a sua pureza, o sistema do divórcio-sanção (arts. 1778.º e 1792.º). Em segundo lugar, suprimiu a possibilidade de pedir diretamente o divórcio por mútuo consentimento, que teria de passar pela antecâmara da separação judicial de pessoas e bens, convertível em divórcio decorridos três anos (art. 1793.º). Por último, permitiu ao juiz decidir contra o pedido e decretar a separação mesmo que tivesse sido pedido o divórcio, se entendesse que as circunstâncias do caso, designadamente a viabilidade de uma reconciliação, aconselhavam a não dissolução do casamento (art. 1794.º).

A queda da ditadura reforçou a contestação à indissolubilidade por divórcio dos casamentos católicos, a que já se opunham largos sectores da opinião pública. E cedo se iniciaram negociações com a Santa Sé em vista da revisão da Concordata neste ponto, negociações concluídas com a celebração do *Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa* de 7 de maio de 1940, assinado na Cidade do Vaticano em 15 de fevereiro de 1975 e aprovado para ratificação pelo Decreto n.º 187/75, de 4 de abril.

O art. I do Protocolo modificou o art. XXIV da Concordata, que passou a ter a seguinte redação:

“Celebrado o casamento católico, os cônjuges assumem por esse mesmo facto, perante a Igreja, a obrigação de se aterem às normas canónicas que o regulam e, em particular, de respeitarem as suas propriedades essenciais.

A Santa Sé, reafirmando a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial, recorda aos cônjuges que contraírem o matrimónio

²⁰ A proibição de os tribunais civis decretarem o divórcio nos casamentos católicos, com fundamento na renúncia tácita dos cônjuges à faculdade de o requererem, seria criticada logo em 1944 por MANUEL DE ANDRADE, Sobre a recente evolução do direito privado português, no “Bol. Fac. Dir.”, vol. XXII (1946), p. 326-327. Cfr. PEREIRA COELHO, Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação atual, no “Bol. Fac. Dir.”, vol. LXXVII (2001), p. 13-32.

canônico o grave dever que lhes incumbe de se não valerem da faculdade civil de requerer o divórcio”.

Não deixou pois a Santa Sé de proclamar no Protocolo a doutrina da Igreja Católica sobre a indissolubilidade do casamento e o dever dos católicos de não pedirem o divórcio; esse dever, porém, passou a ser um puro dever de consciência, um dever perante a Igreja e não perante o Estado.

Assinado o Protocolo Adicional, e na sequência dele, o *Decreto-lei n.º 261/75*, de 27 de maio, revogou o art. 1790.º do Código Civil, permitindo que, daí em diante, pudesse ser requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos. O diploma revogou ainda o art. 1794.º, já referido, que permitia ao juiz decretar a separação judicial de pessoas e bens embora tivesse sido pedido o divórcio; admitiu de novo a possibilidade de os cônjuges pedirem diretamente o divórcio por mútuo consentimento; e suprimiu o prazo de três anos, decorridos sobre o trânsito em julgado da sentença de separação, para que esta pudesse ser convertida em divórcio. Por outro lado, o Decreto-lei n.º 261/75 acrescentou duas novas causas de divórcio e separação judicial de pessoas e bens à lista do art. 1778.º: o decaimento em ação de divórcio ou separação em que tivessem sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge e a separação de facto livremente consentida por cinco anos consecutivos, recuperando assim uma causa de divórcio que já fora admitida na legislação de 1910 mas abreviando de dez para cinco anos o prazo de separação exigido.

O prazo de separação viria a ser alargado de cinco para seis anos pelo *Decreto-lei n.º 561/76*, de 17 de julho, o qual, porém, em contrapartida, eliminou a exigência de que a separação de facto fosse “livremente consentida”.

O *Decreto-lei n.º 605/76*, de 24 de julho, baixou de três para dois anos o prazo de duração do casamento exigido para poder ser requerida a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento e, sobretudo, introduziu importantes alterações no regime processual do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens, litigiosos e por mútuo consentimento.

A legislação dos anos 75 e 76 tornou menos relevantes as modificações operadas pela *Reforma de 1977 (Decreto-lei n.º 496/77*, de 25 de novembro) no regime legal do divórcio²¹.

Podem registar-se desde logo, porém, duas significativas inovações de ordem sistemática.

Havendo muito mais divórcios que separações²² e sendo todas as separações convertíveis em divórcios, pareceu natural, em primeiro lugar, que o divórcio

²¹ Sobre estas modificações, cfr. P. COELHO, *Divórcio e separação de pessoas e bens na Reforma do Código Civil*, ed. da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 27-53 (estudo que utilizamos com frequência na exposição da matéria, muitas vezes transcrevendo-o literalmente).

²² Em 2012 foram decretados 25.380 divórcios e apenas 595 separações de pessoas e bens (INE, *Estatísticas demográficas*, 2012, p. 151).

tivesse na lei uma regulamentação completa, para a qual depois se remetesse ao regular a separação de pessoas e bens, à semelhança do que fazem as leis estrangeiras que admitem os dois institutos ao lado um do outro. O contrário acontecia no Código de 1966, que continha uma regulamentação minuciosa da separação de pessoas e bens, a qual, por força da remissão do art. 1794.º, se aplicava também ao divórcio, a que o Código só dedicava depois quatro artigos.

A segunda inovação de ordem sistemática é a de o divórcio por mútuo consentimento preceder agora no Código Civil o divórcio litigioso, a sugerir, de certo modo, que a preferência da lei vai para aquela primeira modalidade de divórcio. O art. 1407.º, n.º 3, CProcCiv, na redação que lhe dera o Decreto-lei n.º 605/76, já permitira às partes, na tentativa de conciliação ou em qualquer outra altura do processo de divórcio litigioso, acordar no divórcio ou na separação de pessoas e bens por mútuo consentimento; mas a Reforma, dentro do mesmo espírito de *desdramatizar* o divórcio, levou as coisas mais longe e impôs ao juiz, no caso de a tentativa de conciliação não resultar, o dever de procurar obter ele próprio o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento.

Quanto às alterações de fundo da Reforma, notaremos apenas, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, que a Reforma suprimiu a exigência de uma idade mínima dos cônjuges para ser requerido o divórcio, mas subiu de dois para três anos o tempo de duração mínima do casamento e condicionou o decretamento do divórcio à homologação judicial de acordos dos cônjuges sobre as suas mais importantes sequelas. No que se refere ao divórcio litigioso, há a referir sobretudo a nova técnica legislativa usada na definição das causas do divórcio por violação dos deveres conjugais (em que à *lista* da legislação anterior se substituiu a cláusula geral do art. 1779.º, n.º 1), assim como o reconhecimento, para além da separação de facto dos cônjuges que o Decreto-lei n.º 261/75 já recuperara, de outras causas de divórcio por rutura da vida em comum (ausência sem notícias, alteração das faculdades mentais) que eram admitidas na legislação de 1910.

Depois da Reforma, uma alteração significativa nas leis do divórcio foi a do *Decreto-lei n.º 131/95*, de 6 de junho, que aprovou o novo CRegCiv e veio permitir que o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento fossem requeridos e decididos nas conservatórias do registo civil, se o casal não tivesse filhos menores ou, se os tivesse, o exercício do poder paternal já se achasse judicialmente regulado.

Modificações importantes foram ainda as introduzidas pela *Lei n.º 47/98*, de 10 de agosto, a qual, para facilitar mais o divórcio, suprimiu o prazo de duração do casamento fixado na legislação anterior para poder ser pedido o divórcio por mútuo consentimento, permitindo que este fosse requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”. Além disso, abreviou os prazos estabelecidos nas várias alíneas do art. 1781.º, no caso de divórcio litigioso por rutura da vida em comum, e revogou o art. 1784.º, que, na hipótese de divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, dava ao juiz a faculdade de não decretar o divórcio quando fosse de presumir que este agravaria consideravelmente o estado mental do réu.

Há a referir também o *Decreto-lei n.º 272/2001*, de 13 de outubro, que transferiu dos tribunais para as conservatórias do registo civil a competência decisória em diversas matérias, como a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados, e alterou o regime do divórcio por mútuo consentimento, ainda no mesmo espírito de facilitação do divórcio. O processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil (só no caso de conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento é que corre no tribunal), e eliminou-se a segunda conferência, com nova tentativa de reconciliação dos cônjuges, prevista na legislação anterior²³.

Mencione-se ainda a *Concordata com a Santa Sé de 2004*, que, no art. 15.º, manteve a doutrina do art. XXIV da Concordata de 1940, na redação que lhe dera o Protocolo Adicional de 15 de fevereiro de 1975.

Por último, a *Lei n.º 61/2008*, de 31 de outubro, trouxe alterações consideráveis a este modelo. A via clássica de divórcio – proposto pelo cônjuge inocente contra o culpado, baseada na prova de violações culposas de deveres conjugais – foi eliminada. Em segundo lugar, o art. 1781.º, depois de manter as três “causas objetivas” de rutura tradicionais, afirmou *um princípio geral* de relevância de *qualquer outra causa* que mostre a rutura definitiva do casamento. Em terceiro lugar, a lei nova eliminou a relevância da culpa na causação da separação de facto para o efeito de aplicar sanções patrimoniais ao cônjuge único culpado ou ao cônjuge principal culpado.

A abolição da relevância da culpa na dissolução do casamento insere-se na tendência para *desdramatizar* o divórcio. Esta tendência já se notara entre nós, em 1977, quando a lei impôs ao juiz, no caso de a tentativa de conciliação não resultar, que procurasse obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento. Esta foi a primeira vez que se notou uma preocupação de evitar que a dissolução do casamento seguisse um caminho traumático, acrescentando desnecessariamente os sofrimentos anteriores. A irrelevância da *culpa* consagrada agora aprofunda essa tendência, ao evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos.

O divórcio por mútuo consentimento recebeu modificações importantes relativamente ao seu formato tradicional, sobretudo no ponto em que os acordos sobre as consequências importantes do divórcio deixaram de ser um pressuposto

²³ No estudo *A alteração do acordo sobre o destino da casa de morada da família*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 277, SALTER CID defende a inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 272/2001 na parte em que suprimiu a segunda conferência; e, na verdade, dificilmente se vê que tal supressão coubesse, e só aí podia caber, no art. 3.º, n.º 6, al. i), da lei de autorização legislativa (Lei n.º 82/2001, de 3 de agosto).

da dissolução por mútuo acordo para serem apenas uma condição necessária para que o processo corre os seus termos na conservatória do registo civil.

Em conclusão, o sistema português consagra hoje duas grandes vias para a dissolução do casamento: o divórcio por mútuo consentimento que assenta exclusivamente na vontade comum de pôr termo ao matrimónio, e o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, com base na prova da rutura objetiva do matrimónio, expressando um sistema de “divórcio-ruptura” quase *puro* – com relevância de *qualquer causa* que mostre a rutura definitiva, e sem qualquer relevância da culpa de qualquer dos cônjuges, para qualquer efeito.

Com a Lei n.º 61/2008, o Direito português seguiu de perto os *Principles on Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, elaborados pela *Commission on European Family Law (CEFL)*, e aproximou-se da maioria dos sistemas jurídicos europeus.

224. Modalidades de divórcio

O divórcio pode revestir duas modalidades: *sem consentimento de um dos cônjuges* e *por mútuo consentimento*. O primeiro é pedido por um dos cônjuges contra o outro e com fundamento em determinada causa; o segundo é pedido por ambos os cônjuges, de comum acordo e sem indicação da causa por que é pedido. O sistema legal português, desde a Reforma de 1977, na ideia de desdramatizar o divórcio, mostrou preferência, de alguma maneira, pela segunda modalidade de divórcio. A disciplina do divórcio por mútuo consentimento, que é hoje de longe o mais frequente na prática, precede no Código a do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; além disso, a lei permite às partes, em qualquer altura do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, convolar para o divórcio por mútuo consentimento, e obriga o juiz a procurar o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento no caso de a tentativa de conciliação em processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges não resultar.

Por sua vez, o divórcio por mútuo consentimento pode ser *judicial* ou *administrativo*, conforme é requerido e/ou decidido

no tribunal ou na conservatória do registo civil. O divórcio “administrativo”, que não é frequente nas legislações, pelo menos nas da nossa matriz cultural²⁴, foi introduzido no direito português pelo CRegCiv de 1995. Em face deste Código e do Decreto-lei n.º 163/95, de 13 de julho, que alterou o Código Civil em conformidade, permitia a lei que os cônjuges, de comum acordo, requeressem o divórcio em qualquer conservatória do registo civil se do casal não houvesse filhos menores ou, se os houvesse, o exercício do poder paternal já estivesse judicialmente regulado. Com o Decreto-lei n.º 272/2001, que não teve o cuidado de modificar o art. 1773.º, n.º 2, CCiv, o processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser de competência exclusiva das conservatórias do registo civil, só podendo revestir carácter judicial no caso de os cônjuges, em processo de divórcio litigioso, acordarem em se divorciar por mútuo consentimento.

De acordo com a Lei n.º 61/2008, o divórcio por mútuo consentimento continua a ser pedido na conservatória do registo civil, em princípio, mas alargou-se a competência dos tribunais para esta modalidade de divórcio. Para além do caso já conhecido de os cônjuges, em processo de divórcio sem consentimento de um cônjuge, acordarem em se divorciar por mútuo consentimento, os tribunais também são agora competentes quando os cônjuges estiverem de acordo acerca do divórcio, mas não conseguirem fazer acordo sobre algum dos temas previstos no art. 1775.º, ou quando o acordo apresentado não for considerado razoável e não puder ser homologado; o processo é apresentado no tribunal, ou é enviado para o tribunal, respetivamente. O juiz decretará o divórcio por mútuo consentimento, depois de ter determinado as consequências do divórcio que os cônjuges não conseguiram combinar.

²⁴ Também na Dinamarca, Rússia, Noruega e Holanda – cfr. *supra*, n.º 40.

225. Características do direito ao divórcio

O direito ao divórcio, sem consentimento de um dos cônjuges ou por mútuo consentimento, é um direito potestativo, pessoal e irrenunciável.

a) O direito ao divórcio é um direito *potestativo*, pois não se traduz no poder de exigir qualquer prestação ou comportamento de outrem mas no poder de produzir determinado efeito jurídico, a dissolução do vínculo matrimonial. Trata-se de um daqueles direitos potestativos que não podem ser exercidos por mero ato de vontade do titular, mas em que este ato de vontade carece de ser integrado por ulterior ato de uma autoridade pública, judicial ou administrativa. Por outro lado, pode classificar-se como direito potestativo *extintivo*, pois o efeito jurídico que se destina a produzir não consiste na constituição ou modificação, mas na extinção de uma relação jurídica²⁵.

b) Em segundo lugar, o direito ao divórcio é um direito relativo ao estado das pessoas e, como tal, um direito *pessoal*, que a lei atribui exclusivamente aos cônjuges ou a um deles, uma ideia que tem no regime do instituto manifestações muito importantes.

Uma primeira manifestação do carácter pessoal do direito ao divórcio é a sua intransmissibilidade, quer *inter vivos* (como é evidente e a lei até se dispensa de dizer), quer *mortis causa*. Neste segundo aspeto, o da intransmissibilidade por morte, há porém a ter em conta a doutrina do art. 1785.º, n.º 3. Se os herdeiros do cônjuge titular do direito ao divórcio não podem intentar a ação e esta não pode ser proposta contra os herdeiros do cônjuge falecido, o art. 1785.º,

²⁵ Embora a afirmação deva ser entendida *cum grano salis*, pois há efeitos do casamento (como, p. ex., a obrigação de prestar alimentos) que sobrevivem à sua dissolução por divórcio: *infra*, n.º 251.

n.º 3, permite, porém, que a ação seja *continuada* pelos herdeiros do autor ou contra os herdeiros do réu²⁶ para efeitos patrimoniais.

Revogado o art. 1787.º pela Lei n.º 61/2008, e alterados os arts. 1790.º e 1791.º, desapareceram os motivos mais óbvios para a utilização do regime previsto no art. 1785.º, n.º 3. Restará o interesse de evitar que o cônjuge sobrevivente concorra à herança do autor de uma ação de divórcio que morra na pendência da causa; os seus herdeiros poderão continuar a ação que venha a decretar o divórcio (cfr. o art. 2133.º CCiv).

Outra manifestação da ideia de que o direito ao divórcio é pessoal é que não é aqui admitida em princípio a *representação voluntária*. Só no caso de estarem ausentes do continente ou da ilha onde corre o processo o autor e o réu podem fazer-se representar por mandatário com poderes especiais na tentativa de conciliação em processo de divórcio litigioso (art. 931.º, n.º 1, CProcCiv); do mesmo modo, só quando estejam ausentes do continente ou da ilha em que tenha lugar a conferência em processo de divórcio por mútuo consentimento, ou se encontrem impossibilitados de comparecer, podem os cônjuges fazer-se representar por procurador com poderes especiais (art. 995.º, n.º 2, CProcCiv). A *representação legal* é porém admitida no art. 1785.º, n.º 1; estando interdito, o cônjuge ofendido pode ser representado na ação de divórcio nos termos aí previstos.

c) Em terceiro lugar, é o direito ao divórcio um direito *irrenunciável*. Irrenunciável porque a lei quer que o cônjuge a quem pertença esse direito tenha, sempre, a faculdade de decidir, com inteira liberdade e em face das circunstâncias atuais, sobre a oportunidade do divórcio; a lei quer defender os cônjuges contra

²⁶ Ou seja: os sucessíveis que, no caso de a ação proceder e o divórcio vir efetivamente a ser decretado, serão chamados à sucessão do cônjuge falecido como seus herdeiros legais ou testamentários, como P. COELHO procurou demonstrar em anotação discordante ao ac. do S.T.J. de 15.4.1986, na RLJ, ano 121.º, p. 88 s..

a sua precipitação, que poderia levá-los a renunciar — se a lei o permitisse — a exercer ou a exercer livremente o seu direito ao divórcio. Cremos que é esta a razão de ser do princípio e que, a partir dela, a característica da irrenunciabilidade deverá entender-se nos mais amplos termos.

Note-se que a lei não se contradiz quando, por um lado, proíbe renunciar ao divórcio e, por outro, admite expressamente nas ações de divórcio a possibilidade de desistência do pedido (art. 289.º, n.º 2, CProcCiv). São coisas diferentes, a *renúncia* e a *desistência*. Na primeira o sujeito renuncia a um direito existente, a um direito *que tem*; ao passo que na segunda o sujeito reconhece a improcedência da ação e, portanto, a inexistência do direito que fez valer, reconhece que *não tinha* esse direito. Isto embora a desistência possa equivaler praticamente à renúncia²⁷.

Assim, o direito ao divórcio é insuscetível *quer de renúncia antecipada quer de renúncia superveniente*: não pode renunciar-se de antemão — ainda antes de se ter verificado, ou de ser conhecida pelo cônjuge renunciante, uma causa legal de divórcio — à mera faculdade legal de pedir o divórcio se e quando essa causa se verificar; nem qualquer dos cônjuges poderá demitir-se do direito que adquiriu de pedir o divórcio com base em determinados factos já verificados.

É insuscetível *quer de renúncia genérica quer de renúncia específica*: não é válida a renúncia a pedir o divórcio em geral e por qualquer dos fundamentos da lei, e não é válida tão-pouco a renúncia a pedir o divórcio com determinado ou determinados fundamentos.

Por último, o direito ao divórcio é insuscetível *quer de renúncia total quer de renúncia parcial*, de modo que não pode sequer limitar-se o direito ao divórcio, obrigando-se os cônjuges a só o exercerem em certas condições ou com certos encargos, ou sujeitando-se para o caso de o exercerem a determinadas sanções ou penalidades. Nada dispõe a lei

²⁷ M. ANDRADE, *Algumas questões...*, p. 60 e 61 e nota (1) desta página.

expressamente a este respeito, mas decerto que o direito ao divórcio continua a ser — como se dispunha no art. 54.º da “Lei do Divórcio” — um direito irrenunciável. A solução pode fundar-se no princípio geral do art. 69.º CCiv e ainda num argumento histórico: a circunstância de ter sido eliminado no Projeto do Código de 1966 o art. 34.º do Anteprojeto Gomes da Silva-Pessoa Jorge, onde se consagrava a solução da renunciabilidade, tão contrária à lição da doutrina tradicional.

Secção II. Divórcio por mútuo consentimento

226. Noção e espírito do instituto

Já demos atrás uma noção de divórcio por mútuo consentimento e vimos como ele se distingue do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: o divórcio por mútuo consentimento não é pedido por um dos cônjuges contra o outro mas pelos dois, de comum acordo, e os cônjuges não têm de revelar a causa ou as causas por que pretendem o divórcio. É esta modalidade de divórcio que a lei regula nos arts. 1775.º-1778.º-A CCiv e, nos seus aspetos processuais, quanto ao divórcio judicial, nos arts. 931.º e 932.º CProcCiv e, quanto ao divórcio administrativo, nos arts. 271.º-274.º CRegCiv.

Mais que um divórcio sem causa (ou cuja causa seja pura e simplesmente o mútuo consentimento dos cônjuges), o divórcio por mútuo consentimento é verdadeiramente um *divórcio por causa não revelada*, por causa que a lei permite aos cônjuges manter secreta. Na ideia da lei, e como se depreende da fórmula inicial do art. 1775.º, n.º 2, na redação anterior a 2008 (“os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio...”), parece ser este o espírito do instituto. O divórcio por mútuo consentimento tam-

bém tem uma causa, mas uma causa que os cônjuges “não têm de revelar”. Dir-se-á que a lei acredita (com alguma ingenuidade...) que os cônjuges, ou algum deles, poderiam pedir o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges nos termos legais, ou que o seu acordo indicia uma situação irremediável de rutura da vida em comum; verificado certo condicionalismo, porém, e na ideia já aludida de desdramatizar o divórcio e poupar aos cônjuges a revelação dos motivos dos seus desentendimentos, permite-lhes não tornar públicos esses motivos. Entende que, tornando-se possível uma liquidação convencional do casamento em que os interesses dos cônjuges e dos filhos fiquem suficientemente acautelados, essa liquidação convencional é preferível a uma liquidação contenciosa, que deixará feridas difíceis de cicatrizar.

As considerações precedentes reproduzem o que escrevemos na 1.^a edição do *Curso*; as alterações introduzidas na legislação, designadamente pela Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, e que perduram na Lei n.º 61/2008, que permite aos cônjuges requerer o divórcio “a todo o tempo”, mesmo ato contínuo à celebração do casamento, deixam porém a dúvida sobre se o “espírito” da instituição ainda será o que procurámos definir. Em face daquelas alterações, é legítimo perguntar se o divórcio por mútuo consentimento assenta na suposição da lei de que haja uma *causa* que permitiria a um dos cônjuges, ou a ambos, requerer o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, uma causa que os cônjuges apenas “não têm de revelar”, ou se o divórcio assenta pura e simplesmente na vontade dos cônjuges de porem termo ao casamento, que ficaria sujeito, sob este aspeto, ao regime geral dos contratos (art. 406.º, n.º 1)²⁸, sendo este o novo “espírito” desta modalidade de divórcio.

²⁸ E, depois da Lei n.º 61/2008, nem se pode dizer que a vontade dos cônjuges fica condicionada à homologação dos acordos a que se refere o art. 1775.º

227. Pressupostos

Na “Lei do Divórcio” de 1910, o divórcio por mútuo consentimento só podia ser decretado se os cônjuges tivessem completado vinte e cinco anos de idade e fossem casados há mais de dois anos. A Reforma de 1977 eliminou o primeiro, para o qual não se via justificação suficiente. Reconhecendo a lei aos indivíduos capacidade para celebrarem casamento a partir de determinada idade, não se entendia que lhes negasse capacidade para se divorciarem; o divórcio não é um ato mais responsável do que o próprio casamento o é. Manteve, porém, a exigência de um prazo mínimo de duração do casamento, aumentando até esse prazo de dois para três anos, uma exigência comum à generalidade das legislações²⁹, e que, embora o prazo pudesse considerar-se excessivo, parecia justificada. Tratava-se de defender os cônjuges contra a sua leviandade ou precipitação, que poderia levá-los a pedir o divórcio irrefletidamente, sob o impulso dos primeiros desentendimentos ou dificuldades que lhes surgissem na sua vida matrimonial. Não foi sensível a esta razão a Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, que suprimiu pura e simplesmente a exigência de um prazo mínimo de duração do casamento, permitindo aos cônjuges requerer o divórcio por mútuo consentimento “a todo o tempo” e, portanto, mesmo imediatamente após a celebração do ato. Este aspeto do regime foi mantido pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

Assim, depois da Lei n.º 47/98, o único pressuposto de que dependia o divórcio por mútuo consentimento, para além da vontade comum dos cônjuges, era que estes estivessem de acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles carecesse, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família (art. 1775.º, n.º 2, CCiv). O deferimento

²⁹ Cfr. *supra*, n.º 40.

do pedido de divórcio por mútuo consentimento ficava condicionado à homologação de acordos dos cônjuges sobre estas três sequelas do divórcio, acordos que haviam de acautelar suficientemente os interesses dos próprios cônjuges e dos filhos. Se a homologação de algum deles fosse recusada por estes interesses não ficarem suficientemente acautelados, o pedido de divórcio era indeferido (art. 1778.º, na redação anterior a 2008).

O divórcio deixa muitas vezes um dos cônjuges (muitas vezes a mulher, mas pode ser o marido) em situação económica difícil, e a prestação de *alimentos* ao cônjuge que deles carecesse constituía um dos aspetos mais importantes do contencioso do divórcio. A obrigação de prestação de alimentos, no caso de divórcio por mútuo consentimento, incumbia a qualquer dos cônjuges (art. 2016.º, n.º 1, al. c), CCiv), e a lei condicionava o decretamento do divórcio a prévio acordo dos cônjuges sobre o montante dos alimentos devidos e à homologação desse acordo. O juiz ou o conservador do registo civil homologaria o acordo sobre o montante dos alimentos se este fosse razoável, tendo em conta todas as circunstâncias atendíveis (cfr. art. 2016.º, n.º 3): se acautelasse devidamente os interesses do cônjuge que carecesse de alimentos e oferecesse boas perspetivas de que se mantivesse, sem prejuízo, bem entendido, de alteração dos alimentos fixados se as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificassem (art. 2012.º).

Havendo filhos menores, deviam os cônjuges entender-se igualmente sobre a guarda dos filhos e o *exercício do poder paternal*. A lei permitia-lhes várias possibilidades e os cônjuges deviam escolher uma delas. Deviam decidir se queriam que o menor ficasse à guarda de um ou do outro; se o poder paternal seria exercido conjuntamente pelos dois, e em que termos, ou apenas pelo progenitor que tivesse a guarda do menor e, neste caso, de que modo o progenitor que não ficasse com a guarda do filho podia relacionar-se com ele (“direito de visita”; “direito de vigilância”). O acordo a que os cônjuges tivessem chegado estava sujeito a homologação, do conservador do registo civil ou do juiz (no único caso em que o divórcio por mútuo consentimento era judicial, ou seja, no caso de acordo obtido no âmbito de processo de divórcio litigioso), devendo a homologação ser recusada se a vontade dos pais não fosse genuína e autêntica ou o acordo não correspondesse ao interesse do menor³⁰.

Por último, para se divorciarem por mútuo consentimento os cônjuges deviam acordar sobre o *destino da casa de morada da família*. Havia aqui naturalmente uma grande variedade de situações. Os cônjuges podiam viver em casa própria e,

³⁰ Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 24 (cfr. ainda p. 162 s.).

neste caso, a casa podia ser bem comum do casal ou propriedade exclusiva de um deles; podiam os cônjuges, ou um dos cônjuges, ser usufrutuários ou moradores usuários da casa; podia a casa ser tomada de arrendamento por um dos cônjuges ou pelos dois, ou emprestada por terceiro a ambos os cônjuges ou a um deles. E o acordo dos cônjuges sobre o destino da casa de morada da família adaptar-se-ia naturalmente a cada uma destas situações³¹. Assim, os cônjuges poderiam acordar em que, sendo a casa bem comum do casal, se destinasse a habitação de um dos cônjuges ou, sendo propriedade de um deles, se destinasse a habitação do outro, a título de arrendamento ou de comodato; em que, tomada a casa de arrendamento por um dos cônjuges, a posição de arrendatário ficasse a pertencer ao outro, nos termos do art. 1105.º, n.º 1, CCiv; em que o cônjuge a quem fosse destinada a casa de morada da família ficasse responsável pelo pagamento das rendas ou das prestações do empréstimo contraído numa instituição bancária para aquisição da casa; em que o acordo estabelecido só valesse durante certo tempo (p. ex., até à partilha dos bens do casal, ou até que a casa fosse vendida); etc.

O n.º 2 do art. 1775.º CCiv referia-se ao “destino” da casa de morada da família e o n.º 3 à sua “utilização”, mas é claro que o acordo sobre o “destino” também é um acordo sobre a “utilização” da casa. O Código falava em “utilização” para designar a utilização “provisória” da casa, no período da pendência do processo, e em “destino” para designar a sua utilização “definitiva”, no período posterior a esse. Mas “destino” não significa mais que isso. O acordo sobre o destino da casa de morada da família não implicava uma partilha antecipada ou sequer uma promessa de partilha, pelo que, se a casa fosse bem comum do casal, não tinha de ser adjudicada em futura partilha ao cônjuge a cuja habitação o acordo a destinara (cfr. o ac. do S.T.J. de 12.3.1998 (Col. Jur. — S.T.J. 1998, t. 1, p. 129)). Note-se ainda que, ao contrário do que parece ter entendido o ac. da Rel. de Lisboa de 18.2.1993 (Col. Jur. 1993, t. 1, p. 149), do facto de o n.º 2 do art. 1775.º falar em “destino” da casa e o n.º 3 na sua “utilização” provisória no período da pendência do processo, não podia tirar-se qualquer argumento a favor da inalterabilidade dos acordos sobre o destino da casa de morada da família, questão que trataremos adiante (*infra*, n.º 254).

A subcomissão de reforma do direito da família, em 1977, encarou ainda a possibilidade de obrigar os cônjuges a entenderem-se previamente quanto à *partilha dos bens do casal*, mas a ideia foi abandonada. Não se quis dificultar o exercício do direito ao divórcio nos casos, tão vulgares na prática, em que a partilha põe problemas complexos que os cônjuges não estão em condições de resolver na ocasião.

³¹ Cfr. MIGUEL REIS e CRISTINA PESSANHA DE MENEZES, *Guia prático do divórcio*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris?, 1999, onde podem ver-se várias minutas de acordos sobre o destino da casa de morada da família, assim como sobre a prestação de alimentos ao cônjuge e o exercício do poder paternal.

Note-se que a ideia foi recuperada, de algum modo, pelo Decreto-lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que permitiu aos cônjuges proceder à partilha do património conjugal no processo de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento nos termos dos arts. 272.º-A a 272.º-C CRegCiv, desde que, havendo bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitos a registo, estejam verificados os pressupostos referidos nas als. a) e b) do n.º 2 do art. 272.º-A. Cfr. *infra*, n.os 250 e 253.

Sempre se exigiu, também, a junção de uma “*relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respetivos valores*”. Esta relação parece ter origem na “declaração especificada e documentada de todos os seus bens” que estava prevista no *Decreto de 3 de Novembro de 1910* (art. 36.º, n.º 3), e que transitou para a lei processual, como se pode ver na versão original do Código de Processo Civil de 1961 (art. 1420.º n.º 2, *b*). Figurou sempre ao lado dos outros acordos referidos, e continuou a ser exigida pelo Código de Processo Civil de 1995 (DL n.º 329-A, de 12 de dezembro) e Código do Registo Civil de 1995 (DL n.º 131/95, de 6 de junho); mas só veio a figurar no Código Civil com a Lei de 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

A exigência da apresentação da relação especificada dos bens comuns nunca teve a dignidade dos acordos que figuravam tradicionalmente no código civil. Na verdade, as dúvidas acerca da utilidade desta exigência são antigas. Na verdade, Cunha Gonçalves não encontrava utilidade na declaração³²; mais recentemente Afonso Patrão manifestou as maiores dúvidas³³. Pelo contrário, Rita Xavier sublinha o interesse que a declaração conjunta fazer prova do conjunto dos bens comuns, de tal modo que o cônjuge que queira divergir da declaração terá o ónus de provar o contrário do que aceitou antes³⁴. Creio que não se pode pôr em dúvida esta última afirmação. A relação especificada dos bens comuns tem aquele valor probatório, que é a sua utilidade absoluta. Mas pode legitimamente discutir-se se a exigência legal da apresentação da relação especificada dos bens comuns tem utilidade relativa, tendo em conta que tem uma importância desproporcionada relativamente às outras exigências que visam resolver problemas pessoais relevantes. Além disto, pode provocar danos também desproporcionados; na verdade, se o desacordo for insanável, poderia haver quem entendesse (julgamos que sem razão) que ficaria afastada a via do mútuo consentimento na

³² “...já porque não dispensa a partilha do casal, por inventário ou por escritura pública, após o divórcio definitivo, já porque este divórcio pode não se realizar e podem os cônjuges adquirir mais bens durante o ano do divórcio provisório” – *Tratado de Direito Civil*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 133.

³³ *Os acordos complementares no divórcio por mútuo consentimento*, “Lex Familiaris”, ano 2, n.º 4, 2005, p. 103-110.

³⁴ RITA XAVIER – *A relação especificada de bens comuns*. “Julgar”, n.º 8, 2009, p. 11-26, p. 19.

conservatória do registo civil, pois os requerentes não cumpriam o pressuposto legal da apresentação da relação. No âmbito do divórcio por mútuo consentimento judicial, o desacordo persistente não permite que o juiz decida em vez dos cônjuges, como se pretende que ele faça quanto aos outros temas e é, afinal, a razão desta via judicial; de facto, uma decisão do tribunal nesta matéria exigiria a produção de prova³⁵ e a obtenção de uma sentença com força de caso julgado... quando a lei não a prevê e o lugar próprio para ela é o processo de inventário.

Certamente, é o fraco valor desta exigência antiga que explica a prática mencionada por RITA XAVIER (*ob. e loc. cit.*, p. 20, nota 23) de aceitar duas relações de bens quando os cônjuges não estão de acordo; parece ser esse fraco valor que justifica que o Tribunal da Relação de Guimarães afirme, com razão, que a homologação dos acordos não se estende à “relação especificada”, “porque ela não contende com o objeto do processo” e que basta que um dos cônjuges a entregue para que fique cumprido o requisito formal que a lei impõe³⁶ ou a “mera condição de prosseguimento da causa”³⁷; e ainda que se diga que nada obste a que “sejam omitidos bens, que dela conste a inexistência de acordo quanto a determinados bens ou, até, que cada um dos cônjuges apresente a sua declaração (...) uma vez que os litígios sobre a mesma serão ulteriormente dirimidos no processo próprio”³⁸.

Ponderado tudo, temos as maiores dúvidas de que valha a pena manter a exigência da apresentação especificada dos bens comuns³⁹.

De acordo com a Lei n.º 61/2008, o acordo dos cônjuges para a dissolução do casamento é o único pressuposto que subsiste para o divórcio por mútuo consentimento. A celebração de acordos complementares – sobre alimentos, responsabilidades parentais e sobre o destino da casa de morada da família – deixou de ser um verdadeiro pressuposto do divórcio. É certo que a necessidade de os cônjuges deixarem resolvidos aqueles assuntos principais continuou presente na Lei n.º 61/2008. A diferença que se introduziu

³⁵ RITA XAVIER – *Ob. e loc. cit.*, p. 20.

³⁶ Ac. de 02.13.2014.

³⁷ Na formulação do ac. da Rel. de Coimbra, de 02.14.2006, cit. no ac. da Rel. de Guimarães.

³⁸ Ac. da Rel. de Lisboa, de 07.11.2013, cit. no ac. da Rel. de Guimarães.

³⁹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*, “Lex Familiae” Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 9-11.

está apenas no valor dos acordos: enquanto no regime anterior a falta de algum dos acordos ou a não homologação de algum deles conduzia necessariamente ao indeferimento do pedido de divórcio, na Lei n.º 61/2008 estas circunstâncias justificam somente que o processo corra no tribunal, para que seja o juiz a definir o regime que os cônjuges não conseguiram estabelecer entre si. Deste modo, “salva-se” o acordo principal que diz respeito à própria dissolução do casamento; ou seja, o casamento acabará por ser dissolvido por mútuo consentimento, embora corra no tribunal e algum daqueles assuntos importantes seja regulado por decisão do juiz. O acordo sobre os temas mencionados deixou de poder considerar-se um pressuposto do divórcio; pressuposto é o acordo sobre o próprio divórcio.

228. Processo. A) Divórcio administrativo

O processo de divórcio por mútuo consentimento está regulado no art. 14.º do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, entre os procedimentos de competência exclusiva do conservador⁴⁰. O processo só é judicial nos casos em que os cônjuges não apresentam algum dos acordos a que se refere o n.º 1 do artigo 1775.º do Código Civil, em que algum dos acordos apresentados não é homologado ou nos casos resultantes de acordo obtido no âmbito de processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (art. 12.º, n.º 1, al. *b*), do Decreto-lei n.º 272/2001).

O processo pode ser instaurado em qualquer conservatória do registo civil mediante *requerimento* assinado pelos cônjuges ou

⁴⁰ Embora o regime do instituto tenha ainda de ir buscar-se às disposições do Código Civil (arts. 1775.º-1778.º-A) na versão da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, aos arts. 994.º a 999.º CProcCiv e aos arts. 271.º a 274.º CRegCiv.

pelos seus procuradores (art. 271.º CRegCiv e arts. 12.º, n.º 2, e 14.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 272/2001)⁴¹; o pedido é instruído com os documentos mencionados no art. 272.º, n.º 1, CRegCiv e ainda com o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais se houver filhos menores e esse exercício não estiver já regulado judicialmente (art. 14.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 272/2001).

Recebido o requerimento, e se não for caso de indeferimento liminar por o pedido não vir devidamente instruído, para vermos quais são os termos ulteriores do processo temos de distinguir duas hipóteses: a de não haver filhos menores ou, havendo-os, o exercício das responsabilidades parentais já estar judicialmente regulado e a de os cônjuges terem filhos menores e ainda não estar regulado judicialmente o exercício das responsabilidades parentais.

Consideremos, em primeiro lugar, a *hipótese de não haver filhos menores ou, havendo-os, o exercício das responsabilidades parentais já estar judicialmente regulado*.

Nesta hipótese, o conservador deve convocar os cônjuges para uma *conferência* em que informa os cônjuges da existência de serviços de mediação familiar (art. 14.º, n.º 3).

Desde os anos setenta — e mais recentemente em Portugal — desenvolveu-se a ideia de que os cônjuges teriam conveniência em beneficiar de serviços de *mediação familiar*⁴².

A mediação visa acompanhar os cônjuges na procura de uma decisão acerca do divórcio e, sobretudo, das suas consequências para si e para os filhos. O mediador não tem por missão decidir sobre as questões que dividem os

⁴¹ Não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso (art. 986.º, n.º 4, CProcCiv).

⁴² Para uma apresentação geral da mediação em Portugal veja-se ANTÓNIO FARINHA e C. LAVADINHO, *Mediação Familiar e Responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 1997; ANTÓNIO FARINHA, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais*, in “Direito da Família e Política Social”, Porto, Universidade Católica, 2001, p. 193-203; ZULEMA D. WILDE e LUIS M. GAIBROIS, *O que é a mediação*, Lisboa, Agora Publicações Lda., 2003.

cônjuges, mas antes ajudá-los a entender os seus interesses comuns e as suas divergências, a consistência das suas pretensões e as consequências dos seus possíveis acordos⁴³.

Em 1990 nasceu o Instituto Português de Mediação Familiar e em 1997 constituiu-se a Associação Nacional para a Mediação Familiar, ambos de carácter privado. Neste ano de 1997, a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça celebraram um protocolo de colaboração e, pelo Despacho n.º 12 368/97 criou-se um Gabinete de Mediação Familiar. Tratava-se de um serviço público gratuito que pretende “oferecer ao casal em fase de separação um contexto adequado à negociação, possibilitando a sua autodeterminação” (Despacho citado, ponto 4.2). As competências do Gabinete ficaram limitadas às questões relativas ao poder paternal — o que excluía, designadamente, as divergências patrimoniais entre os cônjuges. Em 13 de julho de 2007, o Gabinete do Secretário de Estado da Justiça emitiu o Despacho n.º 18778/2007 que cria o Sistema e Mediação Familiar (SMF). Pretendeu-se alargar a mediação a novas zonas do país; alargar as matérias suscetíveis de mediação; e tornar o sistema flexível, baseado na deslocação dos mediadores aos locais onde são requisitados, ficando esta gestão a cargo Gabinete para a Resolução Alternativa dos Litígios (GRAL). Em 21 de maio de 2008, a União Europeia aprovou a diretiva 2008/52/CE relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial. E a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, veio estabelecer “os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública”, pretendendo um regime mais abrangente do que a simples transposição da Diretiva reclamava. Estão hoje mais claros os princípios que regem a atividade, o procedimento, os direitos e deveres do mediador, e a fiscalização dos mediadores.

De acordo com o sistema legal português, os acordos poderão vir a ser homologados nos casos de divórcio por mútuo consentimento; podem ser aceites pelo tribunal em divórcio litigioso; e podem simplesmente valer entre as partes sem intervenção do tribunal. Estarão neste último caso os acordos de partilhas subsequentes a qualquer tipo de divórcio, ou os acordos sobre alimentos ou sobre o destino da casa de morada da família, em divórcio litigioso, quando nenhuma das partes suscitar a intervenção específica do juiz.

Uma atitude otimista poderia ter levado a introduzir imediatamente a mediação familiar como um ato obrigatório, no processo de divórcio. Porém, em finais de 2007 e princípios de 2008, dificilmente poderia confiar-se na existência, em Portugal, de um sistema experimentado e sólido, de tal modo que se pudesse pretender fazer um uso intenso, e mesmo imperativo para os cidadãos, da mediação familiar. Isto é, ao elaborar-se um projeto de alteração do regime do divórcio,

⁴³ LEONARD LOEB, *New Forms Resolving Disputes — ADR*, in “Family Law Quarterly”, vol. 33, n.º 3, 1995, p. 581-8.

parecia temerário recorrer à mediação familiar de um modo obrigatório, por exemplo introduzindo-a no processo de divórcio como um episódio imperativo. Correr-se-ia o risco de impor uma prática que ainda não está consolidada, de exigir a presença de mediadores em demasiados locais, enfim, de fazer solicitações que ainda não são sentidas pelos interessados, que não se poderiam cumprir, e que acabariam por desacreditar a mediação familiar. Pareceu conveniente dar mais um passo no sentido da visibilidade dos serviços de mediação familiar, obrigando as conservatórias e os tribunais a tomar a iniciativa de dar informações aos cônjuges que procuram a dissolução do casamento. É provável que estas pequenas diligências, associadas ao reforço paulatino do número de mediadores e das suas competências técnicas, possa desenvolver esta prática e, porventura, no futuro, trazê-la para dentro do processo, como um ato obrigatório.

Assim nasceu a regra contida no artigo 1774.º – tímida, para uns, oportuna, para outros, ela resultou do compromisso entre o desejo de chamar a atenção para o instituto, sem criar obrigações para o sistema que ele ainda não estivesse em condições de cumprir.

Note-se que a Lei n.º 61/2008 desprezou a tentativa de conciliação que o art. 1774.º previa para qualquer forma de divórcio; a tentativa de conciliação só é exigida no caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1779.º n.º 1). Parece razoável pensar que os dois cônjuges, depois de atingirem um acordo de dissolução, e porventura outros acordos complementares, não estarão dispostos a eliminar esses esforços para aceitar a sugestão de conciliação que o juiz possa apresentar-lhes. E será realista pensar que os tribunais se empenhavam nessa tentativa, a que a lei os obrigava? A lei nova mostra descrença na tentativa de conciliação nos processos de divórcio por mútuo consentimento e, em seu lugar, promove a mediação familiar, nos termos já assinalados.

É indispensável a presença pessoal dos cônjuges, que só podem fazer-se representar por procurador com poderes especiais no caso de *ausência* do continente ou da ilha em que a conferência tem lugar ou de *impossibilidade* de comparência (art. 995.º, n.º 2, CProcCiv; cfr. o art. 14.º, n.º 8, do Decreto-lei n.º 272/2001); se houver fundado motivo para presumir que a impossibilidade cessará dentro do prazo de 30 dias, o conservador pode todavia *adiar* a conferência por período não superior a esse (art. 995.º, n.º 3). Se algum dos cônjuges *faltar* à conferência, o processo aguarda que seja requerida a designação de novo dia (art. 997.º). Não marcando a lei prazo para a apresentação do requerimento, parece que valerá aqui o prazo geral de 10 dias do art. 149.º, sendo o processo arquivado se não for requerida nesse prazo a designação de novo dia para a conferência. Note-se ainda que, nos termos do art. 995.º, n.º 1, pode o conservador convocar para a conferência parentes ou afins dos cônjuges, ou quaisquer outras pessoas em cuja presença veja utilidade.

Se os cônjuges, ou algum deles, desistirem do pedido, o conservador fará consignar em ata a desistência e homologá-la-á (arts. 996.º, n.º 1, CProcCiv e 14.º, n.º 8, do Decreto-lei n.º 272/2001).

Se os cônjuges mantiverem o propósito de se divorciar, deve verificar se estão preenchidos os “pressupostos legais” do divórcio (arts. 12.º, n.º 5, e 14.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 272/2001) e apreciar, designadamente, os acordos sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça (art. 272.º, n.º 1, al. *d*), CRegCiv) e o destino da casa de morada da família (al. *f*)); para o efeito, pode determinar a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária (art. 12.º, n.º 5, do Decreto-lei n.º 272/2001).

O regime vale tanto para os acordos provisórios, destinados a valer na pendência do processo, como para os que valerão no período posterior; os documentos apresentados valem para os dois períodos se outra coisa deles não resultar (art. 1775.º, n.º 2, CCiv e art. 272.º, n.º 4, CRegCiv). Com a supressão da “segunda conferência” pelo Decreto-lei n.º 272/2001, a distinção entre o período da pendência do processo e o período posterior perdeu porém grande parte do seu interesse prático.

Nos termos do art. 1776.º, n.º 1, o conservador deve homologar na conferência os acordos destinados a valer na pendência do processo, podendo alterá-los, ouvidos os cônjuges, se o interesse dos filhos o exigir; e apreciar os acordos que valerão depois de decretado o divórcio, convidando os cônjuges a alterá-los se os acordos não acautelarem suficientemente os interesses de algum deles ou dos filhos.

Se os cônjuges não alterarem os acordos ou, mesmo depois das alterações, os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos não tiverem ficado suficientemente acautelados, o conservador recusa a homologação dos acordos e remete o processo para o tribunal competente (art. 1778.º CCiv). Se verificar que as alterações introduzidas nos acordos já acautelam esses interesses, homologa os

acordos e decreta⁴⁴ o divórcio, procedendo-se ao respetivo registo por averbamento aos assentos de nascimento dos cônjuges e ao assento de casamento (arts. 69.º, n.º 1, al. *a*), e 70.º, n.º 1, al. *b*), CRegCiv).

Eliminada a competência territorial das conservatórias do registo civil pelo Decreto-lei n.º 324/2007, foi revogado o art. 75.º CRegCiv, que regulava a hipótese de averbamento em conservatória distinta da que lavrou o registo. A decisão proferida pode ser comunicada a qualquer conservatória do registo civil, sempre que possível por via eletrónica (art. 78.º CRegCiv).

Vejamos agora a *hipótese de os cônjuges terem filhos menores e o exercício das responsabilidades parentais ainda não estar judicialmente regulado*, hipótese em que o art. 14.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 272/2001 manda acrescentar aos documentos referidos no art. 272.º, n.º 1, CRegCiv o acordo dos cônjuges sobre o exercício das responsabilidades parentais.

Neste caso, antes de marcar dia para a conferência, deve o conservador enviar o processo de divórcio ao Ministério Público junto da secção de competência especializada do tribunal de comarca (órgão jurisdicional de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória⁴⁵), para que o Ministério Público se pronuncie, no prazo de 30 dias, sobre o acordo dos cônjuges acerca do exercício das responsabili-

⁴⁴ “Decreta”, “decide” ou, ainda, “declara” (como se diz nos modelos de averbamento aos assentos de nascimento e de casamento). Na terminologia do CCiv, porém, o conservador “decreta” o divórcio, como o tribunal (cfr. o art. 1776.º CCiv).

⁴⁵ Ou seja, à secção de família e menores com jurisdição no local onde a Conservatória se ache instalada (art. 123.º, n.º 1, al. *d*), da Lei de Organização do Sistema Judiciário - Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) ou, não sendo nesse lugar nenhuma destas secções competentes, à secção de competência genérica (cível/criminal) da instância local que aí desfrute de competência (art. 130.º, n.º 1, alínea *a*), da mesma lei), uma vez que as secções cíveis da instância central das novas comarcas criadas a abrigo da referida Lei de Organização do Sistema Judiciário apenas gozam de competência para apreciar e julgar ações de valor superior a 50.000,00 euros (art. 117.º, n.º 1, al. *a*) e o valor da causa nas ações de divórcio litigioso, no âmbito do novo CProcCiv de 2013, continua a ser fixado em 30.000,01 euros, correspondente aos interesses imateriais em litígio (art. 303.º, n.º 2, CProcCiv).

dades parentais (art. 14.º, n.º 4, do Decreto-lei n.º 272/2001 e art. 1776.º-A, n.º 1, CCiv).

Se o Ministério Público entender que o acordo não acautela suficientemente os interesses dos menores⁴⁶ e que lhe devem ser feitas determinadas alterações, o processo baixa à conservatória e o conservador notifica os cônjuges de que no prazo de 10 dias (arts. 19.º do Decreto-lei n.º 272/2001 e 149.º, n.º 1, CProcCiv) devem alterar o acordo em conformidade ou apresentar outro acordo, do qual é dada nova vista ao Ministério Público para que sobre ele se pronuncie, igualmente no prazo de 30 dias (art. 14.º, n.º 5, e 1776.º-A, n.º 2, CCiv).

Se o Ministério Público puser o visto no acordo inicial, ou entender que o acordo alterado nos termos por ele indicados, ou o novo acordo, já acautela devidamente os interesses dos menores, o conservador marca dia para a conferência em que informa os cônjuges da existência dos serviços de mediação familiar (art. 14.º, n.º 6, do Decreto-lei n.º 272/2001); verificando que estão preenchidos os outros “pressupostos legais” do divórcio, designadamente que os acordos dos requerentes sobre a prestação de alimentos e o destino da casa de morada da família acautelam suficientemente os interesses dos cônjuges e dos filhos, decreta o divórcio e ordena o averbamento da decisão aos assentos de nascimento e ao assento de casamento (art. 14.º, n.ºs 3 e 6 e art. 1776.º-A, n.º 3, CCiv).

No caso contrário, ou seja, se os cônjuges não alterarem o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público e mantiverem o propósito de se divorciar, o conservador deve remeter o processo à secção de competência especializada do tribunal da comarca a que pertença a conservatória (art. 14.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 272/2001, e art. 1776.º-A, n.º 4, CCiv)⁴⁷.

⁴⁶ Só relevam aqui os interesses dos menores, e não o do cônjuge eventualmente prejudicado pelo acordo.

⁴⁷ Ou seja, à secção de família e menores que desfrute de jurisdição no lugar da conservatória. Se nesse local nenhuma destas secções for dotada de competência, a

Sempre que o conservador remete o processo de divórcio para o tribunal competente, seguem-se os termos previstos no art. 1778.º, com as necessárias adaptações. A Lei n.º 61/2008 pretendeu, nestes casos, que o divórcio não deixasse de ser baseado no mútuo consentimento dos cônjuges, ainda que eles não soubessem ou não pudessem apresentar acordos dignos de homologação. Assim, o tribunal vai promover os acordos, ou decidir as questões em que os cônjuges deviam ter obtido acordos, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1778.º e 1778.º-A CCiv).

Em abril de 2001, durante a discussão pública do projeto “Para uma nova repartição de competências na justiça”, o Centro de Direito da Família defendeu que “os três acordos necessários constituem uma unidade, e que os acordos sobre alimentos e sobre a casa de morada da família podem ter sido obtidos em relação com o conteúdo do acordo sobre o poder paternal”. Na verdade, por exemplo, repartições de tempos de contacto com o filho muito diferentes pode justificar decisões diferentes quanto ao destino da casa de morada da família. Segundo este entendimento, parece inconveniente apreciar isoladamente qualquer dos acordos, designadamente o acordo sobre as responsabilidades parentais.

A decisão homologatória não se estende à relação de bens que a lei impõe. A decisão não faz caso julgado sobre essa relação de bens — cfr. o ac. S.T.J. de 11.5.2006, Col. Jur. 2006, t. II, p. 83, o ac. da Rel. de Évora, de 07.08.2008 e o ac. da Rel. de Guimarães de 12.13.2014.

229. B) Divórcio judicial

Já vimos que o divórcio por mútuo consentimento reveste carácter judicial quando, em processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, estes acordarem em se divorciar por mútuo

remessa deve ser dirigida à secção de competência genérica da instância local que aí goze de competência (cfr. nota n.º 6).

consentimento, correspondendo a iniciativa do juiz nesse sentido ou por iniciativa própria (arts. 1779.º, n.º 2, CCiv e 931.º, n.os 2 e 3, CProcCiv). Este era o único caso previsto na lei anterior a 2008.

Ao divórcio litigioso convertido em divórcio por mútuo consentimento são aplicáveis os arts. 1775.º a 1778.º-A CCiv e os arts. 994.º a 999.º CProcCiv⁴⁸. Como já foi assinalado, em qualquer via para o divórcio, os cônjuges devem ser informados sobre a existência de serviços de mediação familiar (art. 1774.º CCiv).

O art. 931.º, n.º 3, CProcCiv dispõe que na tentativa de conciliação ou em qualquer outra altura do processo os cônjuges podem acordar no divórcio por mútuo consentimento “quando se verificarem os necessários pressupostos”; e o n.º 4 que, estabelecido esse acordo, se seguem no próprio processo os termos dos arts. 994.º e segs. “com as necessárias adaptações”, ou seja, com as adaptações resultantes do facto de já terem corrido alguns termos do processo de divórcio litigioso.

Pretendendo favorecer o divórcio por mútuo consentimento, que julgou preferível ao divórcio litigioso, a lei permitiu em qualquer altura do processo⁴⁹ a *conversão* do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento, conversão que, para verdadeiramente o ser, exige que não se inicie novo processo, o que sempre seria permitido aos cônjuges mesmo que a lei não o dissesse, mas que se aproveitem o mais possível os atos já praticados no âmbito do processo litigioso⁵⁰.

Assim, designadamente, se, nos termos do art. 931.º, n.º 2, CProcCiv, já tiver obtido o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos

⁴⁸ O art. 1777.º CCiv o art. 1423.º CProcCiv anterior foram expressamente revogados pelo Decreto-lei n.º 272/2001.

⁴⁹ Mesmo em instância de recurso (TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 101).

⁵⁰ Cfr., na vigência da legislação anterior ao Decreto-lei n.º 272/2001, o ac. da Rel. de Coimbra de 4.4.2000 (Col. Jur. 2000, t. 2, p. 40), e, na doutrina, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Sobre a passagem de um divórcio litigioso para um divórcio por mútuo consentimento (art. 1774.º, n.º 2, do Código Civil)*, na RLJ, ano 130.º, p. 137-141.

e à regulação do exercício das responsabilidades parentais, e ainda o seu acordo quanto à utilização da casa de morada da família no período da pendência do processo⁵¹, não deve o juiz desconsiderar os acordos estabelecidos, ainda que não possa dispensar-se de apreciar se tais acordos acautelam suficientemente os interesses dos cônjuges e dos filhos, pois esse é um dos “pressupostos legais”, do divórcio por mútuo consentimento.

Nesta hipótese, ou seja, no caso de os cônjuges, no âmbito de processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, acordarem em se divorciar por mútuo consentimento, o processo de divórcio por mútuo consentimento judicial, a partir do momento em que se verifique esse acordo, é o previsto nos arts. 995.º a 999.º CProcCiv.

Como dissemos atrás, o processo sofre porém as “adaptações” (art. 931.º, n.º 4, CProcCiv) ao abrigo do princípio da adequação formal, resultantes do facto de já terem corrido alguns termos do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e tudo depende de saber quais foram esses termos; a marcha do processo, na hipótese de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges convalidado para divórcio por mútuo consentimento, depende de saber em que altura do processo se verificou a convalidação.

Designadamente, se os cônjuges ainda não tinham estabelecido no processo de divórcio sem consentimento de um deles, nos termos do art. 931.º, n.º 2, os acordos que terão de juntar ao processo nos termos do art. 1775.º CCiv, o juiz deve promover esses acordos, e apreciá-los; finalmente, será exarado em ata o acordo dos cônjuges quanto ao divórcio, bem como as decisões tomadas quanto aos acordos sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles

⁵¹ Ou até quanto ao destino da casa, pois parece que os cônjuges, por sua iniciativa, podem acordar sobre esse destino (a favor desta possibilidade, TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico ...*, cit., p. 119, e SALTER CID, ob. cit., p. 321-2).

careça, ao destino da casa de morada da família e ao exercício das responsabilidades parentais.

Como dissemos ao estudar regime idêntico no divórcio administrativo, deve o juiz convidar os cônjuges a alterar os acordos que não acautelem devidamente os interesses de alguns deles ou dos filhos (art. 1776.º CCiv), não cabendo recurso de tal convite (art. 999.º CProcCiv). No caso de os cônjuges alterarem os acordos e estes já acautelarem suficientemente esses interesses, o juiz homologa-os e decreta o divórcio; no caso contrário, não homologa os acordos o juiz vai decidir as questões em que os cônjuges deviam ter obtido acordos, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1778.º e 1778.º-A CCiv).

A Lei nº 61/2008 acrescentou as competências dos tribunais para a dissolução do casamento por mútuo consentimento em dois novos casos.

Em primeiro lugar, quando os cônjuges apresentarem o requerimento de divórcio na conservatória do registo civil, acompanhado dos acordos necessários, pode acontecer que o conservador, ou o Ministério Público no que se refere às responsabilidades parentais, não aceite os termos estabelecidos pelos cônjuges, faça um convite à alteração conveniente, mas os cônjuges não correspondam; se assim for, o processo deve ser remetido para o tribunal (art. 1778.º CCiv) para que seja o juiz a decidir as questões em que os cônjuges não obtiveram um acordo digno de homologação. Também aqui a lei manda fazer “as necessárias adaptações”, para que se aproveitem os atos que já foram praticados na conservatória do registo civil. Neste caso, portanto, o divórcio será decretado por mútuo consentimento, mas no tribunal.

Em segundo lugar, quando os cônjuges pretenderem divorciar-se por mútuo consentimento mas, desde o início, não conseguirem assinar um ou vários dos acordos necessários, o requerimento assinado por ambos, que dará início ao processo, deve entrar logo

no tribunal, e não na conservatória do registo civil (art. 1788.º-A CCiv). O divórcio será decretado por mútuo consentimento e o processo correrá integralmente no tribunal.

Já era duvidosa a tramitação a seguir para a fixação das consequências do divórcio, e a Lei n.º 61/2008 não esclareceu o assunto nem para o caso antigo da conversão nem para os dois casos novos. Mas pode dizer-se que, sabendo que o propósito da lei foi o de “salvar” o acordo fundamental sobre o mútuo consentimento, garantir que os temas complementares ficavam logo regulados, e fazer o tribunal decretar o divórcio “em seguida” (art. 1778.º-A, n.º 5), parece razoável afirmar que a solução mais adequada não é de cumprir uma tramitação própria e autónoma relativamente à atribuição da casa de morada da família, à regulação das responsabilidades parentais, ou à fixação de alimentos. A solução que parece mais conforme com as intenções da Lei e o *princípio da adequação formal* (art. 547.º CProcCiv) é a de fixar os regimes necessários como uma questão incidental⁵², através da forma da jurisdição voluntária. E quando este procedimento, cuja adoção deve ser precedida de uma notificação às partes e eventual debate, frustrar as expectativas de alguma delas, porque diminui o formalismo normal do processo comum de declaração quanto à fixação de alimentos, talvez deva restar a esse cônjuge opor-se à tramitação no tribunal, caso em que o pedido de divórcio por mútuo consentimento seria indeferido⁵³.

O recente acórdão do STJ, de 13.11.2014, decidiu que “a falta de acordo dos cônjuges divorciandos quanto a um dos «acordos complementares», no caso sobre o destino da casa de morada de família, não é incompatível com a pretensão

⁵² Cfr. *6ª Bienal de Jurisprudência - Direito da Família*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2014, p. 59-69 (relatório sobre o caso apresentado pelo juiz Dr. ANTÓNIO JOSÉ FIALHO).

⁵³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio*, “Lex Familiae”, ano 7, n.º 13, 2010, p 5-32, p. 11-12.

consensual do divórcio”, pois considera que o fim principal da ação é pôr termo ao vínculo conjugal, havendo consenso do casal sobre essa questão. No caso *sub iudice*, o cônjuge réu não se opôs à conversão, desde que o problema da *casa de morada de família* ficasse acordado entre ambos; e, resolvida essa questão, entendeu nada obstar à conversão. Apesar deste “acordo sob condição”, o Supremo confirmou a decisão da Relação, para a qual basta que haja acordo no que respeita ao propósito de dissolução do casamento. Assim, nestes casos, a atribuição da casa de morada de família inscrever-se-ia num processo de jurisdição voluntária. Donde, o Juiz, ao abrigo do n.º 4 do art. 1778º-A do Código Civil, poderia resolver o litígio, procedendo no contexto da ação de divórcio (convertida em ação por mútuo consentimento) à adequação processual que a natureza da disputa e a celeridade do caso impunham. Neste sentido, parece que o juiz deveria, após a conversão da ação em divórcio por mútuo consentimento, suscitar a dedução do incidente, no qual cada um dos cônjuges formula o seu pedido, alega os factos integrativos da causa de pedir e indica a prova, incidente a que se seguiriam as regras gerais de contraditório, prova e julgamento, segundo os critérios previstos para os processos de jurisdição voluntária.

230. Natureza jurídica

Merece breve referência a questão da *natureza jurídica* do divórcio por mútuo consentimento. Este é uma “*fattispecie*” complexa, que supõe um *acordo* dos cônjuges (acordo sobre o divórcio e sobre os pontos referidos no art. 1775.º CCiv) e a *homologação* desse acordo pelo conservador do registo civil ou pelo juiz; e a questão da natureza jurídica do divórcio por mútuo consentimento é a de saber como se articulam esses dois elementos, que lugar ocupa cada um deles em tal “*fattispecie*” complexa, como influem um e outro na produção do respetivo efeito jurídico.

Concebem-se aqui três posições. Pode pensar-se que o elemento constitutivo, a verdadeira *causa* da instauração do divórcio é o acordo dos cônjuges, relativamente ao qual a homologação é uma simples condição legal de eficácia (*conditio juris*). Pode pensar-se que o acordo e a homologação representam dois elementos igualmente necessários e constitutivos relativamente à instauração do estado de divórcio entre os cônjuges. E pode pensar-se que o acordo é um simples pressuposto da homologação, só a esta devendo reconhecer-se função ou carácter constitutivo. Destas três orientações, a 1.ª corresponderá a uma conceção privatista do divórcio por mútuo consentimento, a 2.ª a uma conceção mista ou intermédia e a 3.ª a uma conceção publicista.

Procurando tomar partido neste debate, diremos em primeiro lugar que não pode desvalorizar-se a homologação até ao ponto de vermos nela uma simples condição legal de eficácia do “negócio familiar” de divórcio consensual, como quer a conceção privatista. Isso seria ver na homologação um elemento

acidental⁵⁴(48) desse negócio, que, portanto, já existiria e estaria perfeito mesmo sem ela. Ora não pode dizer-se que o divórcio por mútuo consentimento já esteja *perfeito* antes da homologação. Assim, está bem claro na lei que os cônjuges não são obrigados a manter a sua adesão ao acordo inicial e qualquer deles pode retirar o seu consentimento até que, homologados os acordos a que se refere o art. 1775.º CCiv, e persistindo ambos no propósito de se divorciarem, o divórcio seja decretado. Por outro lado, a conceção privatista do divórcio por mútuo consentimento não explicaria os largos poderes que a lei confere ao conservador, ou ao juiz, no sentido de garantir, ao longo do processo, que a decisão dos cônjuges seja verdadeiramente livre, persistente e amadurecida, e de controlar o teor dos acordos previstos no art. 1775.º, de forma a não permitir que estes deixem desacompanhados os interesses dos cônjuges e dos filhos.

Mas, em segundo lugar, também não se mostraria conforme aos dados legais uma conceção publicista do divórcio por mútuo consentimento, que visse no acordo dos cônjuges simples pressuposto do decretamento do divórcio pelo conservador ou pelo juiz, o qual seria o elemento verdadeiramente substantivo e constitutivo do ato. Na ideia da lei, o divórcio por mútuo consentimento é fundamentalmente “ato dos cônjuges”; nem doutro modo se compreendia a exigência de que o seu consentimento para o divórcio fosse manifestado no requerimento inicial e, de novo, na conferência a que se referem os arts. 1776.º, CCiv e 14.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 272/2001, conferência em que a lei exige a presença pessoal dos cônjuges, que só podem fazer-se representar por procurador com poderes especiais nas situações previstas no art. 931.º, n.º 1, CProcCiv (cfr. o art. 14.º, n.º 8, do Decreto-lei n.º 272/2001).

A construção preferível parece ser assim a que adotámos ao tratar problema análogo relativamente à adoção, a conceção do divórcio por mútuo consentimento como *ato complexo ou misto*, integrado por dois elementos igualmente “constitutivos”: o acordo dos cônjuges (o seu acordo sobre o divórcio e sobre os três pontos referidos no art. 1775.º CCiv) e a homologação desse acordo pelo conservador do registo civil ou pelo juiz.

231. Acordo sobre o divórcio e acordos complementares

Já vimos que os cônjuges que pretendam divorciar-se por mútuo consentimento devem estar de acordo, não só sobre o divórcio, mas também sobre algumas das suas mais importantes sequelas: a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício

⁵⁴ A acidentalidade (ao lado da incerteza) é que, como se sabe, caracteriza a condição, seja esta legal ou voluntária.

das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família⁵⁵. Entre o acordo sobre o divórcio e estes acordos há assim uma *união* ou *coligação negocial* que se traduz aqui numa certa *dependência bilateral*. Antes da Lei n.º 61/2008, a dependência bilateral era rigorosa. Por um lado, os acordos previstos no n.º 1 do art. 1775.º CCiv caducavam e ficavam sem efeito se os cônjuges ou algum deles não dessem o seu acordo ao divórcio por mútuo consentimento na conferência a que se refere o artigo seguinte, ou retirassem esse consentimento antes da data em que o divórcio seria decretado. Por outro lado, o acordo sobre o divórcio dependia daqueles acordos e da sua homologação pelo conservador do registo civil ou pelo juiz; se, no termo do processo, os acordos previstos no n.º 1 do art. 1775.º CCiv não fossem homologados por não acautelarem suficientemente os interesses de algum dos cônjuges ou dos filhos, o pedido de divórcio era indeferido (arts. 1778.º e 1778.º-A, na redação anterior). Claro, porém, que o acordo sobre o divórcio ficava apenas dependente da celebração desses acordos e da homologação dos mesmos, e não do seu cumprimento. Por exemplo, o facto de um dos cônjuges não cumprir o acordado quanto à prestação de alimentos ou ao exercício do poder paternal não prejudicava o divórcio que tivesse sido decretado.

Depois da Lei n.º 61/2008, a relação de dependência não é tão rigorosa. Na verdade, o acordo sobre o divórcio não depende daqueles acordos complementares; a falta de algum deles, ou da sua homologação, apenas determina que a competência seja do tribunal, onde o processo iniciará os seus termos, ou para onde será remetido, conforme o caso. O acordo fundamental sobre a dissolução não caduca pela falta de algum, ou de todos os acordos complementares. O divórcio pode acabar por ser decretado por

⁵⁵ Sobre o tema, no direito anterior, cfr. AFONSO PATRÃO, *Os acordos complementares no divórcio por mútuo consentimento*, in “Lex Familiae”, ano 2.º, n.º 4, p. 103 s..

mútuo consentimento, ainda que os cônjuges não tenham conseguido obter acordos sobre tudo o resto.

Secção III. Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

Subsecção I. Princípios gerais

232. Noção de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (divórcio litigioso)

“Litigioso” diz-se o divórcio pedido por um dos cônjuges contra o outro e com fundamento em determinada causa. Nisto se distingue do divórcio por mútuo consentimento, que é pedido pelos dois cônjuges de comum acordo e sem indicação da causa por que é pedido. Outra diferença é que o divórcio por mútuo consentimento pode ser judicial ou administrativo, enquanto o divórcio “litigioso” é sempre judicial.

A Lei n.º 61/2008 usou a designação de “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, que o Curso adota com o propósito de acompanhar a tendência para a “desdramatização” do divórcio, tanto quanto as palavras contam, embora, por um lado, não se tenha corrigido o título da Subsecção III sobre a matéria no código civil e, por outro lado, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges seja, realmente, um divórcio litigioso.

233. Divórcio-sanção, divórcio-remédio e divórcio-constatação da rutura do casamento

O divórcio litigioso pode conceber-se como sanção, como remédio ou como simples constatação da rutura do casamento.

No sistema do *divórcio-sanção* o divórcio pressupõe um ato ou procedimento culposo de algum dos cônjuges e quer ser a sanção contra esse ato ou procedimento. Era o sistema do direito francês, anteriormente à Reforma de 1975, e o consagrado no Código de 1966, que deliberadamente suprimira todas as causas do divórcio objetivas — loucura incurável, ausência, doenças, separação de facto — admitidas na “Lei do Divórcio” de 1910⁵⁶. O sistema não é hoje aceite na lei, que voltou a admitir causas do divórcio objetivas (art. 1781.º CCiv), e, independentemente disso, podem dirigir-se-lhe algumas críticas pertinentes. Em primeiro lugar não se percebia que a lei, se se tratasse só de castigar o culpado, recorresse à sanção do divórcio. Sendo um divórcio um mal, um mal em si mesmo, para que havia a lei de escolher esta sanção quando podia dispor de tantas outras? Por outro lado, o cônjuge culpado pode ser precisamente o que mais deseja o divórcio. A lei que ao facultar o divórcio quisesse castigar o culpado correria assim o risco de errar o seu alvo, dando ao culpado um prémio em vez de um castigo. Claro que o divórcio pode ser contrário aos interesses do cônjuge culpado e constituir uma sanção para ele — trata-se porém, necessariamente, de um efeito secundário, lateral e só eventual.

Distinto é o sistema do *divórcio-remédio*, em que o divórcio pressupõe apenas uma situação de crise do matrimónio, um estado de vida conjugal intolerável, e quer ser o remédio para um tal estado ou situação. Concebe-se, agora, que se julguem carecidas do remédio do divórcio, não só situações em que a crise do matrimónio provém de culpa de algum dos cônjuges, mas também situações em que a vida conjugal se tenha tornado intolerável por causas puramente objetivas, por caso fortuito (*lato sensu*): de qualquer

⁵⁶ Note-se, porém, que o Código de 1966 não consagrava um puro sistema de divórcio-sanção, pois segundo o art. 1779.º, n.º 1, CCiv, antiga redação, os factos enumerados no artigo anterior só justificavam o pedido de divórcio quando comprometessem a possibilidade de vida em comum dos cônjuges.

modo e mesmo no primeiro caso, o divórcio não quererá castigar o culpado mas apenas remediar ou prover àquela situação de crise objetivamente considerada.

Na literatura mais recente distingue-se porém entre o sistema do divórcio-remédio e o do *divórcio-constatação da rutura do casamento*. Como remédio para uma situação de crise em que a vida matrimonial se tornou intolerável, o divórcio visará sempre libertar dessa situação um cônjuge inocente, embora não se requeira (como no sistema do divórcio-sanção) que tal situação de crise seja imputável ao outro cônjuge a título de culpa. Não se pretende agora castigar um culpado, que até pode não existir, mas simplesmente proteger um inocente: no sistema do divórcio-remédio é sempre um cônjuge inocente que pede o divórcio, com fundamento em comportamento culposo ou, pelo menos, em facto relativo à pessoa do outro cônjuge (loucura incurável, ausência sem notícias, etc.). O princípio da rutura (“*Zerrüttungsprinzip*”; “*divorce-faillite*”, “*divorce-constat*”) transcende porém este esquema tradicional. Não se trata agora só, nem principalmente, do comportamento ou da condição pessoal do outro cônjuge, mas de uma situação que pode ser devida a qualquer dos cônjuges e até em maior medida ao cônjuge autor. Como quer que seja, o que importa é a existência de uma situação de rutura do casamento, objetivamente considerada e que o divórcio deve pura e simplesmente *constatar*.

Perante este quadro, pode dizer-se que o direito português, depois de 2008, consagra um *sistema de divórcio-constatação da rutura do casamento*, em que a causa do divórcio é a própria rutura em si, independentemente das razões que a tenham determinado.

Esse modelo é o que corresponde, por exemplo, à legislação alemã, em que não há correlação entre o divórcio e a violação dos deveres conjugais — deveres que, aliás, a lei alemã não especifica, dispondo apenas que os cônjuges estão obrigados “à comunhão de vida matrimonial” (*zur ehelichen Lebensgemeinschaft*). No direito

alemão, a única *causa* do divórcio é o *fracasso* do casamento⁵⁷, indiciado pela separação de facto dos cônjuges durante certo prazo, sem que importem à lei as razões por que o casamento fracassou.

No nosso direito, admite-se um princípio geral de dissolução por divórcio com fundamento em rutura definitiva da vida em comum, que pode ser indiciada pela verificação de qualquer facto, nos termos do art. 1781.º *d*). A Lei manteve, no entanto, com alterações, as causas que vinham especificadas na redação anterior porque eram conhecidas da jurisprudência e da doutrina, e porque podiam servir de padrão do grau de exigência com que os tribunais haviam de aplicar a cláusula geral nova (*al.d*)).

234. Noção de causa do divórcio e seu valor

O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é um divórcio *com causa*, o que quer dizer que um dos cônjuges só pode pedir o divórcio contra o outro desde que alegue e prove uma circunstância que seja fundamento para o divórcio⁵⁸. Digamos que a porta do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges está fechada, em regra, e só se abre quando haja uma causa ou um fundamento para isso. São causas do divórcio justamente as circunstâncias verificadas as quais a lei, em derrogação àquele princípio, permite a um ou a ambos os cônjuges pedir o divórcio.

O critério geral a partir do qual as causas do divórcio devem ser definidas enuncia-se facilmente. Sendo o divórcio um remédio para as situações em que a vida conjugal se tornou impossível ou intolerável, deve ser permitido nos casos em que, segundo os juízos de

⁵⁷ § 1565 BGB: “Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist”.

⁵⁸ Cfr. CARBONNIER, *La notion de cause de divorce*, na “Rev. trim. de droit civil”, 1937, p. 281 s., e CLAUDE GOURDON, *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute* (1963).

valor legais, exista um tal estado de “intolerabilidade” ou “impossibilidade” da vida conjugal. Mas quando se trata de definir esses casos concebem-se dois sistemas. Concebe-se um sistema de *tipicidade* das causas do divórcio, que serão todas elas causas determinadas, factos que a lei individualiza e especifica com precisão. Concebe-se, porém, igualmente, que a lei utilize aqui uma *cláusula geral*, dispondo, *v. g.*, que o divórcio possa pedir-se “quando se tenha tornado intolerável a vida em comum”, “quando haja rutura da vida em comum”, etc.

O direito português, depois de 2008, segue este último critério. A “rutura definitiva da vida em comum” é o fundamento do divórcio, que pode ser revelado através de “quaisquer factos – o que mostra uma verdadeira *cláusula geral* onde cabem todos os factos relevantes”; a circunstância de se terem mantido, embora com alterações, os factos que constituíam indícios *típicos* na redação anterior a 2008 fundou-se nas razões já apresentadas e não descaracteriza o sistema.

A utilização de uma cláusula geral é o sistema que vem a ser consagrado nas legislações mais recentes e na verdade afigura-se o preferível. A enumeração legal das causas do divórcio traduzia, no fundo, o carácter repressivo e penal de que o divórcio se revestia na teoria clássica do divórcio-sanção. Era, de alguma maneira, uma expressão do princípio *nullum crimen sine lege*: a “pena” do divórcio só devia ser imposta aos ilícitos conjugais como tais tipificados na lei. Abandonada a teoria do divórcio-sanção, não havia porém razão para que o sistema do *numerus clausus* das causas do divórcio permanecesse. A violação dos deveres conjugais pode revestir formas tão variadas que qualquer catálogo é necessariamente deficiente. De resto, a lição do direito comparado ensina-nos que as poucas legislações que se mantêm fiéis ao sistema do *numerus clausus* não se dispensam, quase todas, de inserir na lista uma cláusula geral.

235. Causa do divórcio e causa de pedir na ação de divórcio

Ainda que o ponto vá ser referido mais adiante, quando falarmos do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, é

talvez já cabida aqui esta advertência: causa do divórcio não deve confundir-se com *causa de pedir na ação de divórcio*. São noções distintas. A causa do divórcio é uma categoria abstrata enquanto a causa de pedir na ação de divórcio é, como resulta do conceito do art. 581.º, n.º 4, CProcCiv, o facto concreto que se invoca. É, portanto, uma determinada separação de facto, determinadas ações de violência física ou psicológica, etc. Daqui a consequência de que, intentada mas julgada improcedente uma ação de divórcio proposta, *v. g.*, com fundamento em violência do marido, não esteja a mulher impedida de intentar uma segunda ação de divórcio com fundamento em outros atos de violência que mostrem a rutura definitiva da vida em comum.

236. Classificações das causas do divórcio

As causas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges podem classificar-se a partir de diferentes critérios.

a) Uma primeira classificação é a que distingue entre causas *determinadas e indeterminadas*. A causa é determinada se a lei individualiza e especifica com precisão o facto que pode fundamentar o pedido de divórcio; indeterminada se esse facto não está concretamente especificado mas cabe numa cláusula geral, a que a lei recorreu para definir as causas do divórcio.

Relativamente ao divórcio fundado em rutura da vida em comum, a lei especificou no art. 1781.º, *a), b) e c)* três situações que podem fundamentar o pedido de divórcio. A separação de facto dos cônjuges, a alteração das faculdades mentais e a ausência sem notícias de qualquer deles, nos termos previstos nas várias alíneas do preceito, são assim causas do divórcio determinadas; já a alínea *d)* mostra uma causa indeterminada.

b) Classificação diferente é a que distingue entre causas *perentórias* ou *absolutas* e causas *facultativas* ou *relativas*. Naquelas, o juiz,

apurados os factos que as integram, tem de decretar o divórcio sem qualquer apreciação sobre a gravidade desses factos, ou seja, sem qualquer averiguação sobre se eles determinaram, no caso concreto, um estado de vida conjugal intolerável. Decerto que o divórcio só é autorizado porque se entende que esse estado exista; mas a lei admite uma presunção *iuris et de iure* de que há um estado de vida matrimonial intolerável onde quer que estejam verificados aqueles factos, que reconheceu como causas perentórias de divórcio. Diversas são as coisas quanto às causas de divórcio facultativas, nas quais o juiz tem de averiguar ainda, uma vez apurados os factos que as integram, se eles turvaram a harmonia conjugal em termos de passar a ser “impossível” ou “intolerável” a vida em comum.

Desde 2008, no âmbito do divórcio fundado em rutura da vida em comum, as causas do divórcio previstas nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do art. 1781.º são perentórias, devendo o tribunal decretar o divórcio logo que se faça prova dos respetivos factos; pelo contrário, as causas concretas que forem alegadas pela via da alínea *d)* só justificarão a sentença de divórcio se o tribunal se convencer de que elas são suficientes para mostrar a rutura definitiva do casamento.

c) A nossa lei considerava carecidas do remédio do divórcio, não apenas situações em que a crise conjugal provinha de um ato ou procedimento culposo de algum dos cônjuges, senão também situações em que a crise provinha de caso fortuito, *lato sensu*. É nesta base que radica uma terceira classificação das causas do divórcio, que distingue entre causas *subjetivas* e *objetivas*. As primeiras são culposas e as segundas não culposas. As causas subjetivas cabiam na cláusula geral do art. 1779.º, n.º 1, revogado pela Lei n.º 61/2008; as objetivas eram as referidas nas várias alíneas do art. 1781.º, na redação ligeiramente diferente que tinham antes de 2008. Relativamente às causas previstas nas als. *a)*, *b)* e *d)* da redação antiga, era de notar que podia ter existido culpa do requerente ou do requerido na ação de divórcio, o que tinha

importância, nomeadamente, para o efeito da declaração a que se referia o art. 1787.º revogado; mas tratava-se de causas objetivas, pois a eventual culpa do requerente não lhe retirava o direito de pedir o divórcio. Assim é também na Lei atual: qualquer dos cônjuges, ou os dois, podem ter sido responsáveis pela verificação dos factos alegados como causa da rutura definitiva do casamento; mas essa “culpa” não releva para nenhum efeito, pois o que interessa é a demonstração da rutura definitiva do casamento.

d) Por último, as causas do divórcio podem ser *unilaterais* ou *bilaterais*, conforme podem ser invocadas só por um dos cônjuges ou pelos dois. A separação de facto, ou “quaisquer outros factos”, nos termos das als. a) e d) do art. 1781.º, são causas de divórcio bilaterais; as outras causas são unilaterais (art. 1785.º, n.ºs 1 e 2)⁵⁹.

Subsecção II. Causas do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

§ 1.º - Divórcio fundado em violação culposa dos deveres conjugais

237. Supressão dos números 237 a 239 da edição anterior

A exposição correspondente aos números 237 a 239 da edição anterior era dedicada à modalidade do divórcio litigioso fundado na *violação culposa dos deveres conjugais* (art. 1779.º, anterior a 2008). Esta modalidade foi eliminada do direito português pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e, portanto, não se justifica ensiná-la. Assim, o texto dos n.ºs referidos é eliminado, com as respetivas notas, mantendo-se o resto da estrutura e da numeração do livro.

⁵⁹ Já assim no direito anterior, onde se notava um lapso resultante do facto de a Lei n.º 47/98 não ter tido o cuidado de alterar a redação do art. 1785.º, n.º 2, em conformidade com o art. 1781.º, no qual introduziu uma nova alínea.

§ 2.º - Divórcio fundado em rutura da vida em comum

240. Separação de facto

A separação de facto por um ano consecutivo é a primeira das causas de divórcio *objetivas* previstas no art. 1781.º CCiv.

A “Lei do Divórcio” de 1910 já admitia como causa do divórcio “a separação de facto livremente consentida por dez anos consecutivos, qualquer que fosse o motivo dessa separação”. Fiel à conceção do divórcio-sanção, o Código de 1966 eliminou do elenco das causas do divórcio litigioso a separação de facto, como todas as demais causas objetivas ou não culposas. Foi o Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio, que voltou a admitir a separação de facto como causa do divórcio, mantendo a exigência de que a separação fosse “livremente consentida” mas reduzindo de dez para cinco anos o prazo de separação requerido. O Decreto-lei n.º 561/76, de 17 de julho, suprimiu o requisito de que a separação fosse “livremente consentida” mas, em contrapartida, elevou o prazo de cinco para seis anos, solução que a Reforma de 1977 manteve. A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, reduziu o prazo de separação exigido de seis para três anos, ou para um ano apenas quando o divórcio seja requerido por um dos cônjuges e não haja oposição do outro. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, dá sempre relevância à separação de facto por um ano.

A separação de facto como causa do divórcio suscitou alguma polémica e a questão da conformidade da solução com a Lei Fundamental já foi posta ao Tribunal Constitucional (ac. n.º 105/90, de 29.3.1990, *BMJ* n.º 395, p. 185); permitindo ao cônjuge culpado requerer o divórcio contra o inocente, o art. 1781.º, als. *a)* e *b)*, da redação anterior a 2008, seria contrário à “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º CRep)⁶⁰(73).

A generalidade das legislações admite a separação dos cônjuges como causa de divórcio, embora varie o prazo de separação exigido, e a solução é amplamente justificada.

Como se escreveu na 1.ª ed. do *Curso* em face da disposição correspondente da “Lei do Divórcio” de 1910, trata-se de providência

⁶⁰ Sobre o tema, cfr. CARDOSO DA COSTA, *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas*, nos “Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho”, São Paulo, Didática, 1999, p. 197.

análoga à conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; assim como a lei permite a qualquer dos cônjuges pedir a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio por julgar preferível o divórcio à separação de pessoas e bens, assim permite a qualquer deles pedir, por assim dizer, a conversão da separação de facto em divórcio por julgar preferível o divórcio à separação de facto. Não há aqui um interesse público de primeiro grau, que prevaleça contra a vontade de ambos os cônjuges. Mas se um dos cônjuges quer divorciar-se (mesmo que seja o que, pelo seu comportamento, deu causa à separação de facto) a lei tutela o seu interesse, pois, decorrido determinado prazo, a esperança de reconciliação torna-se remota e a lei acha socialmente mais vantajosa a situação dos cônjuges divorciados do que a dos cônjuges separados de facto. Não basta a possibilidade de divórcio por mútuo consentimento, que um dos cônjuges pode não aceitar, por muitas razões e até pelo desejo de *prender* o outro. Decerto que entre essas razões está a esperança, que em um dos cônjuges ainda existirá apesar de tudo, de que o outro venha a restabelecer a vida em comum. Mas a verdade é que o casamento não pode subsistir sem uma disposição *comum* dos cônjuges e que aquela esperança não é objetivamente fundada decorrido certo tempo de separação de facto. Esta é a *verdade*, e os cônjuges devem ter a coragem de a aceitar.

Tem-se dito que a solução implica, de alguma maneira, a possibilidade de um dos cônjuges *repudiar* o outro, e na realidade assim é, embora se trate de repúdio a prazo e que, no regime anterior a 2008, podia trazer ao repudiante encargos e responsabilidades. Mas, como dissemos, semelhante “repúdio” é admitido na generalidade das legislações⁶¹. E, se virmos bem, não é o divórcio que vai permitir o repúdio, que o direito não pode impedir: o repúdio já se havia

⁶¹ Cfr. a anotação de F. M. Pereira Coelho ao ac. do S.T.J. de 14.3.1979, na RLJ, ano 112.º, p. 341 s.

verificado, em princípio pelo menos há um ano, na data em que a separação se iniciou. Perante a realidade do repúdio, não deve o direito ignorá-la mas constatará-la, dando proteção adequada aos interesses do cônjuge repudiado e dos filhos.

Como causa do divórcio, a separação exige em primeiro lugar a separação de facto dos cônjuges, integrada por dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O *elemento objetivo* é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Mas o elemento objetivo é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma multiplicidade de situações. Os cônjuges podem ter residências separadas, como o art. 1673.º permite, e todavia manter uma autêntica “comunhão de vida”. Separados por vezes há longos anos, a sua comunhão de sentimentos persiste com forte intensidade. É o que acontece com tantos milhares dos nossos emigrantes, espalhados pelas sete partidas do mundo. Embora sucessivamente adiado, os cônjuges mantêm o propósito de restabelecer a vida em comum quando as circunstâncias o permitirem. Outras vezes, pelo contrário, respeitos humanos ou o interesse dos filhos levam os cônjuges a manter uma aparência de vida em comum que não corresponde à realidade. Ao elemento objetivo, que é a matéria da separação de facto, há de pois acrescer um *elemento subjetivo*, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido. Tal elemento subjetivo consiste numa disposição interior ou, como diz o art. 1782.º, num “propósito”, da parte de ambos os cônjuges ou de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial. Por falta desse elemento subjetivo, não haverá separação de facto se os cônjuges estão separados em consequência, por exemplo, de prisão ou ausência de um deles em cumprimento de deveres militares ou no exercício de outras funções públicas ou de serviço particular por conta de outrem no país ou no estrangeiro. Já na segunda hipótese aludida, embora o elemento objetivo seja frouxo e incharacterístico, cremos que poderá ser pedido o

divórcio com fundamento em separação de facto se resultar da prova produzida que os cônjuges desde há um ano não têm comunhão de leito, não tomam refeições em comum nem dirigem palavra um ao outro, sendo pois inquestionável o elemento subjetivo da separação. Não basta que o propósito de não restabelecer a comunhão de vida exista no momento em que a ação é proposta (nesse momento, e da parte do cônjuge requerente, tal propósito existe sempre, como é óbvio); é necessário que ele exista desde a data em que a separação teve início, e que se mantenha durante um ano consecutivo. Só esse *animus* dá sentido ao *corpus* da separação. Só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela *situação* e este *propósito* se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio com fundamento nas als. *a)* do art. 1781.º CCiv. Só assim, aliás, se respeita a exigência, formulada na 2.ª parte do n.º 1 do art. 1782.º, de que haja da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida. A separação de facto dos cônjuges, *integrada pelos seus dois elementos, o objetivo e o subjetivo*, deve pois ser alegada e provada pelo cônjuge que pede o divórcio com este fundamento, em ação ou reconvenção. Esta interpretação, porém, não é pacífica na jurisprudência.

O ac. do S.T.J. de 5.7.2001 (Col. Jur. — S.T.J. 2001, t. 2, p. 164) decidiu que “o simples facto de o autor intentar ação de divórcio traduz a manifestação inequívoca do propósito de não reatamento da sociedade conjugal”, e a orientação foi seguida no ac. de 11.7.2006 (Col. Jur. — S.T.J. 2006, t. 2, p. 157) e no ac. de 10.24.2006. Refere-se à questão versada nesta nota o ac. do Trib. Const. n.º 196/91, de 8.5.1991, BMJ n.º 407, p. 68.

Em segundo lugar, a separação de facto dos cônjuges, *integrada pelos referidos dois elementos*, deve durar em princípio há *um ano* consecutivo. Por vezes o corte é brusco, e o início

da separação reporta-se inequivocamente a determinada data a partir da qual se conta o prazo. Mas nos casos mais vulgares a separação é um *processo*, tão obscuro e complexo como a própria alma dos homens. Os cônjuges não se separam de uma vez: *vão-se separando*. São os casos mais difíceis. É necessário *datar* a separação para se saber desde quando corre o prazo, e nestes casos não é fácil fixar uma data. Há que apurar quando se verificou o último sinal visível de vida em comum, a última manifestação de comunhão de vida por parte do cônjuge que acabou por romper essa comunhão.

A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, hoje revogada, baixou o prazo de separação de seis para três anos; e esta circunstância levantou as dúvidas sobre a aplicação da lei no tempo, que também podiam ser suscitadas pela Lei n.º 61/2008, que baixou o prazo para um ano. Ao reduzir de três para um ano o tempo de separação de facto exigido, a nova lei dispôs diretamente sobre o conteúdo da relação matrimonial, abstraindo do facto (do casamento) que lhe deu origem (art. 12.º, n.º 2, 2.ª parte, CCiv) e por isso “abrangeu as próprias relações já constituídas; além disto, não se trata de aplicar a nova lei a *factos* ocorridos ou a *condutas* praticadas na vigência da lei anterior, mas a um *estado* permanente de separação de facto dos cônjuges, que se iniciou na vigência da lei antiga mas continuou na vigência da nova; em casos destes, pode dizer-se que, de alguma maneira, a nova lei não se aplica a um *facto passado*, mas a um *facto presente*: o estado de facto que atualmente se verifica⁶².

A Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, hoje revogada, não só baixou o prazo de separação de seis para três anos (art. 1781.º, al. a)), como o baixou para um ano apenas se o divórcio fosse requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro

⁶² BAPTISTA MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, p. 182.

(al. b)). Claro que o divórcio requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro era um divórcio litigioso e não um divórcio por mútuo consentimento, mas na prática era como se o fosse. O art. 1775.º só permitia aos cônjuges divorciarem-se por mútuo consentimento se “deixassem a casa arrumada”, entendendo-se previamente sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles carecesse, o exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores, se os houvesse, e o destino da casa de morada da família. Na realidade, porém, desde que estivessem separados de facto há um ano, os cônjuges podiam divorciar-se mesmo que não tivessem acordado sobre qualquer dessas matérias, intentando um deles ação de divórcio litigioso com fundamento em separação de facto que o outro não contestaria. Não contestaria e à qual não se oporia; na verdade, o cônjuge requerido podia contestar, não só impugnando os factos alegados pelo requerente como causa de pedir, mas também, não impugnando esses factos e ainda que estes se provassem, invocando a exceção de oposição ao divórcio. A oposição podia ser deduzida na contestação ou, mais tarde, na audiência de discussão e julgamento, e não tinha de ser motivada.

Por último, deve ter-se em atenção que o ano deve ser *consecutivo*. Não admite interrupção. Como é evidente, o decurso do prazo não é interrompido porque os cônjuges se encontrem, por exemplo, para acertar contas em aberto ou regular questões respeitantes aos filhos comuns. Já não assim, porém, se decidem fazer nova tentativa de restabelecimento da vida matrimonial. Se a tentativa não resulta e voltam a separar-se, inutiliza-se o tempo decorrido e começa a correr novo prazo.

Como resulta do que dissemos e está expresso no art. 1785.º, n.º 1, a separação de facto dos cônjuges é uma causa *bilateral*, que pode ser invocada por qualquer dos cônjuges, mesmo pelo “culpado” da separação. É esse, até, o *cenário* natural de aplicação do art. 1781.º, al. a), embora não possa excluir-se, claro, que a separação seja invocada pelo cônjuge “inocente” que pretenda divorciar-se e não queira invocar publicamente as “culpas” do outro. A separação não tem de ser *livremente consentida*, como a “Lei do Divórcio” de 1910 e o Decreto-lei n.º 261/75, de 27 de maio, exigiam. Não tem de ser *acordada* entre os cônjuges. Nem a lei exige que o cônjuge requerido a tenha *aceite* ou se

tenha *conformado* com ela, como devia entender-se em face do art. 4.º, n.º 8.º, da “Lei do Divórcio” de 1910, segundo a melhor interpretação do preceito⁶³.

241. Alteração das faculdades mentais

A alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges por determinado período de tempo é outra causa de divórcio que já tinha sido admitida na “Lei do Divórcio” de 1910 (art. 4.º, n.º 7.º). A Reforma de 1977 exigia que a alteração das faculdades mentais durasse há mais de seis anos (art. 1781.º, al. *c*), na antiga redação), mas a Lei n.º 47/98 reduziu os seis anos para três e a Lei n.º 61/2008 reduziu os três anos para um ano. A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano, quando, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum, é pois causa de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Trata-se, como é evidente, de causa autónoma em face da separação de facto: o divórcio pode ser pedido com fundamento em alteração das faculdades mentais mesmo que o doente não tenha sido hospitalizado e não haja, portanto, sequer o *corpus* de uma separação de facto entre os cônjuges.

Também é esta, decerto, uma opção difícil para qualquer legislador do direito da família. Os cônjuges devem-se socorro e auxílio mútuos (art. 1674.º) e unem as suas vidas “para a felicidade e para a provação”. A verdade, porém, é que a alteração das faculdades mentais, quando seja grave, destrói à partida, ao contrário do que acontece quando se trata de outras doenças, a *plena* comunhão de vida que é a essência do casamento (art. 1577.º), uma comunhão de vida, não apenas física, mas também intelectual e afetiva. Claro que um resíduo de vida

⁶³ Cfr. a 1.ª ed. do *Curso...*, p. 498.

em comum é sempre possível mesmo neste caso, mas a continuação de uma vida em comum tão gravemente limitada representaria para o outro cônjuge um sacrifício inexigível. Não parece que o direito deva impor-lhe sacrifício tão pesado; se ele quiser, assumi-lo-á. De resto, a “loucura incurável”, nos termos do n.º 7.º do art. 4.º da “Lei do Divórcio” de 1910, já fora causa do divórcio entre nós e tinham sido em pequeno número as ações propostas com este fundamento durante os cinquenta e seis anos em que a norma esteve em vigor. Terá sido considerando tudo isto que já Reforma de 1977, e recentemente a Lei n.º 61/2008, optaram por manter no nosso direito esta causa do divórcio, que aliás rodeou de garantias particulares; com efeito, a lei obrigou o requerente a reparar os danos não patrimoniais que a dissolução do casamento tenha causado ao outro (art. 1792.º, n.º 2).

O art. 1781.º, al. c), refere o condicionalismo exigido para que o divórcio possa ser pedido por um dos cônjuges com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro. Em primeiro lugar é necessária uma alteração das faculdades mentais, qualquer que seja a causa de que essa alteração proceda. Em segundo lugar tal alteração deve ser grave e durar há mais de um ano, o que naturalmente há de ser provado por peritos. Por último, é preciso que a alteração das faculdades mentais, pela sua gravidade, “comprometa a possibilidade de vida em comum”. Não é muito claro o alcance desta expressão: o comprometimento da possibilidade de vida em comum refere-se ao presente ou ao futuro? Cremos que a lei deve ser entendida num sentido global, que abrange os dois aspetos. A alteração das faculdades mentais não só há de ter determinado a destruição da comunhão de vida entre os cônjuges no momento a que a sentença se reporta, como há de comprometer a possibilidade de restabelecimento dessa comunhão no futuro. Não exige a lei a prova da incurabilidade da doença, prova que aliás dificilmente se poderia fazer; mas é manifesto que a doença que ofereça boas possibilidades de cura não será suficientemente grave para justificar o pedido de divórcio.

242. Ausência sem notícias

Também a ausência sem notícias, que já tinha sido causa do divórcio na “Lei do Divórcio” de 1910, voltou a sê-lo com a Reforma de 1977, que exigia que do ausente não houvesse notícias por tempo não inferior a quatro anos (art. 1781.º, al. *b*), na antiga redação). O tempo foi porém reduzido a dois anos pela Lei n.º 47/98, de 10 de agosto; e foi reduzido a um ano pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

Pode assim o cônjuge do ausente, decorridos um ano sobre a data das últimas notícias, pedir o divórcio com fundamento na própria ausência e passar a segundas núpcias se o desejar. Se esta causa do divórcio não fosse admitida, poderia pedir o divórcio com base em separação de facto, provando a existência do elemento subjetivo correspondente. E se não conseguisse fazer essa prova teria de aguardar dez anos sobre a data das últimas notícias do ausente, ou cinco se entretanto este tivesse completado oitenta anos de idade (art. 114.º, n.º 1), para, declarada a morte presumida, poder contrair segundas núpcias nos termos do art. 116.º.

242-a. Qualquer outro facto que mostre a rutura do casamento

A lei n.º 61/2008 adotou mais claramente a ideia do divórcio-ruptura, ao afirmar o princípio de que a dissolução do casamento pode sempre fundar-se na rutura definitiva do matrimónio, e de que esta rutura pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos (alínea *d*). Dito de outro modo, a rutura do casamento não é relevante apenas quando se provam as “causas determinadas” pela lei (das alíneas *a*), *b*) e *c*)), mas também noutras situações que não são especificadamente previstas.

Pode legitimamente perguntar-se o que deve caber na alínea *d*) do artigo 1781.º. Sem prejuízo da liberdade que os tribunais vão

ter para dar um sentido a esta nova alínea, pensamos que se pode contribuir com os seguintes esclarecimentos.

Os sistemas estrangeiros que consagram amplamente esta via de dissolução do casamento – o *divórcio-rutura* – costumam basear a dissolução na verificação de uma separação de facto mais ou menos prolongada, que mostra a cessação da coabitação conjugal. Além disto, vários sistemas jurídicos admitem outras causas de rutura do casamento, designadamente a alteração das faculdades mentais, a ausência, a doença infecciosa, a violência doméstica física ou verbal, a bigamia, o adultério, o cumprimento de pena de prisão, a tentativa de homicídio de um familiar próximo, o abuso de álcool, a negligência grosseira relativamente ao cônjuge. Estes motivos relevantes não costumam ser explicitados como “causa de divórcio”, mas são usados na jurisprudência para fundamentar o “*irretrievable breakdown*” do casamento (a rutura irremediável do casamento), ou cabem numa norma especial que permite a dissolução mais rápida do que os prazos normais de separação de facto autorizariam, ou sem que seja necessário iniciar uma separação de facto, com fundamento numa “especial onerosidade” (*exceptional hardship*) para o autor⁶⁴.

O conhecimento da experiência dos sistemas estrangeiros que têm praticado esta via de dissolução mais amplamente do que o nosso país sugere que a utilização da alínea *d*) do art. 1781.º não deve permitir a relevância de factos banais e esporádicos. Os factos a que os sistemas jurídicos dão relevo devem ser factos objetivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam, e se romperam definitivamente. A importância dos factos mencionados pela jurisprudência estrangeira pode chegar ao atentado contra direitos fundamentais de um cônjuge, ou atingir um patamar de gravidade ostensiva capaz de revelar claramente

⁶⁴ BOELE-WOELKI et al., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, cit., p. 51-8.

o fim do matrimónio⁶⁵. Se fosse útil apelar para a tradição jurisprudencial portuguesa, no sentido de encontrarem caminhos viáveis para a aplicação da nova alínea *d*), julgo que se poderia recordar o conceito de “gravidade” que se usou no âmbito das violações dos deveres conjugais (art. 1779.º, hoje revogado), e ainda o conceito de “impossibilidade da vida em comum”, que foi tão conhecido e aplicado.

Cremos que também se poderá dar relevo a factos menos graves do que acabámos de sugerir – ou menos aparatosos – sem chegar a banalizar a aplicação da norma. Estamos a pensar em factos que mostrem objetivamente, e repetidamente, o desinteresse total, a falta radical de cooperação e de comprometimento na “vida da família que fundaram” (art. 1674.º), a negligência grosseira a que se vota um cônjuge ou os filhos comuns. Afinal, e voltando a fazer apelo à tradição jurisprudencial portuguesa, estamos a pensar em casos que podem não apresentar a gravidade de outros mas que, pela sua “reiteração”, tornam a vida em comum inexistente ou inexigível.

Nestas condições, seria previsível que um cônjuge pudesse obter imediatamente a dissolução do casamento, sem necessidade de viver em separação de facto, desde que provasse atos de violência doméstica graves, ou tentativas de crimes relativamente a familiares próximos, capazes de convencer um tribunal que não era previsível, nem exigível, o restabelecimento de uma vida em comum própria do casamento. Pode não ser tão fácil imaginar situações em que os atos objetivos não assumem tanta gravidade mas, por força da sua importância e da sua reiteração, são capazes de levar o tribunal à conclusão de que a vida matrimonial se rompeu definitivamente.

Há uma razão importante, de natureza sistemática, que sugere a necessidade de uma aplicação exigente da alínea *d*). Na verdade, a aplicação da nova alínea deve ser feita no seu contexto, isto é,

⁶⁵ Id. p. 53-4.

em harmonia com as alíneas anteriores. A norma mais conhecida e aplicada é a que permite a dissolução baseada na demonstração objetiva da separação de facto entre os cônjuges, durante um ano. Ou seja, a norma paradigmática desta via de divórcio estabelece um padrão de exigência quanto aos índices objetivos de rutura definitiva do casamento: separação de facto durante um ano. Em face desse dado objetivo, a lei obriga o tribunal a decretar o divórcio; nenhum juiz pode duvidar de que aquele facto objetivo, com aquela duração, mostra a rutura do casamento. O mesmo se pode dizer quanto às outras causas determinadas objetivas – a ausência sem notícias e a alteração das faculdades mentais.

No âmbito da alínea *d*), o tribunal ganha uma margem de apreciação que as anteriores alíneas não lhe confere. Assim, o tribunal fica com a liberdade indispensável para reconhecer quando é que certos factos (não previstos na lei), mostram a rutura definitiva do casamento; e o juiz não tem um elenco de factos relevantes, nem um prazo mínimo de duração, que o possa guiar no seu juízo. Sendo assim, certos factos muito graves chegam bem para sustentar a conclusão sobre a rutura, sem que tenham que repetir-se ou prolongar-se no tempo; e sem que seja concebível exigir que um cônjuge se separe e espere um ano, para se divorciar. Outros factos – menos graves mas reiterados – podem fundamentar a mesma conclusão sobre a rutura, desde que forneçam uma prova tão clara como a que resulta da separação de facto por um ano. Mas não terá sentido que o tribunal aplique a nova alínea *d*) de um modo *mais condescendente* do que quando aplica a alínea *a*). Isto é: o caminho previsto na nova alínea não deve autorizar uma dissolução mais “facilitada”, baseada numa prova *menos consistente* da rutura do casamento ou num juízo sobre uma rutura verosímil, em vez de “definitiva”. Uma atitude mais condescendente em relação às exigências de prova que a lei definiu para as três primeiras alíneas poderia dar a sugestão de que a alínea *d*), afinal, poderia servir como um caminho para o divórcio

simplesmente a-pedido de um dos cônjuges, por razões subjetivas, ou, pelo menos, ficar a meio do caminho entre um divórcio-rutura, por causas objetivas, e um divórcio a-pedido⁶⁶. Acresce que a história das iniciativas legislativas em torno do divórcio, nos últimos anos, mostra que o Parlamento não quis acolher um regime de divórcio a-pedido; pretendeu apenas reforçar o sistema do divórcio-rutura, que se baseia em índices objetivos da falência irreversível do matrimónio. Cremos, pois, que uma interpretação leal da nova lei deve respeitar as intenções declaradas da maioria parlamentar e deve manter-se dentro dos limites sistemáticos de todo o artigo 1781°.

Segundo o ac. da Rel. do Porto de 15.09.2014, “Constituem factos que revelam a inexistência da comunhão de vida própria de um casamento, com carácter definitivo, a prática dos seguintes factos pelo outro cônjuge, em relação ao cônjuge-autor: o tratamento injurioso dirigido ao cônjuge na presença do funcionário cuidador, a falta de diligência nos cuidados a prestar ao cônjuge doente e acamado, a apropriação não justificada de dinheiro do casal e, bem assim, a recusa pelo cônjuge-autor de visitas do outro cônjuge no lar onde foi recolhido.” – Col. Jur., tomo IV, 2014, p. 294.

Subsecção III. Causas de exclusão do direito ao divórcio

243. Supressão dos n.ºs 243 a 248 da edição anterior

A exposição correspondente aos números 243 a 248 era dedicada ao art. 1780.º CCiv. Este artigo referia três casos em que o cônjuge ofendido não podia obter o divórcio fundado em violação culposa dos deveres conjugais, nos termos do artigo 1779.º, por terem ocorrido factos que impediam ou extinguíam o direito ao divórcio. Eram os casos em que um dos cônjuges tinha instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido de divórcio,

⁶⁶ A progressiva condescendência dos tribunais espanhóis, em face de uma norma semelhante, chegou ao ponto de dar relevância à alegação da “falta de afeto”. Nestas condições, não foi surpreendente que, ao fim de uns anos, a reforma de 2005 tivesse vindo a consagrar um divórcio unilateral a-pedido (art. 86.º do código civil).

tinha criado intencionalmente condições propícias à verificação desse facto ou tinha revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não ter considerado o ato praticado como impeditivo da vida em comum. O direito ao divórcio também podia extinguir-se por caducidade, se o cônjuge ofendido deixasse correr o prazo fixado no art. 1786.º. E ainda considerava, neste quadro, a questão de saber se o direito ao divórcio se extinguia por “compensação de culpas”.

Estes aspetos do regime estavam intimamente ligados à modalidade do divórcio litigioso fundado na *violação culposa dos deveres conjugais* (art. 1779.º anterior a 2008). Esta modalidade foi eliminada do direito português pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e, portanto, não se justifica ensiná-la. Assim, o texto dos n.ºs referidos é eliminado, com as respetivas notas, mantendo-se o resto da estrutura e da numeração do livro.

Subsecção IV. Processo

249. Desenho geral do processo

O processo especial de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges está regulado nos arts. 931.º e 932.º CProcCiv.

A ação de divórcio deve ser proposta na secção de família e menores (art. 122.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto - Lei de Organização do Sistema Judiciário), onde a haja, ou, não sendo esta secção competente no local do domicílio ou residência do autor, na secção de competência genérica da instância local competente no local do domicílio ou da residência desse mesmo autor (art. 72.º CProcCiv). O mesmo tribunal é competente (art. 91.º, n.º 1) para a providência cautelar, que o art. 409.º, n.º 1, CProcCiv faculta a qualquer dos cônjuges como preliminar ou incidente da ação de divórcio, de arrolamento de bens comuns ou de bens próprios que estejam sob a administração do outro cônjuge, sem que se torne necessária a prova de justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou de documentos (art. 409.º, n.º 3).

Deferido o arrolamento de bens comuns do casal, requerido como preliminar ou incidente da ação de divórcio, o mesmo não caduca com o decretamento deste, devendo manter-se até à efetiva partilha de todos os bens comuns do casal (ac. do STJ, de 13.12.1997, proc. n.º 96B913, in <http://www.dgsi.pt>; ac. do STJ, de 25.11.1998, proc. n.º 98A911, in <http://www.dgsi.pt>; ac. da Rel. de Évora de 12.2.2004 (*Col. Jur.* 2004, t. 1, p. 252); ac. da Rel. do Porto, de 15.3.2001, proc. n.º 0130144, in <http://www.dgsi.pt> (mesmo que o divórcio venha a ser decretado por causa da procedência do pedido reconvenicional do requerido do arrolamento); ac. da Rel. de Lisboa, de 12.12.2006, proc. n.º 9483/2006-7, in <http://www.dgsi.pt>; ac. da Rel. do Porto, de 24.3.2006, proc. n.º 0631466, in <http://www.dgsi.pt>. O acórdão da Rel. do Porto, de 21.9.2010 (proc. n.º 65/08.7TBVD-F.P1, in <http://www.dgsi.pt>) decidiu que o arrolamento requerido pelo autor caduca se o pedido de divórcio por este deduzido for julgado improcedente, mesmo que o divórcio tenha sido decretado em virtude da procedência do pedido reconvenicional deduzido pela requerida desse arrolamento. O que bem se compreende, uma vez que o auto de arrolamento serve de descrição no inventário a que haja de proceder-se (art. 408.º, n.º 2, CProcCiv). Nem o arrolamento caduca se o inventário subsequente não for requerido no prazo previsto no art. 382.º, n.º 1, al. *a*), CProcCiv (ac. da Rel. do Porto de 10.7.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 4, p. 166)). Cfr. ainda o ac. da Rel. do Porto de 15.3.2001 (*Col. Jur.*, 2001, t. 2, p. 173), segundo o qual a improcedência do pedido de divórcio não faz caducar o arrolamento se o divórcio for decretado em via reconvenicional. Sobre o arrolamento de contas bancárias, cfr. os acs. da Rel. de Lisboa de 27.1.2000 (*Col. Jur.* 2000, t. 1, p. 93); da Rel. de Évora de 12.10.2006 (*Col. Jur.* 2006, t. 4, p. 242); da Rel. de Lisboa, de 1.3.2011, proc. n.º 2142/08.5TMLSb-D.L1-7, e da mesma Relação de 9.7.2014, proc. n.º 825/12.4TMLSb-C.L1-7, consultável em <http://www.dgsi.pt>.

Como já se sabe, o tribunal deve informar os cônjuges sobre a existência dos serviços de mediação familiar (art. 1774.º CCiv)⁶⁷.

Apresentada a petição inicial, em que o autor formula o pedido (art. 552.º, n.º 1, al. *e*), CProcCiv) e indica a causa de pedir, ou seja, o facto ou os factos *essenciais* e *concretos* que lhe servem de fundamento (arts. 552.º, n.º 1, al. *d*), CProcCiv)⁶⁸, e se a petição estiver em condições de ser recebida, deve o juiz designar dia para uma tentativa de conciliação, sendo o autor notificado e o réu citado para nela comparecerem (art. 931.º, n.º 1). Estando presentes

⁶⁷ Cfr. *supra* o n.º 228.

⁶⁸ Cfr. *supra*, n.º 235.

ambos os cônjuges, o juiz deve procurar conciliá-los e, não sendo isso possível, obter o seu acordo para o divórcio por mútuo consentimento (art. 931.º, n.º 2).

Se na tentativa de conciliação o juiz não conseguir conciliar os cônjuges mas obtiver o seu acordo para o divórcio por mútuo consentimento, seguem-se no próprio processo os termos dos arts. 994.º e segs., com as necessárias adaptações (art. 931.º, n.º 4). O juiz deve advertir os cônjuges de que, caso mantenham a disposição de se divorciarem, devem apresentar os seus projetos de acordo sobre as matérias a que se refere o art. 1775.º, n.º 2, CCiv. O mesmo regime vale se, depois da tentativa de conciliação dos cônjuges, estes acordarem no divórcio por mútuo consentimento, o que a lei lhes permite em qualquer altura do processo (art. 931.º, n.º 3, CProcCiv). Note-se que a lei prevê o caso de o divórcio por mútuo consentimento, em que se converteu o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, não vir afinal a ser decretado por motivo que não seja a reconciliação dos cônjuges, permitindo a qualquer das partes na primitiva ação pedir a renovação da instância nos trinta dias seguintes à data da conferência em que se tenha verificado aquele motivo, poupando-lhe assim a propositura de nova ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Se na tentativa de conciliação o juiz não conseguir conciliar os cônjuges nem tão-pouco o seu acordo para o divórcio por mútuo consentimento, deve procurar que cheguem a acordo quanto à prestação de alimentos e ao exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores, e ainda quanto à utilização da casa de morada da família na pendência do processo (art. 931.º, n.º 2). Note-se que se não for possível obter o acordo dos cônjuges quanto a estes pontos nem por isso a ação deixa de prosseguir, e em qualquer altura do processo, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, pode o juiz, se o achar conveniente, fixar um regime provisório quanto àquelas três sequelas do divórcio, para o que a lei lhe permite ordenar a prévia realização das diligências

necessárias (art. 931.º, n.º 7) Não diz a lei que critérios devem orientar o juiz na fixação deste regime, mas cremos que, em particular no que toca à atribuição da casa de morada da família, não devem esses critérios ser diferentes dos definidos no art. 1105.º, n.º 2, CCiv (se a casa for arrendada), embora não deva ser desconsiderado o facto de se tratar de decisão *provisória*, que só valerá no período de pendência do processo. No que se refere em particular à fixação de um regime provisório quanto a alimentos, cabe referir que a via aberta pelo art. 931.º não exclui a aplicação do procedimento cautelar especificado de alimentos provisórios previsto nos arts. 384.º-387.º. Por outro lado, deve ter-se presente que no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges pode deduzir-se pedido tendente à fixação do direito a alimentos (art. 555.º, n.º 2).

Prosseguindo o processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges os seus termos, o juiz ordena a notificação do réu para contestar o pedido no prazo de trinta dias (art. 931.º, n.º 5). Se o réu contestar, seguem-se os termos normais do processo comum (art. 932.º), podendo o réu deduzir pedido reconvenicional de divórcio ou separação de pessoas e bens, nos termos gerais (arts. 1795.º, n.º 1, CCiv e 583.º CProcCiv). Se não contestar, não se verificam aqui os efeitos normais da revelia do réu (art. 567.º CProcCiv), por a vontade das partes ser ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter (art. 568.º, al. c), CProcCiv).

É duvidoso se tanto na ação de divórcio por mútuo consentimento quanto no divórcio sem consentimento é admissível a desistência do pedido ou da instância por parte apenas de um dos cônjuges, ainda quando tenha já sido proferida sentença não transitada em julgado a homologar o divórcio e os acordos adrede estabelecidos ou a decretar o divórcio. Pode conceber-se que fica salva ao juiz a possibilidade de homologar essa desistência, já que não está esgotado o seu poder jurisdicional para por termo à instância após verificar a ausência de vícios da formação da vontade do cônjuge peticionante dessa desistência. Sobre isto, cfr. o ac. da Rel. de Lisboa, de 24.5.2012 (em <http://www.dgsi.pt>), que decidiu em sentido afirmativo (embora com um voto de vencido).

Todavia, no divórcio por mútuo consentimento, parece que a desistência do pedido terá que ser feita até à (ou na) conferência ou diligência em que, estando os cônjuges presentes ou representados, o juiz (o ou conservador) os interpela acerca do pedido de divórcio e homologa a desistência ou decreta o divórcio. Além disso, no divórcio por mútuo consentimento requerido por ambos os cônjuges, uma vez iniciada a instância por meio do seu impulso conjunto, não poderá uma das partes dela dispor livremente, após ter sido proferida decisão. Aliás, o art. 996.º, n.º 1, do novo CProcCiv (correspondente ao art. 1421.º do CProcCiv de 1961) contém uma *norma especial* que apenas permite a desistência do pedido até à conferência a que alude o art. 1776.º do CCiv). Já no divórcio sem consentimento, não estando em causa a vontade conjunta dos dois titulares da relação material cuja composição é por eles unitariamente pedida, parece que a desistência do pedido (ou da instância) é possível, segundo as regras gerais, até ao trânsito em julgado.

250. Conteúdo da sentença

A sentença que julga procedente o pedido em ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges não se limita muitas vezes a decretar o divórcio.

No direito anterior a 2008, um aspeto importante era a “declaração do cônjuge culpado” (art. 1787.º revogado) porque vários efeitos do divórcio dependiam da identificação do cônjuge culpado ou do principal culpado. No direito posterior à Lei n.º 61/2008, a culpa não releva, quer para se obter o divórcio quer para condicionar a produção dos seus efeitos.

Como veremos na Secção seguinte quando estudarmos os efeitos do divórcio, a sentença pode ainda decidir sobre o destino da casa de morada da família, própria ou tomada de arrendamento (arts. 1793.º e 1105.º, n.º 2, CCiv), condenar um dos ex-cônjuges a prestar alimentos ao outro (arts. 2016.º CCiv e 470.º, n.º 2, CProcCiv), autorizar o cônjuge que adotou apelidos do outro a conservar esses apelidos (art. 1677.º-B) e fixar a data em que cessou a coabitação dos cônjuges, para os efeitos previstos nos arts. 1789.º, n.º 2, e 1829.º, n.º 2, al. b), se a prova produzida no processo o permitir.

E a sentença que decreta o divórcio ou a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento pode homologar o acordo de partilha do património conjugal (art. 272.º-A, n.º 5, CRegCiv).

Secção IV. Efeitos

251. Princípios gerais

O divórcio dissolve o casamento: extingue a relação matrimonial e faz cessar, para o futuro, os efeitos da relação, mantendo-se, porém, os efeitos já produzidos.

Constitutiva como é, a sentença que decreta o divórcio só opera *ex nunc* e não *ex tunc*. E, assim, o cônjuge que ficou emancipado pelo casamento (arts. 132.º-133.º CCiv) não volta a ser menor; o divórcio não convalida os atos de disposição praticados com ilegitimidade na constância do matrimónio⁶⁹; etc. Mas o casamento deixa de produzir efeitos. Doravante, os ex-cônjuges são em princípio estranhos um ao outro. Extinguem-se os deveres de fidelidade, coabitação e cooperação. Também se extingue o dever de respeito, como dever positivo e, ainda, como dever negativo de não cometer “injúrias indirectas” (como se dizia na vigência da “Lei do Divórcio” de 1910), pois já não há uma honra ou dignidade “do casal” que ambos tenham obrigação de defender. Apenas subsiste, claro está, o dever de respeito enquanto dever *geral* que, apesar do divórcio, continua a vincular os ex-cônjuges: cada um não deve agredir fisicamente o outro, injuriá-lo, etc. Não havendo vida familiar, extingue-se naturalmente a obrigação de contribuir para os respetivos encargos; mas pode manter-se a de prestar alimentos, a outra obrigação compreendida no dever de

⁶⁹ Cfr. *supra*, n.ºs 159-160.

assistência (art. 2016.º). Quanto ao nome, já vimos que o cônjuge que tenha adotado apelidos do outro perde em princípio o direito de os usar, mas pode conservá-los se o ex-cônjuge o consentir ou o conservador do registo civil ou o tribunal o autorizar, tendo em atenção os motivos invocados⁷⁰. Nada dispõe a Lei da nacionalidade sobre os efeitos do divórcio. Mas certamente que, por aplicação dos princípios gerais, o estrangeiro que tenha adquirido pelo casamento a nacionalidade portuguesa e, depois do divórcio, não queira conservá-la pode perdê-la se fizer a declaração prevista no art. 8.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de outubro) e no art. 21.º do respetivo Regulamento (Decreto-lei n.º 322/82, de 12 de agosto).

Uma aplicação do princípio de que o vínculo matrimonial se dissolve é que os divorciados podem casar de novo, uma vez decorrido o prazo internupcial⁷¹, pois cessa com o divórcio o impedimento do art. 1601.º, al. c), sendo esta a diferença prática mais relevante entre o divórcio e a separação de pessoas e bens. Os divorciados podem casar de novo com qualquer pessoa, nos termos gerais, como podem casar de novo um com o outro. Nem estão obrigados, neste caso, a adotar o mesmo regime de bens do seu casamento anterior, pois se trata de outro casamento. É certo que assim se pode iludir o comando do art. 1714.º, n.º 1; mas a lei terá pensado que os cônjuges não irão divorciar-se e voltar a casar só para conseguir modificar o seu regime de bens. Um ponto que parece claro é que ao caso de segundas núpcias entre os mesmos cônjuges não se aplica o disposto no art. 1699.º, n.º 2, pois não vale nesse caso a razão da lei, que é a de proteger os filhos do primeiro casamento do bínubo⁷² em face do segundo cônjuge e dos filhos que nasçam do segundo casamento.

⁷⁰ Cfr. *supra*, n.º 152.

⁷¹ Cfr. *supra*, n.º 114.

⁷² Ou os filhos do nubente nascidos fora do casamento, pois o art. 1699.º, n.º 2, também se aplica à hipótese.

Segundo o princípio geral do art. 1788.º, o divórcio “dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as exceções consagradas na lei”. E são muitas essas exceções, pois o estado de divorciado diverge do estado de viúvo em numerosos aspetos. Assim, enquanto o cônjuge sobrevivente é herdeiro legítimo e legitimário do falecido, ocupando até o primeiro lugar na hierarquia dos sucessíveis (arts. 2133.º, n.º 1, al. *a*), e 2157.º), o divórcio faz perder a qualquer dos ex-cônjuges o direito de suceder por morte do outro, tanto na sucessão legítima e legitimária como na sucessão testamentária⁷³. Por outro lado, a partilha do casal pode fazer-se em termos diferentes dos acordados na convenção antenupcial⁷⁴, e caducam os benefícios que cada cônjuge tenha recebido ou viria a receber do outro cônjuge ou de terceiro em consideração do estado de casado⁷⁵. Quanto ao destino da casa de morada da família, são também distintas as regras que se aplicam à dissolução por divórcio (arts. 1105.º e 1793.º CCiv) e à dissolução por morte (arts. 1106.º e 2103.º-A CCiv)⁷⁶. Do mesmo modo quanto à obrigação de alimentos, em que a dissolução por divórcio (art. 2016.º CCiv) e a dissolução por morte (art. 2018.º) estão sujeitas a regime diverso⁷⁷. E são diferentes ainda os termos em que as leis da segurança social regulam a pensão de sobrevivência e o subsídio por morte dos viúvos e dos divorciados, tanto no regime de proteção social da função pública (arts. 40.º-41.º do Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março, e art. 3.º do Decreto-lei n.º 223/95, de 8 de setembro) como no regime geral da segurança social (arts. 7.º, n.º 1, e 11.º do Decreto-lei n.º 322/90, de 18 de outubro)⁷⁸. Note-se, de resto, que a própria lei per-

⁷³ Cfr. *infra*, n.º 256.

⁷⁴ Cfr. *infra*, n.º 253.

⁷⁵ Cfr. *infra*, n.º 257.

⁷⁶ Cfr. *infra*, n.º 254.

⁷⁷ Cfr. *infra*, n.º 258.

⁷⁸ Sobre a aplicação dos arts. 40.º e 41.º do Decreto-lei n.º 142/73, de 31 de março, à pensão de sobrevivência dos divorciados, cfr. o ac. do S.T.J. de 1.3.2001, *Col.*

mite aos esposados dar efeitos diferentes às duas formas de dissolução do casamento, estipulando na convenção antenupcial, para o caso de dissolução do casamento *por morte de um dos cônjuges* quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime da comunhão geral, seja qual for o regime adotado (art. 1719.º CCiv).

O regime jurídico aplicável ao património comum do casal — no tempo que medeia entre a dissolução do casamento e a partilha — não está definido pela lei portuguesa⁷⁹; e a doutrina também não lhe tem dedicado muita atenção⁸⁰.

Estas omissões talvez se justifiquem pelo facto de a chamada *comunhão pós-conjugual* tender para a extinção, na medida que, mais tarde ou mais cedo, algum interessado vai requerer partilha que desfaz a comunhão. Entretanto, a doutrina oscila entre a ideia de que os problemas dignos de solução jurídica são bem enquadrados pelas regras que valem para o regime geral da propriedade e a ideia de que se devem aplicar as regras da comunhão hereditária. Deve ter-se em conta que o art. 1404.º manda aplicar as regras da propriedade a outras formas de comunhão; e que há semelhanças nítidas entre a comunhão pós-conjugual e a comunhão hereditária, resultantes da circunstância de que, depois da dissolução do casamento, os bens continuam “unidos” a integrar quotas e não pertencem individualizadamente a cada cônjuge, além de que continuam a servir de garantia prioritária para as dívidas que responsabilizaram ambos os cônjuges.

252. Data em que se produzem os efeitos do divórcio

Os efeitos do divórcio produzem-se, em regra, a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 1789.º, n.º 1, 1.ª parte, CCiv), que se forma segundo o princípio geral do art. 628.º CProcCiv.

Jur. — S.T.J. 2001, t. 1, p. 139.

⁷⁹ O mesmo se passa em outros países, como Espanha (CARLOS LASARTE – *Derecho de familia*, 8.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 227 e segs) e França (TERRÉ; SIMLER – *Les régimes matrimoniaux*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2011, p. 477 e segs.).

⁸⁰ Devemos excetuar PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA – *Código civil anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, anot. ao art. 1404.º; ESPERANÇA MEALHA – *Acordos conjugais para partilha dos bens conjugais*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 74-78; CRISTINA DIAS, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges – problemas, críticas e sugestões*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2009, p. 919-942.

O princípio comporta porém as exceções previstas na 2.^a parte do n.º 1 e no n.º 2 do art. 1789.º CCiv, que a Reforma de 1977 introduziu e que a Lei n.º 61/2008 manteve.

Em primeiro lugar, os efeitos do divórcio retrotraem-se à data da propositura da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges. Note-se que a exceção vale apenas no âmbito das *relações patrimoniais*, ficando de fora as relações pessoais. Assim, p. ex., se um dos cônjuges contrai segundo casamento entre a data da propositura da ação e a data em que transitou em julgado a sentença de divórcio, não deixa o casamento de ser anulável por impedimento de vínculo matrimonial anterior não dissolvido (arts. 1601.º, al. c), e 1631.º, al. a)). Mas se, sendo os cônjuges casados no regime da comunhão geral, um deles recebe uma herança na pendência da ação de divórcio, os bens deixados não se comunicam ao outro cônjuge, pois o cônjuge herdeiro, graças ao princípio de retroatividade do art. 1789.º, n.º 1, 2.^a parte, e se o divórcio vier a ser decretado, é havido como divorciado, para este efeito, a partir da data da propositura da ação⁸¹. Fazendo outra aplicação do princípio, o ex-cônjuge que detenha a administração dos bens comuns do casal está obrigado a prestar contas ao outro ex-cônjuge desde a data em que foi instaurada a ação de divórcio⁸². Servirá de exemplo, também, o caso em que um cônjuge aliena um imóvel próprio sem legitimidade (cfr. o art. 1682.º-A). A venda seria inválida, mas a retroatividade vem afastar as regras do matrimónio, sem retirar ao outro cônjuge o direito de arguir a invalidade. Deve ter-se em conta, porém, que a exceção vale apenas no círculo das relações patrimoniais *entre os cônjuges*, pois estando em causa interesses de terceiros os efeitos patrimoniais do divórcio só lhes podem ser opostos a partir da data do registo da sentença (art. 1789.º, n.º 3), por

⁸¹ Cfr. o ac. do S.T.J. de 6.12.2001, *Col. Jur.* — *S.T.J.* 2001, t. 3, p. 140.

⁸² Cfr. o ac. do S.T.J. de 25.3.2004 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2004, t. 1, p. 145)

averbamento aos assentos de nascimento e ao assento de casamento (CRegCiv, arts. 69.º, n.º 1, al. *a*), 70.º, n.º 1, al. *b*), e 78.º).

Em segundo lugar, se a coabitação entre os cônjuges tiver cessado antes da propositura da ação e a falta de coabitação estiver provada no processo, pode qualquer dos cônjuges requerer que a sentença fixe a data em que a coabitação cessou, retrotraindo-se os efeitos patrimoniais do divórcio a essa data⁸³. É o que dispõe o art. 1789.º, n.º 2. A prova de que a coabitação cessou em determinada data faz-se em regra quando o pedido de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (e só ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges respeita naturalmente o art. 1789.º, n.º 2) se funda em separação de facto dos cônjuges (art. 1781.º, als. *a*). Suponhamos que a mulher, casada em comunhão de adquiridos, pede o divórcio contra o marido, em ação ou reconvenção, com fundamento na al. *a*) do art. 1781.º; o tribunal tem de apurar neste caso se a separação de facto já dura há um ano consecutivo, mas a mulher pode provar que já dura há muito mais tempo e pedir ao tribunal que fixe a data em que cessou a coabitação, para que sejam considerados próprios dela e não entrem na partilha os bens que tenha adquirido a título oneroso depois da data do termo da coabitação, por se considerar divorciada, para efeitos patrimoniais, desde essa data.

253. Termo da comunhão. Partilha

Com a dissolução do casamento cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges (art. 1688.º CCiv) e pode proceder-se à partilha do casal.

⁸³ Cremos que, como decidiram o ac. da Rel. de Lisboa de 4.12.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 5, p. 108) e os acs. do S.T.J. de 19.10.2004 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2004, t. 3, p. 65), de 19.12.2006 (*Col. Jur.* — *S.T.J.* 2006, t. 3, p. 176) e de 11.07.2006 (www.dgsi.pt) o pedido de retroação dos efeitos do divórcio à data da cessação da coabitação tem de ser formulado até à data da prolação da sentença; em sentido contrário, cfr. o ac. da Rel. do Porto de 17.1.1989, *Col. Jur.* 1989, t. 1, p. 180.

A partilha faz-se extrajudicialmente, nos termos da Lei n.º 23/2013, de 5 de março, que aprovou o regime jurídico do processo de inventário (art. 79.º).

No caso de divórcio, a partilha pode também fazer-se no próprio processo de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (art. 272.º-A, n.º 1, CRegCiv), desde que, havendo no património bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitos a registo, estejam verificados os pressupostos referidos no n.º 3 do preceito; o acordo sobre a partilha é homologado pela decisão que decreta o divórcio ou a separação (n.º 5).

A partilha faz-se de acordo com o regime de bens estipulado (ou que, na falta de estipulação, ficou a valer como regime supletivo), recebendo cada um dos cônjuges os seus bens próprios e a sua meação no património comum (art. 1689.º). Porém, se o casamento terminar por divórcio, é necessário ter em conta a limitação prevista no art. 1790.º⁸⁴.

Antes da Lei n.º 61/2008, quando a sentença que decretasse o divórcio litigioso declarasse um dos cônjuges único ou principal culpado, este cônjuge não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. Era o que dispunha o art. 1790.º, introduzido pelo Código Civil de 1966, e que vinha na sequência da substituição por este Código do regime da comunhão geral pelo regime da comunhão de adquiridos como regime supletivo. Na opção tomada terá pesado decisivamente, já o dissemos⁸⁵, o facto de o regime da comunhão geral favorecer a celebração de casamentos cujo móbil fosse o interesse económico e conduzir a soluções de flagrante injustiça, mal se entendendo que o casamento, em si mesmo, fosse um meio de adquirir. E particularmente injusto seria que, dissolvendo-se o casamento por divór-

⁸⁴ Para uma apreciação recente do regime e uma análise da sua aplicação no tempo, cfr. RUTE PEDRO, *A partilha do património comum do casal em caso de divórcio. Reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do código civil*, in «Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida», Coimbra, Almedina, 2011, p. 429-474.

⁸⁵ Cfr. *supra*, n.º 187.

cio, o cônjuge declarado único ou principal culpado recebesse na partilha metade dos bens que o outro cônjuge já tinha ao tempo do casamento ou depois lhe adviessem por herança ou doação. O art. 1790.º queria evitar essa injustiça.

Pode haver quem não acompanhe o despojamento patrimonial do casamento e pense que aquela norma do Código Civil – o artigo 1790.º na versão anterior a 2008 – servia de *proteção* para o cônjuge inocente, ou menos culpado, no divórcio. Creio, porém, que esta proteção já era ilusória. Na verdade, não se conhecem elementos para fazer a conta certa de quantos cônjuges poderiam beneficiar dessa *proteção* patrimonial. Mas pode-se enunciar os requisitos cumulativos que teriam de ser reunidos para surgisse algum caso: em primeiro lugar, teria de se verificar um divórcio litigioso (cerca de 6% de todos os divórcios, na época); em que o tribunal tivesse declarado um dos cônjuges inocente ou menos culpado; entre cônjuges que tivessem convencionado uma comunhão geral de bens; sendo o único ou o mais culpado aquele que tivesse trazido mais bens para o casamento, ou tivesse recebido mais bens por sucessão ou doação. Só nestas condições cumulativas é que o cônjuge inocente ou menos culpado poderia beneficiar da uma partilha em comunhão geral.

Por último, cabe referir que o art. 1790.º não implica a *substituição* do regime da comunhão geral pelo da comunhão de adquiridos. Não pode pois cada cônjuge pedir a inscrição a seu favor dos bens que levou para o casamento ou depois lhe advieram por herança ou doação com base com base no regime típico da comunhão de adquiridos. Tendo sido estipulado o regime da comunhão geral, esses bens entraram na comunhão e nela permanecem até à partilha; só depois desta poderá saber-se a quem ficarão a pertencer. A lei não impõe que na partilha cada cônjuge seja encabeçado nos bens que lhe pertenceriam se tivesse vigorado o regime da comunhão de adquiridos; só quer que cada outro cônjuge não receba na partilha *mais* do que receberia se tivesse sido convencionado esse regime. Não lhe importam os bens em espécie, mas só o seu *valor*.

Cfr., neste sentido, o ac. do S.T.J. de 10.29.2002 (www.dgsi.pt).

254. Destino da casa de morada da família

A questão do destino da casa de morada da família depois do divórcio oferece grande interesse prático ⁸⁶.

Relativamente ao divórcio por mútuo consentimento, vimos já que os cônjuges devem acordar sobre o “destino da casa de morada da família” (art. 1775.º, n.º 1, al. *d*), CCiv e art. 272.º, n.º 1, al. *f*), e n.º 2, CRegCiv), assim como sobre a sua utilização na pendência do processo, caso pretendam solução diferente para este período (art. 1775.º, n.º 2, CCiv e art. 272.º, n.º 4, CRegCiv); é este um dos acordos complementares que o conservador do registo civil ou o juiz deverão homologar (arts. 1776.º, 1778.º e 1778.º-A CCiv) ⁸⁷.

Quanto ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, pelo contrário, a lei não exige que o destino da casa de morada da família seja fixado na sentença que decreta o divórcio. Nem marca prazo para o cônjuge interessado na atribuição do direito ao arrendamento da casa de morada da família requerer essa atribuição ⁸⁸. A matéria está regulada nos arts. 1793.º e 1105.º CCiv, conforme se trate, respetivamente, de casa “própria” (não tomada de arrendamento) ou de casa tomada de arrendamento. A primeira disposição fala em “casa de morada da família”, e a segunda, que, no essencial, já vem da Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948, usa igualmente a expressão. As disposições que a precederam (art. 45.º da Lei n.º 2030, art. 1110.º do Código Civil de 1966 e art. 84.º

⁸⁶ Sobre o tema, cfr., sobretudo, SALTER CID, *A protecção...*, *cit.*, p. 289-360.

⁸⁷ Cfr. *supra*, n.º 231.

⁸⁸ No entanto, tratando-se de divórcio (ou de separação de pessoas e bens) sem consentimento de um dos cônjuges, a inércia pode em certos casos acarretar perigos, pois com o trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio (ou a separação) a casa perde o “estatuto” de *casa de morada da família* e a proteção inerente. SALTER CID, *cit.*, p. 317, alerta para o problema e cita jurisprudência sobre o assunto.

RAU) não a usavam, mas era manifesto que só à casa de morada da família, à residência principal dos cônjuges, pretendiam aplicar-se⁸⁹.

A) Quando a casa de morada da família é bem comum do casal, pertence aos dois cônjuges em compropriedade ou pertence exclusivamente a um deles, o art. 1793.º CCiv permite ao tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família⁹⁰, comum ou própria do outro. Permitindo ao tribunal “expropriar” sem indemnização o uso da casa ao cônjuge a quem é imposto o arrendamento, o art. 1793.º⁹¹ poderia julgar-se ferido de inconstitucionalidade; mas a lei terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido (cfr. art. 62.º CRep), ao interesse da família, igualmente objeto de proteção constitucional (art. 67.º)⁹².

Inspirada no direito francês⁹³, a disposição foi introduzida no Código Civil pela Reforma de 1977, inserindo-se na política de *proteção da casa de morada da família* que a Reforma adotou e a Lei n.º 61/2008 manteve, e em que se enquadram, entre outros, os arts. 1682.º-A, n.º 2, 1682.º-B e 2103.º-A CCiv, a que talvez possa acrescentar-se o regime de proteção da habitação do membro sobrevivente da união de facto, previsto nos arts. 4.º e 5.º da Lei n.º 7/2001.

Na decisão sobre a constituição de direito ao arrendamento da casa de morada da família, deve o juiz considerar, “nomeadamente,

⁸⁹ Sobre a origem e evolução do atual art. 1105.º CCiv, cfr. AA.VV. (MENEZES CORDEIRO, António, Coord.), *Leis do arrendamento urbano anotadas*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 337-343.

⁹⁰ Dar de arrendamento a casa mas não alugar o recheio, mesmo só os móveis e utensílios indispensáveis à vida do lar: cfr. SALTER Cid, *cit.*, p. 63-4, que põe reservas à solução *de lege ferenda*.

⁹¹ E, mais ainda, o art. 1105.º CCiv, em que essa “expropriação” não tem qualquer contrapartida.

⁹² Cfr. *supra*, n.º 51. Sobre a questão, no sentido do texto, cfr. SALTER Cid, *ob. cit.*, p. 340-342, ac. da Rel. do Porto de 26.2.1998, *Col. Jur.* 1998, t. 1, p. 222, ac. da Rel. de Guimarães de 13.10.2009, *Col. Jur.* 2009, t. 4, p. 281, e ac. do TC n.º 127/13, disponível em www.dgsi.pt.

⁹³ Cfr. art. 285.º-1 do *Code Civil*.

as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal”, nos termos do art. 1793.º, n.º 1, CCiv⁹⁴. A formulação é quase idêntica à do art. 1105.º, n.º 2, CCiv, relativo ao destino da casa de morada da família na hipótese de, tratando-se de casa tomada de arrendamento, ser decretado o divórcio ou a separação de pessoas e bens. É a hipótese que consideraremos a seguir (*infra*, B), e as observações que faremos sobre o peso relativo dos vários coeficientes ou fatores a ter em conta pelo tribunal na decisão a proferir valem aqui *mutatis mutandis*.

A aplicação do art. 1101.º, al. a), CCiv, pode oferecer dúvidas, pois o tribunal, ao constituir a relação de arrendamento, avaliou “as necessidades de cada um dos cônjuges”, nos termos do art. 1793.º, n.º 1, e considerou mais prementes as do cônjuge a quem deu de arrendamento a casa; decerto que a situação pode alterar-se, mas a circunstância apenas justificará que o senhorio requeira ao tribunal que faça “caducar” o arrendamento, conforme o disposto na parte final do n.º 2 do preceito.

Ao tribunal cabe definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, como diz o art. 1793.º, n.º 1; onde o contrato for omissivo, valem as regras gerais do arrendamento para habitação. Condições que o tribunal deverá definir são sobretudo as relativas à duração do contrato e ao montante da renda. A lei não limita a liberdade de decisão do tribunal, que poderá, p. ex., determinar que o contrato durará até que o mais novo dos filhos do casal atinja a maioridade. Quanto à renda, a jurisprudência tem-se dividido. Não cremos que o tribunal deva fixar a renda, sempre, de acordo com os valores do mercado, desconsiderando a situação patrimonial dos cônjuges, o que

⁹⁴ Sobre a aplicação do art. 1793.º, cfr. o ac. do STJ de 15.12.1998 (*Col. Jur.* — *STJ* 1998, t. 3, p. 164), segundo o qual a casa própria de um dos ex-cônjuges “só pode ser atribuída em arrendamento ao outro, a seu pedido, caso o dono da mesma não fique em situação económica de não lhe permitir encontrar habitação”. No mesmo sentido, cfr. o ac. da Rel. do Porto de 07.12.2011, disponível em www.dgsi.pt.

poderia inviabilizar na prática os objetivos da lei⁹⁵; uma renda que tomando em consideração as circunstâncias do caso e, em particular, a situação do cônjuge arrendatário não ande muito por longe do valor da renda do mercado corresponderá em geral a esses objetivos. De todo o modo, o facto de o tribunal ter dado de arrendamento a um dos cônjuges a casa de morada da família e o montante da renda devem ser tomados em conta na fixação da prestação de alimentos que eventualmente seja pedida⁹⁶. Fixado o valor da renda, o cônjuge ou ex-cônjuge a favor do qual foi constituído o direito ao arrendamento pagará esse valor ao outro se a casa pertencia exclusivamente a este; se a casa era bem comum do casal ou pertencia em compropriedade a ambos, pagará ao outro cônjuge ou ex-cônjuge metade dessa importância. Neste caso, se em futura partilha ou divisão de coisa comum a casa for adjudicada ao arrendatário extingue-se naturalmente o arrendamento; se for adjudicada ao cônjuge ou ex-cônjuge senhorio, este passará a receber a importância total da renda.

O arrendamento da casa de morada da família, constituído nos termos do art. 1793.º, n.º 1, pode todavia ser *resolvido* pelo tribunal, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (art. 1793.º, n.º 2, 2.ª parte). O senhorio deve alegar e provar circunstâncias que justifiquem a cessação do arrendamento (a situação económica da mulher, em favor da qual o arrendamento fora constituído, melhorou consideravelmente; os filhos do casal atingiram a maioridade e já não vivem com ela; etc.); ouvidos os cônjuges, o tribunal decidirá.

Podem ver-se referências a outras circunstâncias em P. LIMA e A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, 2.ª ed. (1992), p. 571, e no ac. da Rel. de Lisboa

⁹⁵ Cfr. SALTER CID, *cit.*, p. 345 e notas (111) e (112) do cap. VI, que cita vária jurisprudência sobre a questão. Posteriormente, cfr. p. ex. o ac. da Rel. de Lisboa de 16.07.2009, em www.dgsi.pt, e o ac. da Rel. de Guimarães de 17.05.2011, *Col. Jur.* 2011, t. 3, p. 282.

⁹⁶ Cfr. o ac. do STJ de 22.03.1995, *BMJ* n.º 445, p. 544.

de 13.2.2003 (*Col. Jur.* 2003, t. 1, p. 101), segundo o qual, uma vez atribuída a casa de morada da família a um dos cônjuges e definidas as condições do contrato de arrendamento, no âmbito do respetivo processo apenas é permitido ao senhorio fazer “caducar” o contrato se circunstâncias supervenientes o justificarem; no demais, o contrato fica sujeito às regras gerais dos arrendamentos para habitação, e quaisquer outras vicissitudes do contrato ou quaisquer litígios que venham a verificar-se devem ser resolvidos através dos meios comuns.

A lei diz que o tribunal, a requerimento do senhorio, fará *caducar* o arrendamento, mas o termo não é usado com propriedade. Diz-se que um contrato *caduca* quando se extingue *ope legis*, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade tendente a esse resultado, em consequência de certo evento a que a lei atribui o efeito extintivo (cfr., p. ex., os arts. 1051.º e 2317.º).

Às hipóteses consideradas — a casa de morada da família é bem comum do casal, pertence aos dois cônjuges em compropriedade ou pertence exclusivamente a um deles — que serão as mais vulgares, devem equiparar-se, como escreve SALTER CID, *cit.*, p. 322, as de um dos cônjuges, ou ambos, serem titulares de um direito no exercício do qual a casa era utilizada para morada da família e cujo regime permita a constituição de um arrendamento. É o caso, designadamente, do direito de usufruto. Quanto ao comodato, admite SALTER CID que, tendo a casa sido emprestada aos dois cônjuges ou ex-cônjuges, possa um deles requerer lhe seja atribuído o direito que era de ambos, desde que o contrato a tal se não oponha. Mas a solução oferece alguma dúvida, pois o empréstimo da casa, embora feito aos dois, pode tê-lo sido, ainda que o contrato não seja explícito a este respeito, em atenção à pessoa do cônjuge ou ex-cônjuge não requerente.

B) A hipótese de os cônjuges viverem em casa tomada de arrendamento está prevista no art. 1105.º CCiv, segundo o qual, “incidindo o arrendamento sobre casa de morada da família, o seu destino é, em caso de divórcio ou separação judicial⁹⁷ de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles” (n.º 1); se o arrendamento tiver sido feito pelos dois cônjuges (ou se tiver sido feito por um e se tiver comunicado ao outro por força do regime de bens do casamento – art. 1068.º, CCiv), estes podem acordar em

⁹⁷ A lei diz “separação judicial”, mas por lapso, pois a solução é a mesma, obviamente, no caso de separação “administrativa”.

que o arrendamento se *concentre* em um deles, só esse ficando a ser arrendatário, e se tiver sido feito só por um dos cônjuges (e não se tiver comunicado ao outro), podem acordar em que o arrendamento se *transmita* ao cônjuge não arrendatário. “Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta as necessidades de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes” (n.º 2).

A lei, no caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, *sacrificou deliberadamente o interesse do senhorio ao interesse da proteção da casa de morada da família*, permitindo ao tribunal, em qualquer caso, manter o direito ao arrendamento na titularidade do cônjuge ou ex-cônjuge arrendatário, ou transferi-lo para o não arrendatário, ou “concentrá-lo” no coarrendatário, conforme seja mais adequado à satisfação deste interesse.

Como já dizíamos na vigência da legislação anterior, o direito ao arrendamento da casa de morada da família, em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, deve ser atribuído ao cônjuge ou ex-cônjuge *que mais precise dela*. Na verdade, o objetivo da lei, ao permitir ao juiz manter o arrendamento na titularidade do cônjuge arrendatário ou transferi-lo para o outro cônjuge, não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada da família, em qualquer caso, o cônjuge ou ex-cônjuge que aí tenha permanecido após a separação de facto, mas o de *proteger o cônjuge ou ex-cônjuge que mais seria atingido pelo divórcio ou pela separação quanto à estabilidade da habitação familiar*, cônjuge ou ex-cônjuge ao qual, porventura, os filhos tivessem ficado confiados. A *necessidade* da casa, a “premência”, como às vezes dizia a jurisprudência ou, como melhor se diria, a premência da necessidade já era na legislação anterior e continua a ser na nova legislação o fator *principal* a atender.

Na avaliação da necessidade da casa, deve o tribunal ter em conta, em particular, a situação patrimonial dos cônjuges ou ex-cônjuges e o interesse dos filhos. Trata-se, quanto à situação patrimonial dos

cônjuges ou ex-cônjuges, de saber quais são os rendimentos e proventos de um e outro, uma vez decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, assim como os respectivos encargos; no que se refere ao interesse dos filhos, há que saber com qual dos cônjuges ou ex-cônjuges ficou a residir o filho menor no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, e se é do interesse do filho viver na casa que foi do casal com o progenitor com quem ficou a residir.

Devem ter-se em conta, naturalmente, os alimentos que um dos cônjuges ou ex-cônjuges esteja obrigado a prestar ao outro; mas, tratando-se de alimentos devidos a menores que vão residir com o outro cônjuge, deve considerar-se igualmente o que este tenha necessidade de despende.

Mas o juízo sobre a necessidade da casa não depende apenas destes dois elementos. Haverá que considerar ainda outros fatores relevantes, como a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer a sua residência, etc.

De escasso interesse, porém, será a circunstância de um dos cônjuges ou ex-cônjuges poder ser ou ter sido acolhido por familiares que não sejam obrigados a recebê-lo, só o fazendo por mera tolerância.

Quando possa concluir-se, em face destes elementos, que a necessidade de um dos cônjuges é consideravelmente superior à do outro, deve o tribunal atribuir o direito ao arrendamento da casa de morada da família àquele *que mais precisar dela*; só quando as necessidades de ambos os cônjuges ou ex-cônjuges forem iguais ou sensivelmente iguais haverá lugar para considerar outros fatores, como o facto de, tratando-se de arrendamento *anterior* ao casamento, o cônjuge arrendatário ser um ou outro, ou as circunstâncias em que, após a separação de facto, a casa de morada da família tenha

sido ocupada por um ou por outro dos cônjuges, elementos ou fatores que, neste sentido, tenderíamos a considerar *secundários*.

Acrescentaremos apenas que, tratando-se de divórcio (ou de separação de pessoas e bens) por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges, a transferência ou a concentração acordada e homologada pelo conservador do registo civil ou pelo juiz, ou a decisão judicial de “atribuição”, “são notificadas oficiosamente ao senhorio” (art. 1105.º n.º 3). Não exige pois a lei o *consentimento* do senhorio para “a transferência” do direito ao arrendamento, como resultaria do princípio geral do art. 424.º, n.º 1, CCiv. Basta que a transferência ou a concentração lhe seja notificada; e deve sê-lo oficiosamente pelo juiz ou pelo conservador do registo civil, conforme os casos. No caso de divórcio por mútuo consentimento “judicial”, o acordo previsto no art. 1775.º, n.º 1, CCiv, e homologado nos termos do art. 1778.º-A deve ser notificado oficiosamente pelo juiz ao senhorio; sendo o divórcio por mútuo consentimento “administrativo”, o mesmo acordo, uma vez homologado pelo conservador do registo civil (art. 1776.º), deve ser notificado ao senhorio pelo conservador. No caso de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, a transferência ou a concentração do direito ao arrendamento acordada entre os cônjuges (art. 1105.º, n.º 1, CCiv) ou decidida pelo juiz nos termos do art. 1105.º, n.º 2, CCiv, deve igualmente ser notificada pelo juiz ao senhorio. A partir da data da notificação, deve o senhorio reconhecer o cônjuge do arrendatário como seu arrendatário (exclusivo) e passar em nome dele os recibos da renda. Note-se que a lei não marca prazo para a notificação do senhorio.

C) Cabe estudar agora estudar agora o processo aplicável ao pedido de “atribuição” da casa de morada da família, quer se trate de pedido de constituição de um direito ao arrendamento, nos termos do art. 1793.º, n.os 1 e 2, do CCiv, quer se trate de pedido de trans-

missão do direito ao arrendamento para o cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário ou de “concentração” do direito ao arrendamento a favor do cônjuge ou ex-cônjuge coarrendatário, nos termos do art. 1105.º, n.º 2, do CCiv. A matéria é objeto de procedimento perante o conservador do registo civil e/ou de processo judicial.

O procedimento perante o conservador está previsto e regulado nos arts. 5.º, n.os 1, al. *b*), e 2, 6.º, n.º 1, e 7.º a 10.º do DL n.º 272/2001, de 13.10, em face dos quais há uma distinção a fazer.

Se o pedido de atribuição da casa de morada da família *não se cumular com outro no âmbito da mesma ação judicial nem constituir incidente ou dependência de ação pendente*, vale o “procedimento tendente à formação de acordo das partes” previsto nos arts. 7.º a 10.º do DL n.º 272/2001 (art. 5.º, n.º 2), que já tivemos oportunidade de referir⁹⁸. O procedimento pode ser instaurado em qualquer conservatória do registo civil (art. 6.º), devendo o requerente fundamentar o pedido, de facto e de direito, indicar provas a produzir e juntar a prova documental pertinente (art. 7.º, n.º 1); recebido o requerimento, o conservador cita o requerido para, no prazo de 15 dias, apresentar oposição, indicar provas a produzir e juntar prova documental (art. 7.º, n.º 2)⁹⁹. Não havendo oposição e devendo considerar-se confessados os factos indicados pelo requerente, se o conservador entender que os respetivos pressupostos legais estão preenchidos, para o que pode determinar a prática de atos e a produção da prova necessárias, declara a procedência do pedido

⁹⁸ Cfr. *supra*, n.º 152.

⁹⁹ Tem sido entendido que o prazo de 15 dias previsto no citado art. 7.º, n.º 2, é contínuo e corre durante as férias judiciais, sábados domingos e dias de feriado, por aplicação do disposto no art. 228.º do CRegCiv relativamente aos processos previstos neste Código e não aplicação, portanto, da suspensão prevista no CProcCiv (art. 144.º, n.º 1, do anterior; art. 138.º, n.º 1, do atual). Neste sentido, cfr. ac. da Rel. do Porto de 07.06.2004 e ac. do STJ de 31.05.2011 (confirmando decisões da 1.ª e 2.ª instâncias), ambos disponíveis em www.dgsi.pt, e REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas...*, 2.ª ed., Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2007, p. 414 s.

(art. 7.º, n.ºs 3 e 5), constituindo o direito de arrendamento em determinadas condições ou transferindo o direito ao arrendamento para o cônjuge ou ex-cônjuge do arrendatário ou concentrando o direito ao arrendamento no cônjuge ou ex-cônjuge coarrendatário. Caso haja oposição do requerido, o conservador marca tentativa de conciliação a realizar no prazo de 15 dias, podendo também neste caso determinar a prática de atos e a produção da prova necessárias à verificação dos pressupostos legais (art. 7.º, n.ºs 4 e 5). Se a tentativa de conciliação não resultar, notifica as partes para alegarem e requererem a produção de novos meios de prova, nos 8 dias seguintes, e o processo, devidamente instruído, é enviado ao tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertence a conservatória (art. 8.º)¹⁰⁰, devendo o juiz proceder em conformidade com o disposto nos arts. 590.º e segs. do CProcCiv e sendo aplicáveis, com as necessárias adaptações, os arts. 986.º a 988.º do mesmo Código, isto é, as disposições gerais dos processos de jurisdição voluntária (art. 9.º). Em todo o caso, das decisões proferidas pelo conservador cabe recurso para o tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertence a conservatória, sendo o prazo para a interposição o que resultar da aplicação do art. 638.º do CProcCiv (art. 10.º).

Se, pelo contrário, o pedido de atribuição da casa de morada da família *se cumular com outro no âmbito da mesma ação judicial ou constituir incidente ou dependência de ação pendente*¹⁰¹ o processo

¹⁰⁰ A matéria será hoje da competência da secção de família e menores do tribunal judicial da comarca da circunscrição em causa, como resulta dos arts. 40.º, 43.º e 122.º, n.º 1, al. a), da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26.08). A citada alínea a) alude aos “processos de jurisdição voluntária relativos a cônjuges”, mas aplicar-se-á a processos idênticos relativos a ex-cônjuges.

¹⁰¹ O pedido de atribuição da casa de morada pode *cumular-se* com o de declaração de dissolução da união de facto, a requerimento de um dos sujeitos da relação, nos termos dos arts. 4.º, n.º 4, e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001. O pedido de

é desde o início tramitado, como dispõe o art. 5.º, n.º 2, do DL n.º 272/2001, “nos termos previstos no Código de Processo Civil”, ou seja, nos termos previstos no art. 990.º (e 986.º-988.º) do CProcCiv. Trata-se de um processo de jurisdição voluntária, do que resulta, nomeadamente, isto: o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, sendo apenas admitidas as provas que o juiz considere necessárias (art. 986.º, n.º 2); o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita (art. 987.º); as resoluções podem ser alteradas com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração (art. 988.º, n.º 1); e não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade (art. 988.º, n.º 2).

Quem pretenda a atribuição da casa de morada da família, nos termos dos arts. 1793.º ou 1105.º, n.º 2, do CCiv, deve deduzir o pedido indicando os factos com base nos quais entende que lhe assiste esse direito (art. 990.º, n.º 1, CProcCiv). Em face do requerimento, o juiz convoca os “interessados ou ex-cônjuges” para uma conferência, a que se aplicam, com as necessárias adaptações, os n.ºs 1, 5 e 6 do art. 931.º do CProcCiv, a que nos referimos quando falámos do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges; o prazo de oposição do requerido é porém apenas o previsto no art. 293.º (10 dias) (art. 990.º, n.º 2). Haja ou não contestação, o

fixação de um regime *provisório* quanto à utilização da casa na pendência do processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge, nos termos do art. 931.º, n.º 7, CProcCiv, é processado como *incidente* na própria ação de divórcio ou de separação. E o pedido de atribuição da casa pode ser deduzido na pendência da ação de divórcio ou de separação, por apenso a esta ação (art. 990.º, n.º 4, CProcCiv), constituindo *dependência* dela e por isso devendo sobrestar-se na respetiva decisão até ser proferida sentença de divórcio ou de separação (cfr. p. ex. os acs. da Rel. do Porto de 26.02.1998, *Col. Jur.* 1998, t. 1, p. 222, de 24.02.2005, *Col. Jur.* 2005, t. 1, p. 197, os acs. do STJ de 16.12.1999, *BMJ* n.º 412, p. 410, e de 10-10-2005, em www.dgsi.pt, e o ac. da Rel. de Lisboa de 11.02.2010, *Col. Jur.* 2010, t. 1, p. 114).

juiz procede às diligências necessárias e por fim decide; da decisão cabe recurso de apelação, com efeito suspensivo (art. 990.º, n.º 3).

A formulação do art. 990.º, n.º 2, do CProcCiv (“interessados ou ex-cônjuges”) explicar-se-á por os interessados não serem ex-cônjuges em algumas hipóteses a que o art. 990.º pretende ter aplicação. O pedido de constituição de arrendamento, ou de transmissão do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, ou de “concentração” do direito ao arrendamento no cônjuge coarrendatário, pode ser deduzido na pendência da ação de divórcio, quando os interessados ainda são cônjuges, embora não possa ser decidido na pendência da ação, ao contrário do que acontece com o pedido de atribuição *provisória* da casa de morada da família, nos termos do art. 931.º, n.º 7, do CProcCiv. Além disso, o requerente e o requerido podem ter vivido em união de facto (art. 4.º da Lei n.º 7/2001), ou até podem ser casados e estar separados de facto, um caso em que a lei é omissa e que oferece dúvidas, mas em que parece razoável que os arts. 1793.º e 1105.º CCiv tenham igualmente aplicação. Pronunciaram-se contra esta hipótese o ac. da Rel. de Coimbra de 26.02.1991, *Col. Jur.* 1991, t. 1, p. 85, confirmado pelo ac. do STJ de 05.12.1991, *BMJ* n.º 412, p. 474, e o ac. da Rel. de Lisboa de 06.02.2007, disponível em www.dgsi.pt. Todavia, vê-se mal que as disposições em causa se apliquem ao caso de rutura da união de facto e não se apliquem ao de separação de facto dos cônjuges; o argumento de que neste caso, mas não naquele, os cônjuges podem pedir o divórcio não parece decisivo, pois a lei não deve forçá-los a divorciarem-se.

À semelhança do previsto no n.º 4 do art. 1413.º do CProcCiv anterior (revisão de 1995/1996), o n.º 4 do art. 990.º do CProcCiv atual estabelece: “se estiver pendente ou tiver corrido ação de divórcio ou [de] separação [de pessoas e bens], o pedido [de atribuição da casa de morada da família] é deduzido por apenso”. Na sequência da publicação do DL n.º 272/2001, parecia correto entender que o aludido n.º 4 do art. 1413.º, na parte em que determinava que o pedido de atribuição da casa devia ser deduzido por apenso se *tiver corrido* ação de divórcio ou de separação litigiosos, fora tacitamente derogado pelo diploma de 2001¹⁰². Como a solução foi mantida no novo CProcCiv (de 26.06.2013) e como no DL n.º 272/2001, alterado dois meses depois, os arts. 5.º, 6.º (redação dada pelo DL

¹⁰² Neste sentido, cfr. TOMÉ RAMIÃO, *Divórcio por mútuo acordo*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2002, p. 39 s., SALTER CID, *A alteração do acordo sobre o destino da casa...*, p. 282, e 3.ª e 4.ª edições deste *Curso*. Cfr. também, p. ex., os acs. da Rel. de Lisboa, de 27.06.2006, em www.dgsi.pt., e de 15.03.2007, *Col. Jur.* 2007, t. 1, p. 85. (neste caso tratava-se de pedido de alteração de acordo homologado; o caso foi depois submetido ao STJ como “conflito de jurisdição”, tendo o Supremo julgado competente a conservatória – ac. STJ de 18.12.2007, em www.dgsi.pt.). Cfr., porém, o caso objeto do ac. da Rel. de Lisboa de 08.06.2008, *Col. Jur.* 2008, t. 3, p. 98.

n.º 324/2007, de 28.09), 7.º e 8.º permaneceram incólumes, afigura-se pertinente analisar de novo a questão, ainda que resumidamente, aproveitando o ensejo para salientar outros problemas de eventual ou efetiva incompatibilidade resultantes de estatuições dos dois diplomas. Além do mais, cumpre ter presente o disposto no art. 9.º, n.º 1, do CCiv e o facto de o DL n.º 122/2013, de 26.08, ter visado adaptar o DL n.º 272/2001 às soluções previstas no novo CProcCiv, “instrumento fundamental do direito processual português”, não apenas a fim de atualizar remissões para este Código, mas também para adequar o art. 9.º (de 2001) “à nova lógica do processo civil português”, sem contudo proceder “a qualquer modificação das competências (...) das Conservatórias do Registo Civil neste âmbito” (cfr. Preâmbulo do DL n.º 122/2013). Em face disto, pensemos p. ex. nesta hipótese: a ação de divórcio, instaurada com fundamento na separação de facto por 1 ano consecutivo, correu termos na secção de família e menores da instância central do tribunal judicial da comarca de Coimbra; no âmbito deste processo, a utilização da casa de morada da família, bem próprio do cônjuge autor, foi provisoriamente atribuída a este (incidente), mas não foi pedida (por apenso) a atribuição “definitiva” da casa; o outro cônjuge, agora ex-cônjuge, que desde o início da pretérita separação de facto passou a residir no Porto, pretende agora pedir que a casa lhe seja dada de arrendamento, atendendo a necessidades e interesses relevantes¹⁰³. Apesar do disposto no n.º 4 do art. 990.º do CProcCiv, que decerto tem subjacente a ideia razoável de que o “destino da casa” deve ser apreciado e decidido sem alheamento de outras questões importantes eventualmente apreciadas e decididas no âmbito da ação de divórcio ou por apenso a esta¹⁰⁴, o legislador, pelos motivos que justificaram a criação e a manutenção do procedimento previsto nos arts. 5.º a 10.º do DL n.º 272/2001, quererá ainda que o ex-cônjuge apresente o seu pedido perante o conservador do registo civil (art. 5.º, n.º 1, al. b)), caso não pretenda cumular à pretensão outro pedido (art. 5.º, n.º 2)¹⁰⁵, e permite-lhe que o faça mediante requerimento apresentado em qualquer conservatória (arts. 6.º e 7.º, n.º 1), designadamente no Porto. Todavia, se houver oposição do ex-cônjuge requerido e não for possível acordo, as partes são notificadas para em 8 dias alegarem e

¹⁰³ Cfr. arts. 1775.º, n.º 3, 1781.º, al. a), 1782.º, 1785.º, n.º 1, todos CCiv, arts. 72.º, 931.º, n.º 7, e 990.º do CProcCiv e arts. 79.º, 80.º, 81.º, n.º 2, al. d), 122.º, n.º 1, al. c), todos da Lei n.º 62/2013. Na hipótese em apreço poderia, também p. ex., estar em causa pedido de alteração do “destino da casa” fixado em processo apenso ao da ação de divórcio (art. 1793.º, n.º 3, CCiv, art. 990.º, n.º 4, CProcCiv, e art. 122.º, n.º 1, al. a), Lei n.º 62/2013).

¹⁰⁴ Pensamos naturalmente na questão dos alimentos (arts. 2009.º, n.º 1, al. a), e 2016.º, ambos CCiv, e art. 555.º, n.º 2, CProcCiv) e na questão da regulação das responsabilidades parentais (art. 1906.º CCiv e arts. 34.º e segs. do RGPTC).

¹⁰⁵ Para um caso *sui generis*, em que a ex-cônjuge pretendia fosse alterado o acordo sobre o destino da casa, homologado por conservadora do registo civil no âmbito de divórcio por mútuo consentimento, ou, caso assim se não entendesse, fosse anulado tal acordo, cfr. o ac. do STJ de 07.06.2011, disponível em www.dgsi.pt.

requerem a produção de provas e, de seguida, o processo, “devidamente instruído”, deve ser “remetido ao tribunal judicial de 1.^a instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertence a conservatória” (art. 8.^o), no caso, à secção de família e menores da instância central do tribunal judicial da comarca do Porto, a despeito do estabelecido no art. 990.^o, n.^o 4, do CProcCiv. Ou não deve ser assim, atendendo à ideia razoável acima referida? Com a expressão “devidamente instruído” o legislador não terá querido dizer: instruído com certidão integral do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges e dos eventuais processos apensos, quando o pedido tenha sido apresentado por ex-cônjuge e aquele processo tenha corrido termos em tribunal judicial de circunscrição diferente daquela a que pertence a conservatória. Assim, ou considera-se que o juiz da circunscrição da conservatória deve promover a remessa do processo de divórcio (e dos eventuais apensos) tramitado noutra tribunal e a apensação deste processo ao de “atribuição” da casa, o que a lei não prevê e parece não corresponder à regra em matéria de apensações, mas seria possível (até por o processo de “atribuição” ser de “jurisdição voluntária”), ou entende-se que no caso em apreço (mero exemplo) é devida a interpretação restritiva daquele art. 8.^o do DL n.^o 272/2001 e a remessa do processo de “atribuição” ao tribunal judicial onde correu termos o processo de divórcio (e eventuais apensos), de modo a que aquele corra por apenso a este. Em todo o caso, entende-se mal que para o processo judicial de “atribuição” da casa de morada estejam previstas tramitações diferentes (cfr. art. 9.^o, n.^o 1, DL n.^o 272/2001, que remete para os arts. 590.^o e segs. CProcCiv, e art. 990.^o, n.os 2 e 3, CProcCiv).

A questão de saber se a atribuição da casa de morada da família pode ser decidida em ação de regulação (ou de nova regulação) do exercício das responsabilidades parentais que corra depois do divórcio não é clara na lei (sobre o tema, pode ver-se a exposição minuciosa de *SALTER CID, cit.*, p. 350 s.). A ideia de que, estando a correr termos processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais subsequente ao divórcio, o incidente de atribuição da casa de morada da família deve ser decidido pelo tribunal onde corre aquele processo, dada a manifesta correlação entre a decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais e a de transmissão ou não do direito de arrendamento da casa de morada da família ao cônjuge do arrendatário, corresponde à solução tradicional do nosso direito. Era já a do art. 45.^o, n.^o 2, da Lei n.^o 2030, segundo o qual, se houvesse filhos e o processo de divórcio tivesse de ser remetido ao tribunal de menores, a este competiria decidir sobre a transmissão da posição de arrendatário. Do mesmo modo, o Código Civil de 1966 dispunha que “estando o processo pendente no tribunal de menores” a este caberia decidir (art. 1110.^o, n.^o 3). O processo a que a lei se referia só podia ser o da regulação do exercício das responsabilidades parentais subsequente ao divórcio, pois só esse podia estar pendente no tribunal de menores, e não o próprio processo de divórcio. A Reforma de 1977 nada alterou, quando permitiu que o tribunal desse de

arrendamento a um dos cônjuges a casa de morada da família na sequência do divórcio (art. 1793.º CCiv). Com a criação dos “tribunais de família” e a subtração aos “tribunais de menores” de competência em matéria cível (cfr. arts. 82.º e 83.º da Lei n.º 3/99), a referência do art. 1110.º, n.º 3, do CCiv ao tribunal de menores passou a entender-se como feita ao tribunal de família; nesta conformidade, o art. 84.º RAU substituiu “tribunal de menores” por “tribunal de família”, mas no fundo a solução manteve-se a mesma. Embora o tribunal de família fosse competente tanto para o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais como para o próprio processo de divórcio, o “processo pendente no tribunal de família” (depois tribunal de família e menores, onde o houvesse) previsto no art. 84.º, n.º 3, do RAU não seria o de divórcio mas o de regulação das responsabilidades parentais, caso tivesse sido instaurado. O art. 1413.º do CProcCiv anterior teria alterado a solução? Em edições anteriores deste *Curso* considerámos que não. O preceito teria querido estabelecer uma forma processual para o pedido de atribuição da casa de morada da família, qualificando-a como de jurisdição voluntária, o que era discutido na jurisprudência anterior¹⁰⁶. Em particular, o n.º 4 teria pretendido esclarecer que o pedido de atribuição da casa de morada da família podia ser deduzido tanto no caso de *ter corrido* como no de *estar pendente* ação de divórcio ou de separação de pessoas e bens litigiosos¹⁰⁷; e que o pedido devia ser deduzido *por apenso* e não por incorporação no processo de divórcio (ou de separação de pessoas e bens). O art. 1413.º, n.º 4, não curava da hipótese de estar a correr termos uma ação de regulação do exercício do poder paternal subsequente ao divórcio, hipótese em que, naturalmente, o pedido de atribuição da casa de morada da família seria deduzido por apenso a essa ação ou constituiria *incidente* da mesma. Como escrevia SALTER CID com referência à legislação anterior à reforma do processo civil de 1995, “o que a lei pretende é que a questão do destino da casa seja resolvida no tribunal e no processo em que são discutidos problemas conexos e relevantes para a ponderação daquela decisão: o divórcio e/ou a regulação do exercício do poder paternal”¹⁰⁸. O atual art. 1105.º do CCiv (que sucedeu ao art. 84.º do RAU) refere-se ao “tribunal” (como o art. 1793.º CCiv), que será hoje a secção de família e menores (havendo-a) do tribunal judicial da comarca territorialmente competente para a regulação das responsabilidades parentais¹⁰⁹, e cremos que valem em relação ao art. 990.º do atual CProcCiv as ob-

¹⁰⁶ Cfr. a jurisprudência citada por SALTER CID, *A proteção...*, *cit.*, p. 348 s., e cfr. ac. do STJ de 30.04.1996, na *Col. Jur. – STJ*, 1996, t. 2, p. 47 (com voto de vencido).

¹⁰⁷ Esta questão era igualmente objeto de jurisprudência divergente. Cfr. SALTER CID, *ob. cit.*, p. 212 (cita vários acórdãos) e 317 s.

¹⁰⁸ Cfr. *ob. cit.*, p. 334 (e 351 s.).

¹⁰⁹ Cfr. art. 155.º da OTM e art. 123.º, n.º 1, al. *d*), da Lei n.º 62/2013 (correspondia ao 146.º, al. *d*), OTM). A questão seria apreciada e decida como *incidente* – art. 123.º, n.º 2, al. *f*), da Lei n.º 62/2013 (correspondia ao 147.º, al. *f*), OTM). Ser o *destino* da casa de morada objeto de *incidente* processual, e não de processo autónomo (apenso),

servações acima feitas em relação ao citado art. 1413.º, porquanto aquele reproduz a letra deste com meras atualizações de remissões e de terminologia.

Quer o acordo sobre o destino da casa de morada da família tivesse sido estabelecido no âmbito de processo de divórcio ou de separação sem consentimento de um dos cônjuges quer o tivesse sido em processo de divórcio ou de separação por mútuo consentimento, era controversa a questão de saber se depois de homologado, pelo tribunal ou pelo conservador do registo civil, o acordo podia ser *alterado*, a pedido de um dos cônjuges ou ex-cônjuges, com fundamento em alteração das circunstâncias em que se baseou. Vários acórdãos sustentaram que tal não era possível, por não haver norma legal que expressamente o permitisse; a lei previa somente a alteração do acordo sobre a prestação de alimentos (art. 2012.º CCiv) e do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais (art. 182.º, n.º 1, OTM)¹¹⁰. Outros, porém, defendiam que o art. 1411.º, n.º 1, do CProcCiv anterior, disposição reproduzida no art. 988.º, n.º 1, CProcCiv hoje vigente e segundo a qual nos processos de jurisdição voluntária as resoluções podem ser alteradas com base em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração, dava fundamento suficiente ao pedido de alteração do acordo sobre o destino da casa de morada da família quando se alegassem e provassem circunstâncias supervenientes em face das quais, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento, o acordo não seria *agora* homologado por não acautelar devidamente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos ¹¹¹. Foi a posição por nós sustentada nas duas edições anteriores deste *Curso*. Como notámos, o argumento, que podia invocar-se em sentido contrário, de que o acordo sobre o destino da casa de morada da família é uma *peça* do conjunto (do conjunto de acordos sobre que recaiu o acordo *global* obtido), conjunto que a alteração daquele acordo viria *desequilibrar*, não se afigurava decisivo, pois esse facto só

é solução compatível com o espírito do sistema. Na falta de acordo dos cônjuges sobre a matéria, ou na falta de acordo que acautele suficientemente os interesses a salvar, como incidente parece dever ser tramitada a questão no âmbito do processo de divórcio (ou de separação de pessoas e bens) por mútuo consentimento que deva ser requerido no tribunal ou para este ser deva remetido (arts. 1778.º e 1778.º-A CCiv). Com referência ao CProcCiv anterior, cfr. FIALHO, António José, *Comentário ao Acórdão da Relação de Évora, de 10 de Novembro de 2010*, na “Lex Familiae”, ano 7, n.º 14, 2010, sobretudo p. 131 s., e cfr. o ac. da Rel. do Porto de 27.03.2014, disponível www.dgsi.pt.

¹¹⁰ Neste sentido, cfr., p. ex., os acs. do STJ de 15.02.2005 e de 02.10.2003 (este com voto de vencido), e o ac. da Rel de Coimbra de 29.01.2008, todos disponíveis em www.dgsi.pt., e TOMÉ RAMIÃO, *Divórcio por mútuo acordo*, 5.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2005, p. 81.

¹¹¹ Nesta orientação, cfr. SALTER CID, *A protecção...*, p. 310 s., e sobretudo ID., *A alteração do acordo...*, p. 275-318, onde citou jurisprudência divergente até maio de 2003 (7 acs. contra, um deles com voto de vencido, e 3 a favor). Posteriormente, no sentido da possibilidade de alteração, cfr. p. ex. os seguintes acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.: da Rel. de Coimbra, de 13.03.2007; e da Rel. do Porto, de 26.10.2006, de 05.02.2007 e de 23.04.2007.

justificaria, eventualmente, a alteração de algum dos outros acordos, o que a lei expressamente permitia e permite. A Lei n.º 61/2008 consagrou expressamente a possibilidade de alteração do acordo em apreço (art. 1793.º, n.º 3, CCiv).

Nada dispondo a lei quanto ao procedimento ou processo a seguir no tocante ao pedido de alteração do acordo sobre o destino da casa de morada da família, serão naturalmente aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições acima referidas. Como “alterar o destino da casa de morada da família” é “atribuí-la”, valerão aqui as mesmas regras que disciplinam a atribuição da casa.

255. Termo das ilegitimidades conjugais

As ilegitimidades conjugais que estudámos nos n.os 184 e 185 cessam com o trânsito em julgado da sentença de divórcio. Se o regime de bens era de comunhão, deixa de haver um património comum como “património colectivo”. A situação passa a ser idêntica à da herança indivisa, na medida em que cada um dos ex-cônjuges pode dispor da sua meação, como pode pedir a separação das meações, o que não podia fazer antes do divórcio. Não quer isto dizer, porém, que com o trânsito em julgado da sentença de divórcio os bens comuns deixem de ser um “património comum” e cada um dos bens passe a pertencer aos ex-cônjuges em compropriedade, podendo, portanto, cada um deles dispor de metade de cada um desses bens em concreto, pois antes da partilha não se sabe com que bens virá a ser preenchida a meação de cada um dos ex-cônjuges¹¹².

256. Perda de direitos sucessórios

Os direitos sucessórios do cônjuge, na sucessão legal (legítima e legitimária), também cessam com o divórcio. Como dispõe o

¹¹² Cfr. o ac. da Rel. de Évora de 7.7.1992, *Col. Jur.* 1992, t. 4, p. 295.

art. 2133.º, n.º 3, o cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou se a sentença de divórcio vier a ser proferida posteriormente a essa data, nos termos do n.º 3 do art. 1785.º

Regime idêntico vale na sucessão testamentária, pois a instituição de herdeiro e o legado caducam se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado, ou ainda se posteriormente a essa data for proferida sentença de divórcio (art. 2317.º, al. *d*)).

257. Perda de benefícios

Outro efeito do divórcio é o previsto no art. 1791.º, segundo o qual cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer tenham sido estipulados antes do casamento quer posteriormente. O regime anterior foi modificado pela Lei n.º 61/2008; a alteração foi uma consequência do abandono total da relevância da culpa e da sua graduação, no atual processo de divórcio. Nestas condições, uma regulação do destino dos benefícios atribuídos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado não parecia ter muitas alternativas – ou se ignorava a alteração do estatuto matrimonial e se conservavam os benefícios, ou se fazia caducar as atribuições; com a possibilidade de se considerar alguma forma de transmissão das vantagens para os filhos do casal.

A Lei n.º 61/2008 optou pela caducidade dos benefícios atribuídos a ambos os cônjuges, que parte da ideia de que o casamento não deve ser um meio de adquirir património, ou seja, que separa os afetos matrimoniais de qualquer vantagem patrimonial; e que

acolhe o princípio geral de que a cessação da *causa* dos efeitos jurídicos deve fazer cessar estes efeitos.

A eventual transmissão das vantagens para os filhos do casal poderia ter seguido o caminho de uma transmissão automática e imperativa; de uma transmissão assente na renúncia do titular (como no art. 1791.º, n.º 2, da lei revogada); ou de uma transmissão pretendida pelo autor da liberalidade. Seguiu-se este último caminho: o autor “pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento”¹¹³. Esta solução é a que parece respeitar melhor o projeto e a autonomia do autor da liberalidade.

Falando em “benefícios”, a lei quer referir-se às *liberalidades*. O art. 1791.º abrange pois as doações entre esposados, entre vivos ou por morte, feitas em vista do futuro casamento, e as doações feitas por terceiro em vista do casamento; as doações entre cônjuges (cfr. art. 1766.º, n.º 1, al. c)), mesmo que se trate de simples doações indiretas^{114 115}; as doações feitas a ambos os cônjuges por familiar de um deles em consideração do estado de casado do beneficiário¹¹⁶; e as deixas testamentárias, em forma de instituição de herdeiro ou de legado, com que um cônjuge tenha beneficiado o outro cônjuge. Mas, dada a sua razão de ser, o art. 1791.º não parece que deva aplicar-se aos simples “donativos conformes aos usos sociais” a que se refere o art. 940.º, n.º 2, nos quais não existe intenção liberal, correspondem a práticas sociais generalizadas e não implicam, em regra, disposições de valor considerável.

¹¹³ Na falta de restrições legais, a determinação pode ser feita em qualquer momento.

¹¹⁴ Suponhamos que um cônjuge fez um seguro de vida ou constituiu uma renda vitalícia a favor do outro, ou que os cônjuges fizeram uma convenção relativa à partilha na qual um deles seria beneficiado.

¹¹⁵ Note-se que as doações entre cônjuges já eram livremente revogáveis (art. 1765.º), mas nem por isso o art. 1791.º é inútil em relação a elas pois a perda de benefícios opera-se *ipso iure*.

¹¹⁶ Cfr. P. LIMA/A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. IV, p. 563.

A perda de benefícios nos termos do art. 1791.º, n.º 1, verifica-se *por força da lei*¹¹⁷. Com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, caducam as disposições testamentárias feitas a cada um dos cônjuges; e os bens que lhe tenham sido doados pelo outro cônjuge ou por terceiro em vista do casamento ou em consideração do estado de casado reverterem automaticamente ao património do doador, sem que se torne necessário um ato de revogação da liberalidade, como no caso a que se referem os arts. 974.º e segs., em que a “ingratidão” do donatário apenas permite ao doador revogar a doação nos termos aí previstos. Pode dizer-se que, tratando-se de doações entre vivos, os bens doados já pertenciam ao donatário, mas em propriedade resolúvel, e a dissolução do casamento funciona como condição resolutiva do seu direito sobre eles.

Havendo filhos do casamento, a lei permite que o autor da liberalidade determine que o benefício se mantenha em favor dos filhos do casamento (art. 1971.º, n.º 2 CCiv).

Não resolve a lei a questão de saber se a regra de *reversão* do art. 1791.º, n.º 1, atinge terceiros a quem o donatário já tenha transmitido os bens. Parece razoável dizer que, no caso de um cônjuge ter transmitido a outrem os bens doados, *v. g.*, por venda, troca ou doação, estes atos mantêm a sua plena validade e o outro cônjuge só pode exigir do primeiro o *valor* dos bens, aplicando-se o mesmo regime estabelecido para a revogação por ingratidão do donatário no n.º 3 do art. 978.º

258. Obrigação de alimentos

Bibliografia portuguesa

DELGADO, Abel, *O divórcio*, 2.ª ed., Lisboa, Petrony, 1994; Guimarães, Maria de Nazareth Lobato, *Alimentos*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony,

¹¹⁷A questão era discutida antes do Código de 1966, em face do art. 27.º da “Lei do Divórcio”. Cfr. a 1.ª ed. do *Curso*, p. 531-2.

1980, p. 169-217; MARQUES, J. P. Remédio, *Aspectos sobre o cumprimento coercivo da obrigação de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 613-709; PIRES, Luis Miguel Simões Lucas, *Os aspectos processuais e as garantias do direito a alimentos*, “Lex Familiae”, ano 1, 2004, n.º 2, p. 43-77; SERRA, A. Vaz, *Obrigação de alimentos*, in *BMJ* n.º 108, 1961, p. 19-194; TOMÉ, Maria João Carreiro Vaz, *Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio*, “Iuris et de iure”, Porto, U.C.P., 1998, p. 195-222.

a) Generalidades

A obrigação de alimentos é um *prolongamento do dever de assistência* conjugal, um resto de solidariedade familiar.

A obrigação de alimentos suscitou sempre alguns problemas fundamentais — o da titularidade do direito, o da medida do crédito e o do cumprimento pontual. Quanto à titularidade, e quando o divórcio supunha uma graduação das “culpas” de cada cônjuge, foi sempre discutido se devia ter direito a alimentos apenas o cônjuge “inocente”, ou também qualquer dos dois “culpados”, ou ainda o “culpado exclusivo”. A doutrina sobre a medida de crédito oscilou sempre entre conceder o mínimo estritamente indispensável ou garantir a manutenção do estilo de vida que o casal atingira. Quanto aos meios para forçar o cumprimento pontual, foi sempre difícil encontrá-los; na verdade, por mais imaginação e eficácia que os sistemas jurídicos manifestem, nenhuma lei põe no bolso do devedor o dinheiro que lhe faz falta para pagar o que deve¹¹⁸. Os vários sistemas jurídicos — como o português — tentam responder, cada um à sua maneira, a estas questões fundamentais.

A função que se espera da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges pode tornar-se cada vez mais melindrosa. O aumento da frequência dos divórcios e a tendência para as núpcias suces-

¹¹⁸ CRETNEY, *Principles of family Law*, 6.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1997, p. 556.

sivas, frutos do individualismo da cultura do ocidente, podem vir a tornar cada vez mais difícil esperar que as leis concretizem uma ideia de solidariedade pós conjugal. Certamente por estas razões, a Lei n.º 61/2008 começa por afirmar o princípio de que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, isto é, a obrigação de alimentos tende a ser uma exceção (art. 2016.º, n.º 1 CCiv).

b) Quem tem direito a alimentos

Os cônjuges que pretendam divorciar-se, ou os ex-cônjuges, têm o direito de convencionar acerca da prestação de uma pensão de alimentos, nos termos gerais do art. 2014.º, ao abrigo da autonomia negocial geral. Bem vistas as coisas, é isto mesmo que fazem os cônjuges envolvidos num processo de divórcio por mútuo consentimento, quando satisfazem o requisito legal de apresentarem ao juiz um acordo sobre a prestação de alimentos (art. 1775.º, n.º 2).

Mas nem sempre os cônjuges que pretendem divorciar-se, ou os ex-cônjuges, conseguem pôr-se de acordo acerca deste assunto. É então que tem sentido perguntar quem tem o direito de pedir alimentos.

Se não existisse uma norma especial que se aplica aos alimentos em caso de divórcio — o art. 2016.º — diríamos que poderia pedir alimentos quem tivesse necessidade deles, nos termos gerais do art. 2009.º, n.º 1, al. *a*): qualquer pessoa que demonstrasse a situação de carência exigível poderia pedir alimentos ao seu ex-cônjuge. Esta seria uma solução ditada pelas preocupações vulgares que presidem à tradicional obrigação alimentar. O artigo 2016.º anterior a 2008 aproveitava as circunstâncias em que decorreria o divórcio litigioso para penalizar o cônjuge culpado ou principal culpado ou para favorecer o cônjuge réu no caso especial de o pedido se fundar na alteração das faculdades mentais.

Depois de 2008, abandonada a relevância da culpa, qualquer dos ex-cônjuges tem direito a alimentos e, portanto, não há, neste aspeto, um verdadeiro regime especial relativamente ao do art. 2004.

Porém, excecionalmente, pode o tribunal, “por motivos de equidade” negar os alimentos. Pode imaginar-se o caso de um ex-cônjuge que delapidou sistematicamente o património conjugal, desprezou oportunidades de emprego, praticou todos os factos que violaram direitos fundamentais do outro e que contribuíram ostensivamente para a rutura definitiva do casamento e, agora, pede os alimentos que o outro cônjuge terá dificuldade em pagar.

c) Modo de estabelecer a obrigação de alimentos

Tratando-se de *alimentos provisórios*, e no caso de divórcio por mútuo consentimento, a lei manda que os cônjuges acordem sobre eles, para que o juiz homologue o acordo na conferência (arts. 1776.º, n.º 1). Em divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, os alimentos provisórios podem ser requeridos, ou fixados pelo juiz, por sua iniciativa, em qualquer altura do processo (art. 931.º, n.º 7, CProcCiv). E também podem ser requeridos como providência cautelar especificada, depois da sentença do divórcio¹¹⁹, quando a necessidade surja de circunstâncias posteriores e o requerente promova a ação principal para obter alimentos definitivos.

Tratando-se de *alimentos definitivos*, pode resultar de um acordo entre ex-cônjuges, que não é mais do que um negócio jurídico entre eles, sujeito às regras gerais e ao art. 2014.º; a obrigação também pode nascer de um acordo entre cônjuges, em vista de um divórcio por mútuo consentimento, homologado pelo juiz segundo os arts. 1775.º, n.º 1, e 1776.º; pode ainda assentar num

¹¹⁹ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 96-7 e 115.

acordo, estimulado pelo juiz, em processo de divórcio litigioso (art. 931.º, n.º 2, CProcCiv); por último, a obrigação alimentar resultará de uma decisão do tribunal, sobre um pedido acessório do pedido de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, ou em processo comum autónomo, quando a necessidade de alimentos surgiu posteriormente à dissolução do casamento.

d) Medida da obrigação

O problema que se trata neste ponto é o de saber qual deve ser o alcance do auxílio que se presta ao ex-cônjuge que pretende exercer um direito a alimentos.

Segundo uma orientação restritiva, a medida do socorro que ele pode pretender é aquela que resulta das regras gerais sobre a obrigação de alimentos; isto é, o ex-cônjuge poderá ter a pretensão de receber aquilo que for *indispensável* ao sustento, vestuário e habitação (art. 2003.º, n.º 1) e também à saúde e às deslocações¹²⁰. Pouco importa que o casal tenha vivido muito acima deste padrão mínimo. Do que se trata é de uma obrigação de alimentos e não de uma obrigação de “manutenção” — como se o casamento ainda existisse¹²¹. Esta orientação pode fundamentar-se na letra da lei, pois a única medida que vem referida no Código civil é esta medida geral para as obrigações alimentares; não se encontra uma norma especial, sobre a questão, no Capítulo II do Título V, respeitante à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges.

Segundo outra orientação, a medida do socorro que se visa é maior. Trata-se de procurar manter o ex-cônjuge (que ficou mais pobre) ao *nível a que ele se habituou* durante a vigência do casamento. Sobretudo nos sistemas em que o direito de pedir alimentos

¹²⁰ Como disse o S.T.J. em 4.12.1997 — cfr. www.dgsi.pt/jstj.

¹²¹ Salvo erro, assim diria ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. V, p. 612.

pertence ao cônjuge inocente, ou manifestamente menos culpado, na ação de divórcio, pode achar-se justo garantir a este ex-cônjuge que ao menos não perca o seu nível de vida — ele que já perdeu o casamento por culpa do outro¹²².

Também se concebe um alcance intermédio para a obrigação de alimentos: o ex-cônjuge poderá aspirar a um socorro que o coloque numa *situação razoável*¹²³ — acima do limiar de sobrevivência, “nos limites de uma vida sóbria”¹²⁴, provavelmente abaixo do padrão de vida que o casal atingira.

Abandonada toda a relevância da culpa e o interesse em privilegiar um cônjuge “inocente”, pode entender-se que esta medida intermédia é a mais justa e a mais realista. Será justa porque concilia a aplicação de um ideal de solidariedade entre os indivíduos que se encontraram numa “plena comunhão de vida” (os ex-cônjuges não são casados, mas já o foram) com a responsabilização individual daqueles que estão a dissolver esse vínculo e a caminhar no sentido da plena autonomia. Será ainda justa porque, qualquer que tenha sido a causa do divórcio e a repartição de “culpas”, não se deve atribuir ao casamento agora dissolvido o mérito de constituir um seguro contra as diminuições de fortuna¹²⁵; esta virtualidade do casamento não seria compatível com a natureza afetiva, com a fragilidade e a menor duração média dos vínculos matrimoniais. A orientação tam-

¹²² ABEL DELGADO, *O divórcio*, 2.ª ed., Lisboa, Petrony, 1994, p. 168 e 170, e alguma jurisprudência como os acs. do S.T.J. de 25.1.1979, no *BMJ* n.º 283, p. 310, e de 16.2.1993 em www.dgsi.pt/jstj.

¹²³ Neste sentido, AULETTA — *Il diritto di famiglia*, 4.ª ed., Torino, Giappichelli, 1997, p. 277, falando num *mantenimento dignitoso*, que parece corresponder à expressão inglesa, usada a outros propósitos, de *decent minimum*; e DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, t. I, Milano, Giuffrè, 1991, I, p. 279. Também aceitará este compromisso M. N. LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos*, in “Reforma do Código Civil”, Lisboa, Petrony, 1981, p. 193 e 210-1.

¹²⁴ AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 116. Esta é a medida na obrigação de alimentos do código civil italiano (arts. 438.º e 439.º).

¹²⁵ AULETTA, *ob. e loc. cit.*

bém parece mais realista, se pensarmos que o ex-cônjuge devedor também suportará mais encargos vivendo sozinho, ou numa nova união, e portanto a sua disponibilidade económica para garantir ao ex-cônjuge mais pobre o padrão de vida do casamento dissolvido é menor; no limite, o ex-cônjuge devedor, obrigado a pagar ao outro a manutenção do padrão de vida anterior, ficaria a viver abaixo deste padrão...¹²⁶ Em suma, mesmo as pessoas abonadas não podem normalmente sustentar, ao mesmo nível, duas casas. Afinal será provavelmente isto o que o juiz encontrará quando for indagar as possibilidades económicas do ex-cônjuge devedor.

Seja como for, tornou-se agora claro que a medida superior – o padrão de vida do casal – não pode ser exigido pelo requerente (art. 2016.º, n.º 3, CCiv).

e) Critérios para a fixação do montante

Tendo em conta a intenção básica do direito a alimentos — o seu objetivo de prestar um socorro que atinja um *mínimo decente* — o tribunal deve ponderar as possibilidades do obrigado e as necessidades do credor, e é claro que esta ponderação tem de ser feita em concreto¹²⁷. Certamente o regime já resultaria do art. 2004.º, mas o legislador acrescentou a enunciação de alguns critérios exemplificativos e uma recomendação geral no sentido de que todos os fatores relevantes devem ser tidos em conta. Relativamente ao texto pertinente anterior, a Lei n.º 61/2008 apenas especificou ainda a existência de um novo casamento, ou uma união de facto. Quanto a este último fator, pode haver quem objete que uma união de facto não cria qualquer dever de assistência que diminua as possibilidades do devedor; mas a própria definição de união de facto

¹²⁶ Cfr. a propósito o ac. do STJ de 02.20.2014.

¹²⁷ ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. V, p. 612.

mostra que há uma partilha de recursos que pode enfraquecer as possibilidades do devedor.

Uma questão que pode suscitar dúvidas é a de saber se, ao avaliar as possibilidades do devedor, o tribunal inclui os bens que não deem rendimento, de tal modo que o titular possa sentir a necessidade de os alienar, para cumprir a obrigação à custa do capital ou para adquirir novos bens que produzam rendimentos. ANTUNES VARELA chamava a atenção para o problema e entende que a solução foi entregue ao prudente arbítrio do julgador¹²⁸.

No que diz respeito às necessidades do credor, deve ser considerada a possibilidade de ele prover à sua subsistência. Tendo em conta as referências expressas pelo art. 2004.º, n.º 2, 2016.º-A, n.º 1, e o princípio enunciado pelo art. 2016.º, n.º 1, parece nítido que o ex-cônjuge deve procurar angariar proventos com o seu trabalho, exercendo as suas qualificações profissionais.

f) Modo de prestar os alimentos

A finalidade da obrigação de alimentos, e a tradição, levaram o legislador a determinar que os alimentos sejam fixados *em prestações pecuniárias mensais* (art. 2005.º, n.º 1). Mas também se admitem outros modos de cumprir a obrigação, baseados num acordo das partes, em disposição legal, ou noutros “motivos que justifiquem medidas de exceção”.

Não tem interesse, no âmbito da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, considerar a exceção prevista no art. 2005.º, n.º 2 — a hipótese de o obrigado demonstrar que não tem disponibilidades para pagar uma pensão mas só para facultar um cumprimento em espécie, mantendo o credor em sua casa e companhia. Mas tem interesse ima-

¹²⁸ *Código Civil anotado*, vol. V, p. 581. O assunto é discutido em Itália — cfr. AULETTA, *ob. cit.*, p. 278.

ginar que os alimentos sejam cumpridos através da constituição de um direito de usufruto, ou através de um contrato de renda vitalícia com terceiro¹²⁹. Interessa, sobretudo, referir uma outra modalidade de cumprimento que se vem procurando generalizar, nos sistemas jurídicos conhecidos — o pagamento *em capital*, de uma só vez.

A ideia que preside ao pagamento em capital, “*una tantum*”, é a de procurar cortar de uma vez as relações económicas entre os divorciados, poupando-os às dificuldades que provavelmente surgirão entre ex-cônjuges, tornados agora credor e devedor, forçados a discutir os incumprimentos da obrigação e a rever periodicamente, em tribunal, as suas divergências. A expressão inglesa que define estas intenções é elucidativa: *clean break*. O montante é calculado com base nos elementos tradicionais, tendo em conta o tempo previsível em que a necessidade do credor se verificará, e o pagamento de uma só vez antecipa todo o pagamento devido.

Parece não haver dúvidas de que, havendo acordo dos cônjuges, a lei portuguesa admite que a obrigação seja paga de uma vez, ou em algumas prestações, depois de o tribunal ter formado uma ideia clara acerca do montante devido; a possibilidade de acordo sobre um modo de pagamento diferente da pensão mensal está claramente consagrada no art. 2005.º, n.º 1.

Mas há problemas para discutir. É preciso esclarecer, por exemplo, se depois de ter sido feito o pagamento a obrigação se extingue para sempre; ou se, pelo contrário, a circunstância de o pagamento ser feito daquele modo não extingue a obrigação, nem afasta os seus requisitos e características, de tal modo que nada impeça que o ex-cônjuge necessitado volte mais tarde a requerer alimentos, provando tudo o que é preciso, nos termos gerais. O direito italiano consagra a ideia de que o pagamento

¹²⁹ M. J. VAZ TOMÉ, *Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio*, cit., p. 212.

extingue por completo a obrigação e que o cônjuge credor nunca mais pode formular uma nova pretensão económica contra o ex-cônjuge (art. 5.º, n.º 8, da Lei do Divórcio de 1970); mas também pode entender-se, ao contrário, que o pagamento em capital não é mais do que uma forma de pagamento do que foi calculado como sendo devido para uma certa época e em certas condições, sem que o ex-cônjuge se libere da obrigação de alimentos, que continua a caber-lhe, nos termos gerais¹³⁰. Esta última orientação respeita o carácter indisponível tradicional da obrigação de alimentos, enquanto a outra orientação permite que o acordo inicial extinga, para sempre, a obrigação, como se as partes fizessem uma transação¹³¹ sobre a matéria.

Saber se o acordo entre as partes deve ser sujeito a homologação é uma questão difícil¹³².

Resta dizer que o princípio do *clean break*, em que vários sistemas depositaram esperanças fundadas, acaba por ficar reservado para o relativamente pequeno número de pessoas que têm capacidade económica para fazer um pagamento em capital, sempre mais difícil do que entregar uma pensão periódica¹³³.

g) Alteração dos alimentos fixados

A simples menção do princípio geral que enforma a chamada jurisdição voluntária — o princípio de que as decisões podem ser alteradas com base em circunstâncias supervenientes (art. 988.º, n.º1.º, CProcCiv) — bastaria para sustentar a modificabilidade dos regimes de obrigação de alimentos concretamente estabelecidos. Mas,

¹³⁰ Neste sentido, M. J. VAZ TOMÉ, *ob. cit.*, p. 203-5.

¹³¹ M. J. VAZ TOMÉ, *ob. cit.*, p. 203.

¹³² M. J. VAZ TOMÉ, *ob. cit.*, p. 205 s.

¹³³ M. A. GLENDON, *The transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996., p. 212-3.

para além deste princípio, o art. 2012.º CCiv também determinou expressamente a *alterabilidade dos alimentos fixados*.

O art. 935.º CProcCiv regula o procedimento da alteração quando há, e quando não há, execução por falta de pagamento.

Tratando-se, obviamente, de uma *dívida de valor*¹³⁴ os alimentos devem poder ser alterados apenas com base na alteração do valor da moeda, embora sempre dentro dos limites básicos que são as necessidades do credor e as possibilidades do devedor.

Assim decidiu o S.T.J. em 02.15.2007 “... mas tendo em conta que a inflação afectou de igual modo o obrigado”; em 19.5.1994: “... Tal quantia [dos alimentos fixados] pode, a todo o tempo, ser aumentada ou diminuída, se se modificarem os referidos pressupostos, nomeadamente por virtude da alteração do poder da moeda corrente”; e o mesmo Tribunal já decidira assim em 13.1.1989, afirmando também que o facto da inflação, por ser notório, não carecia de prova; e que era justificável recorrer aos índices de preços no consumidor publicados periodicamente pelo Instituto Nacional de Estatística — www.dgsi.pt/jstj.

O direito francês (art. 208.º do *Code Civil*) e o direito italiano (art. 5.º, n.º 7, da Lei do Divórcio de 1970), por exemplo, determinam que a sentença que fixe os alimentos contenha uma cláusula de actualização automática. Esta previsão evita que os interessados tenham de pedir a alteração judicial dos alimentos fixados sempre que haja variação do valor da moeda; esses pedidos ficarão reduzidos aos casos em que, por qualquer razão, a cláusula de actualização automática produza um resultado injusto, nomeadamente por desconsiderar quer as possibilidades do devedor quer as necessidades do credor.

Em 16.12.1987, o S.T.J. decidiu que o tribunal não devia impor cláusulas de actualização, pois estas podiam acabar por elevar o montante da pensão acima das possibilidades do devedor, que estas cláusulas deviam ser admitidas só quando resultassem do acordo das partes — www.dgsipt/jstj. A preocupação é compreensível mas, salvo erro, os resultados injustos tanto podem sobrevir em

¹³⁴ ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. V, p. 582.

face de um critério de atualização imposto pelo tribunal como por aplicação de uma cláusula acordada entre as partes; por outro lado, parece-nos que haverá economia de esforços se o tribunal puder impor estas cláusulas, desde que os resultados injustos da sua aplicação possam — como seguramente podem — ser corrigidos posteriormente em juízo.

b) Indisponibilidade e impenhorabilidade do direito

A especial natureza do direito a alimentos leva a que lhe sejam aplicáveis alguns instrumentos de restrição e de proteção.

Não pode *ceder-se* o crédito de alimentos porque ele está intimamente ligado às necessidades pessoais do credor — a proibição já resultaria da regra geral do art. 577.º, n.º 1, mas também se encontra no art. 2008.º, n.º 1. Se o credor cedesse o crédito, podia pretender exercer o direito contra outro obrigado, escolhendo o devedor arbitrariamente, contra as intenções da lei, que estabelece uma ordem de obrigados, fundada na proximidade familiar e na solidariedade correspondente.

O mesmo carácter impede que se possa *renunciar* ao direito; e também pesa a consideração de que, nos modernos *welfare states*, se um familiar não prestar socorro a quem precisa, será a comunidade a ficar onerada com a assistência correspondente.

Em qualquer caso não pode impedir-se que o interessado não exerça o direito ou não peça o pagamento de prestações vencidas; de todo o modo sobreviveu à custa de outros meios e não há um interesse público no sentido de efetivar a obrigação que, afinal, não foi indispensável.

Está ainda proibida a *compensação* da dívida de alimentos com um crédito que o devedor de alimentos tenha sobre a contraparte, mesmo relativamente a prestações vencidas. Protege-se deste modo a integridade da obrigação eminentemente pessoal contra uma forma de extinção das obrigações que, neste caso, produziria um dano pessoal grave, no credor.

Também não pode *penhorar-se* o crédito de alimentos até ao montante da pensão social do regime não contributivo (art. 738.º, nº4, CProcCiv).

Estas aplicações do art. 2008.º à obrigação de alimentos entre ex-cônjuges ficam condicionadas, porém, à ideia que prevalecer acerca da medida dos alimentos entre ex-cônjuges. De facto, elas só são pacíficas desde que aceitemos que o crédito de alimentos visa garantir ao necessitado os meios de vida estritamente indispensáveis, segundo uma interpretação rigorosa do art. 2003.º Pelo contrário, se entendermos que a medida dos alimentos entre ex-cônjuges pode ser um pouco mais folgada, segundo uma interpretação menos estrita do adjetivo “indispensável”, então certas restrições e proteções mencionadas talvez só mereçam aplicar-se à parte do crédito de alimentos que for estritamente indispensável à sobrevivência do credor¹³⁵.

i) Garantia do cumprimento da obrigação

Está muito generalizada a ideia de que os devedores de alimentos se furtam, em muitos casos, ao cumprimento pontual das suas obrigações. Como diz CRETNEY, “a obrigação está imbricada com uma relação íntima”, o devedor pode estar “dividido entre duas lealdades”, e isto pode torná-lo “irascível, irrazoável e resolvido a não pagar”¹³⁶. Certamente por causa desta convicção, as leis costumam tentar prevenir o incumprimento, exigindo que o devedor preste garantias.

CUNHA GONÇALVES mostrava que o Código de Seabra previa hipoteca legal sobre os bens do devedor; e defendia que, mesmo na falta de uma norma expressa, devia entender-se que haveria lugar

¹³⁵ O problema tem sido discutido em Itália — AULETTA, *ob. cit.*, p. 281, e DE PAOLA, *ob. cit.*, p. 293-4.

¹³⁶ CRETNEY, *Principles of family law*, 6.^a ed., London Sweet and Maxwell, 1997, p. 556.

à prestação de caução, quando o devedor não tivesse bens imóveis sobre que pudesse recair a hipoteca¹³⁷. VAZ SERRA apoiava esta ideia, nos trabalhos preparatórios do Código de 1966¹³⁸.

O direito vigente confere ao credor de alimentos o direito de constituir *hipoteca legal*, para garantia do seu crédito (art. 705.º, al. d)), que incidirá sobre qualquer bem do devedor. E também está aberta a possibilidade de o tribunal que constituir uma obrigação de alimentos determinar uma *hipoteca judicial*, nos termos gerais (art. 710.º). Ainda segundo as regras gerais, o credor pode requerer o *arresto* de bens do devedor, se este for o meio adequado para evitar a perda da garantia patrimonial do seu crédito (art. 619.º). Não ficou expressamente mencionada a possibilidade de se exigir a prestação de *caução*; mas parece que o art. 624.º permite que o tribunal a imponha quando tiver razões para duvidar do cumprimento pontual.

Em alguns sistemas jurídicos, as leis incitam mais claramente os tribunais a cuidarem da efetividade do crédito: as normas determinam que, ao fixar a dívida de alimentos, o juiz acrescente os meios convenientes para garantir o pagamento, ao menos quando puder supor que há perigo de incumprimento¹³⁹.

Quando se verifica um incumprimento efetivo, as leis costumam prever meios especiais de cumprimento forçado, mais expeditos do que os meios gerais de execução; meios estes que naturalmente não estão excluídos.

Os expedientes consagrados no direito português constam do *processo de execução especial por alimentos* (arts. 933.º e segs. CProcCiv). O credor pode requerer a adjudicação de certas quantias “que o executado esteja percebendo” ou a consignação

¹³⁷ *Tratado de direito civil*, vol. II, p. 449-450.

¹³⁸ *Obrigação de alimentos*, cit., p. 147 e 152.

¹³⁹ Muito claramente o Código Civil espanhol, arts. 90.º, 91.º e 97.º, e o Código Civil alemão, § 1585a.

de rendimentos de bens que pertençam ao devedor. No primeiro caso, é notificada a entidade pagadora das quantias (vencimentos, pensões, etc.) para que entregue diretamente ao exequente o montante da dívida, como no procedimento estabelecido no art. 1676.º para a falta de pagamento das contribuições para os encargos da vida familiar. No segundo caso, o requerente indica os bens sobre que há de incidir a consignação e o agente de execução efetua a consignação quanto aos bens que considere necessários; e seguem-se os termos do art. 803 e segs CProc Civ.

Os meios do direito português correspondem, *grosso modo*, aos que os direitos estrangeiros preveem para a obrigação de alimentos ou para a “prestação compensatória” — correspondem ao *paiement direct* do direito francês¹⁴⁰, ao *attachment of earnings* do direito inglês¹⁴¹, *distrazione dei redditi* referida pela doutrina italiana¹⁴², *embargo de sueldo* do direito espanhol¹⁴³.

São ainda praticados outros. O direito francês prevê que o credor — insatisfeito através dos meios de direito privado — requeira ao Ministério Público que promova a execução, que seguirá as vias estabelecidas para o cumprimento forçado dos impostos diretos (*recouvrement public*)¹⁴⁴. O direito inglês admite que o credor requeira ao tribunal que emita uma ordem de pagamento direto, em seu favor, sobre qualquer entidade que tenha em depósito dinheiro do devedor (*garnishee order*)¹⁴⁵, como é o caso, evidentemente, dos bancos. Os autores espanhóis referem ainda a possibilidade de congelar contas bancárias¹⁴⁶. O direito italiano estabelece um privilégio mobiliário e um privilégio imobiliário (subsidiário) para garantia do pagamento¹⁴⁷.

M. TEIXEIRA DE SOUSA recomendava que se atentasse numa proposta alemã, no sentido de se criar um seguro social destinado a garantir o pagamento pontual

¹⁴⁰ F. TERRÉ e D. FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 8 éd., Paris, Dalloz, 2011, n.º 50.

¹⁴¹ CRETNEY, *Principles of family law*, cit., p. 563-7.

¹⁴² AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 282.

¹⁴³ SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Alimentos y cargas familiares*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1999, p. 129.

¹⁴⁴ F. TERRÉ e D. FENOUILLET, *Droit Civil, ob. e loc. cit.*.

¹⁴⁵ CRETNEY, *ob. cit.*, p. 560.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *ob. cit.*, p. 129; C. E. LALANA DEL CASTILLO, *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 217.

¹⁴⁷ Arts. 2751.º e 2776.º do *Codice Civile*.

da obrigação¹⁴⁸. O atual Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores, criado pela Lei n.º 75/98, de 19 de novembro, corresponde a esta ideia, embora não esteja ao serviço das pensões constituídas entre ex-cônjuges.

O Código penal também auxilia o pagamento pontual das obrigações de alimentos, punindo por *violação da obrigação de alimentos* quem atrasar a prestação devida mais do que dois meses, quem não cumprir reiteradamente a obrigação, e quem não prestar o que é devido, estando em condições de o fazer e pondo em perigo a satisfação das necessidades fundamentais do credor. O cumprimento tardio pode, no entanto, fazer dispensar de pena ou declarar extinta a pena ainda não cumprida (art. 250.º).

j) Cessaçãõ da obrigaçãõ alimentar

O art. 2013.º contém os motivos de cessaçãõ da obrigaçãõ de alimentos, em geral; e o art. 2019.º refere-se à obrigaçãõ de alimentos entre cõnjuges e ex-cõnjuges.

Nãõ pode dizer-se que, nas relações entre ex-cõnjuges, sãõ releve a norma especial do art. 2019.º; na verdade, nãõ pode deixar de relevar, segundo o art. 2013.º, para o efeito de fazer cessar a obrigaçãõ, a *morte do credor* — que deixa de precisar de alimentos — e a *morte do devedor* — pois nãõ parece razoável transmitir aos herdeiros deste a obrigaçãõ pessoal que ele teve, fundada no casamento que celebrou. Tambẽm nãõ pode deixar de relevar, entre ex-cõnjuges, a causa de cessaçãõ fundada na *ausẽncia da necessidade* do credor ou na *falta de possibilidades* do devedor, tendo em conta que estas sãõ as duas pedras de toque do regime. Jã nãõ terã o mesmo sentido aplicar entre ex-cõnjuges a terceira causa geral de cessaçãõ, pensando que as relações que vinculam as partes

¹⁴⁸ O regime jurıdico do divórcio, Coimbra, Almedina, 1991, p. 116.

são mais ténues do que aquelas que unirão os outros obrigados e, portanto, não se vê bem como se violam gravemente deveres que subsistam entre ex-cônjuges.

O S.T.J., em 06.22.1995, fez cessar uma obrigação alimentícia porque, depois do acordo sobre os alimentos e do divórcio por mútuo consentimento, se fez a partilha do casal que tornou disponíveis, na mão da mulher credora, os bens correspondentes à sua meação, eliminando a situação de carência anterior — www.dgsi.pt/jstj.

São, evidentemente, aplicáveis, também, as três causas de cessação previstas no art. 2019.º. A celebração de um *casamento* pelo credor coloca um fim no dever de solidariedade restante, que impõe o dever de alimentos entre ex-cônjuges. O novo casamento impõe os seus novos vínculos de socorro, o novo cônjuge assumirá as suas obrigações de assistência; e mesmo que, comprovadamente, o novo cônjuge seja muito pobre e não possa valer às necessidades do credor de alimentos, o legislador não se atreveu a levar a solidariedade até ao ponto de a fazer sobreviver às segundas núpcias do primitivo credor. A segunda causa de cessação é o início de uma *união de facto* pelo credor. Na verdade, se é certo que a união de facto não faz nascer um dever de assistência a cargo do outro membro em favor do credor, também é certo que faz parte da definição de união de facto a partilha de recursos entre os seus membros; por outro lado, a omissão desta causa, que se registava no direito anterior a 2008, gerava um desfavor do casamento, que podia mesmo estimular uma opção pela união de facto que não cabe ao legislador fazer. A Lei n.º 61/2008 acrescentou esta segunda causa. A terceira causa de cessação prevista no art. 2019.º é a que se funda num *comportamento moral do credor*, que o torna indigno do benefício. A fórmula usada é tão vaga, em tempos de pluralismo cultural e moral, que não se pode senão tentar formular um critério auxiliar de aplicação. ANTUNES VARELA¹⁴⁹ sugeria que haverá causa de cessação quando o comportamento moral do credor seja

¹⁴⁹ *Código Civil anotado*, vol. V, p. 618.

de tal ordem que torne “inexigível”, ao devedor, a continuação do encargo, “segundo um critério objetivo de razoabilidade”. Dir-se-á, portanto, que não se pode atender a uma especial exigência moral da pessoa do devedor, a uma excecional suscetibilidade, pois de outro modo ficaria frágil a posição do credor; dir-se-á, também, que não releva uma total excentricidade do comportamento moral do credor, desde que não torne insólito o sacrifício económico do devedor.

O S.T.J., em 10.28.1997, apreciou um caso em que o ex-cônjuge devedor, depois de ter feito o acordo sobre alimentos, homologado por sentença, invocou factos anteriores a esse acordo para fundamentar a indignidade da credora. O S.T.J. decidiu que os factos que podem fundamentar a indignidade têm de ser posteriores à fixação da prestação alimentícia — www.dgsi.pt/jstj.

A obrigação de alimentos não costuma ter um limite temporal – dura enquanto durar a necessidade do alimentando e a possibilidade do devedor, salvos os casos de extinção previstos na lei, que acabámos de ver.

Porém, o anteprojeto da lei de 2008 previa um regime ligeiramente diferente¹⁵⁰, que levaria o tribunal a fixar um período de vigência da obrigação, que estimulasse o credor a prover completamente à sua subsistência, em consonância com o princípio enunciado no art. 2016.º, n.º 1¹⁵¹; o regime, porém, era flexível pois admitia a renovação da obrigação. Ou seja: no regime tradicional, que aliás se manteve na versão final da Lei nova, em vez de a obrigação ser permanente enquanto não ocorrerem factos que provoquem a extinção automática, ou o devedor não demonstrar factos que levem a decretar a sua extinção, o anteprojeto propunha o caminho inverso: a obrigação terminava ao fim de um certo período, salvo se o credor mostrasse que continuava a reunir as condições para ter o direito.

l) Preferências entre credores

O novo art. 2016.º-A, n.º 2, consagra uma regra que não se encontrava no direito português. Prevê-se a hipótese de haver um

¹⁵⁰ Artigo 2016.º - B: A obrigação de alimentos deve ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas.

¹⁵¹ “Cada cônjuge deve prover à sua subsistência depois do divórcio.”

conflito prático entre a viabilidade de cumprir duas obrigações de alimentos, por parte de um ex-cônjuge devedor que tem de pagar alimentos simultaneamente ao seu ex-cônjuge e a um filho. Em face do dilema de ter de sacrificar, de algum modo, alguma destas obrigações, a orientação da Lei de 2008 foi no sentido de dar prioridade à obrigação perante o filho, como uma expressão do valor primordial do interesse das crianças.

259. Obrigação de indemnizar

O art. 1792.º, introduzido pela Reforma de 1977 e que teve a sua fonte no Código Civil francês¹⁵², obrigava o cônjuge declarado único ou principal culpado na sentença de divórcio e, bem assim, o cônjuge que pedira o divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro¹⁵³ a reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. O pedido de indemnização destes danos, nos termos do n.º 2 do preceito, devia ser deduzido na própria ação de divórcio.

Como resultava do art. 1792.º e era firme orientação da jurisprudência¹⁵⁴, visavam-se aqui apenas os *danos causados pela dissolução do casamento* e não os danos causados pela violação ou pelas violações dos deveres conjugais invocadas como causas de divórcio¹⁵⁵. Estes também podiam ser ressarcidos, segundo as regras gerais da responsabilidade civil; o pedido de indemnização desses danos poderia cumular-se com o de divórcio se o juiz autorizasse a cumulação, como as novas regras estabelecidas pela reforma do processo civil de 1995-96 permitiram¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. art. 266.º do *Code Civil*.

¹⁵³ Trata-se aqui de uma responsabilidade civil *por ato* lícito, de que há outros exemplos no Código Civil (cfr., p. ex., o art. 1367.º).

¹⁵⁴ Cfr., p. ex., os acs. do S.T.J. de 5.2.1985 e de 13.3.1985, *BMJ* n.º 344, p. 357, e n.º 345, p. 414, respetivamente, e o ac. da Rel. do Porto de 8.3.1999 (*Col. Jur.* 1999, t. 3, p. 176).

¹⁵⁵ Dir-se-ia que os danos causados pela dissolução do casamento também eram consequência (indireta) da violação ou das violações dos deveres conjugais invocadas como causa de divórcio. Mas se a lei não tivesse admitido expressamente a reparação daqueles danos poderia pôr-se em dúvida o nexo de causalidade (o cônjuge inocente não os teria sofrido se não tivesse pedido o divórcio); além disso, quanto aos danos causados pela dissolução do casamento, a lei teria querido restringir deliberadamente a indemnização aos danos não patrimoniais.

¹⁵⁶ Cfr. arts. 31.º, n.ºs 2 e 3, 274.º, n.º 3, e 470.º, n.º 1, CProcCiv anterior.

Por outro lado, o art. 1792.º apenas obrigava a indemnizar os *danos não patrimoniais* causados pela dissolução do casamento. Decerto que a dissolução do casamento por divórcio também causava frequentes danos patrimoniais a um dos cônjuges (sobretudo à mulher); mas a reparação destes danos era ponto a considerar noutra sede, na fixação do montante da prestação de alimentos. Como danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, costumavam referir-se a desconsideração social que, no meio em que vive, o divórcio teria trazido ao divorciado ou à divorciada; a dor sofrida pelo cônjuge que vira destruído o casamento, tanto maior quanto mais longa tivesse sido a vida em comum e mais forte o sentimento que o prendia ao outro cônjuge, etc. A prova destes ou de outros danos não patrimoniais, a prova dos danos *concretos* sofridos, cabia naturalmente ao cônjuge que deduzia o respetivo pedido de indemnização¹⁵⁷.

Ainda e sempre com o fundamento da irrelevância da culpa, e da ausência de uma declaração e graduação das culpas, a Lei n.º 61/2008 modificou muito o regime que vigorava sobre reparação de danos.

A dissolução do casamento assenta num princípio de rutura objetiva, baseada em factos que mostram a cessação definitiva do projeto matrimonial. Sendo assim, não se procura um culpado nem um principal culpado; nem um inocente, que possa ser considerado o lesado, e portanto o titular de um direito de indemnização pela violação dos deveres conjugais. Seguindo esta lógica até ao fim, poderia nem se encontrar, de todo, uma previsão de “reparação de danos”.

O artigo 1792.º vigente, porém, prevê que possa haver lugar a responsabilidade civil, nos termos gerais. Ou seja: é verosímil que certos factos praticados por um cônjuge constituam ilícitos civis, violações dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito. As pretensões de indemnização devem ser apresentadas nos tribunais próprios, apreciadas e decididas com os critérios próprios da responsabilidade civil extracontratual entre

¹⁵⁷ Cfr. acs. da Rel. de Lisboa de 5.5.1981 (*Col. Jur.* 1981, t. 3, p. 21) e de 1.4.1982 (*BMJ* n.º 321, p. 429).

cidadãos¹⁵⁸. Mas estas discussões estarão sempre fora do processo que leva à dissolução do casamento; as pretensões de indemnização serão apresentadas sempre por pessoas cujo casamento já foi dissolvido num tribunal de Família.

Os ilícitos que podem fundamentar uma obrigação de indemnizar, portanto, não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais; os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais. Por exemplo: um adultério não tem de ser fundamento para uma indemnização; mas sê-lo-á, provavelmente, se for acompanhado de publicidade ou de qualquer forma de crueldade moral. Esta foi a ideia que presidiu às alterações; mas, afinal, serão os tribunais a dar corpo ao regime.

O S.T.J., em 09.17.2013, afirmou que “...Com a nova redação dada ao artigo 1792 pela Lei nº 61/2008, de 31/10 permite-se que o cônjuge lesado possa intentar ação para efetivação de responsabilidade civil nos tribunais comuns, fazendo-o nos termos gerais dos artigos 483º e seguintes”.

E o Tribunal da Relação de Coimbra disse, em 11.10.2015, que “A Lei no 61/2008 de 31/10 (que aprovou o novo regime do divórcio) alterou a redação do art.1792.º do CC, acabando com a chamada “teoria da fragilidade da garantia”, pelo que a violação dos deveres conjugais pode implicar uma situação de responsabilidade civil extracontratual reforçando a actual norma que o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro, nos termos gerais da responsabilidade civil”.

260. Efeitos em relação aos filhos

O exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores já pode estar judicialmente regulado antes de o divórcio ser requerido, durante a separação de facto dos cônjuges

¹⁵⁸ Para ser inteiramente explícito, o novo texto deveria dizer “... responsabilidade civil extracontratual ...”.

(art. 1909.º) ou, até, se estes viveram em união de facto antes de casarem, durante a união de facto (art. 1911.º). Neste caso, o simples decretamento do divórcio não tem efeitos sobre a regulação das responsabilidades parentais em vigor, embora esta possa ser objeto de nova regulação.

Quando, porém, o exercício do poder paternal ainda não esteja judicialmente regulado, os cônjuges que pretendam divorciar-se por mútuo consentimento devem acordar previamente sobre esse exercício, como vimos¹⁵⁹.

Sendo o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o exercício das responsabilidades parentais sobre os filhos menores é regulado por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal¹⁶⁰ (art. 34.º do RGPTC, aprovado pelo DL n.º 141/2015, de 8 de setembro); na falta de acordo ou se a homologação for recusada por não corresponder ao interesse do menor, decidirá o juiz, nos termos do art. 1906.º e dos arts. 38.º a 40.º do RGPTC.

O regime do exercício das responsabilidades parentais mudou muito com a Lei n.º 61/2008.

a) Exercício conjunto das responsabilidades parentais

São conhecidas as tentativas de introduzir no direito português o modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais¹⁶¹.

O Código civil de 1966 mantinha a prevalência total da autoridade paterna mesmo no caso de divórcio, e mesmo que o filho passasse a residir só com a mãe. A Reforma de 1977 corrigiu este

¹⁵⁹ Cfr. *supra*, n.ºs 227 e 231.

¹⁶⁰ A redação anterior do art. 1905.º abrangia explicitamente o tema do “destino do filho”, ao contrário da redação vigente. Embora não haja dúvidas a respeito do regime, poderia ter sido conservada aquela redação.

¹⁶¹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR – *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 147 e segs..

regime impraticável – o filho a residir quase sempre com a mãe e o pai a deter todos os poderes – estabelecendo que o poder paternal seria exercido, exclusivamente, pelo progenitor a quem o filho fosse confiado (1906.º, n.º 1). Embora ainda não se falasse, nesta versão do Código, no exercício conjunto do poder paternal, já teria sido possível praticá-lo com base na possibilidade de regular o destino dos filhos “por acordo dos pais, sujeito a homologação dos tribunais” (art. 1905.º, n.º 1). Em 1995, apesar de se manter o princípio de que “o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado”, o art. 1906.º, n.º 2, passou a prever que os pais pudessem “acordar (...) o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas à que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio”; nas condições dos artigos 1901.º a 1903.º. Ou seja: os dois progenitores decidiriam em conjunto os “atos de particular importância”; na falta de acordo o tribunal poderia ser chamado a decidir; e qualquer dos cônjuges poderia decidir sozinho sobre “atos da vida corrente”, presumindo-se o consentimento do outro. Em 1999, depois de uma tentativa de estabelecer o princípio do exercício conjunto do poder paternal, contida no projeto de lei do ano anterior que reabriu a questão, o regime legal não mudou muito. De facto, o exercício conjunto continuou a depender do acordo dos pais; e o exercício exclusivo por parte do progenitor a quem o filho foi confiado continuou a ser a regra aplicável, embora tivesse passado a carecer de uma “decisão fundamentada” (art. 1906.º, n.º 2).

A discussão sobre esta matéria é sempre apaixonada. Por ser assim, às vezes os adversários do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tomam na devida conta a distinção entre atos importantes e atos do dia-a-dia, e contestam que os dois progenitores tenham de pôr-se de acordo acerca de toda a condução de toda a vida do filho. Este modelo maximalista, embora esteja a

ser aplicado em vários países¹⁶², pode sujeitar-se a críticas fáceis nos ordenamentos em que há uma tradição de exercício exclusivo das responsabilidades parentais. As críticas centram-se, naturalmente, nas dificuldades práticas de resolver todos os atos da vida do filho em colaboração, sendo certo que os pais não vivem juntos nem é provável que comuniquem bem um com o outro. Compreende-se que os opositores à ideia de exercício conjunto apenas condescendam nesta prática nos casos excepcionais em que os pais o requeiram por acordo. O reconhecimento, ou a suspeita, daquelas dificuldades práticas levaram a Lei n.º 61/2008 a esclarecer nitidamente as esferas de competência dos dois progenitores. Com efeito, o exercício conjunto das responsabilidades parentais veio a ser imposto apenas quanto às “questões de particular importância”, deixando-se a decisão exclusiva dos atos da vida corrente para o progenitor com quem o filho está. As “questões de particular importância” – como quer que a jurisprudência e a doutrina vierem a defini-las – serão sempre acontecimentos raros. Os dois progenitores, assim, apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões.

Por sua vez, a decisão dos “atos da vida corrente” ficará inteiramente na esfera do progenitor com o filho vive, ou com o filho se encontra temporariamente, sem necessidade de se procurar o consentimento do outro nem de se presumir este consentimento. As decisões – que serão mais frequentes e terão de ser rápidas – estarão a cargo só de um progenitor. Este último regime vale também para os períodos em que o filho se encontra com o progenitor com

¹⁶² BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Commission on European Family Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2007, p. 60-2.

quem não vive; também este fica livre para tomar as decisões quotidianas e rápidas. Mas, por uma questão de respeito pela estabilidade do filho, a liberdade de decidir fica condicionada às “orientações educativas mais relevantes” a que o filho se habituou, que são definidas pelo progenitor com quem o filho passa mais tempo.

É claro que o tribunal deve assumir a responsabilidade de se desviar do regime-regra sempre tiver razões bastantes para o fazer, para entregar o exercício das responsabilidades parentais nas “questões de particular importância” a um só progenitor (art. 1906.º, n.º 2); o princípio estabelecido na lei cede, evidentemente, perante o juízo fundamentado do tribunal.

O regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais vale independentemente do tipo de divórcio que conduz à dissolução do casamento. No divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, cabe ao Ministério Público apreciar a legalidade e o mérito do acordo dos pais, para concluir que ele é aceitável, ou que deve ser modificado, ou que, finalmente, deve ser rejeitado – na hipótese de os pais não se conformarem com as alterações sugeridas. Se o Ministério Público considerar o acordo aceitável, o conservador homologa-o e decreta o divórcio (art. 1776.º-A, n.º 3, e art. 1776.º, n.º 1, parte final); no caso contrário, o conservador não pode homologá-lo nem decretar o divórcio, cabendo-lhe remeter o processo para o tribunal.

Pode perguntar-se se os progenitores podem, em qualquer tipo de processo de divórcio, acordar em que o exercício das responsabilidades parentais cabe totalmente apenas a um deles; afastando-se, voluntariamente, do regime-regra introduzido pela lei n.º 61/2008. A resposta parece-nos obviamente negativa. De facto, regime do art. 1906.º não é um regime supletivo, que valha apenas quando não for afastado pela vontade dos particulares; o regime é imperativo, quer responder àquilo que supõe ser o interesse do filho relativamente à ligação com os seus progenitores depois do divórcio, e só pode ser afastado por uma decisão autónoma e fundamentada do tribunal. E o tribunal pode fazer sua a disposição dos pais, homologando o

acordo que eles façam? Pode aceitar que, se os progenitores acordam no exercício exclusivo, então o interesse do filho é neste sentido? A resposta é a seguinte: o tribunal não tem de aceitar o acordo, nem deve fazê-lo facilmente; mas pode entender que, perante o acordo dos pais e todas as circunstâncias que conheça, o exercício conjunto, mesmo só nas “questões de particular importância”, é contrário aos interesses do filho. Ou seja, o tribunal aplica o regime do art. 1906.º, n.º 2, como em qualquer caso, assumindo razões próprias e assumindo a responsabilidade autónoma pela decisão; não se limita a aceitar o acordo, apenas por ser um acordo espontâneo ou por ser bom manter os interessados de acordo.

Vale a pena acentuar que o regime da Lei n.º 61/2008 não altera quase nada do que se refere à *guarda física* dos filhos. Tal como dantes, o tribunal pondera os acordos dos pais e os interesses dos filhos, e acabará por decidir com quem o filho vai viver, qual a distribuição do tempo que ele passará com cada um dos progenitores e com outras pessoas relevantes para o menor. Concretamente, a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais não tem nada a ver com as ideias conhecidas da guarda física conjunta, alternada, etc. A pequena alteração que a Lei introduziu consta do art. 1906.º, n.º 5, e resume-se à adição de um fator de ponderação que o tribunal deve tomar em conta quando determina a residência do menor: a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro progenitor¹⁶³.

¹⁶³ Por inspiração da Lei da Califórnia, pioneira na atribuição dos poderes de exercício conjunto das responsabilidades parentais: “3040. (a) *Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in Sections 3011 and 3020:*

(1) *To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing with Section 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent (...).”*

Quando se usou a expressão “O tribunal determina a residência” pretendeu-se, manifestamente, que o tribunal determine com quem é que o filho vai viver, provavelmente com carácter habitual.

A Lei n.º 61/2008 não usou a palavra “guarda”. Mas se a palavra “guarda” estiver demasiado enraizada na linguagem jurídica para se poder prescindir dela, deve tomar-se a precaução de a usar apenas com o sentido de “guarda física”; que pode ser “guarda habitual”, por parte do progenitor com quem a criança reside habitualmente, ou “guarda temporária”, por parte do outro progenitor que exerça direitos de visita. Em qualquer destes casos a palavra “guarda” não tem um sentido técnico como já teve, mas apenas um sentido comum, isto é, tem apenas o significado de *cuidado* na vida corrente do filho, podendo falar-se de um “cuidador habitual” e de um “cuidador temporário” ou “ocasional”; a não ser que se esteja perante uma residência alternada, caso em que haverá dois “guardiões habituais”, ou dois “cuidadores habituais”, no âmbito da vida corrente (cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, A “*residência alternada*” na lei n.º 61/2008, a publicar no livro de homenagem ao Prof. Doutor Carlos Pamplona Corte-Real, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; e em Marinho, Sofia e Correia, Sónia Vladimira (Editores). (2016). *Residência Alternada: atores, dinâmicas e perspetivas*. Lisboa: Edições Sílabo).

O regime dos arts. 1905.º e 1906.º aplica-se, com as devidas adaptações, no caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre o pai ou a mãe e a pessoa que estivesse casada ou unida de facto com ele ou ela, e que tivesse assumido corresponsabilidades parentais nos termos da Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro (art. 1904.º-A, n.º 5).

b) “Questões de particular importância” e “atos da vida corrente”

Desde que o regime da lei assenta na distinção entre “questões de particular importância” e “atos da vida corrente”, é preciso qualificar as questões relativas à vida do filho, para se saber a quem cabe a responsabilidade da decisão, em cada caso de conflito.

Deve assinalar-se, em primeiro lugar, que a distinção é conhecida do direito português desde 1977; com efeito, o art. 1902.º recorreu a estes conceitos indeterminados para afastar a técnica da “presunção

de consentimento” que vale, em princípio, entre os progenitores casados. Em segundo lugar, sempre foi possível encontrar nas leis e na doutrina estrangeira tentativas consistentes para auxiliar os tribunais na tarefa de concretização daqueles conceitos¹⁶⁴. E hoje, a doutrina portuguesa também já fornece orientações valiosas para a aplicação da lei¹⁶⁵.

Cfr. o Tribunal da Relação do Porto, em 29/11/2006: “...embora o conceito de “ato de particular importância” seja vago e relativo (a necessitar de integração casuística), não pode oferecer dúvidas que a propositura de uma ação ou a dedução de embargos para defesa do direito sobre o imóvel (em que pode estar em causa a perda de algum direito a ele relativo), deve ter-se como um ato de particular importância. E em 16/9/2004: “Entendemos, todavia, que a própria lei portuguesa não dispensava o consentimento da mãe para remoção dos menores de Inglaterra par Portugal. É que, como refere o n.º 2 do art. 1901.º do Cód. Civil, os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância (como seja a retirada dos menores da convivência com a mãe e o seu afastamento para outro país), deverá ser o tribunal a obter a conciliação ou a decidir”.

Cfr. o Tribunal da Relação de Évora, em 19/6/2008: “Como se disse, se a matrícula de crianças em estabelecimentos de ensino público se configura como ato de normal e usual importância, já a matrícula em estabelecimentos de ensino particular representa um ato de particular importância pelas implicações patri-moniais que acarreta aos progenitores.

Cfr. também os acs. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.21.2012 e de 06.05.2014.

Embora nunca possa dar-se por encerrada a lista dos atos que merecem caber num conceito ou noutro – e esta é uma vantagem da indeterminação – as sugestões provindas de todas as fontes mostram que as “questões de particular importância” não ocorrerão com frequência; mostra, portanto, que a frequência dos casos em

¹⁶⁴ BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, cit., p. 86-90.

¹⁶⁵ Cfr. HUGO RODRIGUES – *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, 2011.

que a nova lei impõe o exercício conjunto é baixa. Na verdade, quantas são as crianças que vão viver para o estrangeiro, quantas são submetidas a intervenções cirúrgicas graves, quantas fazem opções religiosas fundamentais, etc.? E, sobretudo, quantas são as que passam por situações dessas cumulativamente, de tal modo que os seus progenitores sejam forçados a manter comunicações frequentes? A raridade da ocorrência destes casos – e o excessivo dramatismo com que se receiam conflitos permanentes – parece-me evidentes. Não se pode estranhar que, numa jurisprudência escassa como a jurisprudência portuguesa sobre esta matéria, os representantes dos progenitores desavindos forcem os tribunais ao esclarecimento da distinção entre “questões de particular importância e “atos da vida corrente”; os tribunais, com a sua autoridade, são o local próprio para se obter uma definição consistente que estabilize a prática e desdramatize o assunto¹⁶⁶.

c) Delegação de responsabilidades parentais no caso de famílias recombinadas

O momento da alteração da lei do divórcio talvez tivesse sido azado para introduzir no nosso Direito uma solução para as “famílias recombinadas”. Procura-se, em todo o espaço europeu, um estatuto jurídico para os cônjuges dos progenitores com filhos à sua guarda ou, mais amplamente, para todos os companheiros desses progenitores. O número desses companheiros tem aumentado muito, não apenas porque há muitos divórcios, mas também porque a maioria dos divorciados procura recombinar a sua vida

¹⁶⁶ MANUEL DE ANDRADE escreveu um dia que “é com a aplicação que o Direito cumpre o seu destino”; e acrescentou: “... o juiz [é] ... a viva voz do Direito” (*Sentido e valor da Jurisprudência*, Separata do vol. XLVIII, de 1972, do Boletim da FDUC, p. 37-8).

com novos parceiros¹⁶⁷. Estas pessoas, embora estejam presentes no quotidiano das crianças, e portanto desempenhem papéis fundamentais no cuidado destas, não são alvo de uma consideração jurídica nos sistemas de muitos países. Em alguns destes países, a própria linguagem, e o imaginário infantil clássico, desvalorizam a figura os cônjuges ou companheiros – são os padrastos e as madrastas¹⁶⁸. Também é certo que, em alguns sistemas jurídicos, já se deram passos interessantes¹⁶⁹; é o caso da Alemanha¹⁷⁰ e da Suíça¹⁷¹, onde o padrasto ou a madrasta têm o exercício das responsabilidades parentais nos “assuntos da vida corrente”.

Portugal pertence ao primeiro grupo. O homem que vive com a mãe pode autorizar a prática de um ato médico banal sobre a criança? O cônjuge da mãe pode assinar uma autorização para a deslocação de uma criança em visita de estudo? A Lei n.º 61/2008 introduziu uma regra sobre o assunto – o art. 1906.º, n.º 4: “O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”. Este texto quis autorizar o progenitor com quem o filho vive, ou com quem ele se encontra temporariamente, a delegar os seus poderes de exercício, livremente, num novo cônjuge ou companheiro. Os seus poderes de exercício podem ser delegados sem o titular ter de pedir autorização ao outro progenitor, e sem se “presumir” o consentimento deste – o titular é livre de os ceder.

¹⁶⁷ As pessoas não se mantêm sós, depois do divórcio, ao contrário de uma opinião corrente, segundo ANÁLIA TORRES em apresentação ao Curso *Família Direito e Sociedade*, com base em dados do *European Social Survey*, de 2002.

¹⁶⁸ “A vida é madrasta...”, uns são filhos e outros enteados...”.

¹⁶⁹ Para uma informação atualizada até 2007, veja-se K. BOELE-WOELKI ed. – *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen/Oxford, Intersentia/CEFL, 2007, p. 69-72.

¹⁷⁰ Par. 1687b, do BGB; par. 9 da lei das uniões de facto.

¹⁷¹ Art. 299.º do Código Suíço.

d) Reforço da tutela penal do incumprimento

As decisões judiciais relativas ao exercício das responsabilidades parentais e as decisões respeitantes às obrigações de alimentos não têm o sucesso que deviam ter. O sentimento de que estas sentenças são frequentemente desrespeitadas e de que os infratores beneficiam de grande impunidade está bastante vulgarizado. Todavia, ninguém duvida da importância excepcional que ambos os temas têm para os interessados. O incumprimento das decisões acerca do exercício das responsabilidades parentais agrava as relações entre os progenitores e têm consequências nefastas para os filhos; o incumprimento das obrigações de alimentos têm os mesmos efeitos desfavoráveis, talvez ainda agravados quando chegarem a pôr em risco a subsistência dos credores.

Sendo conveniente fomentar uma cultura de responsabilização entre os interessados – e aumentar o prestígio das decisões judiciais – a Lei n.º 61/2008 pretendeu simultaneamente dar um sinal de que o sistema jurídico não contemporiza com o desrespeito sistemático, e dar aos tribunais alguns instrumentos que reforcem a coerção para o cumprimento.

O art. 249.º do Código penal perseguia três tipos de infrações, que se podem definir grosseiramente como a subtração de menor, a indução decisiva do menor à fuga, e a recusa de entrega do menor ao detentor das responsabilidades parentais. A Lei n.º 61/2008 quis acrescentar a criminalização de comportamentos – dos pais ou de quem tiver exercício de responsabilidades parentais – que são porventura menos graves isoladamente mas assumem grande significado quando são reiterados; e que são também mais frequentes do que os três tipos tradicionalmente previstos. Quis abranger-se todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc. – que não cons-

tituem atos graves isoladamente considerados mas que degradam o regime estabelecido, geram represálias, e tornam a execução do regime uma experiência traumática para os filhos.

É assim que se explica o texto do n.º 1, al. c), que pune com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias “(Quem) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”¹⁷².

No que diz respeito à obrigação de alimentos, a intenção da reforma de 2008 foi, do mesmo modo, reforçar a perseguição criminal dos incumprimentos, agora através de uma antecipação da intervenção penal, que não espera pela verificação dos pressupostos tradicionais e mais exigentes da colocação em perigo das necessidades fundamentais do credor. Nos termos da Lei n.º 61/2008, a simples mora no cumprimento, por parte de quem pode cumprir, pode desencadear uma reação penal; e a reincidência agrava, naturalmente, a reação¹⁷³.

O agravamento pretendido para a reincidência fica expresso pela pena de prisão até um ano, prevista no n.º 2 do artigo. No entanto, não é tecnicamente perfeito estabelecer em alternativa uma pena de multa de 120 dias, que é igual à pena de multa aplicável ao ato isolado de incumprimento, previsto no n.º 1. Para melhorar o regime, devia estabelecer-se no n.º 1 uma pena de multa de 60 dias; ou, para quem considere esta sanção demasiado leve, uma pena de prisão até seis meses ou multa até 60 dias.

e) Aplicação do novo regime a situações de responsabilidades parentais já reguladas

A Lei n.º 61/2008 quase não alterou o enquadramento jurídico da guarda física das crianças e jovens (cfr. *supra* al. a)). Assim, não há

¹⁷² Cfr., com as mesmas intenções, o art. 227-5 e 227-6 do código penal francês.

¹⁷³ Cfr., com o mesmo propósito, o art. 227-3 do código penal francês.

razão para supor que todas as situações já reguladas têm de ser reapreciadas pelo tribunal, para “atualizar” o regime em que têm vivido.

O que muda é a “guarda legal” – que tem de respeitar o exercício conjunto das responsabilidades parentais nas “questões de particular importância”. Mas esta mudança resulta diretamente da lei e não carece de qualquer intervenção do tribunal.

Concebe-se, porém, que em casos excecionais possa tornar-se necessária uma reapreciação judicial. Assim será quando haja divergência entre os progenitores sobre a relevância de uma decisão (é ou não de particular importância?) ou sobre a solução que pretendem seguir. Também haverá motivo para reapreciação quando o progenitor que tem a guarda física pretende provar que o exercício conjunto das responsabilidades é contrário ao interesse do filho (art. 1906.º, n.º 2).

261. Efeitos em relação a terceiros

O divórcio é objeto de registo civil (art. 1.º, n.º 1, als. *d*) e *q*), CRegCiv), e os efeitos patrimoniais do divórcio que temos vindo a estudar só podem ser opostos a terceiros, como dispõe o art. 1789.º, n.º 3, CCiv, a partir da data do averbamento da sentença aos assentos de nascimento (art. 69.º, n.º 1, al. *a*), CRegCiv) e ao assento de casamento (art. 70.º, n.º 1, al. *b*)). Embora o registo do divórcio tenha em princípio efeitos atos à data do trânsito em julgado da sentença, como pode concluir-se dos princípios gerais¹⁷⁴ e de uma aplicação analógica do art. 1670.º, n.º 1, CCiv¹⁷⁵, a lei, à semelhança do que fez relativamente ao casamento (art. 1670.º, n.º 2), protege a confiança de terceiros que tenham contratado com os cônjuges desconhecendo que estes se tinham divorciado.

¹⁷⁴ Cfr. *supra*, n.º 122.

¹⁷⁵ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 105-6.

Divisão III. Dissolução por dispensa

262. A dispensa do casamento rato e não consumado no direito canónico

O casamento católico, como o civil, pode dissolver-se por morte ou divórcio, mas conhece ainda uma causa de dissolução própria dele, a *dispensa do casamento rato e não consumado*, a que oportunamente nos referimos¹⁷⁶.

Vimos já que o princípio da indissolubilidade do casamento católico não é absoluto, salvo no caso de *casamento rato e consumado*, isto é, no caso de casamento válido entre batizados (*matrimonium ratum*) e que tenha sido completado através da cópula conjugal (*matrimonium ratum et consummatum*)¹⁷⁷; o casamento rato e não consumado (*matrimonium ratum tantum*), e bem assim o *casamento não consumado entre parte batizada e parte não batizada*, podem ser dissolvidos pelo Romano Pontífice por justa causa, a pedido de ambas as partes ou só de uma delas, mesmo contra a vontade da outra (cân. 1142 CICan).

São estas duas as hipóteses referidas no cân. 1142. O cânone seguinte permite ainda a dissolução pelo privilégio paulino do matrimónio celebrado entre duas partes não batizadas, em favor da fé da parte que receber o batismo, pelo próprio facto de esta parte contrair novo matrimónio, contanto que a parte não batizada “se afaste”. Mas a Concordata de 2004, como já a de 1940, não faz referência ao privilégio paulino, que não foi pois admitido no direito português.

¹⁷⁶ Cfr. *supra*, n.os 81 e 219. Sobre o regime da dispensa, veja-se a excelente síntese de CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, 9.^a ed., Madrid, Tecnos, 1998, cit., p. 279-284.

¹⁷⁷ Cfr. o cân. 1141 CICan: “*Matrimonium ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest*”.

É indiferente a causa da não consumação (impotência, pacto contra bonum prolis, etc.). Mas a consumação presume-se, até prova em contrário, se, celebrado o casamento, os cônjuges tiverem coabitado (cân. 1061, § 2)¹⁷⁸.

Têm sido invocadas como justas causas de dispensa, entre outras, a impotência superveniente ou uma doença que não consinta a cópula, a aversão entre os cônjuges, a circunstância de um dos cônjuges ter contraído casamento civil com outra pessoa, etc¹⁷⁹.

A *não consumação* do matrimónio e a *justa causa* são assim as duas condições requeridas para ser concedida a dispensa. O processo para a concessão da *dispensatio super matrimonio rato et non consummato* está previsto nos câns. 1697-1706.

263. A dispensa no direito português

São estes, em traços muito gerais, os princípios do direito canónico relativos à dissolução por dispensa do casamento rato e não consumado, e são estes princípios que valem no direito português quanto aos casamentos católicos. Na verdade, o art. 16.º da Concordata de 2004 e o art. 1625.º CCiv, que, como vimos, não foi revogado pela Constituição da República¹⁸⁰ nem pela nova Concordata com a Santa Sé¹⁸¹, permitem que a dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado produza efeitos civis nas condições aí previstas.

Verificada pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, a dispensa é enviada a requerimento de qualquer das partes ao tribunal

¹⁷⁸ Cfr. CANTÓN, *ob. cit.*, p. 280-2, e sobre a prova da não consumação a nota de FEDELE, *Prova dell'impotenza e dell'inconsumazione del matrimonio*, no "Arch. di dir. eccl.", 1942, p. 400 s.

¹⁷⁹ Cfr. CANTÓN, *ob. cit.*, p. 283-4, e MAZZACANE, *La justa causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione* (1963).

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, n.º 44.

¹⁸¹ Cfr. *supra*, n.º 44.

da Relação territorialmente competente para revisão e confirmação, devendo o tribunal da Relação verificar se estão satisfeitas as condições enumeradas no art. 16.º, n.º 2, e, concedido o *exequatur*, enviar a dispensa a uma conservatória do registo civil para aí ser averbada¹⁸². Analisámos o art. 16.º da Concordata relativamente às sentenças dos tribunais eclesiásticos que declaram a nulidade do casamento e remetemo-nos para o que escrevemos nesse lugar¹⁸³ e tem aqui aplicação *mutatis mutandis*.

A revisão e confirmação das decisões relativas à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado não deixa de oferecer alguma particularidade em relação à revisão e confirmação das sentenças dos tribunais eclesiásticos, “não se tratando, na dispensa, de um juízo contencioso relativamente ao qual é bastante fácil a verificação das alíneas b) e c) do n.º 2 do art. 16.º”¹⁸⁴.

O instituto canonístico da dispensa *super rato et non consummato* foi assim *recebido* no direito português quanto aos casamentos católicos¹⁸⁵, de modo que a dispensa deve ser aceite, também no plano do nosso direito civil, com a mesma natureza e os mesmos efeitos que tem no direito canónico, ou seja, como *dissolução* do casamento, com efeitos civis só *ex nunc*, desde a data da concessão da dispensa, e não *ex tunc*, desde a data da celebração do casamento. A dispensa não é, pois, equiparável à sentença de declaração de nulidade do casamento. Esta declara a *invalidade* do vínculo; a dispensa *resolve*

¹⁸² Cfr. arts. 69.º, n.º 1, al. a), e 70.º, n.º 1, al. b), CRegCiv. O tribunal da Relação pode enviar a dispensa a qualquer conservatória, pois a competência territorial das conservatórias do registo civil foi eliminada pelo Decreto-lei n.º 324/007.

¹⁸³ Cfr. *supra*, n.º 142.

¹⁸⁴ SAMUEL RODRIGUES, *O matrimónio canónico*, in “Estudos sobre a nova Concordata”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006, p. 83. Note-se que o instituto parece ter pouco interesse prático, pois, segundo informa o autor (p. 84), no Tribunal Patriarcal de Lisboa quase vai deixando de haver pedidos de dispensa de matrimónio rato e não consumado, só tendo havido dois pedidos desde 1997.

¹⁸⁵ Sem embargo de o instituto ser, em si mesmo, estranho ao nosso direito, onde a consumação não integra o matrimónio nem determina, em geral, uma maior estabilidade do vínculo: *supra*, n.º 75.

um vínculo *validamente* constituído e que produziu os seus efeitos até ao momento da dispensa. Portanto, o casamento a que se refere a dispensa deve ter-se como *dissolvido* na ordem civil e dissolvido por uma causa *não imputável* a qualquer dos cônjuges.

Contra, cfr. o ac. do S.T.J. de 5.2.1974, BMJ n.º 234, p. 258, segundo o qual a dispensa “com fundamento na impotência do marido” (sic) “equivale para efeitos civis à anulação do casamento”, sendo por isso o pedido de alimentos, na sequência da dispensa, regulado pelo art. 2017.º CCiv. Cremos que a decisão não foi a mais correta, pois a disposição aplicável ao caso não era o art. 2017.º mas o art. 2016.º, n.º 1, al. c) (por analogia). No sentido de que a dispensa “corresponde à anulação para efeitos civis”, não devendo por isso ser negado o *exequatur* relativo à dispensa apesar de o casamento estar dissolvido por divórcio e este já ter sido averbado ao respetivo assento, cfr. ainda o ac. da Rel. de Lisboa de 28.4.1983, sum. no BMJ n.º 328, p. 653.

CAPÍTULO V¹
LIMITES À APLICAÇÃO DAS REGRAS
DE DIREITO PORTUGUÊS:
A RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL
CONVENCIONAL E A APLICAÇÃO DO DIREITO
ESTRANGEIRO E DO DIREITO DA UNIÃO
EUROPEIA

Bibliografia portuguesa

AAVV, Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé — República Portuguesa 18 de Maio de 2004 (coord. de Manuel Saturino Costa Gomes), Lisboa, 2006, Universidade Católica Editora; ALMEIDA, Geraldo da Cruz, Da União de Facto. Convivência More Uxorio em Direito Internacional Privado, Lisboa, 1999, PF; BAITA, João Marques da Fonseca, Conflitos de leis pessoais em matéria de divórcio, 14-15-16 “Revista da Ordem dos Advogados”, p. 148-178; BRITO, Maria Helena, O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, vol. I, p. 305-356; CORREIA, António de Arruda Ferrer, Lições de Direito Internacional Privado, I, Coimbra, 2000, Almedina; e Direito Internacional Privado Matrimonial (Direito Português), in “Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado”, Coimbra, 1989, Almedina, p. 331-361; GERALDES, João de Oliveira, Breve Nota sobre o novo modelo concordatário de reconhecimento de decisões eclesiais matrimoniais, in “Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé — República Portuguesa 18 de Maio de 2004”, p. 87-99; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, Âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2201/2003 e reconhecimento de decisões em matéria matrimonial - Ac. do TRP de 15.1.2013, Proc. 2186/06, 44 “Cadernos de Direito Privado” (Outubro/Dezembro 2013), p. 37-57; MACHADO, João Baptista, Lições de direito internacional privado, 2.ª ed., Coimbra, 1986, Almedina, p. 393-427; MOTA, Helena, O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro — Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03, 11 “Cadernos de Direito Privado” (Julho/Setembro 2005),

¹ Por opção do autor, este capítulo não segue o Acordo Ortográfico.

p. 40-46, A aplicação no tempo da regra de conflitos sobre o regime de bens e o controlo da sua (in)constitucionalidade. Breve reflexão a propósito de alguma jurisprudência recente, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, vol. I, p. 239-262, Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em especial, o regime matrimonial primário, Coimbra, 2012, Coimbra Editora, A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Junho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster”, Coimbra, 2012, Almedina, p. 261-284, El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento “Roma IV”: Algunos problemas y omisiones, 5 “Cuadernos de Derecho Transnacional” (Octubre 2013), N.º 2, p. 428-447, A Constituição e o Direito Internacional Privado da família na jurisprudência portuguesa e espanhola. Diferenças e semelhanças, in “Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais” (coordenação João Reis/Leal Amado/Liberal Fernandes/Regina Redinha), v. II, Coimbra, 2014, Coimbra Editora, p. 433-466, e “A lei aplicável aos regimes de bens do casamento no direito da União Europeia: desenvolvimentos recentes”, Scientia Iuridica, t. 64 (2015), n.º 338, p. 187-214; PAIS, Sofia Oliveira/Sousa, António Frada de, A União de Facto e as Uniões Registadas de Pessoas do Mesmo Sexo — Uma análise de direito material e conflitual, 59 “Revista da Ordem dos Advogados” (1999), p. 671-730; PINHEIRO, Luís Lima, Direito Internacional Privado, vol. II, Direito de Conflitos, Parte Especial, 3.ª ed. refundida, Coimbra, 2014, Almedina, p. 515-543; vol. III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2.ª ed. refundida, Coimbra, 2012, Almedina, p. 445-476; e O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paternal. Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, 66 “Revista da Ordem dos Advogados” (2006), p. 517-546; PINTO, Fernando Ferreira, Do Conflito de Leis em Matéria de Obrigação de Alimentos (Estudo de DIP convencional), Lisboa, 1992, Livraria Petrony; PIRES, Florbela de Almeida, Conflitos de Leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil, Coimbra, 2009, Coimbra Editora, p. 129-140; PROENÇA, José João Gonçalves de, Relevância do direito matrimonial canónico no ordenamento estadual, Coimbra, 1955, Livraria Atlântida; RAMOS, José Celestino, Algumas considerações sobre a lei competente para regular os efeitos patrimoniais do casamento, 13 “Revista da Ordem dos Advogados” (1953), p. 191-281; RAMOS, Rui Manuel Moura, Relações entre a ordem interna e o direito internacional e comunitário, in “Da Comunidade Internacional e do seu Direito. Estudos de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais”, Coimbra, 1996, Coimbra Editora, p. 265-281, A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família, in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da reforma de 1977”, vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, 2004, Coimbra Editora, p. 725-742, A Concordata de 2004 e o Direito Internacional Privado Português, 135 “Revista de Legislação e Jurisprudência” (Maio-Junho 2006), n.º 3938, p. 277-305, Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia, 62 “Scientia Iuridica” (Maio/Agosto de 2013), p. 413-461, As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia, in 144.º “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (Novembro/Dezembro de 2014), N.º 3989, p. 82-103 e “O direito internacional privado da família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia”, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho (Guilherme de Oliveira, coordenação), Coimbra, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 367-427; SANTOS, António Marques dos, Constituição e Direito Internacional Privado. O estranho caso do art. 51.º, n.º 3, do Código Civil, in “Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976”, vol. III, p. 367-390; SENDIM, José Cunha, Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português, 7 “Direito e Justiça” (1993), p. 349-369; SILVA, Nuno Ascensão e, Do Estatuto Pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil), in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos

da Reforma de 1977”, vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, p. 549-649; SOUSA, Miguel Teixeira de, O casamento no direito internacional privado. Alguns aspectos, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, vol. I, p. 415-441, e Ausgewählte Probleme aus dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) N 2201/2003 und des Haager Ubereinkommens v. 19.10.1996 über den Schutz von Kindern, 52 “Zeitschrift für das gesamte Familienrecht” (2005), p. 1612-1615; VICENTE, Dário Moura, Novas Regras de Direito Internacional da Família, 61 “Revista da Ordem dos Advogados”, p. 1101-1004.

264. Introdução

A circunstância de nas páginas anteriores a exposição do regime jurídico das relações familiares se ter, no essencial, limitado às soluções criadas para o efeito pelo legislador português não nos deve porém fazer esquecer que nem sempre é a esta disciplina que os órgãos estaduais de aplicação do direito, particularmente os judiciais, recorrem quando tais relações reclamam entre nós a tutela do direito. E isto porque o ordenamento português sofre a concorrência dos comandos de outros sistemas jurídicos que podem em certos casos dever ser preferidos na respectiva aplicação às normas do direito pátrio. É o que se passa, desde logo, com as soluções do direito canónico, na medida em que estas são entre nós recebidas no quadro concordatário vigente (falamos da Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 18 de Maio de 2004²).

²Para uma apresentação dos aspectos essenciais deste texto, cfr. AAVV, Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé – República Portuguesa 18 de Maio de 2004 (coord. de Manuel Saturino Costa Gomes), Lisboa, 2006, Universidade Católica Editora. E em especial sobre as suas repercussões no direito internacional privado, cfr. Moura Ramos, A Concordata de 2004 e o direito internacional privado português, in «ARS IUDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves», v. II, Coimbra, p. 603-651.

Atente-se em que o problema se colocava em termos idênticos, anteriormente, a propósito da Concordata entre Portugal e a Santa Sé de 7.5.1940, revista posteriormente pelo Protocolo Adicional de 15.2.1975. Sobre este instrumento e o seu relevo na matéria que nos ocupa, cfr., em particular, e entre nós, MÁRIO DE FIGUEIREDO, A Concordata e o casamento, Lisboa, 1940, União Gráfica, e GONÇALVES DE PROENÇA, Relevância do direito matrimonial canónico no ordenamento estadual, Coimbra, 1955, Livraria Atlântida.

Sobre um lugar paralelo, cfr. Acordo Brasil-Santa Sé. Comentado [Lorenzo Baldisseri/Ives Gandra Martins Filho (coordenadores)], São Paulo, 2012, LTr.

A vigência em Portugal destas regras³ resulta assim de uma recepção operada por um instrumento de direito internacional (a Concordata), celebrado entre dois sujeitos de direito internacional (Portugal e a Santa Sé) através do qual, *inter alia*, o Estado Português reconheceu o casamento católico, regulado pelo direito canónico, como apto para produzir todos os efeitos civis. Mas o mesmo acontece quer com regras de direito internacional, nomeadamente as de natureza convencional (em cuja criação o Estado Português não deixa no entanto de participar), quer com as regras de direito da União Europeia (em relação às quais algo de semelhante igualmente ocorre), quer com regras dos sistemas jurídicos estrangeiros. O estudo da disciplina das relações jurídico-familiares não ficaria pois completo sem que nos referíssemos, ainda que sucintamente⁴, às circunstâncias em que tal afastamento do direito interno se verifica, e aos mecanismos que desencadeiam a aplicação dos comandos de outros sistemas jurídicos.

Não se torna necessário justificar a existência, nos sistemas jurídicos estrangeiros, de normas disciplinadoras das relações familiares, uma vez que tais sistemas respondem por igual, ainda que em termos distintos, e no seio das respectivas unidades estaduais, aos mesmos problemas humanos e sociais a que as normas portuguesas congêneres visam dar solução. E o mesmo se diga do direito da União Europeia [ou seja, do sistema de regras criadas por e para a organização internacional constituída em 25.3.1957 pelo Tratado de Roma e hoje designada, na sequência do Tratado da União Europeia, celebrado em Maastricht em 7.2.1992 (revisto, por último, em Lisboa em 13.12.2007), por União

³ De que nos Capítulos anteriores se referiram os exemplos mais relevantes.

⁴ Na medida em que esta matéria é geralmente objecto de tratamento em disciplinas específicas, igualmente contempladas no plano de curso da licenciatura em direito: o direito internacional público, o direito internacional privado e o direito da União Europeia.

Para uma abordagem detalhada, à face do direito italiano, cfr. Alessio Anceschi, *La Famiglia nel Diritto Internazionale Privato*, Torino, 2010, G. Giappichelli.

Europeia], na medida em que a esta organização seja reconhecida competência para criar regras relativas às relações familiares e que tal competência seja exercida. E, pelo que respeita ao direito internacional, há que não esquecer também que em matéria familiar os Estados recorrem frequentemente a instrumentos convencionais, ou com o propósito de uniformizar as soluções nacionais, em ordem a diminuir a insegurança jurídica que resulta das possíveis dúvidas quanto ao sistema jurídico aplicável, ou com o objectivo de fixar standards mínimos de protecção que constituam objecto de aplicação geral⁵.

Constatada a existência de normas de direito internacional em matéria familiar importa pois averiguar das condições e termos da vinculação das nossas autoridades face a estes comandos, ou seja, da medida em que elas devem receber, entre nós, efectiva aplicação.

E o que se diz do direito internacional vale igualmente para o direito da União Europeia, um ordenamento com origem inicial naquele mas que dele se viria posteriormente a autonomizar pelo diverso sistema de criação, aplicação e sanção das suas regras, uma vez que, integrando o Estado Português a União Europeia, a vigência dos respectivos comandos se estende ao nosso território.

Quanto às normas de direito estrangeiro (*rectius*, dos direitos estaduais estrangeiros), a sua vocação a serem aplicadas entre nós decorre da circunstância de as soluções legais portuguesas não pode-

⁵ Veja-se o que se passa, p. ex., com a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em 20.11.1989, no seio da Organização das Nações Unidas. Sobre este texto, cfr. ABDERRAZAK MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, 268 "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye" (1997), p. 9-290, e, entre nós, MARTA SANTOS PAIS, *A Convenção sobre os direitos da criança: desafio para o futuro*, in 41-42 "Documentação e Direito Comparado" (1990), p. 39-51, e Manuela Baptista Lopes, "Enquadramento jurídico-normativo dos Direitos da Criança em Portugal", *BFD*, vol. XC, 2014, t. I, p. 331-354.

rem aspirar à universalidade, pretendendo nessa medida ser aplicadas a todas as situações jurídico-familiares, mau grado os contactos que estas possam apresentar com ordenamentos jurídicos estrangeiros. É certo que não se discute, evidentemente, a aplicabilidade das regras do direito português ao que a doutrina normalmente designa por situações jurídicas internas à nossa ordem jurídica: assim, por exemplo, ao casamento de dois cidadãos portugueses, domiciliados embora em distintas localidades no nosso país e a celebrar também em Portugal. Mas por identidade de razão se deverá entender não deverem as soluções desta mesma ordem jurídica reger a questão da validade de um casamento celebrado no Chile, entre dois chilenos residentes ambos neste país. Trata-se agora de uma situação que poderemos dizer interna à ordem jurídica chilena (uma ordem jurídica estrangeira), uma vez que com ela se apresenta exclusivamente conectada no momento do seu surgimento, apenas podendo vir a ser objecto de consideração no âmbito do nosso (ou de outro) ordenamento uma vez que, eventualmente, com ele venha por qualquer forma (p. ex., porque um ou ambos os cônjuges aqui estabeleceram posteriormente a sua residência) a conezionar-se. Tratar-se-á então, no âmbito do nosso ou de um outro sistema jurídico, de uma situação relativamente internacional, a propósito da qual será difícil contestar a competência do direito chileno para regular a questão da validade do casamento celebrado no Chile, uma vez que este era o único direito na altura em contacto com a relação matrimonial em causa e que a aplicação de uma lei diferente não poderia deixar de envolver uma flagrante violação das mais relevantes expectativas jurídicas dos nubentes.

A aparente naturalidade com que as soluções se impõem nos dois casos extremos que acabamos de referir desaparece no entanto naquela zona cinzenta em que, em lugar de se apresentarem exclusivamente radicadas numa só ordem jurídica, as situações familiares estejam ligadas pelos seus elementos (sujeito, objecto,

facto jurídico de que resultam) a mais do que a um ordenamento estadual. Estaremos então, por exemplo, no caso de um cidadão cabo-verdiano casado em Angola com uma cidadã guineense pretender obter o divórcio em Portugal, país onde ambos residem actualmente, face a uma situação absolutamente internacional, uma relação em contacto com diversos sistemas jurídicos estaduais. Não poderá assim pretender-se, a seu respeito, que a aplicação das normas de qualquer um destes ordenamentos (o cabo-verdiano, o angolano, o guineense ou o português) constitua uma violação das expectativas legítimas dos particulares envolvidos, uma vez que estando a relação ligada a todos eles (pela nacionalidade de cada um dos nubentes, a sua residência ou o lugar de celebração do casamento) se pode admitir que eles devessem contar com a possível aplicação dos respectivos comandos. Em tais casos, como que as diferentes leis em presença surgem perante a autoridade competente (em princípio um juiz, mas também, hoje, um oficial do estado civil), numa posição de conflito, que este deverá dirimir, através de uma escolha. Tal escolha é, tradicionalmente, ao menos nos sistemas pertencentes à família continental europeia, operada através de uma regra de direito pertencente ao sistema de que depende a autoridade em questão, o sistema dito do foro (a regra de conflitos ou choice-of-law rule), que designa qual o ordenamento com mais títulos de aplicação no caso concreto.

Resulta assim claro que diversas ordens de circunstâncias podem justificar a não aplicação dos comandos do direito interno português às situações familiares que busquem entre nós uma tutela jurídica e a sua consequente substituição por outros preceitos de direito internacional convencional, de direito estrangeiro ou de direito da União Europeia. É a esses condicionalismos que nos referiremos seguidamente, limitando contudo esta referência às situações em que tal ocorra a propósito da regulamentação

das relações familiares objecto da exposição anterior: as relações matrimoniais. E uma vez que aquele afastamento pode decorrer quer de preceitos de direito internacional quer dos mecanismos do direito internacional privado distinguiremos estas duas situações.

Divisão I. O direito internacional convencional das relações familiares

265. A recepção do direito internacional convencional no sistema jurídico português

No que se refere ao direito internacional público, há que registar antes de mais que falamos aqui do direito internacional convencional e que as normas disciplinadoras das relações familiares que nos podem interessar, porque referentes às relações matrimoniais, e que vinculam os órgãos portugueses de aplicação do direito, se encontram sobretudo em tratados multilaterais⁶, celebrados geralmente no âmbito de organizações internacionais, quer de carácter geral, como a Organização das Nações Unidas, quer regional, como o Conselho da Europa e a Comissão Internacional do Estado Civil.

No que respeita à Organização das Nações Unidas, importa salientar a Convenção de Nova Iorque, de 20.6.1956, sobre a cobrança de alimentos no estrangeiro, em vigor na nossa ordem jurídica desde 24.2.1965 (para o respectivo texto, cfr. o Decreto-lei n.º 45 492, de 28 de Setembro de 1964, no DG, n.º 228, I Série, da mesma data). Tendo recolhido um grande número de ratificações ou adesões, este texto visa facilitar ao credor de alimentos que

⁶ Recorde-se que, diferentemente, as Concordatas entre Portugal e a Santa Sé a que atrás se aludiu já constituem tratados bilaterais.

se encontre no território de um Estado contratante o pagamento de uma pensão devida por uma pessoa que se encontre noutro Estado contratante. Instituiu-se para o efeito um sistema de cooperação entre as autoridades dos dois Estados (art. 10.º). A autoridade do Estado em que se encontra o credor de alimentos (autoridade expedidora) organizará, a solicitação deste, um processo contendo os elementos para o efeito considerados necessários pela lei do país em que se encontra o devedor e procederá a um exame sumário do pedido e da documentação (art. 3.º), podendo dar o seu parecer sobre o bem fundado do pedido (art. 4.º). Após o que a instituição do país do devedor (instituição intermediária) tomará neste Estado as medidas necessárias à defesa dos direitos do credor de alimentos, agindo como mandatária deste: por exemplo, a propositura de uma acção de alimentos ou o pedido de reconhecimento e execução de decisões já proferidas noutros Estados contratantes (art. 6.º). Posteriormente, este sistema de cooperação viria igualmente a ser consagrado em diversos instrumentos de carácter bilateral relativos à mesma questão: o Acordo sobre cobrança de alimentos entre Portugal e Cabo Verde, de 3.5.1982 (para o respectivo texto, cfr. o Decreto do Governo n.º 45/84, de 3 de Agosto, no DR, n.º 179, I Série, da mesma data), a Convenção sobre a cobrança de alimentos entre a República Portuguesa e a República Democrática de S. Tomé e Príncipe, de 7.5.1984 (para o respectivo texto, cfr. o Decreto do Governo n.º 44/84, de 1 de Agosto, no DR, n.º 177, I Série, da mesma data) e a Convenção de cooperação judiciária entre Portugal e a França de 20.7.1983 (para o respectivo texto, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 1/84, de 8.11.1983, no DR, n.º 29, I Série, de 3.2.1984).

No âmbito do Conselho da Europa, os instrumentos internacionais relativos às relações familiares que vinculam internacionalmente o nosso país, reportam-se sobretudo a questões de adopção (assim a Convenção

Europeia de 24.4.1967, em matéria de adopção de crianças -- para o respectivo texto, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 4/90, de 20.12.1989, no DR, n.º 26, I Série, de 31.1.1990) e de filiação (é o caso da Convenção Europeia de 15.10.1975, sobre o estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento -- para o respectivo texto, cfr. o Decreto n.º 34/82, de 15 de Março, no DR, n.º 61, I Série, da mesma data --, e da Convenção Europeia de 20.5.1980, sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o reconhecimento da guarda de menores -- para o respectivo texto, cfr. o Decreto n.º 136/82, de 21 de Dezembro, no DR, n.º 293, I Série, da mesma data), pelo que não nos deteremos a seu respeito⁷.

Quanto à Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC), celebraram-se no seu seio numerosas convenções (34) em matéria de direito das pessoas, relações familiares e registo civil, e direito internacional privado, parte importante das quais se encontra em vigor na nossa ordem jurídica, tendo ainda sido aprovadas algumas recomendações (9) relativas a estas áreas do direito⁸. No domínio do direito matrimonial merece especial destaque a Convenção de 5.9.1980 relativa à emissão de um certificado de capacidade matrimonial (para o respectivo texto, cfr. o Decreto do Governo n.º 40/84, de 24 de Julho, no DR, n.º 170, I Série, da mesma data), pela qual cada Estado contratante se compromete a emitir um certificado de capacidade matrimonial, conforme o modelo anexo à Convenção,

⁷ Para uma apreciação dos trabalhos levados a cabo no seio do Conselho da Europa, veja-se, entre nós, NUNO ASCENSÃO SILVA, Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de menores e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais, 2 “Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família” (2005), p. 37-91.

⁸ Sobre a acção desta organização, cfr., por último, Sergio Marchisio, «Les conventions de la Commission internationale de l'Etat civil», in Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, Giuffrè Editore, p. 659-672, e Jacques Massip/Frits Hondius/Chantal Nast, La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC), The Hague, 2014, Kluwer.

sempre que um dos seus nacionais (ou um apátrida ou refugiado cujo estatuto pessoal seja regido pela lei do respectivo Estado) o solicite para o fim de celebrar o seu casamento no estrangeiro e preencha as condições para contrair esse casamento segundo a sua lei (arts. 1.º e 2.º). Por outro lado, embora não ratificados pelo nosso país, importa salientar que esta organização aprovou dois importantes instrumentos sobre o reconhecimento internacional dos nomes e apelidos (Convenção de 16.9.2005) e das uniões civis registadas (Convenção de 5.9.2007), cuja entrada em vigor na nossa ordem jurídica não é, em princípio, de excluir, uma vez que ambos foram objecto de assinatura por parte do Estado Português.

Importa referir ainda os casos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁹ e da União Europeia. Porque os instrumentos aprovados no seio destas organizações se referem sobretudo à problemática dos conflitos de leis e de jurisdições, far-lhe-emos menção mais tarde, quando nos referirmos a esta questão. Mas adiante-se desde já que, tratando-se também de tratados internacionais, o que dissermos em texto a propósito dos termos da sua aplicação na nossa ordem jurídica para eles valerá igualmente.

Todos estes instrumentos convencionais, assim como os demais a que ulteriormente se fará referência, são aplicáveis em Portugal, impondo-se às nossas autoridades, mau grado a sua natureza de actos de direito internacional. Na verdade, o art. 8.º, n.º 2, da Constituição prevê que “as normas constantes de convenções internacionais regular-

⁹ Para uma análise de um dos textos mais relevantes, em matéria jurídico-familiar, provenientes desta organização internacional, cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, v. I, Coimbra, p. 443-556, e, sobre a sua aplicação jurisprudencial, MOURA RAMOS, “Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar”, *RIJ*, ano 144.º (n.º 3392), p. 381-406.

mente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”. Com o intuito de fazer coincidir a imperatividade das regras que, à face do direito das gentes, obrigam o Estado Português, no plano dos sistemas internacional e interno, assim assegurando a conformidade destas duas ordenações, consagrou-se o que a doutrina tem chamado de cláusula geral de recepção plena, condicionada embora à publicação oficial (entendida como simples *conditio iuris*) das normas convencionais. A estas normas é igualmente reconhecido, pela *opinio iuris* e pela jurisprudência dominantes entre nós, um carácter supralegal, que tem por efeito o afastamento da aplicação dos comandos de origem interna que as contrariem, ainda que estes lhes sejam posteriores. Desta forma se assegura designadamente a conformidade entre o direito interno e o direito internacional que se encontra na base do já referido sistema de recepção plena.

Finalmente, quanto aos actos da União Europeia, também a sua imperatividade se encontra assegurada, decorrendo ela, quanto aos mais importantes de entre eles (os regulamentos) do artigo 288.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, onde se afirma que eles são directamente aplicáveis em todos os Estados-Membros, pelo que se torna desnecessária (e proibida até) qualquer medida nacional destinada a possibilitar a sua aplicação. E note-se que o seu lugar hierárquico no plano das fontes é reconhecido pelo mesmo artigo 8.º da Constituição, que depois de afirmar, no seu n.º 3, que «as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos», viria a precisar, no n.º 4, que «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito

pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático». Fica pois afastado assim qualquer problema quanto à produção da eficácia de tais actos no nosso ordenamento.

Divisão II. O direito internacional privado (comum, concordatário, convencional e comunitário) da família

266. Sequência

Analisados os termos em que a aplicação dos preceitos da nossa ordem jurídica é afastada, em sede matrimonial, pela vigência interna das normas de direito internacional convencional ou de direito da União Europeia é agora altura de considerarmos uma realidade diferente, aquela em que certas situações jurídicas deste tipo (as situações ditas plurilocalizadas, por se encontrarem em contacto com mais de uma ordem jurídica) são entre nós disciplinadas por um direito estrangeiro.

A este propósito, e após algumas considerações preliminares, ocupar-nos-emos sucessivamente da constituição, dos efeitos, da modificação e da extinção das relações matrimoniais.

267. Generalidades sobre a disciplina das situações plurilocalizadas

Nas situações plurilocalizadas, como dissemos, a determinação da lei competente (a lei que em princípio será aplicada quando a disciplina de tais situações é da competência das autoridades integradas num determinado sistema estadual) decorre de um conjunto particular de normas do ordenamento jurídico em causa — as normas de conflitos.

Tais normas revestem uma natureza bilateral quando determinam, como acontece com a maioria das existentes na nossa ordem jurídica, quer a competência da própria lei do foro quer a de leis estrangeiras (assim quase todas as regras contidas entre os arts. 24.º e 65.º CCiv), ao passo que se dizem unilaterais as que se limitam a reger o âmbito de aplicação espacial das normas do sistema a que pertencem (veja-se o art. 28.º, n.º 1, CCiv), deixando às regras dos ordenamentos estrangeiros a determinação do correspondente âmbito espacial de aplicação.

O sistema português (de normas de conflitos) obedece assim, no essencial, a um princípio de paridade de tratamento entre a lei do foro e as leis estrangeiras (no que respeita às relações plurilocalizadas), uma vez que a circunstância relevante para a aplicação de qualquer um destes sistemas jurídicos a tais situações é afinal a mesma: um determinado contacto (p. ex., a nacionalidade das partes, ou a sua residência ou o lugar da celebração de um acto) com uma das ordens jurídicas em presença. Verificada a existência dessa circunstância (designada por elemento de conexão) em relação a um certo ordenamento será pois esse o competente para a disciplina das situações plurilocalizadas no âmbito das matérias em que ele foi escolhido como elemento de conexão relevante. O que implica que, por exemplo, dispondo o art. 50.º CCiv que, em princípio, “a forma do casamento é regulada pela lei do Estado em que o acto é celebrado”, um casamento entre um francês e uma espanhola a celebrar em Lisboa deverá ser regido, quanto à respectiva forma, pelo direito português e que, em Portugal, deverá ser tido por formalmente válido o casamento celebrado em Berna de acordo com as prescrições formais do direito suíço também entre um francês e uma espanhola.

Importa contudo precisar que, no que toca às situações para as quais as nossas regras de conflitos consideram competentes leis estrangeiras, nem sempre o ordenamento por elas indicado será aquele

cujas normas materiais virão, em concreto, a ser aplicadas. Tal pode acontecer ou porque, em certas circunstâncias (mencionadas nos arts. 17.º e 18.º CCiv a propósito da problemática do reenvio), esse ordenamento se não considera competente para regular tais questões, ou porque o conteúdo da regulamentação nele prevista é de tal ordem que a sua aplicação à situação plurilocalizada sub *judice* ofenderia gravemente os princípios fundamentais de justiça em que se funda o sistema do foro (art. 22.º CCiv — exceção dita da “ordem pública internacional”)¹⁰, ou porque, pura e simplesmente, não foi possível apurar tal conteúdo (art. 23.º CCiv). Em quaisquer destes casos as regras referidas determinam qual a solução a observar.

Assinale-se ainda que a lógica do sistema (que vimos basear-se num princípio de igualdade de tratamento) só é levada às suas últimas consequências no que respeita às situações plurilocalizadas que pretendam constituir-se (ou modificar-se ou extinguir-se) entre nós. Tratando-se, pelo contrário, de negócios jurídicos do domínio do chamado estatuto pessoal¹¹ já constituídos (ou modificados ou extintos) no estrangeiro, o nosso legislador não exige, para reconhecer a validade dos actos jurídicos respectivos, que eles tenham feito aplicação da lei que as nossas regras de conflitos consideram competente na matéria — e que é, face ao art. 31.º, n.º 1, CCiv, a lei da nacionalidade. É que, inspirado pela ideia de protecção da

¹⁰ Para algumas hipóteses em que a nossa jurisprudência utilizou esta cláusula, em sede familiar, cfr. MOURA RAMOS, *L'ordre public international en droit portugais*, BFD 74 (1988), p. 45-62 (60-61).

¹¹ O art. 25.º CCiv integra nesta categoria, fazendo-os regular em princípio pelo que designa de lei pessoal dos respectivos sujeitos, “o estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte”. Sobre esta categoria, cfr. o estudo de NUNO ASCENSÃO SILVA, *Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão* (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 Anos do Código Civil), in AAVV, “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977”, v. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, p. 549-649.

confiança jurídica dos interessados que hajam celebrado um negócio jurídico pertinente ao âmbito do estatuto pessoal à luz de uma lei cuja competência se funde igualmente em títulos apreciáveis e que tenha dado origem a uma situação consolidada, o n.º 2 do mesmo artigo manda reconhecer igualmente em Portugal aqueles negócios jurídicos quando “celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei deste país, desde que esta se considere competente”.

Atentemos à luz destes preceitos na situação de dois portugueses que, residentes no Brasil, contrairam casamento neste país, mau grado a existência de uma situação que, considerada como impedimento dirimente pela lei interna portuguesa o não é contudo pelo direito brasileiro, ao abrigo do qual o matrimónio havia sido celebrado. Dispondo a regra de conflitos portuguesa pertinente (o art. 49.º CCiv) que “a capacidade para contrair casamento (...) é regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal”, o casamento deveria, por aplicação dos princípios em primeiro lugar expostos, ser tido por anulável, nos termos da al. a) do art. 1631.º do nosso CCiv, uma vez que esta sanção é cominada para uma tal hipótese pela lei portuguesa, que é a lei competente para regular a situação plurilocalizada em apreço nos termos das nossas regras de conflitos (no caso, o art. 49.º do CCiv integrado pelo disposto no art. 31.º, n.º 1, do mesmo diploma), dado ser a lei nacional (e portanto pessoal) dos nubentes. A circunstância de o acto ser perfeitamente válido à face do direito brasileiro, dado que a situação em questão não constituiria um impedimento à luz desta lei, seria irrelevante, uma vez que este direito não é o tido por competente para regular a capacidade matrimonial dos nubentes pela regra de conflitos citada. Mas dado o disposto no art. 31.º, n.º 2, CCiv, isto apenas significa que, se os dois citados cidadãos portugueses a residir no Brasil pretendessem constituir uma relação matrimonial

em Portugal, o direito para o efeito competente seria o português, e, como tal, o casamento (se aqui fosse celebrado) seria anulável nos termos referidos. Já não implica, antes pelo contrário, que havendo o casamento, em tal hipótese, sido celebrado no Brasil à face do direito brasileiro, e continuando embora por esse facto a ter sido celebrado à face de um ordenamento que nós temos como não competente para o efeito, não possa, apesar disso, ser reconhecido em Portugal, em atenção à protecção da confiança que os cônjuges naturalmente depositarão na validade de um acto que produziu os seus efeitos próprios num país tão fortemente ligado à sua vida pessoal como o Estado da sua residência habitual. É em face disso que, nos termos do referido art. 31.º, n.º 2, tal casamento, por ter sido celebrado no país da residência habitual dos declarantes, em conformidade com a lei desse país, desde que ela se considere competente, deverá ser reconhecido como válido entre nós.

Analisados assim em geral e de forma necessariamente breve os termos em que o nosso direito (conflitual) provê à disciplina das situações plurilocalizadas (ou através dos comandos da lei portuguesa ou dos de uma lei estrangeira), e sublinhado o especial regime de reconhecimento de certos negócios jurídicos do âmbito do estatuto pessoal, há agora que indagar qual o ordenamento jurídico tido por competente, à face do nosso sistema jurídico, para as várias questões que se suscitam no domínio das relações matrimoniais. Para tanto, consideraremos as diferentes regras de conflitos que nele se reportam a estas questões e que se encontram nos arts. 49.º a 55.º (a propósito, respectivamente dos requisitos de fundo e das formalidades do casamento, dos seus efeitos, quer pessoais quer patrimoniais, e da extinção e modificações da relação matrimonial) CCiv. Advirta-se no entanto, e pelas razões mencionadas anteriormente, que a aplicação destes comandos pode no entanto dever igualmente ceder perante outras regras de direito convencional ou

de direito da União Europeia que vinculem os órgãos portugueses de aplicação do direito e às quais haverá por força disso de fazer igualmente referência.

Secção Única. O casamento

268. Razão de ordem

Seguindo a sistematização utilizada pelas nossas regras de conflitos, abordaremos sucessivamente a disciplina da constituição da relação matrimonial, dos seus efeitos e da respectiva modificação e extinção.

Subsecção I. Constituição da relação matrimonial: o casamento como acto

269. Requisitos de fundo

A propósito da constituição da relação matrimonial, são duas as regras de conflitos que se referem, no nosso CCiv, ao casamento como acto. Em primeiro lugar o art. 49.º, que disciplina a questão dos requisitos de fundo do casamento (capacidade e consentimento) referindo-se para o efeito à lei pessoal de cada um dos nubentes (que já sabemos ser a lei nacional), seguindo igualmente a mesma solução em sede de convenção antenupcial.

A estatuição legal compreende-se facilmente, no quadro de opções do nosso legislador conflitual. Tendo constituído uma categoria integrada por matérias fortemente ligadas à pessoa (o estatuto pessoal),

nelas incluindo a capacidade e as relações de família, que sujeitou a uma ordem jurídica cuja ligação àquela se caracterizava pela estabilidade e permanência, não fazia sentido não seguir essa solução a propósito dos requisitos substanciais de um acto por essência pessoal e cuja vocação de permanência era clara ao menos no quadro de referências em que se movia o legislador de 1966. Daí que a opção pela lei nacional (entretanto escolhida como lei pessoal com o objectivo (eminentemente político) de por essa forma reforçar a ligação à mãe-pátria dos portugueses residentes no estrangeiro, através da sujeição à lei portuguesa dos actos tidos por mais significativos da sua vida jurídica) se apresentasse como indeclinável. Como de igual modo se compreende que, pela acima citada regra do art. 31.º, n.º 2, se reconheça a validade dos casamentos e convenções antenupciais não celebrados ao abrigo desta lei se estiverem preenchidos os requisitos de fundo do acto previstos numa outra legislação igualmente dotada de uma ligação estável aos nubentes — a lei da sua residência habitual.

Ao referir-se à lei pessoal de cada um dos nubentes, a regra do art. 49.º consagra a opção por um sistema de aplicação distributiva, combinada ou acoplada de duas leis, quando no casamento ou na convenção antenupcial intervenham nacionais de Estados diferentes¹². Em tais casos, a validade do consentimento e a existência de capacidade serão apreciadas, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal, o que, porém, no caso de impedimentos bilaterais, poderá conduzir a um resultado semelhante ao que se

¹² Para maiores desenvolvimentos, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, O casamento no direito internacional privado. Alguns aspectos, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, v. I, (cit. supra, nota 7), p. 415-441. E, para as soluções a este propósito acolhidas no ordenamento espanhol, cfr. Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español, Navarra, 2002, Editorial Aranzadi.

obteria se se houvesse preferido um sistema de aplicação cumulativa (em que os requisitos das duas leis se aplicariam simultaneamente). Revestem-se de carácter bilateral os impedimentos relativos, que se fundam numa relação da pessoa de que se trata com outra ou outras, e só lhe proíbem o casamento com essa ou essas pessoas, e ainda os impedimentos absolutos que, não obstante se filiarem numa qualidade da pessoa e impedirem o seu casamento com quem quer que seja, impedem a válida celebração do casamento quando contidos na lei pessoal de um dos nubentes, ainda que digam respeito ao outro, e não sejam relevantes para a lei pessoal deste. O carácter bilateral dos impedimentos absolutos apura-se por interpretação, parecendo deverem incluir-se neste número as circunstâncias constantes das als. b) e c) do art. 1601.º CCiv.

270. Requisitos de forma

Em segundo lugar, e em matéria de forma do casamento, o art. 50.º consagra a competência da lei do Estado em que o acto é celebrado (*lex loci celebrationis*), salvo o disposto no art. 51.º, que se refere a três situações particulares.

A primeira (prevista no n.º 1) permite o casamento de dois estrangeiros em Portugal na forma prevista pela lei nacional de qualquer dos contraentes perante os respectivos agentes diplomáticos ou consulares, na única condição de a respectiva lei reconhecer igual competência aos agentes diplomáticos e consulares portugueses (princípio da reciprocidade).

De forma algo paralela, permite-se no n.º 2 do mesmo artigo o casamento no estrangeiro de dois portugueses ou de português e estrangeiro perante agente diplomático ou consular do Estado

Português ou perante os ministros do culto católico. Se a primeira possibilidade se refere ao clássico casamento consular (agora entre portugueses ou em que intervenha um português — e correspondente pois ao previsto no n.º 1), já a segunda parece resultar do papel reconhecido ao casamento católico no quadro do sistema de casamento civil facultativo previsto pela nossa lei¹³ — assim se explica que aos portugueses seja garantida a possibilidade de celebrar o casamento perante um ministro do culto católico, ainda que no estrangeiro. Dir-se-á assim que a norma será afinal a consequência de uma tal faculdade, à face da nossa lei, integrar o estatuto da substância do acto, que não o da sua forma. Ressalva-se porém que tanto num caso como noutro se exige que o casamento tenha sido “precedido do processo de publicações, organizado pela entidade competente, a menos que ele seja dispensado nos termos do art. 1599.º” (n.º 3 do mesmo artigo 51.º)¹⁴. Resulta assim claramente que tal casamento é, em ambos os casos, um casamento “de direito português” sujeito a uma das regras fundamentais deste ordenamento, que é a da exigência da capacidade civil (dos cônjuges portugueses) para a celebração do casamento, mesmo canónico (vide o art. 1596.º CCiv).

O n.º 4 do art. 51.º estipula, por sua vez, que “o casamento de dois portugueses ou de português e estrangeiro, em harmonia com as leis canónicas, é havido como casamento católico, seja qual for a forma legal de celebração do acto perante a lei local, e à sua transcrição servirá de base o assento do registo paroquial”¹⁵.

¹³ Vide supra, Capítulo I.

¹⁴ Sobre o sentido a atribuir a este preceito, cfr. HELENA MOTA, O regime de bens dos casamentos celebrados por portugueses no estrangeiro – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 1.7.2003, Rec. 1943/03, 11 “Cadernos de Direito Privado” (Julho/Setembro 2005), p. 40-46.

¹⁵ No sentido da inconstitucionalidade desta regra pronunciou-se MARQUES DOS SANTOS, Constituição e Direito Internacional Privado. O estranho caso do artigo 51.º,

O que significa que o particular casamento de direito português aqui tido em consideração (e que pode inclusivamente ser proibido pela lei do Estado em que a sua celebração ocorre, por esta não admitir o casamento religioso) é um casamento católico, e não um casamento civil. Nestas circunstâncias, a regra do art. 51.º é uma regra que dispõe sobre os efeitos de um acto (o casamento no estrangeiro de dois portugueses ou de português e estrangeiro perante um ministro do culto católico), precisando aqueles que lhe são reconhecidos (e que são os que correspondem ao casamento canónico e não já ao casamento civil) na ordem jurídica portuguesa. Efeitos que podem não ser reconhecidos por mais nenhum sistema jurídico. Coerentemente com esta qualificação, saliente-se ainda que os nossos tribunais já decidiram (ac. da Rel. de Coimbra de 30.5.1973, in *BMJ* n.º 227 (1973), p. 225) que a regra do art. 51.º, n.º 3 (introduzida no nosso sistema pelo art. 176.º *CRégCiv* de 1959, donde transitaria para o *CCiv* de 1966) apenas se aplica aos casamentos celebrados posteriormente a 1 de Janeiro de 1959 (data de entrada em vigor daquele diploma).

Finalmente, acompanhamos os autores que entre nós têm contestado o carácter imperativo da regra do art. 50.º noutras hipóteses que não as do art. 51.º e que admitem, designadamente, a validade do casamento entre estrangeiros celebrado num terceiro país de acordo com os preceitos da lei pessoal respectiva, ao menos nos casos em que tal seja admitido pela lei do lugar onde o casamento foi celebrado.

n.º 3, do Código Civil, in “*Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976*”, vol. III, p. 367-390 [a norma passou a figurar no n.º 4 do art. 51.º com o Decreto-lei n.º 324/2007, de 28/9, que desdobrou em dois preceitos (o do n.º 2 e o do n.º 3) a norma do antigo n.º 2, passando a constar no n.º 3 a constar do n.º 4]. E, sustentando a tese adversa, veja-se a síntese das posições que oferecemos no nosso trabalho *Linhas gerais da evolução do direito internacional privado português posteriormente ao Código Civil de 1966*, in *AAVV*, “*Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*”, v. II – *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil* (cit. supra, nota 10), p. 501-547 (530-532).

271. Consequências da violação das regras aplicáveis à constituição da relação matrimonial

As consequências da violação das regras (de fundo ou de forma) aplicáveis à celebração do casamento são naturalmente as cominadas na legislação que haja sido violada.

272. Direito Concordatário

Saliente-se, contudo, como se referiu em anteriores capítulos desta obra, que na actualidade, e por força do disposto no artigo 1625º do Código Civil¹⁶, “o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes”. O que implica que, tratando-se assim de situações reguladas por tribunais inseridos numa outra ordem jurídica – a ordem jurídica canónica – o nosso direito tenha de dispôr sobre os termos da eficácia destas decisões (pertinentes pois a uma ordem jurídica estranha) no nosso sistema jurídico. Note-se que, a este respeito, o legislador optou por consagrar um regime jurídico próprio, distinto do constante em geral para o reconhecimento das sentenças estrangeiras no artigo 980.º do Código

¹⁶ Até 18 de Dezembro de 2004, a solução decorria também do direito convencional, no caso do artigo 25º, número 1, da Concordata de 7 de Maio de 1940 entre Portugal e a Santa Sé, que naquela data foi substituída pela Concordata de 18 de Maio de 2004, entre as mesmas Partes Contratantes. Para uma visão global deste novo instrumento convencional, cfr. Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé – República Portuguesa 18 de Maio de 2004 (cit. supra, nota 1), e, para os seus reflexos no domínio do direito internacional privado, MOURA RAMOS, A Concordata de 2004 e o Direito Internacional Privado Português, 135 “Revista de Legislação e Jurisprudência” (Maio-Junho 2006), nº 3938, p. 277-305, e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, Breve Nota sobre o novo modelo concordatário de reconhecimento de decisões eclesiásticas matrimoniais, in “Estudos sobre a Nova Concordata Santa Sé – República Portuguesa 18 de Maio de 2004” (cit. nesta nota), p. 87-99.

de Processo Civil¹⁷, assim seguindo a orientação constante já da anterior Concordata. Simplesmente, enquanto o n° 2 do artigo 25° da Concordata de 1940, dispunha que as decisões e sentenças dos tribunais e repartições eclesiásticas competentes, quando definitivas, subiam para verificação ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, sendo depois transmitidas, com os respectivos decretos daquele Supremo Tribunal, pela via diplomática, ao Tribunal da Relação do Estado, territorialmente competente, que as tornava executivas e mandava proceder ao seu averbamento nos registos de estado civil, à margem da acta do casamento, o que redundava numa total dispensa de revisão e confirmação destas decisões¹⁸, já o artigo 16° da Concordata de 2004 vem alinhar este regime com o princípio geral, vigente no nosso sistema jurídico, do reconhecimento por controlo prévio, ao prescrever, no seu número 1, que “as decisões referentes à nulidade e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado pelas autoridades competentes, verificadas pelo órgão eclesiástico de controlo superior, produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado”. De qualquer modo, reconheça-se que se

¹⁷ Sobre este preceito, tal como ficou redigido no Código de 2013, cfr. MOURA RAMOS, O Direito Processual Civil Internacional no novo Código de Processo Civil, 143 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (Novembro-Dezembro 2013), n° 3983, p. 82-106 (97-99).

¹⁸ Assim, por exemplo, FERRER CORREIA, Lições de Direito Internacional Privado, I, Coimbra, 2000, Almedina, p. 465, e LIMA PINHEIRO, Direito Internacional Privado, v. III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2ª edição refundida, Coimbra, 2012, Almedina, p. 493.

Na jurisprudência, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1978 (in 278 BMJ (Julho de 1978), pp. 228-238) pronunciar-se-ia no sentido de os nossos tribunais só poderem “recusar a referida executoriedade quando as decisões não venham acompanhadas ou revestidas de todos os requisitos meramente formais, em caso algum se examinando o mérito da decisão”, acrescentando que o facto de o casamento ter sido dissolvido por divórcio “não prejudica a concessão de executoriedade à dispensa de casamento rato e não consumado pronunciada por decisão do tribunal eclesiástico competente e verificada pelo Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica”.

continuam a consagrar, ainda que no interior do mesmo modelo geral, algumas especificidades no reconhecimento das sentenças eclesiásticas¹⁹, que levaram o legislador a afastar, ao menos formalmente, a aplicação do artigo 980.º do Código de Processo Civil, e a prever, no número 2 do artigo 16º da Concordata de 2004, quais as condições de que fica dependente o reconhecimento destas decisões e que cumpre ao tribunal estadual verificar. E dizemos formalmente porque as condições de que nesta disposição se faz depender o reconhecimento das decisões da jurisdição eclesiástica (carácter definitivo, autenticidade, competência da jurisdição eclesiástica, respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade e pela ordem pública internacional do Estado Português) acabam por não se afastar fundamentalmente das que o direito comum do reconhecimento das sentenças estrangeiras elenca no já referido artigo 980.º do Código de Processo Civil²⁰. Pelo que se pode dizer que a nova Concordata veio afinal a reconduzir o reconhecimento das decisões eclesiásticas à matriz geral que no nosso ordenamento preside ao reconhecimento das decisões estrangeiras, para além de aquele texto deixar de dar guarida a uma qualquer reserva da jurisdição eclesiástica, como acontecia até 2004, resultando a competência que a estes tribunais é reconhecida tão só de normas de direito pátrio (e não já de textos convencionais, em relação aos quais se pode pois dizer que é maior a dificuldade da respectiva alteração), designadamente do já referido artigo 1625º do Código Civil.

¹⁹ Sobre a situação que a este respeito se vive em Itália, cfr. Saverio De Bellis, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio alla luce della legge di riforma del diritto internazionale privato*, in «*Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*», II – *Diritto dell'Unione Europea, Diritto Internazionale Privato, Diritto Pubblico*, Milano, 1999, Giuffrè, p. 657-667.

²⁰ Cfr. a respectiva demonstração no nosso estudo citado supra, na nota 15.

273. Direito Convencional

Quanto ao direito convencional, há que salientar a este propósito as regras da Convenção da Haia de 12.6.1902 sobre os conflitos de leis em matéria de casamento (ver a Carta Régia de 7.2.1907, in DG, n.º 62, de 18.3.1907) que vincula actualmente Portugal, a Itália e a Roménia. Segundo este texto, que se aplica apenas aos casamentos celebrados no território dos Estados contratantes, entre nubentes dos quais ao menos um tenha a nacionalidade dum desses Estados e quando a lei designada pelos seus preceitos for a de um Estado contratante (art. 8.º), é a lei nacional dos futuros nubentes, a menos que ela faça referência expressa a uma outra lei, que regula o direito a contrair casamento (art. 1.º), mas a lei do lugar da celebração pode proibir em certos casos o matrimónio de estrangeiros que contrarie as suas leis (art. 2.º) e permiti-lo noutros, mau grado as disposições da lei nacional, quando estas se fundam exclusivamente em razões de ordem religiosa, não sendo em tais casos os demais Estados contratantes obrigados a reconhecer uma tal união (art. 3.º). Os casamentos celebrados de acordo com a lei local serão reconhecidos como válidos, quanto à forma, salvo nos países da nacionalidade dos nubentes que para eles exijam celebração religiosa ou que vejam violada a respectiva lei nacional em matéria de publicações (art. 5.º). São igualmente reconhecidos como formalmente válidos os casamentos celebrados perante agentes diplomáticos ou consulares de acordo com a lei do respectivo Estado, quando nenhum dos contraentes é súbdito do Estado onde o matrimónio foi celebrado, desde que este Estado a tal se não oponha com fundamento num casamento anterior ou num obstáculo de ordem religiosa (art. 6.º). Finalmente, será ainda reconhecido o casamento formalmente nulo à face da lei do lugar da celebração se houver observado a forma prescrita pela lei nacional de cada um dos cônjuges (art. 7.º).

273-a. Direito da União Europeia

Sem ter interferido com a disciplina material do vínculo matrimonial, importa no entanto referir que o direito da União Europeia regula presentemente alguns aspectos do regime processual da respectiva anulação (em termos que valem igualmente para a separação e o divórcio). Assim, a partir de 1 de março de 2005²¹, é aplicável, aos processos civis relativos ao divórcio, à separação e à anulação do casamento e aos demais processos reconhecidos nos Estados-Membros²², o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27.11.2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000²³, que não prejudica contudo, nos termos do seu art. 63.^{o24}, n.º 1, a Concordata entre Portugal e a Santa Sé.

²¹ Nos termos do artigo 72.º do acto que a seguir se refere no texto.

²² Por este termo se entendendo todos os Estados-Membros da Comunidade Europeia com excepção da Dinamarca.

²³ Para o respectivo texto, cfr. o JOUE, L, 381, de 23.12.2003, p. 1-29. Sobre este instrumento, que entrou em vigor em 1.8.2004, cfr., para maiores desenvolvimentos, MARIA HELENA BRITO, O Regulamento (CE) n.º2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, v. I, (cit. supra, nota 8), p. 305-356, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Ausgewahlte Probleme aus dem Anwendungsbereich der Verordnung (EG) N 2201/2003 und des Haager Ubereinkommens v. 19. 10. 1996 uber den Schutz von Kindern, 52 “Zeitschrift fur das gesamte Familienrecht” (2005), p. 1612-1615, e LIMA PINHEIRO, O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paternal. Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, 66 “Revista da Ordem dos Advogados” (2006), p. 517-546.

Quanto ao regulamento mencionado como revogado na designação do acto referido em texto, tratava-se de um acto do Conselho, de 29.5.2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal (para o respectivo texto, cfr. o JOCE L 160, de 30.6.2000, p. 19-29) Veja-se o art. 71º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

²⁴ Entretanto alterado, mas em termos que não contendem com a questão que nos ocupa, na sequência da adesão de Malta à União Europeia (1.05.2004), pelo

Nos termos do art. 3.º deste Regulamento, são competentes para as questões de anulação do casamento, em pedido principal ou reconvenicional (art. 4.º), os tribunais do Estado-Membro onde se situe a residência habitual dos cônjuges, a sua última residência habitual na medida em que um deles aí ainda resida, a residência habitual do requerido, a residência habitual dos cônjuges, tratando-se de pedido conjunto, ou a residência habitual do requerente, se aí tiver residido pelo menos no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou por seis meses, se for nacional desse Estado ou aí se encontre “domiciliado”²⁵, no caso do Reino Unido e da Irlanda, ou os tribunais do Estado da nacionalidade de ambos os cônjuges (ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, do “domicílio” de ambos os cônjuges). Tais competências, nos termos do art. 6.º, revestem carácter exclusivo em relação aos cônjuges que tenham a sua residência habitual no território de um Estado-Membro ou dele sejam nacionais (ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, nele tenham o seu “domicílio”). Quando nenhum tribunal de qualquer dos Estados-Membros seja competente nos termos referidos, a lei processual civil portuguesa²⁶ regerá, em Portugal, a competência dos nossos tribunais (art. 7.º).

Para além da competência, o regulamento disciplina ainda o momento em que se considera que o processo foi instaurado (art. 16.º), vincula o tribunal de um Estado-Membro onde seja instaurado um processo para o qual não tenha competência e para o qual

Regulamento (CE) n.º 2116/2004, de 2 de Dezembro (para o respectivo texto, cfr. o JOUE, L, 367, de 14.12.2004, p. 1-2).

²⁵ Na particular acepção que a este termo é dada pelos sistemas jurídicos do Reino Unido e da Irlanda.

²⁶ Hoje, os artigos 59.º e 62.º e 63.º do Código de Processo Civil de 2013. Sobre o regime aí consagrado, cfr. MOURA RAMOS, O Direito Processual Civil Internacional no novo Código de Processo Civil (cit. supra, nota 16), p. 85-97.

o tribunal de outro Estado-Membro seja competente, a declarar-se oficiosamente incompetente (artigo 17.º) e a suspender a instância em caso de falta de comparência do requerido não residente nesse Estado enquanto se não estabelecer que ele foi devidamente notificado do acto introdutório da instância a tempo de deduzir a sua defesa ou que foram efectuadas todas as diligências nesse sentido (artigo 18.º), disciplina o regime da litispendência (artigo 19.º, n.ºs 1 e 3), e a competência para as medidas provisórias e cautelares (artigo 20.º).

Em sede de reconhecimento, o art. 21.º impõe o reconhecimento automático (“sem quaisquer formalidades”) das decisões proferidas num Estado-Membro pelos demais e admite que qualquer parte interessada pode solicitar esse reconhecimento ou o não reconhecimento. Nos termos do art. 22.º, n.º 1, a decisão não será reconhecida se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, se o acto introdutório da instância ou acto equivalente não tiver sido comunicado ao requerido revel em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa (a menos que se ache estabelecido que ele aceitou a decisão de forma inequívoca) ou se for inconciliável com outra decisão proferida entre as mesmas partes ou no Estado requerido ou, noutro Estado-Membro ou num país terceiro, desde que essa decisão seja anterior e reúna as condições necessárias para o reconhecimento no Estado-Membro requerido. Prescreve-se ainda a exclusão do controlo da competência do Estado-Membro de origem, não podendo esta matéria ser integrada na excepção de ordem pública (art. 24.º), precisa-se que o reconhecimento não pode ser negado em virtude de o Estado-Membro requerido não reconhecer relevância para o efeito pretendido aos mesmos factos (art. 25.º) e proscreeve-se totalmente a revisão de mérito (art. 26.º).

274. Outras relações disciplinadas pela lei pessoal

Verifica-se assim, na linha do disposto no citado art. 25.º CCiv., que as regras da lei nacional dos contraentes exercem uma influência decisiva em matéria de constituição do casamento. A mesma lei, no silêncio do nosso legislador conflitual, deverá igualmente regular outras relações a que seja por igual reconhecida natureza análoga à das relações familiares. É o que se passa com a promessa de casamento, quando celebrada entre pessoas cuja lei pessoal lhe reconheça um carácter pessoal. E o mesmo ocorre com certas uniões de facto juridicamente relevantes, entre as quais parece dever contar-se a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em união de facto há mais de dois anos tutelada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (veja-se em particular o art. 7.º deste diploma), e as uniões registadas (registered partnerships) de pessoas do mesmo sexo a que em algumas ordens jurídicas têm vindo recentemente a ser reconhecidos alguns dos efeitos do casamento — neste sentido, por último, o art. 58.º CCiv de Macau que contém uma regra de conflitos sobre a união de facto, os seus pressupostos e efeitos, sujeitando-a à lei da residência habitual comum dos unidos de facto e, na falta desta, à lei do lugar com a qual a situação se ache mais estreitamente conexa. Com o que se não pretende excluir, no entanto, o natural jogo da ordem pública internacional²⁷, a verificarem-se, naturalmente, in casu, os pressupostos da sua actuação.

²⁷ Em particular sobre esta questão, cfr. Helena Mota, A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Junho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, in «Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heirich Ewald Horster», Coimbra, 2012, Almedina, p. 261-284.

Subsecção II. Efeitos do casamento: o casamento como estado

275. Aspectos gerais

Em sede de efeitos do casamento notamos a mesma predilecção pela lei pessoal, nas normas dos arts. 52.º, 53.º e 54.º CCiv, que regem em matéria de relações entre os cônjuges, convenções antenupciais e regime de bens. É assim que o primeiro daqueles preceitos se refere, quanto às relações entre os cônjuges, à lei nacional comum, e, na sua falta, à lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa, enquanto que o segundo consagra, em sede de substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, legal ou convencional, a competência da lei nacional dos nubentes ao tempo da celebração do casamento, na falta desta da lei da sua residência habitual comum na mesma data e, enfim, da lei da primeira residência conjugal.

Para além de um não negligenciável espaço de convergência, traduzido pela opção a favor da lei nacional comum e, na falta desta, da lei da residência habitual comum dos cônjuges, existem várias diferenças entre as duas regras que naturalmente justificaram a respectiva autonomia. Assim, e quanto à respectiva hipótese legal, o art. 52.º versa em geral as relações entre os cônjuges, salvo na medida em que algum dos aspectos que delas relevam seja referido no art. 53.º, tendo portanto um carácter residual, enquanto esta última regra disciplina apenas a substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, legal ou convencional²⁸. Depois,

²⁸ Recorde-se que, como acentuámos supra, as questões da capacidade e do consentimento para celebrar a convenção antenupcial são reguladas, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal.

e agora quanto à respectiva estatuição, a conexão do art. 52.º é uma conexão móvel, ao passo que no art. 53.º se consagra uma conexão fixa, referida ao momento da celebração do casamento; enfim, a última conexão relevante para os efeitos do art. 52.º aponta para a lei do país com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas enquanto no contexto das matérias a que se refere o art. 53.º é relevante a lei da primeira residência conjugal.

276. Autonomização da disciplina conflitual dos efeitos do casamento dependentes de um determinado regime de bens

Deixando por agora este último aspecto, há que referir que a questão essencial que a autonomização da regra do art. 53.º levanta é a da justificação da submissão de certas matérias — a substância e os efeitos das convenções antenupciais e do regime de bens, legal ou convencional — a uma conexão fixa, já que quanto ao resto se trata de fazer aplicar a lei pessoal comum dos cônjuges. O traço distintivo das matérias que acabámos de mencionar está no seu carácter convencional (as partes são livres de fazer ou não uma convenção antenupcial e a aplicação deste ou daquele regime de bens, mesmo do legal, é afinal uma consequência da manifestação — ou não — da sua vontade), por oposição ao que se passa com os efeitos pessoais do casamento e mesmo com o chamado estatuto matrimonial primário (regime de administração dos bens do casal e dos contratos entre cônjuges, designadamente), que se caracteriza precisamente por integrar regras que se encontram subtraídas na sua aplicação à vontade dos nubentes. Ora é precisamente o respeito pela natureza convencional reconhecida àquelas matérias que se reflecte no domínio do direito de conflitos ao determinar a escolha de uma conexão fixa que, “impedindo uma sucessão de estatutos nesta matéria, procura assegurar o respeito pelas expectativas que as

partes podiam ter tido ao celebrarem o casamento, de acordo com a vontade que estas teriam expressa ou tacitamente manifestado”²⁹.

Se a fixação da conexão no momento da celebração do casamento satisfaz a componente convencional do instituto, é a dimensão institucional deste que justifica a escolha de uma conexão pessoal. E daí que a regra do art. 53.º se limite às matérias de carácter patrimonial (pois só para estas a vontade dos nubentes pode ser de algum relevo) que sejam susceptíveis de ser objecto de uma regulamentação diversa conforme o regime de bens escolhido. Entendimento este que é confirmado pela norma do art. 54.º, n.º 1, que permite aos cônjuges modificar o regime de bens, legal ou convencional, se a tal forem autorizados pela lei competente nos termos do art. 52.º³⁰. O legislador coloca assim a questão da mutabilidade do regime matrimonial, que ademais disciplina directamente através de uma regra de direito internacional privado material que proíbe terminantemente o efeito retroactivo da nova convenção seja o que for que a tal respeito se preveja na lei competente (art. 54.º, n.º 2), no âmbito da lei designada pela regra de conflitos do art. 52.º, que rege pois as relações pessoais e as relações patrimoniais do casamento que não são susceptíveis de ser objecto de regulamentação diversificada consoante o particular regime de bens escolhido — é o que acontece com a questão da mutabilidade do regime de bens, que recebe uma resposta legislativa única da ordem jurídica, independentemente do regime de bens escolhido. Os cônjuges podem naturalmente influenciar as relações

²⁹ Cfr. BAPTISTA MACHADO, Lições de direito internacional privado, Coimbra, 1982, Almedina, p. 408.

³⁰ Para uma análise crítica desta disposição, no contexto de uma concepção unitária do estatuto dos efeitos patrimoniais do casamento, cfr. Helena Mota, Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado. Em especial, o regime matrimonial primário, Coimbra, 2012, Coimbra Editora, especialmente p. 431-448.

patrimoniais que entre si pretendam estabelecer após o casamento através da escolha de um ou outro regime de bens, mas já lhes está vedado influenciar a opção legislativa quanto ao carácter mutável ou não de tal escolha. Daí que, na lógica do critério referido, se imponha a inclusão da questão da mutabilidade dos regimes matrimoniais no âmbito da lei designada pela regra de conflitos do art. 52.º, retirando-a expressamente do domínio da lei competente nos termos do art. 53.º. Assim entendida, a regra do art. 54.º, n.º 1, ao resolver um problema de qualificação, limita-se a contribuir para a explicitação do sentido do critério de delimitação do âmbito respectivo de competência das leis designadas pelos arts. 52.º e 53.º. E apenas o seu n.º 2 exerce uma autónoma função regulamentadora, ao limitar, em nome do interesse de terceiros, a aplicação das soluções contidas nas leis designadas pela regra do art. 52.º

Ainda a propósito do art. 53.º, facilmente se compreende a opção, feita na parte final do seu n.º 2, em favor da lei do primeiro domicílio conjugal. Com efeito, pretendendo vincular a lei competente a uma conexão fixa e reportada ao momento do casamento, o legislador orientou-se naturalmente, na falta de uma residência habitual comum nesse momento, pela lei da primeira residência conjugal, implicitamente assumindo que esta se viria a constituir com o casamento.

Resta acrescentar que o art. 53.º, n.º 3, dispõe expressamente que “se for estrangeira a lei aplicável e um dos nubentes tiver a sua residência habitual em território português, pode ser convencionado um dos regimes admitidos neste Código”. Trata-se de mais um afloramento do carácter convencional das matérias objecto da previsão da regra de conflitos do art. 53.º, que agora se traduz numa particular (ainda que limitada) manifestação da vontade das partes. Na verdade, na hipótese de a lei aplicável ser estrangeira, o regime de bens do casamento será o (de carácter legal ou convencional) previsto nessa lei.

Mas na hipótese de um dos cônjuges residir em território português, no momento do casamento ou em momento posterior (o de uma nova convenção, se a lei designada pelo art. 52.º admitir a mutabilidade do regime matrimonial), fica autorizada a escolha de um dos regimes previstos no CCiv. Tal escolha é válida mesmo nos casos em que as regras imperativas da lei competente a não admitam (se assim não fosse o preceito seria inútil), buscando antes o seu fundamento legal na própria norma do art. 53.º, n.º 3, razão por que vemos neste preceito uma manifestação limitada da autonomia conflitual³¹. A regra pode naturalmente conduzir à formação de situações jurídicas claudicantes na hipótese, por exemplo, de os nubentes convencionarem a aplicação do regime português da comunhão de bens quando a lei competente preveja apenas um regime de comunhão de adquiridos e um regime de separação, sendo este último o regime legal.

277. Relações pessoais do casamento e estatuto matrimonial primário

Regressando agora ao art. 52.º, e justificado o âmbito de questões que devem ser reconduzidas à competência da lei por ele designada, resta aludir à escolha conflitual contida no seu n.º 2, para o caso de os cônjuges não terem nacionalidade nem residência habitual comum, e que privilegia a lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas. A flexibilidade da regra, pouco comum no nosso sistema que favorece as conexões rígidas³², resulta da vontade do legislador de en-

³¹ Diferentemente, LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, vol. II, *Direito de Conflitos. Parte Especial*, 3.ª edição refundida, p. 300.

³² Veja-se MOURA RAMOS, *Droit international privé vers la fin du XXème siècle: avancement ou recul — Rapport Portugais*, in Symeon C. Symeonides (ed.), “Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress”, *Kluwer Law International*, 2000, p. 349-382 (357-358).

contrar uma conexão comum aos dois cônjuges (no respeito do princípio constitucional da igualdade³³) e da dificuldade da sua determinação em geral, em tais hipóteses. Razão por que se optou por confiar uma tal escolha ao juiz, convidando-o a concretizar in casu o princípio geral da conexão mais estreita. O poder assim expressamente reconhecido ao juiz de concretizar este princípio geral parece justificar-se ainda quando os cônjuges tenham uma nacionalidade ou residência habitual comum — na hipótese, decerto que deveras excepcional, de se poder demonstrar de forma inequívoca que a vida familiar se apresentava mais estreitamente conexa com uma outra ordem jurídica³⁴.

278. Direito Convencional

Há ainda que mencionar que Portugal se encontra vinculado, juntamente com a Itália e a Roménia, à Convenção da Haia de 17.7.1905 concernente aos conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e sobre os bens dos cônjuges (ver a Carta de

³³ Tal como a descrevemos a solução remonta à Reforma de 1977. Anteriormente, na redacção inicial do Código de 1966, a opção era no sentido da lei pessoal do marido. Cfr. MOURA RAMOS, Portugal — Droit de la famille — Dispositions intéressant le droit international privé, 67 “Revue critique de droit international privé” (1978), p. 598-603, e A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família, in “Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da reforma de 1977”, v. I – Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, 2004, Coimbra Editora, p. 725-742.

Para uma referência aos problemas suscitados recentemente nos nossos tribunais pela sucessão no tempo destas regras de conflitos, ainda que a propósito da regra de conflitos do artigo 53º, cfr. HELENA MOTA, A aplicação no tempo da regra de conflitos sobre o regime de bens e o controlo da sua (in)constitucionalidade. Breve reflexão a propósito de alguma jurisprudência recente, in “Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos”, v. I (cit. supra, nota 8), p. 239-262.

³⁴ Assim, JOSÉ CUNHAL SENDIM, Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português, 7 “Direito e Justiça” (1993), p. 349-369, e MOURA RAMOS, Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal, in “Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado”, Coimbra, 1995, Coimbra Editora, p. 295-323 (307-309).

12.6.1912, in DG, n.º 175, de 27.7.1912). Este texto, que apenas se aplica quando as respectivas regras designam a lei de um Estado contratante (art. 10.º), submete as relações pessoais dos cônjuges à lei nacional (art. 1.º) e os efeitos do casamento sobre os bens, na ausência de convenção antenupcial, à lei nacional do marido no momento da celebração do casamento (art. 2.º), remetendo para a lei nacional de cada um dos cônjuges no momento do casamento a questão da capacidade para celebrar a convenção antenupcial (art. 3.º) e para a lei nacional dos cônjuges a possibilidade de, na constância do matrimónio, celebrar nova convenção nupcial ou alterar ou rescindir, sempre sem efeito retroactivo em prejuízo de terceiro, convenções anteriores (art. 4.º). A convenção antenupcial é regida, quanto à validade intrínseca e aos efeitos, pela lei nacional do marido no momento da celebração do casamento ou, tratando-se de convenção outorgada na constância do casamento, pela lei nacional dos cônjuges no momento da respectiva outorga (art. 5.º). E será tida por formalmente válida se respeitar as condições quer da lei do lugar da celebração, quer da lei nacional de cada um dos nubentes no momento da celebração do casamento, quer da lei nacional de cada um dos cônjuges, se for celebrada na constância do casamento (art. 6.º). Finalmente, a Convenção não se aplica aos imóveis constituídos, pela lei da sua situação, sob um regime predial especial (art. 7.º) e explicita ainda que, não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade na constância do matrimónio, atender-se-á em tais casos à sua última legislação comum (art. 9.º, n.º 2).

Saliente-se contudo que, da mesma forma que vimos suceder no direito internacional privado comum³⁵, também o recurso à conexão

³⁵ Cfr. supra, nota 32, e, sobre o tema, MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, 3.ª reimpressão, Coimbra, 1994, Coimbra Editora, p. 194-210.

nacionalidade do marido no plano do direito convencional se encontra hoje proscrito entre nós, por violar o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges.

Por outro lado, a obrigação de alimentos entre os cônjuges é regida pela Convenção da Haia de 2.10.1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares³⁶ (para o respectivo texto, cfr. o Decreto n.º 339/75, de 2 de Julho, in DG, n.º 150, I.ª Série, da mesma data), e isto quer a lei designada pelos seus preceitos seja ou não a lei de um Estado contratante (arts. 1.º e 3.º). Tal lei é a lei interna da residência habitual do credor de alimentos (art. 4.º), sendo aplicável, quando o credor não possa obtê-los em face desta lei, a lei nacional comum (art. 5.º) ou a lei interna da autoridade requerida (art. 6.º). Contudo, nas relações entre colaterais e afins, o devedor pode opor à pretensão do credor a falta de obrigação para com ele ao abrigo da lei nacional comum ou, caso não tenham a mesma nacionalidade, da lei interna da residência habitual do devedor (art. 6.º). E a lei aplicável ao divórcio, à separação ou à anulabilidade do casamento rege, no Estado em que o divórcio, a separação ou a invalidade do casamento for declarado, as obrigações alimentares entre cônjuges divorciados, separados ou cujo casamento haja sido declarado nulo ou anulável (art. 9.º). Enfim, o direito de uma instituição pública obter o reembolso da prestação paga ao credor está sujeito à lei que rege a instituição (art. 9.º). Ao depositar o seu instrumento de ratificação, Portugal reservou-se porém, nos termos do art. 14.º, n.os 2 e 3, o direito de não aplicar a Convenção às obrigações alimentares entre afins e cônjuges divorciados, separados de pessoas e bens ou cujo casamento tenha sido declarado nulo

³⁶ Para uma análise detalhada deste instrumento, cfr., entre nós, FERNANDO FERREIRA PINTO, *Do Conflito de Leis em Matéria de Obrigação de Alimentos (Estudo de DIP convencional)*, Lisboa, 1992, Livraria Petrony.

ou anulado, desde que a decisão respectiva tenha sido proferida à revelia num Estado onde a parte revel não tinha a sua residência habitual, e, nos termos do art. 15.º, o direito de aplicar a sua lei interna quando o credor e o devedor tiverem a nacionalidade portuguesa e o devedor residir habitualmente em Portugal.

Portugal encontra-se ainda vinculado à Convenção da Haia de 2.10.1973 sobre o reconhecimento e execução de decisões relativas a obrigações alimentares (para o respectivo texto, cfr. o Decreto n.º 338/75, de 2 de Julho, in DG, n.º 150, da mesma data). Este instrumento implica que devem ser reconhecidas ou declaradas executórias entre nós as decisões que não possam ser submetidas a recurso ordinário no Estado de origem e que provenham de autoridade considerada competente nos termos da Convenção (art. 4.º). É considerada competente a autoridade do Estado de origem se o devedor ou o credor de alimentos aí tinha a sua residência habitual quando da instauração da acção, ou se, nesse momento, um deles tinha a nacionalidade desse Estado ou se o demandado se submeteu à respectiva competência (art. 7.º). São ainda competentes as autoridades de um Estado contratante que hajam decidido sobre um pedido de alimentos por motivo de divórcio, separação de pessoas e bens ou anulação ou nulidade do casamento, decretados por autoridade desse Estado reconhecida como competente na matéria pela lei do Estado requerido (art. 8.º). A autoridade do Estado requerido não procederá à revisão do mérito da decisão (art. 12.º), mas pode recusar o reconhecimento desta se ele for manifestamente incompatível com a ordem pública, se a decisão resultar de fraude cometida no processo, se existir litispendência no Estado requerido e as autoridades deste Estado tiverem prevenido a jurisdição ou existir um caso julgado incompatível entre as mesmas partes e sobre a mesma matéria, proferido no Estado requerido ou em condições de neste ser reconhecido (art. 5.º) e se, em caso de revelia, a petição inicial, contendo os elemen-

tos essenciais do pedido, houver sido dada a conhecer à parte revel nos termos previstos na lei do Estado de origem e ela haja disposto de prazo suficiente para assegurar a sua defesa (art. 6.º). Atente-se ainda que os princípios desta Convenção, que acabámos de referir, foram transpostos para três outros instrumentos de natureza bilateral: o Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau, concluído em Bissau em 5.7.1988 (para o respectivo texto, maxime arts. 15.º a 32.º, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 11/89, de 11.4.1989, in DR, n.º 115, I Série, de 19.5.1989), o Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, assinado em Lisboa em 12.4.1990 (para o respectivo texto, maxime arts. 15.º a 31.º, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 7/91, de 16.10.1990, in DR, n.º 37, I Série-A, de 14.2.1991) e o Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República de Angola, assinado em Luanda em 30.8.1995 (para o respectivo texto, maxime arts. 15.º a 31.º, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 11/97, de 11.10.1996, in DR, n.º 53, I Série-A, de 4.3.1997).

279. Direito da União Europeia

Finalmente, ainda em matéria de obrigação de alimentos, importa referir o Regulamento (CE) N.º 4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares³⁷, que, sendo aplicável a estas

³⁷ Publicado no JOUE, L, 7, de 10 de Janeiro de 2009, p. 1-21; nos termos do seu artigo 76.º, n.º 3, o referido texto é aplicável a partir de 18 de Junho de 2011. Sobre este instrumento, cfr. Moura Ramos, As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia, in 144.º “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (Novembro/Dezembro de 2014), N.º 3989, p. 82-103.

obrigações quando decorrentes das relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade (art.º 1.º, n.º 1), prevalece, nos termos do seu art.º 69.º, n.º 2, entre os Estados-Membros, sobre as convenções a que nos referimos no número anterior, sem porém fazer obstáculo à aplicação destes instrumentos nas relações com Estados terceiros a eles vinculados (n.º 1 da mesma disposição).

Quanto à competência, ela é atribuída, em alternativa, no art.º 3.º, ao tribunal do local da residência habitual quer do requerido, quer do credor³⁸, ao tribunal que, de acordo com a lei do foro, tem competência para apreciar uma acção relativa ao estado das pessoas, quando o pedido relativo a uma obrigação alimentar é acessório dessa acção, salvo se esta competência se basear unicamente na nacionalidade de uma das partes, e ao tribunal que, de acordo com a lei do foro, tem competência para apreciar uma acção relativa à responsabilidade parental, quando o pedido relativo a uma obrigação alimentar é acessório dessa acção, salvo se esta competência se basear unicamente na nacionalidade de uma das partes. Além disso, admite-se ainda³⁹ a *electio iudicis*⁴⁰ em favor do tribunal ou dos tribunais do Estado-

³⁸ Note-se que, nos termos do art.º 8.º do Regulamento, sendo proferida uma decisão neste tribunal, o devedor fica impedido de propor uma acção para alterar ou obter uma nova decisão em qualquer outro Estado-Membro enquanto o credor continuar a ter a sua residência habitual nesse Estado (n.º 1), a menos que as partes tenham celebrado um pacto nos termos do art.º 4.º atribuindo competência aos tribunais de outro Estado-Membro, o credor aceitar a competência dos tribunais desse outro Estado-Membro comparecendo voluntariamente no processo sem ter por objectivo contestar a competência do tribunal, a autoridade competente do Estado de origem seja parte contratante na Convenção da Haia de 2007 sobre a cobrança internacional de alimentos e não possa ou se recuse a exercer a competência para alterar a decisão ou proferir uma nova decisão, ou a decisão proferida no Estado de origem parte contratante naquela Convenção não possa ser reconhecida ou declarada executória no Estado-Membro em que se pretende intentar a acção para obter uma nova decisão ou a sua alteração (n.º 2).

³⁹ Salvo no caso dos litígios relativos a uma obrigação alimentar respeitante a menores de 18 anos (n.º 3 do art.º 4.º).

⁴⁰ O pacto deverá ser celebrado por escrito, considerando-se que equivale à «forma escrita» qualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro (n.º 2 do mesmo art.º).

-Membro no qual uma das partes tenha a sua residência habitual ou a nacionalidade, e, no que se refere às obrigações alimentares entre cônjuges ou ex-cônjuges, do tribunal competente para deliberar sobre os seus litígios em matéria matrimonial, ou do tribunal ou dos tribunais do Estado-Membro em cujo território estava situada a sua última residência habitual comum durante um período de pelo menos um ano, sendo que as condições referidas têm de se encontrar reunidas quando da celebração do pacto relativo à eleição do foro ou quando a acção é instaurada no tribunal e que a competência conferida pelo pacto é exclusiva, a menos que as partes convencionem em contrário (art.º 4.º, n.º 1). Para além disso, considera-se ainda competente o tribunal de um Estado-Membro perante o qual o requerido compareça (art.º 5.º)⁴¹, admitindo-se, se nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente por força dos mecanismos já referidos, a competência dos tribunais do Estado-Membro da nacionalidade⁴² comum das Partes (art.º 6.º), e, na falta desta, em casos excepcionais⁴³, a dos tribunais de um qualquer Estado-Membro se não puder ser razoavelmente instaurado ou conduzido, ou se revelar impossível conduzir um processo num Estado terceiro com o qual o litígio esteja estreitamente relacionado, desde que o litígio apresente uma conexão suficiente com esse Estado-Membro (art.º 7.º).

Note-se que o sistema de regras que acabamos de descrever⁴⁴ espelha claramente a preocupação material (de protecção do

⁴¹ Sendo que esta regra não é aplicável se a comparência tiver como único objectivo arguir a incompetência do tribunal.

⁴² Saliente-se que, nos termos do art.º 9.º do instrumento a que nos estamos a referir, um Estado em que o conceito de «domicílio» constitua um factor de conexão em matéria familiar pode informar que, para efeitos dos processos apresentados às suas autoridades, o termo «nacionalidade» nos arts 4.º e 6.º é substituído por «domicílio», tal como é definido nesse Estado.

⁴³ E numa expressão do conhecido *forum necessitatis*.

⁴⁴ E que é acompanhado por outras, praticamente idênticas às do Regulamento n.º 2201/2003 que acima (*supra*, n.º 273-A) deixámos referidas, quanto à definição

credor de alimentos, parte mais fraca nesta relação) que está subjacente à regulamentação deste instituto, ao procurar identificar em qualquer caso um tribunal competente, num Estado-Membro, para regular estas questões (arts. 3.º a 7.º), ao consagrar a competência do forum actoris quando o autor na acção seja o credor (art.º 3.º, b)), ao limitar as possibilidades de modificação, noutros fora, das decisões obtidas em jurisdições com base neste critério (art.º 8.º), e ao consagrar uma disciplina restritiva em matéria de pactos de foro prorrogando (art.º 4.º, n.ºs 1 e 3). E esta mesma preocupação está presente nos comandos relativos à determinação da lei aplicável (art.º 15.º⁴⁵)⁴⁶, que reconhecem, em primeira linha, a competência da lei do Estado da residência habitual do credor⁴⁷, prevendo depois, nas relações entre pais e filhos, a aplicação da lei do foro, quando o credor não puder obter alimentos com base naquela lei⁴⁸, sendo que, se o credor tiver recorrido à autoridade competente do Estado em que o devedor tem residência habitual, é aplicável a lei do foro, a não ser que, por força dessa lei, o credor não possa obter alimentos do devedor, caso em que é aplicável a

do momento em que a acção se considera sujeita à apreciação de um tribunal (artigo 9.º), à verificação da competência (art.º 10.º) como da admissibilidade (art.º 11.º), à litispêndência (art.º 12.º) e à conexão (art.º 13.º), e às medidas provisórias e cautelares (art.º 14.º).

⁴⁵ Preceito que remete para a disciplina do Protocolo da Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares.

⁴⁶ Lei que determina, nomeadamente, a existência e o âmbito do direito do credor a alimentos e as pessoas relativamente às quais pode exercê-lo (a), em que medida o credor pode solicitar alimentos retroactivamente (b), a base de cálculo do montante dos alimentos e a indexação (c), quem pode intentar uma acção para obter alimentos, excepto no que diz respeito às questões relativas à capacidade processual e à representação na acção (d), os prazos de prescrição ou para intentar uma acção (e), e o âmbito da obrigação do devedor de alimentos, sempre que um organismo público solicite o reembolso da prestação concedida ao credor em vez dos alimentos (f) (artigo 11.º do Protocolo referido na nota anterior).

⁴⁷ Art.º 3.º do Protocolo

⁴⁸ Art.º 4.º, n.º 2.

lei do Estado da residência habitual do credor⁴⁹. De igual modo, se o credor não puder obter alimentos do devedor à face de qualquer destas leis, é aplicável a lei do Estado da nacionalidade comum do credor e do devedor, caso exista⁵⁰. Já nas relações entre cônjuges e ex-cônjuges se admite o afastamento da lei da residência habitual do credor, caso uma das partes se oponha e a lei de outro Estado, nomeadamente o Estado da sua última residência habitual comum, apresente uma conexão mais estreita com o casamento, caso em que será aplicável a lei desse outro Estado (art.º 5.º do Protocolo). E depois de admitir, nas situações diversas das até agora referidas, que o devedor possa opor à pretensão do credor a inexistência de obrigações para com ele ao abrigo da lei do Estado da residência habitual do devedor e da lei do Estado da nacionalidade comum das Partes, caso exista (art.º 6.º), o sistema do Protocolo (e do Regulamento) permite, unicamente para efeitos de um procedimento específico num dado Estado, a escolha, pelas partes, da lei desse Estado como lei aplicável a uma obrigação alimentar⁵¹ (art.º 7.º, n.º 1), e, em geral⁵² a escolha⁵³, pelas partes, quer da lei do Estado da nacionalidade ou da residência habitual de uma das partes no momento da designação, bem como da lei designada pelas partes como aplicável (ou efectivamente aplicada) ao seu regime matrimonial ou ao seu divórcio ou separação de pessoas e bens (art.º

⁴⁹ Art.º 4.º, n.º 3.

⁵⁰ Art.º 4.º, n.º 4.

⁵¹ Sendo que uma designação anterior à abertura da instância deve ser objecto de um acordo, assinado por ambas as partes, por escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posterior consulta (n.º 2 da mesma disposição).

⁵² Mas esta faculdade não é admitida em relação às obrigações alimentares relativas a uma pessoa com menos de 18 anos ou a um adulto que, devido a uma diminuição ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não esteja em condições de proteger os seus interesses (n.º 3 do art.º 8.º).

⁵³ O acordo deve ser escrito ou registado em qualquer suporte cujo conteúdo seja acessível para posteriores consultas e assinado por ambas as Partes (n.º 2 do mesmo art.º).

8.º, n.º 1)⁵⁴. Por último, o art.º 10.º estabelece que o direito de um organismo público solicitar o reembolso de qualquer prestação concedida ao credor em vez de alimentos está sujeito à lei que rege esse organismo.

Em matéria de determinação da lei aplicável, o sistema inclui ainda regras sobre a exclusão do reenvio (art.º 12.º), o jogo da exceção de ordem pública (art.º 13.º), os critérios de fixação dos alimentos⁵⁵ (que, no caso, implicam a consideração das necessidades do credor e dos recursos do devedor, bem como de qualquer compensação atribuída ao credor em vez de pagamentos periódicos de alimentos) (art.º 14.º), a não aplicação das regras do Protocolo aos conflitos internos (art.º 15.º), e o sentido da referência aos sistemas plurilegislativos, quer de carácter territorial (art.º 16.º), quer de carácter pessoal (art.º 17.º), desta forma sendo afastadas, neste domínio da obrigação de alimentos, as regras da parte geral do direito internacional privado português a que se fez já referência⁵⁶.

Finalmente, o Regulamento dispõe ainda sobre o reconhecimento das decisões proferidas nos outros Estados-Membros em matéria de obrigações alimentares, consagrando a exclusão da revisão de mérito (art.º 42.º) e distinguindo a situação dos Estados-Membros vinculados pelo já referido Protocolo da Haia de 2007 da dos demais. Assim, enquanto em relação às decisões proferidas nos primeiros, é totalmente

⁵⁴ Note-se, porém, que a possibilidade de renúncia, pelas partes, ao seu direito a alimentos é sempre regulada pela lei do Estado da residência habitual do credor quando da designação (n.º 4 do art.º 8.º), e que, a menos que, nesse momento, as partes estejam plenamente informadas e conscientes das consequências da sua escolha, a lei assim designada não é aplicável quando a sua aplicação acarrete consequências manifestamente injustas ou pouco razoáveis para qualquer delas (n.º 5).

⁵⁵ E que se aplicam ainda que a lei aplicável disponha em sentido diverso.

⁵⁶ Cfr. supra, n.º 267.

suprimido o exequatur⁵⁷ (art.º 17.º)⁵⁸, prevendo-se a possibilidade de o requerido que não haja comparecido no Estado-Membro de origem solicitar uma reapreciação da decisão (art.º 18.º), já quanto às prolatadas nos segundos se consagra igualmente o reconhecimento automático (art.º 23.º) e se indicam os motivos de não reconhecimento (art.º 24.º)⁵⁹ seguindo-se a este propósito o cânone do Regulamento n.º 2201/2003⁶⁰, e regulando-se depois (arts. 26.º a 38.º) os termos em que lhes é reconhecida força executória e o procedimento para tanto necessário.

Subsecção III. Modificação e extinção do casamento

280. Direito comum

A sujeição do divórcio e da separação de pessoas e bens à lei geral dos efeitos do casamento (a lei designada pelo art. 52.º⁶¹), tal como o determina o art. 55.º, n.º 1, CCiv, afigura-se também perfeitamente coerente à luz do disposto no art. 25.º. Não há dúvidas de que a modificação ou extinção do casamento, ao alterar uma situação de particular relevo no estado civil dos cônjuges, deve ser submetida à lei pessoal destes e a uma lei que a ambos seja

⁵⁷ Sendo que se afirma que o reconhecimento e a execução de uma decisão em matéria de obrigações alimentares nos termos do regulamento não implicam o reconhecimento das relações de família, de parentesco, de casamento ou de afinidade subjacentes à obrigação de alimentos que deu lugar à decisão (art.º 22.º).

⁵⁸ O que implica a possibilidade de tomar quaisquer medidas cautelares previstas na lei do Estado-Membro de execução (art.º 18.º).

⁵⁹ Trata-se da contrariedade à ordem pública do Estado requerido, do desrespeito dos direitos da defesa e da contraditoriedade com um caso julgado anteriormente proferido no Estado de origem ou susceptível de aí ser reconhecido.

⁶⁰ Cfr. supra, n.º 273-A.

⁶¹ Trata-se da lei da nacionalidade comum dos cônjuges, na sua falta da lei da respectiva residência habitual comum, e na ausência dela da lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas. Cfr. supra, n.º 277.

comum, também se não vislumbrando quaisquer inconvenientes à eleição, a este respeito, de uma conexão móvel.

As consequências desta mobilidade da conexão são no entanto limitadas pela regra do n.º 2 deste mesmo art. 55.º Dispõe ela que, havendo mudança de lei competente na constância do matrimónio, “só pode fundamentar a separação ou o divórcio algum facto relevante ao tempo da sua verificação”. Ocorrendo sucessão de estatutos, a questão que se suscita é pois a de determinar, no quadro da aplicação da lei vigente no momento da audiência de discussão e julgamento, qual a relevância de factos ocorridos sob o império de uma lei anterior — que, por força do art. 55.º, n.º 1, não é a lei aplicável. Ao dispor que tais factos não são relevantes se o não forem à face da lei aplicável no momento da sua verificação, o legislador parece ter pretendido evitar que aos cônjuges fosse imposta uma sanção com que não poderiam contar no momento da prática de certos factos. Mas sendo esta a ratio da norma ela deverá apenas produzir os seus efeitos, como entre nós tem sido sublinhado⁶², com referência aos fundamentos em relação aos quais o divórcio possa funcionar como sanção, e não já no interior de uma concepção do divórcio como puro divórcio remédio ou em relação a causas objectivas de divórcio.

281. Direito Convencional

Diverso, e mais restritivo face ao divórcio, é porém o regime decorrente da Convenção da Haia de 12.6.1902 que regula os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de sepa-

⁶² Designadamente por BAPTISTA MACHADO, Lições de direito internacional privado (cit. supra, nota 28), p. 415.

ração de pessoas e à qual o nosso país (juntamente com a Itália, o Luxemburgo, os Países Baixos, a Polónia e a Roménia) se encontra vinculado (para o respectivo texto, cfr. a Carta Régia de 7.2.1907, in DG n.º 62, de 18.3.1907). Note-se porém, que, como acontece com as demais convenções da Haia do início do século passado a que atrás nos referimos, também este instrumento funciona em obediência a uma ideia de reciprocidade: ele só se aplica às acções de divórcio ou de separação de pessoas intentadas num dos Estados contratantes, sendo um dos litigantes, pelo menos, súbdito ou cidadão de algum desses Estados e apenas obriga os Estados à aplicação da lei de um dos demais Estados contratantes (art. 9.º). A propositura da acção (de divórcio ou de separação de pessoas) só é possível se o instituto em causa for conhecido da lei nacional dos cônjuges e da lei do país em que a acção for intentada (art. 1.º) e supõe ainda que ambas estas leis o admitam, ainda que por razões diferentes, para a situação em análise (art. 2.º); sempre que os cônjuges não tenham a mesma nacionalidade atender-se-á, a título de lei nacional, à sua última legislação comum (art. 8.º). Para além disso, a aplicação da lei nacional só poderá ter lugar se assim o prescrever ou permitir a lei do lugar em que a acção for intentada (art. 3.º) e não poderá ser invocada para dar o carácter de causa de divórcio ou de separação de pessoas a um facto ocorrido quando outra era a nacionalidade de ambos ou de algum dos cônjuges (art. 4.º)⁶³. Para a acção de divórcio ou separação serão competentes os tribunais que forem tidos por competentes pela lei nacional dos cônjuges ou os do lugar onde estes se encontrem domiciliados (art. 5.º) e, caso a acção não possa ser intentada neste país, poderão os cônjuges solicitar as providências provisórias previstas na sua lei na previsão da cessação da vida em comum (art. 6.º). A Convenção determina ainda o reconhecimento

⁶³ Cfr. o art. 55.º, n.º 2, CCiv a que acima nos referimos.

dos divórcios e separações de pessoas decididos por um tribunal competente nos termos do art. 5.º e com observância dos preceitos convencionais. No caso de a decisão ter sido proferida à revelia, esse reconhecimento supõe que o réu haja sido citado de acordo com as disposições especiais exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento das decisões estrangeiras (art. 7.º).

Na mesma matéria importa ainda ter presente um outro instrumento convencional — a Convenção da Haia de 1.6.1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas (para o respectivo texto, cfr. a Resolução da Assembleia da República n.º 23/84, de 4.10.1984, in DR, n.º 275, I Série, de 27.11.1984). Este instrumento aplica-se ao reconhecimento num Estado contratante de divórcios e separações de pessoas obtidos noutra Estado contratante, mediante um pedido principal ou um pedido reconvenicional (art. 4.º), na sequência de um processo judicial ou outro oficialmente reconhecido neste último Estado e que aí produzam efeitos legais (art. 1.º). Tais decisões serão reconhecidas em todos os outros Estados contratantes se, à data do pedido, o Estado de origem era o da residência habitual do demandado, ou o da residência habitual do demandante, se essa residência havia durado ao menos um ano imediatamente anterior à data do pedido ou os cônjuges aí haviam residido, em conjunto, pela última vez, ou o da nacionalidade de ambos os cônjuges, ou o da nacionalidade do demandante, se ele também aí residia habitualmente ou havia residido habitualmente por um período ininterrupto de um ano abrangido, ao menos em parte, nos dois anos que precederam o pedido, ou se ele aí se encontrava à data do pedido e os cônjuges tinham tido a sua última residência habitual em comum num Estado cuja lei não conhecia o divórcio à data do pedido (art. 2.º). O não preenchimento destas condições à data do pedido de divórcio não poderá porém prejudicar o reconhecimento deste se uma

separação de pessoas, que satisfaça as disposições da Convenção, tiver sido convertida em divórcio no Estado de origem (art. 5.º). O reconhecimento do divórcio ou separação de pessoas não pode ser recusado por não ser admitido pela lei interna do Estado do reconhecimento ou por ter sido aplicada uma lei diferente da que é considerada competente pelas regras de direito internacional privado deste Estado (art. 6.º). Mas o reconhecimento do divórcio já pode ser recusado se, no momento em que foi decretado, os dois cônjuges eram exclusivamente nacionais de Estados que não conheciam este instituto (art. 7.º). E o reconhecimento de um divórcio ou de uma separação de pessoas pode também ser recusado se não foram convenientemente assegurados ao demandado os seus direitos de defesa no processo principal (art. 8.º), se a decisão for incompatível com outra anterior sobre o estado matrimonial dos cônjuges proferida, reconhecida ou em condições de o ser no Estado onde o reconhecimento é invocado (art. 9.º) ou manifestamente contrária à ordem pública deste Estado (art. 10.º). Enfim, anote-se que se um Estado estiver obrigado a reconhecer um divórcio à luz da Convenção, não pode impedir um novo casamento de qualquer dos cônjuges alegando que o divórcio não é reconhecido pela lei de um outro Estado (art. 11.º) e que a Convenção não impede a aplicação num Estado contratante de regras de direito mais favoráveis ao reconhecimento de divórcios e de separações de pessoas obtidos no estrangeiro (art. 17.º).

282. Direito da União Europeia

Como atrás⁶⁴ se deixou recordado, é aplicável, desde 1 de Março de 2005, aos processos civis relativos à separação e ao divórcio, o

⁶⁴ Supra, n.º 273-A.

Regulamento (CE) n.º 2201/2003⁶⁵, do Conselho, de 27.11.2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental⁶⁶.

Nos termos do seu art. 3.º, como acima se referiu, são competentes para as questões de divórcio e separação, em pedido principal ou reconvenção (art. 4.º), os tribunais do Estado-Membro onde se situe a residência habitual dos cônjuges, a sua última residência habitual na medida em que um deles aí ainda resida, a residência habitual do requerido, a residência habitual dos cônjuges, tratando-se de pedido conjunto, ou a residência habitual do requerente, se aí tiver residido pelo menos no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou por seis meses, se for nacional desse Estado ou aí se encontre “domiciliado”⁶⁷, no caso do Reino Unido e da Irlanda, ou os tribunais do Estado da nacionalidade de ambos os cônjuges (ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, do “domicílio” de ambos os cônjuges). Acresce que o tribunal do Estado-Membro que tenha proferido uma decisão de separação de pessoas e bens é igualmente competente para converter a separação em divórcio, se a lei desse Estado-Membro o previr (art. 5.º). Tais competências, nos termos do art. 6.º, revestem carácter exclusivo em relação aos cônjuges que tenham a sua residência habitual no território de um Estado-Membro ou dele sejam nacionais (ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, nele tenham o seu “domicílio”). A lei proces-

⁶⁵ Sobre o regime contido neste regulamento em matéria de competência e de reconhecimento e execução das decisões, cfr. Moura Ramos, Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia, 52 «Scientia Iuridica» (2013), n.º 332, p. 413-461, respectivamente a p. 419-436 e 450-453.

⁶⁶ Saliente-se que, nos termos do seu art. 60.º, alínea c), nas relações entre os Estados-Membros, este regulamento prevalece sobre a já mencionada (supra, n.º 281) Convenção da Haia de 1.7.1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas, na medida em que ela se refere a matérias por ele reguladas.

⁶⁷ Na particular aceção que a este termo é dada pelos sistemas jurídicos do Reino Unido e da Irlanda.

sual de cada Estado-Membro regerà a respectiva competência caso nenhum tribunal de qualquer destes Estados seja competente nos termos referidos (art. 7.º)⁶⁸.

Já quanto à disciplina da lei aplicável, há a considerar o Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20.12.2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável ao divórcio e à separação judicial⁶⁹. Este texto permite às partes a escolha da lei aplicável ao divórcio e à separação judicial quando essa escolha recaia sobre a lei da residência habitual dos cônjuges no momento da celebração do acordo de *electio iuris* (ou da sua última residência habitual desde que um deles ainda aí resida nesse momento), da lei da nacionalidade de um dos cônjuges nessa data ou da lei do foro (artigo 5.º, n.º 1), sendo que o acordo pode ser celebrado e alterado a qualquer momento, o mais tardar à data da instauração do processo em tribunal⁷⁰ (n.º 2). Esse acordo é regulado, quanto à sua existência e validade substancial, pela lei que seria aplicável, por força do regulamento, se o acordo ou a disposição fossem válidos (art.º 6.º, n.º 1), sendo que um cônjuge, para demonstrar que não deu o seu consentimento, pode invocar a lei do país em que tenha a sua residência habitual à data da instauração do processo em tribunal, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei designada naquela disposição (n.º 2). Já quanto à validade

⁶⁸ Para o regime das demais vicissitudes (momento da apreciação da acção por um tribunal, verificação da competência e da admissibilidade, litispendência e acções dependentes e medidas provisórias e cautelares) relativas ao problema da competência, cfr. *supra*, n.º 273-A.

⁶⁹ Cfr., a este propósito, Moura Ramos, *Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia* (cit. *supra*, nota 64), p. 436-449.

⁷⁰ Se a lei do foro assim o determinar, os cônjuges podem ainda designar a lei aplicável perante o tribunal durante o processo; nesse caso, essa designação será registada em tribunal nos termos da lei do foro (n.º 3).

formal, exige-se que ele seja reduzido a escrito⁷¹, datado e assinado por ambos os cônjuges (art.º 7.º, n.º 1) devendo no entanto ser cumpridos quaisquer requisitos formais suplementares para esse tipo de acordo que sejam previstos pela lei do Estado-Membro participante no qual ambos os cônjuges têm a sua residência habitual à data da celebração⁷² (art.º 7.º, n.º 2). Na falta de escolha, nos termos referidos, da lei aplicável, o divórcio e a separação judicial serão regidos pela lei da residência habitual dos cônjuges à data da instauração do processo em tribunal, na sua falta, pela lei da sua última residência habitual, desde que o período de residência não tenha terminado há mais de um ano antes da instauração do processo em tribunal, na medida em que um dos cônjuges ainda resida nesse Estado no momento da instauração do processo em tribunal, na sua falta, pela lei da nacionalidade de ambos os cônjuges na mesma data, e, na sua falta, pela lei do Estado onde o processo foi instaurado (a *lex fori*) (artigo 8.º). Mas quando a lei designada por uma destas formas não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo, aplica-se a lei do foro (art.º 10.º). Enfim, a conversão da separação em divórcio é objecto de uma regra especial (art.º 9.º), que, salvo acordo em contrário entre as partes⁷³, prevê a aplicação ao divórcio da lei que foi aplicada à separação judicial.

⁷¹ A este respeito, equivale à forma escrita qualquer comunicação por via electrónica que permita um registo duradouro do acordo.

⁷² Se, no momento da celebração do acordo, os cônjuges tiverem a sua residência habitual em Estados-Membros participantes diferentes e as leis desses Estados previrem requisitos formais diferentes, o acordo é formalmente válido se cumprir os requisitos fixados por uma dessas leis (n.º 3). E se, nesse mesmo momento, apenas um dos cônjuges tiver a sua residência habitual num Estado-Membro participante e a lei desse Estado previr requisitos formais suplementares para este tipo de acordo, tais requisitos devem igualmente ser cumpridos (n.º 4).

⁷³ Acordo cujo regime é o que acima ficou referido.

Para além destas regras de determinação da lei competente, em que é patente a influência de uma ideia de favor *divortii*⁷⁴, o Regulamento contém também, como vimos suceder com o texto que atrás referimos em matéria de obrigações alimentares, regras sobre a parte geral do direito internacional privado relativas à exclusão do reenvio (art.º 11.º), ao jogo da excepção de ordem pública (art.º 12.º), à referência aos sistemas plurilegislativos de base territorial (art.º 14.º) ou pessoal (art.º 15.º), e à não aplicação das suas regras aos conflitos internos (art.º 16.º), que, tal como as acima referidas, afastam, nesta matéria do divórcio, as do direito comum português.

Quanto ao reconhecimento das decisões de divórcio e de separação proferidas num Estado-Membro, ele é imposto de forma automática (“sem quaisquer formalidades”) nos demais pelo art. 21.º do Regulamento n.º 2201/2003, admitindo-se que qualquer parte interessada pode solicitar esse reconhecimento ou o não reconhecimento. Nos termos do art. 22.º, n.º 1, deste texto, a decisão não será reconhecida se o reconhecimento for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, se o acto introdutório da instância ou acto equivalente não tiver sido comunicado ao requerido revel em tempo útil e de forma a ele poder deduzir a sua defesa (a menos que se ache estabelecido que aceitou a decisão de forma inequívoca) ou se for inconciliável com outra decisão proferida entre as mesmas partes, ou no Estado

⁷⁴ O favor *divortii* é porém temperado pela regra do art.º 13.º que prescreve que nada no presente regulamento obriga os tribunais de um Estado-Membro participante cuja lei não preveja o divórcio, ou não considere o casamento em questão válido para efeitos do processo de divórcio, a pronunciarem um divórcio em aplicação das regras nele contidas. Para além das divergências entre as diferentes leis nacionais em matéria de divórcio acomodam-se assim as que decorrem do diverso conteúdo dado à própria noção de casamento, sobretudo após o desaparecimento, em alguns países, da diversidade de sexos como requisito da constituição da relação matrimonial.

requerido ou, noutro Estado-Membro ou num país terceiro, desde que essa decisão seja anterior e reúna as condições necessárias para o reconhecimento no Estado-Membro requerido. Prescreve-se ainda a exclusão do controlo da competência do Estado-Membro de origem, não podendo esta matéria ser integrada na excepção de ordem pública (art. 24.º), precisa-se que o reconhecimento não pode ser negado em virtude de o Estado-Membro requerido não reconhecer relevância para o efeito pretendido aos mesmos factos (art. 25.º) e proscreve-se totalmente a revisão de mérito (art. 26.º).

(Página deixada propositadamente em branco)

ÍNDICE DE MATÉRIAS

A

aborto 161, 315

abuso do direito

— de revogar acordo sobre a orientação da vida em comum 348, 405, 468

— de romper a união de facto 93

ações de estado 335, 337

ações de registo 335, 337

acidentes de trabalho 89, 90, 500, 632

Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República Popular de Moçambique, assinado em Lisboa em 12.4.1990 846

Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau, concluído em Bissau em 5.7.1988 846

Acordo de cooperação jurídica entre a República Portuguesa e a República de Angola, assinado em Luanda em 30.8.1995 846

Acordo sobre cobrança de alimentos entre Portugal e Cabo Verde, de 3.5.1982 815

acordos sobre a orientação da vida em comum

— natureza jurídica 403

— revogação 405

ata de casamento urgente 342

administração

— ausência ou impedimento do titular 435, 440

— bens comuns 436

— bens comuns adquiridos a título gratuito depois do casamento 438

— bens comuns levados para o casal 438

— bens doados ou deixados com exclusão de administração 438

— bens próprios 435

- concessão por mandato 435
- conjunta 436
- depósitos bancários 451
- direitos de autor 438
- disjunta 436, 437
- estabelecimento comercial 442
- frutos de bens próprios 438
- instrumentos de trabalho 435
- mandato oneroso 442
- mandato revogável 441
- móveis comuns exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho 439
- normas imperativas 434
- omissões 446
- ordinária 436
- poderes do administrador 444
- poderes do cônjuge do interditado 440
- poderes do cônjuge não administrador 452
- possuidor de má fé 447
- prestação de contas 447
- procuração bastante 441
- proventos do trabalho 437
- quota social 437
- responsabilidade pela administração 444
- ruínosa 449

ADSE 66, 72, 89, 91

adultério 85, 86, 159, 186, 309, 409, 412, 648, 664, 734, 790

afinidade

- como impedimento matrimonial 305, 306, 307
- contagem 52
- duração 51
- efeitos 52
- fonte 50
- noção 50

agentes diplomáticos e consulares 345, 347, 348, 826, 832

alimentos

- na separação de facto 416, 417
 - no divórcio litigioso 740, 770 e segs.
 - no divórcio por mútuo consentimento 697
 - por morte de um dos membros da união de facto 95
 - provisórios 418, 424, 706, 741, 773
- anulabilidade do casamento
- casos 356
 - regime 356
- apadrinhamento civil 34, 111, 308, 322
- apelidos dos cônjuges 425 a 429
- aplicação das leis no tempo
- do art. 36.º, n.º 4, CRep 152
 - do art. 1781.º, als. *a)* e *b)*, CCiv 729
- arrolamento 738
- assento
- de casamento civil celebrado em Portugal 335
 - de casamento civil celebrado no estrangeiro perante agente diplomático ou consular português 347
 - de casamento civil celebrado no estrangeiro perante as autoridades locais competentes 347
 - de casamento civil sob forma religiosa 350
 - de casamento civil urgente 344
 - de casamento católico 376
- atestado
- comprovativo de não gravidez 315
 - de residência, vida e situação económica 72
- atribuição da casa de morada de família
- casa arrendada 755
 - casa própria 752
 - processo 758
- ausência sem notícias 302, 303, 304, 722, 733
- autorização
- do uso de apelidos do ex-cônjuge 428, 429
 - dos pais ou do tutor para o casamento de menores 311
- avermamento
- de apelidos 425, 426, 427
 - de casamento católico entre cônjuges vinculados por casamento civil 383

- do casamento dos pais posterior ao registo de nascimento do filho 151
- noção 384

B

benefícios

- perda 768, 769, 770
- separação 665

bigamia 244, 302, 304, 655, 664, 734

bona matrimonii 199, 275

C

caducidade

- de doações para casamento 557

Carta dos direitos da família 33

cartas e retratos pessoais 256, 257

casamento católico

- assento paroquial 376
- capacidade 371
- consentimento 368
- contraído no estrangeiro 344, 827
- “de consciência” 386
- de culto díspar 202
- misto 202
- noção 197
- processo preliminar 375
- transcrição do assento 376
- urgente 384

casamento civil

- a termo 269
- capacidade 288
- celebração 325, 326
- consentimento 260 e segs.
- de estrangeiros em Portugal 348, 826

- de portugueses no estrangeiro 345, 826
 - noção 195
 - por procuração 264 e segs.
 - póstumo 263
 - processo preliminar 326
 - putativo 360 e segs.
 - registo 333 e segs.
 - sob condição 269
 - sob forma religiosa 349 e segs.
 - simulado 272 e segs.
 - urgente 340 e segs.
 - vícios do consentimento 278 e segs.
- causa de pedir na ação de divórcio 721
- causas do divórcio
- classificações 722
 - noção 720
- certificado
- de capacidade matrimonial 225, 328, 345, 347, 373, 374, 376
 - de morte fetal 316
 - de notoriedade 327
- cláusula geral de recepção plena 818
- coaço
- física 272
 - moral 285, 286, 357
- cobrança de alimentos no estrangeiro 814
- Código Civil de 1867 211
- Código de Direito Canónico 198 e segs.
- Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC) 816
- Comissão da Liberdade Religiosa 223
- compensações
- atualização monetária 515 e segs.
 - devidas a um património próprio 502
 - devidas ao património comum 502
 - exigibilidade 509
 - fundamentos 506
 - juros 517
- competência

- dos tribunais de família e menores 177
- para declarar a nulidade do casamento católico 140, 387, 829

comunhão de vida 196, 402

Concílio de Trento 242

Concordata de 1940 140, 192, 226, 809

Concordata de 2004 145, 173, 387, 689, 809

condenação por homicídio 309 e segs.

condição de casar ou não casar 231, 249

confarreatio 242

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado 817

conflito de presunções de paternidade 314, 315

conflitos internos 851, 860

conflitos de jurisdições 817

conflitos de leis 817

Conselho da Europa 815

consentimento matrimonial

- continuado 403
- no casamento católico 368 e segs.
- no casamento civil 260 e segs.
- pactício 403

contrato

- casamento como contrato 231 e segs.
- de coabitação 70, 83, 92

contrato de compra e venda

- dação em cumprimento 547, 581
- dação em separação de pessoas e bens 547
- proibição 545

contrato de conta bancária

- partilha 552, 553
- prevalência do direito matrimonial 552
- regras de administração 551
- responsabilidade por dívidas 551
- sigilo bancário 552
- transferências entre patrimónios 551

contrato de doação

- ascendente ou influência 538
- caducidade 545
- capacidade 539
- interesses de terceiros 539
- objecto 541
- revogabilidade 542
- contrato de locação 550
- contrato de mútuo
 - bens comuns 550
 - oneroso 550
- contrato de sociedade
 - alterações eventuais do regime de bens 532
 - alterações eventuais dos poderes dos cônjuges 532
 - eventuais prejuízos para terceiros 535
 - o Código das Sociedades Comerciais e o princípio da imutabilidade 533 e segs.
 - participação de cônjuges em sociedades 530, 537, 538
 - responsabilidade ilimitada de ambos 530
 - sociedade de capitais 537
 - sociedade entre cônjuges 530
 - sociedades civis 537
- contrato de trabalho
 - fraude 549
 - subordinação laboral 548
- contratos entre cônjuges
 - autonomia privada e liberdade contratual 529
 - doações 538
 - outros contratos 548
 - tradição restritiva 528
- contribuição para os encargos da vida familiar 418
- convalidação simples 392
- convenção antenupcial
 - alteração de deveres conjugais ou paternais 573
 - bens incomunicáveis 574
 - caducidade 593
 - capacidade 590
 - exceções à imutabilidade 577

- forma 591
- imutabilidade 576 e segs.
- imutabilidade do regime convencionado 576
- imutabilidade do regime supletivo 576
- liberdade de conteúdo 571 e segs.
- limites da liberdade 573
- nubente que tenha filhos 575
- outras cláusulas nulas 575
- regras de administração 574
- sob condição ou a termo 589
- sucessão hereditária 573

Convenção de 5.9.1980 relativa à emissão de um certificado de capacidade matrimonial 816

Convenção de 5.9.2007 sobre o reconhecimento internacional das uniões civis registadas 817

Convenção de 16.9.2005 sobre o reconhecimento internacional dos nomes e apelidos 817

Convenção de cooperação judiciária entre Portugal e a França de 20.7.1983 815

Convenção Europeia de 15.10.1975 sobre o estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento 815

Convenção Europeia de 20.5.1980 sobre o reconhecimento e execução de decisões relativas à guarda de menores e sobre o reconhecimento da guarda de menores 815

Convenção Europeia de 24.4.1967 em matéria de adoção de crianças 816

Convenção de Nova Iorque, de 20.6.1956, sobre a cobrança de alimentos no estrangeiro 814

Convenção da Haia de 12.6.1902 que regula os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas 853

Convenção da Haia de 12.6.1902 sobre os conflitos de leis em matéria de casamento 832

Convenção da Haia de 17.7.1905 concernente aos conflitos de leis relativas aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos cônjuges nas suas relações pessoais e sobre os bens dos cônjuges 842

Convenção da Haia de 1.6.1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas 855

Convenção da Haia de 2007 sobre a cobrança internacional de alimentos 847

Convenção da Haia de 2.10.1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares 844

Convenção da Haia de 2.10.1973 sobre o reconhecimento e execução de decisões relativas a obrigações alimentares 845

Convenção da Haia de 25.10.1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças 817

Convenção dos Direitos da Criança 811

Convenção sobre a cobrança de alimentos entre a República Portuguesa e a República Democrática de S. Tomé e Príncipe, de 7.5.1984 815

conversão

- de divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento 710, 740
- de separação de pessoas e bens em divórcio 669 e segs.

D

data

- em que começa a separação de facto 729
- em que se inicia a união de facto 71
- em que se produzem os efeitos do divórcio 746 e segs.

decaimento na declaração de impedimento 330

declaração

- de dissolução da união de facto 95
- de impedimento 329
- de morte presumida 302, 677
- dos direitos da família (v. Carta dos direitos da família)
- não séria 272
- para casamento 326

Decreto n.º 1, de 25.12.1910, 213

demência 296, 731

desistência do pedido de divórcio 694

despacho de radicação de igreja ou comunidade religiosa 350

destino da casa de morada da família 93 e segs.

dever

- de assistência 416 e segs.
- de coabitação 413 e segs.
- de cooperação 415
- de fidelidade 411, 412, 664
- de informação 408, 424
- de respeito 409 e segs., 664, 672, 743
- de sinceridade 408

deveres implícitos 408

difarreatio 242

dignidade da pessoa humana 147, 725

direção conjunta da família 399, 400

Direito

- canónico 810
- da segurança social 166 e segs.
- da União Europeia 810
- do trabalho 163 e segs.
- estrangeiro 811, 819
- fiscal 161 e segs.
- internacional 810, 814
- internacional privado 819 e segs.
- penal 159 e segs.
- romano 242

direito

- à celebração do casamento 130, 135, 147, 249
- ao desenvolvimento da personalidade 61, 62, 88
- de constituir família 60, 134, 135, 139
- de não casar 61
- de preferência na venda da casa de morada da família 100
- real de habitação da casa de morada da família 97

direito ao divórcio

- carácter pessoal 692
- irrenunciabilidade 693

Direito da família

- caracteres 168 e segs..
- fontes 38
- noção 32

direitos de família

- caracteres 168 e segs.
- garantia 182
- tipicidade 186

direitos sucessórios do cônjuge 678

dispensa de impedimentos 293, 328

dispensa do casamento rato e não consumado

- no direito canónico 676, 803

- no direito português 804
- disposição
 - *mortis causa* 472
 - *mortis causa* de um bem concreto 472 e segs.
- dissolução do casamento 676 e segs.
- divergências entre a vontade e a declaração 271 e segs.
- dívidas dos cônjuges
 - aval ou fiança 484
 - bens comuns que respondem ao mesmo tempo que bens próprios 500
 - compensações entre patrimónios (v. compensações)
 - cônjuges em regime de separação de bens 488
 - desarmonia entre o título e o regime civil da responsabilidade em títulos diversos de sentença 493
 - dívida comercial não contraída no exercício do comércio 486
 - dívidas causadas pela percepção de rendimentos de bens próprios 492
 - dívidas que oneram bens comuns 491
 - dívidas que oneram bens próprios 498
 - dívidas que oneram doações, heranças ou legados e os bens são comuns 489
 - dívidas que oneram doações, heranças ou legados e os bens são próprios 498
 - do exercício do comércio 485
 - encargos normais da vida familiar 481
 - forma do consentimento 480
 - legitimidade para contrair dívidas 478
 - legitimidade processual passiva 493
 - oposição do cônjuge do devedor 479
 - penhora imediata da meação 499
 - proveito comum 482 e segs.
 - proveito comum antes do casamento 490
 - proveito comum indireto 496
 - provenientes de crimes ou de outros factos imputáveis a um dos cônjuges 495
 - responsabilidade de bens próprios administrados pelo outro cônjuge 498
 - responsabilidade solidária 492
 - responsabilidade subsidiária da meação 499

- separação de facto 487
- suprimento judicial do consentimento 480
- divórcio
 - efeitos 743 e segs.
 - efeitos em relação aos filhos 790 e segs.
 - evolução legislativa 684 e segs.
 - imposição constitucional 147
 - modalidades 690
 - noção 681
 - questão do divórcio 681 e segs.
 - residência alternada 796
- divórcio litigioso
 - causa de pedir 721, 739
 - causas 720
 - classificações das causas 722
 - competência internacional 857
 - divórcio-constatação da ruptura do casamento 719
 - divórcio-remédio 718, 853
 - divórcio-sanção 718, 853
 - noção 717
 - partilha segundo regime não convencional 749
 - processo 738 e segs.
 - reconhecimento de sentenças estrangeiras 860
- divórcio por mútuo consentimento
 - espírito do instituto 695
 - natureza jurídica 714
 - noção 695
 - pressupostos 697
 - processo administrativo 702 e segs.
 - processo judicial 709 e segs.
- doação de terceiro aos esposados
 - pré-morte do donatário 558
- doação entre esposados
 - bens futuros 554
 - entre vivos 554
 - *mortis causa* 554

- *mortis causa* de bens presentes certos e determinados 556
- *mortis causa* de parte ou da totalidade da herança 556
- pré-morte do donatário 557
- qualquer escritura pública 555

doações para casamento 553 e segs.

doenças profissionais 89, 109

dolo 279

E

editais 327

educação religiosa 149, 578

erro na declaração 276 e segs.

erro-vício 280 e segs.

estado de necessidade 279

estatística

- de casamentos 173
- de convenções antenupciais 563
- de divórcios 682
- de separações de pessoas e bens 687

estatuto matrimonial “primário” 396, 397, 433, 838, 841

estatuto pessoal 821

exame médico pré-nupcial 133

exequatur 388, 389, 830

F

faltas e licenças 110, 115

família

- funções 119 e segs.
- noção jurídica 32
- proteção constitucional 154

férias 91, 115, 166

fins do casamento 197, 198

G

galicanismo 207

garantia institucional

- adopção 154
- casamento 132, 238
- família 154

H

homologação

- de acordos complementares do pedido de divórcio por mútuo consentimento 716
 - de casamento civil urgente 342
- homossexualidade 235 e segs.

I

idade nupcial 294 e segs.

igualdade

- dos cônjuges 148, 397
- entre casamento e união de facto 63
- entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento 150 e segs.
- princípio da igualdade 62, 844

ilegitimidades conjugais

- alienação de casa de morada da família 458
- alienação de estabelecimento comercial 457
- alienação de imóveis 454
- alienação de imóveis como objecto da empresa 455
- alienação de móveis usados conjuntamente na vida do lar 462
- anulabilidade do ato 468
- consentimento conjugal 466
- contrato-promessa 454
- disposição do direito ao arrendamento da casa de morada da família 460
- no regime da separação 465

- nos regimes de comunhão 454 e segs.
- oneração de imóveis 456
- oneração ou locação de estabelecimento comercial 458
- oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família 460
- penhora da casa de morada da família 460
- repúdio de heranças ou legados 465
- suprimento judicial do consentimento 467

impedimentos matrimoniais

- absolutos 293, 826
- bilaterais 825
- dirimentes 292, 293, 294, 372, 374, 379
- dispensáveis 293
- impedientes 293, 294, 310, 328, 379
- no direito canônico 294, 373
- noção 288
- relativos 293, 826

imutabilidade dos regimes de bens

- argumentos em favor da mutabilidade 584 e segs.
- dação em cumprimento 581
- direito estrangeiro 586, 839
- e proibição da compra e venda 580
- e proibição do contrato de sociedade 580
- em sentido amplo 578
- em sentido restrito 579
- fundamentos 582
- interpretação do art. 1714.º, n.º 3, CCiv 581
- participação em sociedade de capitais 581

incapacidade acidental 277, 300

inconstitucionalidade

- do art. 51.º, n.º 3, CCiv 347, 827
- do art. 496.º, n.º 2, CCiv 103
- do art. 1577.º CCiv 238
- do art. 1602.º, al. *d*), CCiv 309
- do art. 1625.º CCiv 141
- do art. 1720.º, n.º 1, al. *b*), CCiv 561
- do art. 1781.º, als. *a*) e *b*), CCiv 147, 725

- do art. 1793.º CCiv 752
- do art. 2196.º CCiv 85
- do sistema concordatário 220

indenização

- dos danos causados pela dissolução do casamento por divórcio 788 e segs.
- dos danos causados pelas violações dos deveres conjugais invocadas como causa de divórcio 183

inexistência do casamento

- casos 354
- razões que a justificam 354
- regime 355
- superveniente 240

inexistência do registo 336

inscrição 335

institucionalismo 171

integração

- de rectificações no registo 335
- do casamento dos pais no texto do assento de nascimento do filho 151

intercalação de apelidos 427

invalidação do casamento 356 e segs.

IRS 69, 91, 115, 116

J

juntas de freguesia 72

L

lei aplicável

- capacidade 824
- consentimento 824
- convenção antenupcial 824
- conversão da separação em divórcio 859
- divórcio 852

- forma 826
- mutabilidade do regime de bens 839
- obrigações alimentares 844
- promessa de casamento 836
- relações patrimoniais entre os cônjuges 839
- relações pessoais entre os cônjuges 837, 841
- separação de pessoas e bens 852
- união de facto (*registered partnership*) 836
- lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa 837
- lei da primeira residência conjugal 837, 840
- lei da residência habitual 825
- lei nacional 822
- lei pessoal 822, 837
- *lex loci celebrationis* 826

liberalidades

- entre pessoas que vivem em união de facto 74
- perda 768 e segs.

M

matrimónio legítimo 202

mediação familiar

- advogado mediador 703
- finalidades 703
- instituições em Portugal 704

menções discriminatórias da filiação 151

morte

- efeitos 677
- presumida 302, 677

N

nacionalidade

- dos cônjuges 431
- de pessoas que vivem em união de facto 80

negócio jurídico

— acordos sobre a orientação da vida em comum como negócios jurídicos 403 e segs.

— casamento como negócio jurídico 230 e segs.

normas de conflitos 819

notoriedade da demência 298

nulidade

— do casamento católico 387 e segs.

— da transcrição do casamento católico 394

O

obrigação de alimentos

— adjudicação de certas quantias 783

— alienação do capital 777

— alteração do valor da moeda 780

— alteração dos alimentos fixados 779

— arresto 783

— caução 783

— cessação 785 e segs.

— competência internacional 847

— consignação de rendimentos 783, 784

— crime de violação da obrigação de alimentos 785

— critérios para a fixação do montante 776

— garantia do cumprimento 782 e segs.

— hipoteca judicial 783

— hipoteca legal 783

— impenhorabilidade 782

— indisponibilidade 781

— medida dos alimentos definitivos 774 e segs.

— medida dos alimentos provisórios 773

— pagamento de uma só vez 778

— pagamento em prestações 777

— quem tem direito a pedir 772

— reconhecimento de decisões estrangeiras 851

— união de facto do credor 786

ordem pública internacional 390, 821, 831, 835, 836, 851. 856, 860
Organização das Nações Unidas 814

P

parentesco

- como impedimento matrimonial 305
- contagem 45
- efeitos 46
- limite 44
- noção 43

partilha

- atribuições preferenciais 523
- atribuições preferenciais convencionais para depois do divórcio 523 e segs.
- atribuições preferenciais convencionais durante o casamento 444
- casa de morada da família 522
- compensações (v. compensações)
- contrato-promessa de partilha 524 e segs.
- exclusão do regime de bens adoptado 520, 749
- liquidação do património comum 505
- objecto 504
- operações da partilha 504
- regra da metade 526, 600
- separação dos bens próprios 504

pas de nullité sans texte 356

pensão de sobrevivência

- da pessoa que vivia em união de facto com o beneficiário 105
- do cônjuge do beneficiário 678
- do divorciado ou separado de pessoas e bens 745

pensão por preço de sangue e serviços excepcionais e relevantes prestados ao País 104, 109, 118

perda de benefícios 768 e segs.

perda de direitos sucessórios 767

personalidade jurídica da família 35

pessoa a cargo de outra 117

pessoa criada e sustentada por outra 118

poderes funcionais 179
 poligamia 244
 prazo internupcial 314 e segs.
 princípio da autonomia da vontade 230, 563, 839
 princípio da conexão mais estreita 842
 princípio de paridade de tratamento 820
 privação do uso dos apelidos do ex-cônjuge 430
 privilégio paulino 803
 procedimento tendente à formação de acordo das partes 429, 430, 671, 759
 processo

- de alteração do nome 425 e segs.
- de dispensa de impedimentos 329
- de divórcio e separação de pessoas e bens litigiosos 738 e segs.
- de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (administrativo) 702 e segs.
- de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento (judicial) 709 e segs.
- de impedimento do casamento 329
- de justificação administrativa 335
- de justificação judicial 335
- de publicações 326 e segs.
- de sanção da anulabilidade do casamento por falta de testemunhas 332
- de suprimento de autorização para casamento de menores 312
- de suprimento de certidão de registo 327
- preliminar de casamento 326 e segs.

 promessa de casamento

- efeitos 227, 248, 251 e segs.
- natureza jurídica 249

 proteção constitucional

- da adoção 154
- da família 154
- da infância 156
- da paternidade e da maternidade 156
- do casamento 132, 238

 Protocolo Adicional à Concordata de 1940 142, 215, 809
 Protocolo da Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares 849, 851

prova

- do adultério 412
- ilícita 401

R

recepção

- genérica 380
- individual 379

recepção do direito internacional convencional 814

Recomendações 816

reconciliação

— dos cônjuges separados de pessoas e bens 657, 659, 660, 666, 667, 668, 670

reconhecimento de sentenças eclesiásticas 829

reconhecimento de sentenças estrangeiras 829

reconhecimento de situações jurídicas constituídas no estrangeiro 821

reenvio 821, 851, 860

regalismo 203

regime da comunhão de adquiridos

- aquisição de parte de um bem dividido 620
- autonomia patrimonial 597, 598
- bem adquirido com bens próprios e com bens comuns 618
- bem adquirido por acessão 622
- bem adquirido por contrato aleatório 605
- bem adquirido por contrato-promessa anterior ao casamento 606
- bem adquirido por virtude da titularidade de um bem próprio 622
- bem indiviso 620
- bem próprio por disposição da lei 626
- bem próprio por natureza 626
- bem próprio por vontade dos nubentes 626
- bem sub-rogado no lugar de bem próprio 606 e segs.
- bem sub-rogado no lugar de um bem comum 642
- bem sub-rogado por troca indireta 606
- bens adquiridos por direito próprio anterior 603 e segs.
- bens adquiridos por sucessão ou doação 602

- bens levados para o casamento 601
 - frutos 640
 - materiais resultantes de demolição ou destruição 623
 - natureza jurídica da comunhão 595 e segs.
 - prémios de amortização de títulos 624
 - presunção de comunicabilidade dos bens móveis 642
 - produto do trabalho 638
 - quando vigora 595
 - recursos geológicos 623
 - regra da metade 600
 - sub-rogação indireta e aquisição de títulos na Bolsa 615
 - sub-rogação indireta e compensação do cônjuge prejudicado 616
 - sub-rogação indireta e escrituras de rectificação 609
 - sub-rogação indireta e proteção de terceiros 611
 - sub-rogação indireta e recusa de intervenção 610
 - sub-rogação indireta e segurança da prova 612, 617
 - sub-rogação indireta por antecipação 615
 - tesouros 623
 - títulos adquiridos por direitos de subscrição 624
 - títulos adquiridos por incorporação de reservas 624
- regime da comunhão diferida 567
- regime da comunhão geral
- aplicação supletiva das normas da comunhão de adquiridos 644
 - bens comuns 644
 - bens próprios 644
 - quando vigora 643
- regime da participação nos ganhos 568
- regime da separação
- bens em compropriedade 646
 - bens próprios 645
 - quando vigora 645
- regime de bens
- liberdade de escolha 562 e segs.
 - regime imperativo 560 e segs.
 - regime supletivo 564 e segs.
- registered partnerships* 237, 836
- registo civil
- função 334

- inalterabilidade 335
- modalidades 335
- objecto 334
- rectificação 335
- registo do casamento
 - cancelamento 339
 - falsidade 338
 - inexistência 338
 - menções que deve conter 338
 - nulidade 338
 - omissão 338
 - por averbamento 337, 383
 - por inscrição 335, 337
 - por transcrição 335, 337
 - rectificação 335
 - retroatividade 339

registo das pessoas colectivas religiosas 350

regra de direito internacional privado material 839

Regulamento (CE) n.º 1347/2000 do Conselho de 29.5.2000 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal 833

Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27.11.2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental 833, 852, 857, 860

Regulamento (CE) N.º 4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares 846

Regulamento (UE) N.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial 858

relação anterior de responsabilidades parentais 307

relação entre esposados 112

relação entre ex-cônjuges 112

relações familiares 32

relações parafamiliares 36

reserva mental 272

residência da família 414

responsabilidade civil dos cônjuges entre si 184

revisão de mérito 835, 851, 860

S

- sacramento do matrimônio 201
- sanatio in radice* 242, 392
- secularização do casamento 175, 201, 203, 242
- segundas núpcias 129, 244, 245, 303, 315, 428, 572, 576, 678, 679, 733, 786
- separação de facto 407, 416, 649, 722, 725, 727, 731
- separação de pessoas e bens
 - competência internacional 857
 - efeitos 663 e segs.
 - modalidades 657
 - natureza 655
 - noção 655
 - por mútuo consentimento 657
 - reconhecimento de sentenças estrangeiras 860
 - separação e divórcio 659
- sidonismo 685
- simplex separação judicial de bens 649 e segs.
- simulação parcial 200, 275, 370, 391
- sistema de casamento civil facultativo 206 e segs., 827
- sistema de casamento civil obrigatório 205
- sistema de casamento civil subsidiário 209
- sistema de casamento religioso obrigatório 204
- sistemas plurilegislativos 851, 860
- situações absolutamente internacionais 813
- situações familiares plurilocalizadas 819 e segs.
- situações internas 812
- situações jurídicas claudicantes 827
- situações relativamente internacionais 812
- splitting* 162
- subsídio por morte 65, 90, 105, 116, 117, 167, 678
- sucessão de estatutos 838
- suprimento da autorização para casamento de menores 311
- surdos, mudos e surdos-mudos 262
- suspensão da instância 660

T

tipicidade

- das causas de divórcio e separação de pessoas e bens 246

transcrição

- de assento de casamento católico celebrado em Portugal 376
- de assento de casamento católico celebrado no estrangeiro 347
- de assento de casamento celebrado por portugueses no estrangeiro perante as autoridades locais competentes 348
- de assento de casamento civil sob forma religiosa 351
- natureza jurídica 379

transexualidade 240

transmissão do direito ao arrendamento para habitação por morte do arrendatário

- à pessoa que vivia com ele em economia comum 115
- à pessoa que vivia com ele em união de facto 100
- ao cônjuge 678

Tratado da União Europeia 810

Tratado de Roma 810

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia 818

tribunais de família e menores 177

turbatio sanguinis 314 e segs.

tutela e curatela 43, 117, 160, 293, 320, 321

U

união de facto

- condições de eficácia 74 e segs.
- constituição da relação 71
- declaração de dissolução 95
- destino da casa de morada da família 93 e segs.
- direitos do sobrevivente 95 e segs.
- e Constituição da República 60 e segs.
- efeitos patrimoniais 82 e segs.
- efeitos pessoais 79 e segs.
- lei aplicável 836
- liberalidades 85

- motivações 58
 - noção 56
 - prova 71
 - relação de família? 64 e segs.
 - responsabilidade por dívidas 482
 - ruptura 93 e segs.
 - transmissão por morte do direito ao arrendamento para habitação 100
- União Europeia 817, 818

V

vícios do consentimento

- no casamento católico 370
- no casamento civil 278 e segs.

vida em economia comum 113 e segs.

vínculo matrimonial anterior não dissolvido 301 e segs.

(Página deixada propositadamente em branco)

SÉRIE ENSINO
IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS
2016

