

O DIREITO DA FAMÍLIA NA UNIÃO EUROPEIA

FORMAÇÃO, EFEITOS E CRISE DA VIDA EM COMUM

(RELATÓRIO PORTUGUÊS) (*)

HELENA MOTA / MARIA RAQUEL GUIMARÃES (**)

SUMÁRIO: 1. Formação (projecto) da vida em comum; *a)* Relação entre esposados; *i)* Promessa de casamento; *ii)* Doações entre esposados; *iii)* Presunção de paternidade; *b)* Convenções antenupciais. 2. A vida em comum; *a)* Tipologias da vida em comum: o casamento e a união de facto; *i)* O casamento; *ii)* A união de facto; *b)* Regras da vida em comum; *i)* Os efeitos patrimoniais da vida em comum; *ii)* Os efeitos sucessórios da vida em comum; *iii)* A vida em comum, a filiação e a adopção; *iv)* A publicidade e a prova da vida em comum; *v)* A previsão da separação: acordos sobre o fim da vida em comum. 3. A crise da vida em comum; *a)* A ruptura da união de facto; *b)* A modificação da relação matrimonial; *c)* A dissolução da relação matrimonial.

1. FORMAÇÃO (PROJECTO) DA VIDA EM COMUM

a) Relação entre esposados

A relação estabelecida entre aqueles que se vão casar (esposados) é a única que se desenha como projecto de vida em comum e que tem rele-

(*) O texto que agora se publica serviu de base, embora com uma organização das matérias significativamente distinta, ao relatório português que integrou a obra colectiva com o título *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea – Formazione, vita e crisi della coppia* (coord. de Francesca Brunetta d'Usseaux, Padova, Cedam, 2005, pp. 281-321), traduzido para o italiano pela Prof. Doutora Luzia Leite de Converti da Universidade de Génova. Trata-se, pois, de um texto com uma natureza essencialmente descritiva, elaborado com o objectivo de fornecer um panorama geral do regime português sobre a matéria e permitir uma análise comparada com os sistemas vigentes nos demais países da União Europeia. Atendendo, porém, ao seu carácter de síntese eminentemente pedagógica e apesar do tempo decorrido desde a sua elaboração e algumas alterações legislativas entretanto verificadas, entendemos manter-se o interesse da sua divulgação numa obra que comemora os dez anos da FDUP e que, portanto, celebra também os destinatários primeiros da investigação produzida nesta Faculdade: os alunos.

(**) Assistentes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

vância específica no âmbito do direito da família português. Assim, não reconhece o direito da família efeitos jurídicos a uma simples promessa de união de facto ⁽¹⁾ ou de vida em economia comum.

À relação entre esposados será aplicável o regime jurídico da *i*) promessa de casamento (arts. 1591.º a 1595.º do Código Civil — CC ⁽²⁾); da *ii*) doação entre esposados (arts. 1753.º a 1760.º e arts. 1700.º e ss. do CC); e da *iii*) presunção de paternidade (art. 1871.º, al. *d*), do CC).

***i*) Promessa de casamento**

O contrato de promessa de casamento ou sponsais consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual as partes (pessoas de sexo diferente) se obrigam a celebrar um contrato prometido, *in casu*, o casamento. Pela promessa de casamento, os nubentes obrigam-se a casar. O casamento a celebrar poderá ser civil ou católico.

A promessa de casamento não está sujeita a forma especial e prova-se por qualquer meio.

A responsabilidade decorrente da violação de uma promessa de casamento é de natureza contratual, determinando a aplicação do regime deste tipo de responsabilidade, *maxime* a presunção de culpa do devedor (art. 799.º, n.º 1, do CC). Não se exclui a possibilidade de a violação da promessa integrar factos constitutivos de uma responsabilidade delitual — será nomeadamente esse o caso sempre que o rompimento da promessa seja acompanhado da prática de crime de injúrias ou difamação ⁽³⁾ — mas o ressarcimento dos danos morais causados por esses factos não encontra fundamento no regime específico da promessa de casamento.

O carácter pessoal e familiar das obrigações assumidas determina também aspectos particulares na responsabilidade pelo incumprimento deste contrato. Não é possível recorrer à execução específica do contrato (art. 1591.º), isto é, não poderá o nubente requerer ao tribunal que emita a declaração negocial do faltoso, substituindo-se a este no consentimento

(1) No sentido da irrelevância da promessa de mera união de facto e da inaplicabilidade a esta promessa do disposto no art. 1591.º e ss. — concretamente o disposto quanto a restituição de donativos e indemnizações —, cfr. o Acórdão da Relação do Porto de 30-09-1991 (*CJ*, 1991, IV, 259-260, e <<http://www.dgsi.pt>>).

(2) Salvo menção em sentido distinto, todos os artigos referidos no texto pertencem ao Código Civil português de 1967 (CC).

(3) Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, I, Coimbra, 2003, 262.

para casar. Esta solução já decorreria, aliás, do regime geral do contrato-promessa (art. 830.º) que afasta genericamente a execução específica do contrato “quando a tal obste a natureza da obrigação assumida”, vale dizer, o carácter pessoal da obrigação, o que se verifica claramente na declaração de casamento.

Com o rompimento da promessa o próprio dever de indemnizar é limitado aos danos emergentes e, ainda assim, apenas àqueles relacionados com as “despesas feitas (...) [e as] obrigações contraídas na previsão do casamento” (art. 1594.º). Ficam excluídos os lucros cessantes (decorrentes, por exemplo, da recusa de um contrato de trabalho bem remunerado em virtude da opção de colaboração gratuita na empresa do outro esposado, ou da cessação de um contrato de trabalho a fim de se dedicar à vida do lar ⁽⁴⁾), as despesas feitas antes da promessa e todas as que não apresentem causalidade com o contrato prometido, não traduzam “despesas” ou “obrigações contraídas” por causa da promessa, como é o caso dos danos não patrimoniais ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. Aplicam-se as regras gerais do cálculo da indemnização, nomeadamente a da compensação do lucro com o dano (art. 566.º), e será admissível a estipulação de uma cláusula penal desde que não exceda os limites referidos.

Este regime especial de responsabilidade contratual explica-se pela necessidade de manter a integridade e a liberdade do consentimento matrimonial. O legislador receou o constrangimento dessa vontade em função dos montantes elevados de uma eventual indemnização. Tal condicionamento da vontade negocial seria intolerável no contrato de casamento.

O devedor neste contrato parafamiliar é, naturalmente, o esposado que rompeu a promessa sem *justo motivo* ⁽⁷⁾, ou que causou culposamente a

⁽⁴⁾ Neste sentido, cfr. o Acórdão do STJ de 14-03-1990 (*BMJ*, 395, 591-594, e <<http://www.dgsi.pt>>).

⁽⁵⁾ *Idem.* Cfr., ainda, o Acórdão da Relação do Porto de 27-06-1996 (<<http://www.dgsi.pt>>).

⁽⁶⁾ No sentido da não inclusão em geral dos danos não patrimoniais no leque de danos cobertos pela responsabilidade contratual, contrário ao entendimento maioritário da doutrina (por todos, Luís Manuel MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 2003, 339), vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Coimbra, 2000, 605.

⁽⁷⁾ O conceito é indeterminado e deverá ser preenchido pela jurisprudência que, sobre esta matéria, é, no entanto, muito escassa. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 260-261) referem apenas a existência de duas tomadas de posição sobre esta matéria: a do Acórdão do STJ de 14-03-1939 (*RLJ*, ano 72.º, 204) e a do Juiz de Ponta Delgada de 21-12-1979 (*CJ*, 1980, V, 241). No sentido da imputação do ónus da prova da veri-

retractação do outro esposado e ainda o que pessoalmente ou por intermédio de representante ocultou dolosamente a sua incapacidade matrimonial.

Terão direito à indemnização tanto o esposado inocente como os seus pais ou terceiros que tenham agido em nome destes (art. 1594.º, n.º 1).

O regime jurídico da promessa de casamento prevê ainda um dever de restituição objectivo (independentemente da culpa dos obrigados) que incide sobre os donativos — a que o CC se refere no art. 940.º, n.º 2, como “donativos conformes os usos sociais”, distinguindo-os das doações — feitos reciprocamente ou por terceiro em virtude da promessa e que não tenham sido consumidos antes do rompimento ou da verificação da incapacidade matrimonial. Devem os esposados restituir igualmente as cartas e retratos pessoais que mantenham (art. 1592.º, n.os 1 e 2).

No caso de morte de um dos esposados os donativos podem ser mantidos pelo esposado sobrevivivo que perderá, nessa hipótese, os que tenha feito ao outro. Por outro lado, o esposado sobrevivivo poderá manter também as cartas e retratos pessoais do outro, tendo direito a reaver os seus (art. 1593.º, n.os 1 e 2).

Tanto o direito de reaver donativos como o de exigir as indemnizações previstas caduca no prazo de um ano a contar da data do rompimento da promessa ou da verificação da incapacidade matrimonial (art. 1595.º).

ii) Doações entre esposados

A regulamentação das doações feitas pelos esposados entre si ou por um terceiro a um esposado em vista do casamento é diferente quer do regime talhado para as doações em geral quer do regime previsto para as próprias doações entre casados. Está consagrada nos arts. 1753.º a 1760.º e arts. 1700.º e ss. do CC, e é determinada essencialmente pela preocupação de favorecer o matrimónio; este tipo de doações é normalmente conhecido por “doações para casamento”.

As doações para casamento seguem o mesmo regime independentemente de terem sido feitas por um dos esposados ao outro ou por um terceiro a ambos ou só a um deles. No entanto, as doações *mortis causa* feitas por um terceiro não caducam se o(s) donatário(s) falecer(em) antes do doador, na medida em que funcione o direito de representação sucessória em favor dos descendentes do donatário (art. 1703.º, n.º 2).

ficação de um justo motivo ao esposado que rompeu a promessa, *vide*, nomeadamente, o Acórdão do STJ de 06-08-1998 (<<http://www.dgsi.pt>>).

As particularidades das regras sobre doações para casamento detecam-se de modo essencial na admissibilidade das doações *mortis causa*, verdadeira exceção no ordenamento jurídico português que consagra uma proibição geral dos pactos sucessórios (art. 2028.º, n.º 2). Assim, podemos encontrar, ao lado das doações para casamento de bens presentes, as doações para casamento *mortis causa* quer de bens presentes certos e determinados quer de parte ou da totalidade da herança do doador.

Todas as doações para casamento caducam se o casamento não se realizar e as doações feitas entre esposados caducam igualmente se o donatário falecer antes do doador (art. 1703.º, n.º 1).

As doações para casamento devem ser feitas mediante escritura pública, podendo ser incluídas num contrato pré-nupcial celebrado com o objectivo de regulamentar o estatuto patrimonial do casamento que vai ser celebrado.

Nas doações para casamento *inter vivos* não há especificidades a realçar em face do regime geral do contrato de doação.

Já nas doações com efeitos para depois da morte do doador, os bens doados só à morte deste se transmitem para o donatário e até lá não pode o doador dispor deles livremente de forma gratuita. Se a doação for de bens presentes, certos e determinados, o doador só no caso excepcional de existência de grave necessidade própria ou dos membros da família a seu cargo e havendo autorização escrita do donatário poderá aliená-los onerosamente, ficando este último credor do valor da coisa doada com preferência sobre os demais legatários (art. 1701.º, n.ºs 2 e 3).

iii) Presunção de paternidade

A relação entre esposados pode ainda ter relevância jurídica própria em matéria de direito da filiação e, em especial, no domínio das acções de investigação de paternidade. Sempre que a sua paternidade seja omissa, isto é, não esteja juridicamente estabelecida, o filho pode interpor uma acção de investigação de paternidade, sendo a prova da causalidade das relações sexuais havidas entre a sua mãe e o pretenso pai para o seu nascimento facilitada através de presunções em que se inverte o ónus da prova. Uma dessas presunções de paternidade é referida no art. 1871.º, al. d), e recai sobre aquele que seduziu a mãe no período legal de concepção, mediante promessa de casamento.

Apesar da relativa debilidade destas presunções, que excepcionalmente são ilididas por mera contraprova, a sua especial utilidade revela-se nas situações, não pouco frequentes, em que numa acção de investigação

de paternidade o pretense pai não se submete voluntariamente aos exames de DNA.

b) Convenções antenupciais

A convenção antenupcial é um contrato celebrado entre esposados destinado a fixar o regime de bens do casamento e, em geral, a determinar o estatuto patrimonial desse casamento.

O regime jurídico deste contrato assenta em duas matrizes que mutuamente se limitam e condicionam: por um lado uma ampla liberdade contratual, característica do direito dos contratos, consagrada no art. 405.º do CC, e, por outro, as limitações específicas fruto da imposição de determinado regime de bens e do disposto nos arts. 1699.º e 1718.º

A reconhecida liberdade na contratação dos aspectos patrimoniais do casamento permitirá às partes não só escolher um dos regimes de bens previstos na lei (a que poderemos chamar de “regimes-tipo”) — separação de bens, comunhão de adquiridos e comunhão geral de bens — como criar um regime próprio combinando cláusulas de cada um deles. Além disso, as cláusulas da convenção poderão eleger disposições concretas colhidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros, conter doações para casamento, a promessa de arrendamento em favor de terceiro, a medida da contribuição de cada um para os encargos da vida familiar, uma perfilhação, etc. (8).

A convenção antenupcial estará sujeita aos limites gerais comuns a todos os negócios jurídicos (9). Especificamente, os nubentes que estão sujeitos ao regime imperativo da separação de bens (art. 1720.º: casamentos urgentes e celebrados por quem tenha completado 60 anos de idade) não poderão, sob pena de nulidade das respectivas cláusulas, escolher ou criar outro regime de bens.

Além disso, a convenção antenupcial nunca poderá versar sobre a sucessão hereditária dos cônjuges — o que aliás já decorria do princípio da proibição dos pactos sucessórios, sem prejuízo da excepcional admissibilidade das doações por morte para casamento —; e não poderá incidir

(8) Sobre o conteúdo da convenção antenupcial, cfr. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *op. cit.*, 527-531; Pedro ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, 1986, 57 e ss.; e M. Rita LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, 2000, 500-551.

(9) São nulas, nomeadamente, as convenções contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Sobre estes limites, cfr. Rita LOBO XAVIER (*op. cit.*, 489-490, n. 107).

sobre o conteúdo dos deveres conjugais e paternais, contidos em normas de natureza imperativa e por isso inderrogáveis, sendo nula qualquer disposição em contrário. O mesmo vale para a proibição de afastar as regras sobre a administração dos bens do casal (arts. 1678.º e ss.) e a de tornar comunicáveis os bens incomunicáveis mesmo na comunhão geral de bens (art. 1733.º). É de realçar que qualquer um dos nubentes, tal como os cônjuges, pode ceder livremente ao outro poderes de administração sobre bens próprios ou comuns desde que o faça através de mandato, ficando assim assegurada a possibilidade da sua revogação.

No que respeita aos acordos sobre o modo e a medida com que cada um contribui para os encargos da vida familiar, estes são livremente revogáveis, existindo também a possibilidade da sua denúncia unilateral. É hoje admissível a contribuição para estes encargos com trabalho doméstico, sendo-lhe, neste caso, atribuído um determinado valor económico.

Do exposto resulta que a delimitação do objecto da convenção feita pelo art. 1699.º, n.º 1, não carrega nada de novo pois limita-se a referir normas imperativas do direito da família que não podem ser afastadas pelas partes. A única dúvida que aqui se levanta prende-se com a possibilidade de redução do negócio no caso de invalidade de alguma cláusula ou a determinação da nulidade de toda a convenção, nulidade essa que levaria à aplicação do regime supletivo da comunhão de adquiridos.

Já o n.º 2 do art. 1699.º estabelece uma verdadeira limitação ao proibir a adopção do regime de comunhão geral de bens e a comunicabilidade de alguns bens próprios na comunhão de adquiridos (art. 1722.º, n.º 1) por esposados que pretendem contrair matrimónio mas tenham filhos (não comuns) de anteriores casamentos. Está aqui em causa a salvaguarda da quota hereditária dos filhos que assim não terão de a partilhar com o cônjuge do progenitor, em caso de morte deste, e ver subtraída à sua quota a meação conjugal a que aquele teria direito sobre bens de família anteriores ao casamento ou que advieram posteriormente a título gratuito ou bens que foram sub-rogados no lugar dos bens próprios.

Por fim, apesar de as partes poderem socorrer-se das regras previstas em ordenamentos jurídicos estrangeiros para criar o seu regime de bens no respeito pela autonomia material, não poderão limitar-se a fazer uma simples remissão para lei estrangeira ou para lei revogada ou para usos e costumes locais (art. 1718.º).

A convenção antenupcial deve ser celebrada por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registo civil no processo de averiguação de capacidade matrimonial (processo preliminar de publicações)

e neste último caso os nubentes deverão limitar-se a escolher um dos regimes de bens “tipo” previstos na lei (art. 1710.º do CC e art. 189.º do Código do Registo Civil — CRC).

A convenção antenupcial deve ser registada (art. 1711.º do CC e arts. 190.º e 191.º do CRC) para produzir efeitos em relação a terceiros ⁽¹⁰⁾. No caso de não ter sido lavrado o respectivo registo, para os eventuais credores o regime matrimonial do casamento será o da comunhão de adquiridos apesar das estipulações em contrário feitas na convenção antenupcial, que serão respeitadas aquando da partilha dos bens do casal. O registo da convenção pode ser promovido oficiosamente (art. 83.º, n.º 2, do CRC).

A convenção antenupcial caduca se o casamento não se realizar no prazo de um ano — o casamento é a condição legal de eficácia da convenção antenupcial ⁽¹¹⁾ — ou se o casamento se realizar mas vier a ser declarado nulo ou a ser anulado, sem prejuízo do disposto em matéria de casamento putativo (art. 1716.º) na medida em que havendo boa fé dos cônjuges o casamento produz efeitos em relação a estes e em relação a terceiros até ao trânsito em julgado da sentença, no caso do casamento civil anulado, ou até ao averbamento da decisão de declaração de nulidade, no caso de casamento católico.

2. A VIDA EM COMUM

a) Tipologias da vida em comum: o casamento e a união de facto

No direito português a vida em comum de duas pessoas com partilha de habitação e relacionamento sexual (comunhão de “cama, mesa e tecto” ou comunhão de vida) terá efeitos jurídicos se *i*) entre eles tiver sido celebrado um casamento (privativo das relações heterossexuais) ou se *ii*) preen-

⁽¹⁰⁾ Nos termos do n.º 2 do art. 1711.º não são considerados terceiros para estes efeitos os herdeiros dos cônjuges e dos demais outorgantes da escritura.

⁽¹¹⁾ *Vide*, no entanto, o Acórdão do STJ de 19-04-2001 (<<http://www.dgsi.pt>>), no sentido da realização da partilha de bens do casal divorciado de acordo com a convenção antenupcial registada mas *caducada* (tendo em conta o período superior a um ano que mediou entre a sua realização e a celebração do casamento), atendendo ao não cancelamento do registo e à boa fé dos cônjuges. Este Tribunal rejeitou, ainda assim, o enquadramento da pretensão do cônjuge-marido (de fazer valer o regime supletivo de bens e não o regime convencionado de comunhão geral) como abuso de direito, na modalidade de “*venire contra factum proprium*”, conforme defendia o cônjuge-mulher.

cher os requisitos legais de uma união de facto (relação heterossexual ou homossexual) (12).

i) O casamento

O casamento é o acto constitutivo da relação matrimonial. No ordenamento jurídico português há duas modalidades de casamento: civil e católico (art. 1587.º do CC).

O casamento católico não é apenas uma forma de celebração mas um instituto matrimonial distinto do casamento civil, com regras e jurisdição autónomas (art. 1625.º) (13). Sem prejuízo do carácter sacramental do casamento católico e da sua irrevogabilidade, o conceito de casamento é comum: um acto de vontade de pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família através de uma comunhão de vida exclusiva (art. 1577.º do CC e cân. 1057, § 2, do *Corpus Iuris Canonici* — CIC).

Ao lado do casamento católico são admitidas outras *formas* religiosas de celebração do casamento que permanecem reguladas pelo direito civil. Nos termos da Lei n.º 16/2001, de 22-06 (Lei da liberdade religiosa), “são reconhecidos efeitos civis ao casamento celebrado por forma religiosa perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no País” (art. 19.º, n.º 1) (14).

(12) Diferentemente, a relação de “economia comum” regulada pela Lei n.º 6/2001, de 11-05, comporta agregados de duas ou mais pessoas que “vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entajuda ou partilha de recursos” (art. 2.º, n.ºs 1 e 2), mas não pressupõe (embora também não exclua — cfr. art. 1.º, n.º 3) um relacionamento de natureza sexual.

(13) A constitucionalidade deste art. 1625.º, que estabelece a competência dos tribunais eclesiásticos em matéria de nulidade do casamento católico e de dispensa do casamento rato e não consumado, é, porém, questionada desde a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, onde se prevê que “a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração” (art. 36.º, n.º 2). No sentido de que do texto constitucional não é possível retirar “qualquer indício seguro de ter o legislador pretendido revogar o preceito concordatário”, vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, Coimbra, 1992, 150, bem como a bibliografia aí citada. No mesmo sentido, cfr. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 166-169, 233-237) e os Acórdãos do STJ de 29-06-1978 (*BMJ*, 278, 228-231); de 6-03-1980 (*RLJ*, 113, 330-333, com anotação de ANTUNES VARELA); e de 22-02-1983 (*BMJ*, 324, 590-593). Em sentido contrário, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1993, 221.

(14) Para mais desenvolvimentos sobre estes casamentos “por forma religiosa”, vide PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 236-237).

O sistema matrimonial português é, assim, um sistema de casamento civil facultativo pois os nubentes podem optar por um casamento civil ou religioso; se a opção recair sobre o casamento católico (ainda predominante em Portugal), aplicar-se-ão as regras canónicas e a jurisdição pertencerá aos tribunais eclesiásticos. A validade do casamento católico no ordenamento jurídico português decorre historicamente da assinatura, em 1940, da Concordata entre a Santa Sé e o Estado Português — confirmada por uma nova concordata de 18 de Maio de 2004 —, e é nos termos desse acordo que o Estado reconhece efeitos civis pessoais e patrimoniais ao casamento católico, embora reserve para si a competência para a averiguação da capacidade matrimonial civil dos nubentes, para estabelecer as formalidades de registo, os efeitos da dissolução por morte, os efeitos da invalidade do casamento (ainda que determinada pelos tribunais eclesiásticos), e para regular quer a separação judicial de pessoas e bens quer o divórcio.

O casamento civil é um negócio jurídico bilateral apesar de ser integrado por duas declarações de vontade de conteúdo idêntico. A vontade manifestada deverá ser pessoal, actual, verbal e solene, pura e simples e perfeita.

A pessoalidade do consentimento não afasta a possibilidade de apenas um dos nubentes se fazer representar por um procurador (art. 1620.º do CC e arts. 44.º e ss. do CRC) presente no acto (na medida em que não se prescinde da actualidade do consentimento) munido de procuração com poderes especiais em que conste a identificação do outro nubente e a modalidade do casamento. Esta procuração deverá ser lavrada por escritura pública ou em documento escrito com reconhecimento presencial de letra e assinatura do representado (art. 43.º, n.º 2, do CRC e art. 127.º do Código do Notariado — CN). O procurador *ad nuptias* tem escassos poderes mas poderá não celebrar o casamento em determinadas circunstâncias, nomeadamente por presumir ser essa a vontade do seu representado ⁽¹⁵⁾.

Não é admissível o casamento por carta ou telefone ou qualquer outro meio de comunicação: as palavras que exteriorizam o consentimento deverão ser proferidas no próprio acto.

Não poderão ser apostas condições ou termos ao casamento: tais cláusulas ter-se-ão por não escritas (art. 1618.º, n.º 2).

O consentimento deverá ser prestado com vontade não viciada e coin-

(15) PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 273-274).

cidente com a declaração. A lei presume que o consentimento prestado foi perfeito e livre (art. 1634.º), só sendo o casamento anulável por vícios da vontade, falta de vontade ou divergência entre a vontade e a declaração, nos casos taxativamente previstos na lei (art. 1631.º). Assim, o casamento será anulado por simulação absoluta, erro na declaração quando incida sobre a identidade física do outro contraente, falta de vontade de acção (*maxime* coacção absoluta) ou falta de vontade da declaração negocial, erro sobre as qualidades essenciais do outro nubente e vontade determinada por coacção moral.

A anulabilidade do casamento civil fundada em consentimento inválido poderá ser arguida por um leque restrito de pessoas cujo direito de acção estará sujeito a prazos também apertados de caducidade (arts. 1639.º e ss.).

Já a incapacidade matrimonial, que também é causa, em determinados casos, da invalidade do casamento, resulta da previsão de um elenco de impedimentos matrimoniais que podem dizer respeito a qualidades de cada nubente ou à relação que entre eles se estabeleça (respectivamente, impedimentos absolutos e relativos).

Há impedimentos matrimoniais dirimentes que determinam a anulabilidade do casamento: falta de idade nupcial (16 anos, tanto para homem como para a mulher); demência; casamento anterior, católico ou civil, não dissolvido; parentesco na linha recta (pais e filhos, avós e netos) e até ao segundo grau na linha colateral (irmãos); afinidade na linha recta (padrastos e enteados); condenação por autoria ou cumplicidade em homicídio doloso, consumado ou tentado, sobre o cônjuge do outro (arts. 1601.º e 1602.º).

Os outros impedimentos são impeditentes, isto é, a sua ocorrência origina uma proibição de celebração do casamento que será devidamente sancionada (arts. 1604.º e 1650.º) mas não são fundamento para a anulação do casamento. E são eles a falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores, a menos que haja suprimento dessa autorização pelo conservador do registo civil; o prazo internupcial ou período que necessariamente deverá mediar entre a celebração do casamento e a dissolução ou invalidade do anterior casamento de um dos nubentes: em regra, cento e oitenta dias para o homem e de trezentos dias para a mulher, justificando-se a diferença pela eventual *turbatio sanguinis* e para eliminar dúvidas sobre a paternidade; parentesco no terceiro grau da linha colateral (tios e sobrinhos); o vínculo da tutela, curatela e administração legal de bens até um ano após o termo da incapacidade e respectiva aprovação de contas; a adopção res-

trita; e a simples pronúncia ⁽¹⁶⁾ pela autoria ou cumplicidade no crime de homicídio tentado ou consumado sobre o cônjuge do outro.

Os impedimentos impeditivos podem ser dispensados nos casos do parentesco no terceiro grau da linha colateral, do vínculo da tutela, curatela e administração de bens sempre que estiverem aprovadas as contas, e da adoção restrita. O acto de dispensa é da competência do conservador do registo civil que deverá fundamentar a sua decisão e dela caberá recurso para os tribunais (art. 1609.º).

O casamento é um negócio formal e solene. Existem três tipos de formalidades: as formalidades preliminares, a celebração e o registo.

O processo para casamento, isto é, o conjunto de actos sujeitos a uma ordem lógica e cronológica que antecedem o casamento, denomina-se “processo preliminar de publicações” e deverá ser organizado e instruído em qualquer tipo de casamento, católico ou civil: nele se averigua da existência ou não de impedimentos ao casamento. Para isso, a declaração para casamento deverá ser publicitada através de editais.

Na celebração do casamento civil devem estar presentes ambos os nubentes (ou um deles e o procurador do outro), duas testemunhas (na impossibilidade de se identificarem as partes de outra forma) e o conservador do registo civil (art. 154.º do CRC). As perguntas e respostas a serem proferidas na celebração estão previstas na lei (art. 155.º do CRC).

O registo de casamento é obrigatório e sem ele o casamento nunca pode ser invocado. O casamento civil não inscrito não se pode provar pois apesar de o registo traduzir uma mera formalidade *ad probationem*, é a único meio de prova admitido em matéria de casamento. O registo tardio do casamento civil tem efeitos retroactivos mas salvaguardam-se os direitos de terceiros, desde que sejam compatíveis com os direitos de natureza pessoal dos cônjuges como, por exemplo, os direitos sucessórios (art. 1670.º, n.º 2, do CC).

Há casamentos que prescindem da maioria das formalidades enunciadas: são os casamentos urgentes, admitidos nos casos de parto iminente e morte próxima (art. 1622.º; cfr., porém, o art. 1720.º). Nestes casos, o

⁽¹⁶⁾ Ou a existência de um despacho do juiz que confirme a acusação e marque dia para a audiência, sempre que o processo seja remetido para julgamento sem ter havido instrução e despacho de pronúncia. Esta adaptação do preceituado no art. 1604.º, al. f), é defendida por PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 319) em face das alterações entretanto introduzidas no processo penal português.

casamento é celebrado perante quatro testemunhas sem ter sido precedido do processo preliminar de publicações que será organizado posteriormente. O registo é feito por transcrição e finda a instrução do processo de publicações o conservador do registo civil homologa o casamento, salvo se existirem impedimentos dirimentes, caso em que a decisão de não homologação implicará a inexistência do casamento (art. 1628.º, al. *b*), do CC).

O casamento católico, *rectius* concordatário, rege-se, como dissemos já, simultaneamente pelas regras canónicas e civis. Para além do significado que o acto religioso comporta, nomeadamente a sua sacramentalidade, as regras canónicas são muito semelhantes às civis, o que se explica pela própria história do direito matrimonial que começou por ser uma instituição exclusivamente religiosa: só nos sécs. XII e XIII o Estado criou direito matrimonial e fê-lo por absorção das normas eclesiásticas; em França o casamento civil é instituído com o Código de Napoleão (1804); em Portugal o casamento civil surge com o Código Civil de 1867, vulgarmente designado por “Código de Seabra” (17).

No entanto, há diferenças de regime que merecem ser assinaladas: ao nível do consentimento, verificamos um alargamento das causas de invalidade, dando a lei canónica, ao contrário da lei civil, relevância à simulação e reserva mental relativas (cân. 1101, § 2, do CIC), ao dolo (cân. 1097, § 2, do CIC), ao erro sobre a pessoa do outro contraente (cân. 1097, § 1, do CIC) e sobre a natureza do negócio (cân. 1096 do CIC), e à oposição de condição ou termo (cân. 1102 do CIC).

Os impedimentos ao casamento católico são: a impotência, a falta de baptismo (dispensável), o voto de castidade, a honestidade pública (casamento com parente na linha recta de companheiro ou concubino), o concubídio, o parentesco na linha recta e até ao quarto grau da linha colateral (dispensável a partir do terceiro grau na linha colateral), a afinidade na linha recta, a falta da idade núbil (16 anos), o casamento católico anterior não dissolvido, a adopção, o rapto para casar e as ordens sacras.

A produção de efeitos civis do casamento católico depende do registo e o conservador do registo civil pode recusá-lo se, para além de algumas deficiências formais, existir algum impedimento dirimente *civil* originário (art. 1657.º do CC).

A nulidade do casamento católico é decidida exclusivamente pelos

(17) Sobre a evolução do direito matrimonial desde a época romana, cfr. Diogo LEITE DE CAMPOS, *A invenção do direito matrimonial*, Coimbra, 1989.

tribunais eclesiásticos da área de residência do requerente (18). Nos termos da Concordata de 1940, o Tribunal da Relação da área da Conservatória do Registo Civil competente para a transcrição limitava-se a apurar se a decisão vinha acompanhada do decreto do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica e se este tinha sido expedido pela via diplomática competente. Não era assim necessária a revisão de sentença estrangeira mas um mero *exequatur*. A nova Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé prevê, no entanto, no seu art. 16.º, n.º 1, a necessidade de revisão e de confirmação destas decisões pelos tribunais portugueses competentes, com vista à produção dos respectivos efeitos civis.

ii) A união de facto

A união de facto é genericamente definida como uma relação de natureza sexual, prolongada e estável, entre duas pessoas de sexo igual ou diferente, com coabitação notória, isto é, comunhão de mesa, leito e habitação. No direito português é muitas vezes referida como “comunhão de vida” ou “vida em condições análogas às dos cônjuges” (19). É diferenciada da relação de concubinato pela adopção de residência comum e pela aparência, ainda que não juridicamente tutelada, de casamento (20).

A heterossexualidade deixou de ser elemento constitutivo da união de facto pois a Lei n.º 7/2001, de 11-05, veio estender a aplicação do regime jurídico da união heterossexual à união homossexual.

No direito português a união de facto foi sempre definida como uma relação jurídica parafamiliar já que não consta do elenco das relações familiares do art. 1576.º do CC (21). Mas desde 1977 — data de uma

(18) Sobre a possível inconstitucionalidade do art. 1625.º, *vide* o que foi dito *supra*, n. 13.

(19) A título de exemplo, vejam-se os factos quesitados e considerados provados em 1.ª instância para efeitos de verificação da união de facto numa acção em que se discutia o direito a uma pensão de sobrevivência: “(...) [X e Y] viviam em comunhão de casa, mesa e leito numa casa propriedade de (...) [Y]”; “aí tomavam juntos as suas refeições”; “dormiam um com o outro e mantinham relações de trato sexual”; “auxiliavam-se mutuamente”; “ambos contribuíam, na medida das respectivas possibilidades, para os encargos da vida doméstica”; “mantinham relações sociais em comum, sendo reputados por quem com eles se relacionava, como marido e mulher, ou pelo menos, que como tal viviam” (Acórdão da Relação do Porto de 22-01-2002, <<http://www.dgsi.pt>>).

(20) ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, I, Lisboa, 1999, 27, n. 1.

(21) PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 107-108) e Helena MOTA, “O problema normativo da família — Breve reflexão a propósito das medidas de protec-

importante reforma do Código Civil, operada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, que harmonizou a legislação ordinária com o texto da Constituição da República Portuguesa de 1976 —, a união de facto tem merecido a atenção do legislador que optou, até à data da entrada em vigor da Lei n.º 135/99, de 28-08, ora por uma intervenção pontual, legislando directamente sobre determinados aspectos da relação, ora por remeter, em casos particulares, para o direito matrimonial.

Assim, e até 1999, aqueles que viviam em união de facto tinham direito a alimentos em caso de morte de um deles a retirar da herança do falecido (art. 2020.º do CC); a pensão de sobrevivência e a subsídio por morte desde que o falecido fosse funcionário público (DL n.º 191-B/79, de 25-06, e DL n.º 223/95, de 8-09) ou beneficiário da segurança social (DL n.º 322/90, de 18-10, e DL n.º 1/94, de 18-01); à aplicação do regime de faltas e de preferência na colocação e marcação de férias vigente na função pública, em condições idênticas às dos cônjuges (DL n.º 100/99, de 31-03, e DL n.º 215/95, de 22-08); a pensão de “preço de sangue” (DL n.º 404/82, de 24-09); a transmissão do arrendamento por morte do companheiro, primitivo arrendatário, logo após os descendentes, ascendentes e afins na linha recta (DL n.º 321-B/90, de 15-10); a subsídio de renda (DL n.º 68/86, de 27-03); a uma indemnização por morte do companheiro — sempre que o companheiro tenha sido vítima de uma lesão a que sobreveio a morte (art. 495.º, n.º 3, do CC) —; e ao exercício do poder paternal conjunto, nos mesmos termos aplicáveis aos cônjuges (art. 1911.º, n.º 3).

Todos estes direitos, de índole marcadamente social, salvaguardavam o espaço de liberdade próprio da união de facto, não impondo limitações à autonomia privada características do casamento⁽²²⁾, tais como a proibição de determinados contratos entre os cônjuges (art. 1714.º, n.º 2), a proibição de doações nos casamentos imperativamente celebrados em separação de bens (art. 1762.º), a proibição de doações irrevogáveis entre casados (art. 1765.º),

ção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in *Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, 2001, 537-539. Sobre a necessidade de considerar a união de facto “como uma das reais fontes de relações típicas da família, entendida esta, não no sentido técnico e estrito, mas no sentido amplo e abrangente de todo o agregado onde se verifica uma comunhão de vida — afectiva e económica”, para efeitos de incluir os rendimentos do companheiro da mãe de um menor no rendimento total do “agregado familiar” do mesmo menor, vide as considerações tecidas pelo STJ em Acórdão de 22-05-2003 (<<http://www.dgsi.pt>>).

(22) Em geral, sobre estes limites, cfr. Rita LOBO XAVIER (*op. cit.*, 113-368).

a comunicabilidade de dívidas, o direito a alimentos, a perda de benefícios após o divórcio, o regime de bens, as ilegitimidades conjugais, etc.

Por outro lado, o conjunto de direitos elencado resultava da aplicação de normas dispersas, sem sistematização, sem identidade de “estatuto”⁽²³⁾, sem definição dos contornos da relação jurídica a que se destinava.

Foi a preocupação de contrariar este estado de coisas que parece ter estado na base da intervenção do legislador quando em 1999, com a Lei n.º 135/99, de 28-08 (entretanto revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11-05), adoptou “medidas de protecção da união de facto”. A Lei n.º 135/99 veio, desde logo, estabelecer condições para a relevância jurídica da união de facto: vivência há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges e não verificação de impedimentos — idade inferior a 16 anos, demência, parentesco na linha recta ou segundo grau da linha colateral, afinidade na linha recta, conjucídio em autoria ou cumplicidade, e casamento anterior não dissolvido, salvo se já tiver sido decretada a separação judicial de pessoas e bens⁽²⁴⁾.

O actual regime da união de facto, introduzido pela Lei n.º 7/2001, de 11-05 (que revogou a referida Lei n.º 135/99, de 28-08), veio, no mais, consagrar o direito dos companheiros à morada de família ou residência comum. Se a casa de morada de família for arrendada e em caso de morte do arrendatário, o companheiro mantém o direito à transmissão do arrendamento, exercendo a sua preferência depois dos descendentes; em caso de separação poderá haver acordo, sem autorização do senhorio, na transmissão do arrendamento, ou decisão judicial nesse sentido. Quando a casa for própria, e em caso de morte do proprietário, o companheiro sobrevivente terá um direito real de habitação por um prazo de cinco anos e preferência, no mesmo prazo, na sua venda. A este direito só poderão opor-se os descendentes com menos de um ano ou que habitavam com o falecido há mais de um ano e pretendam aí continuar a habitar e o próprio proprietário que, através de uma disposição testamentária em sentido contrário, poderá sempre obstar ao seu exercício. Se a união de facto terminar por separação, poderá o companheiro não proprietário requerer ao tribunal que lhe atribua um direito de arrendamento sobre a morada de família, nos termos do art. 1793.º do CC (regime matrimonial).

(23) Para utilizar a expressão de CARBONNIER, *Droit Civil*, 2, Paris, 2002, 733.

(24) Para mais desenvolvimentos sobre o regime introduzido por este diploma, cfr. Helena MOTA (*op. cit.*, 553-562).

Esta nova legislação sobre a união de facto veio ainda permitir a adopção conjunta por pessoas de sexo diferente unidas de facto, a aplicação do regime de imposto sobre o rendimento de pessoas singulares nos mesmos termos das pessoas casadas, e a aplicação do regime jurídico de férias, feriados e faltas próprio dos cônjuges no domínio do contrato individual de trabalho.

A união de facto permanece, assim, no direito português, como uma união informal cuja pedra de toque é a livre desvinculação⁽²⁵⁾, a ausência de deveres pessoais e a inexistência de limites à liberdade contratual.

b) Regras da vida em comum

i) Os efeitos patrimoniais da vida em comum

Na união de facto, como vimos, não existe qualquer regime de bens, sem prejuízo da possibilidade de os companheiros outorgarem pactos de coabitação⁽²⁶⁾.

Já o casamento pressupõe uma comunhão de vida tendencialmente perpétua que se caracteriza pela adopção de uma residência comum, pela partilha do mesmo tecto, mesa e leito, pela mútua contribuição para os encargos da vida familiar e pela assunção de interesses comuns. Torna-se então necessário que as relações patrimoniais derivadas do casamento estejam sujeitas a um regime especial, diverso do que vale para as relações jurídicas obrigacionais e reais. Mesmo nos regimes de separação de bens existe um “regime matrimonial de bens”.

No direito português podemos encontrar um regime supletivo de bens e regimes convencionais “tipo”. O regime supletivo é o que vigora no caso

(25) Vide, no entanto, o que é dito *infra*, § 3.

(26) Neste sentido, cfr., nomeadamente, os Acórdãos do STJ de 1-07-1993 (<<http://www.dgsi.pt>>): “Os bens adquiridos pelo casal durante a vigência da união de facto podem ser próprios ou comuns, consoante tiverem sido adquiridos só por um ou por ambos os partícipes na união”; e de 12-03-2002 (<<http://www.dgsi.pt>>): “Numa situação de união de facto depende dos unidos a regulamentação do uso e fruição dos bens de cada um em função da união; na falta de regulamentação voluntária cada um é estranho em relação ao património do outro”. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 124) e Diogo LEITE DE CAMPOS (*Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2003, 21) defendem, porém, a aplicação à união de facto do regime da comunicabilidade de dívida contraída por um dos companheiros para suportar os encargos normais da vida em comum, nos termos dos arts. 1691.º, al. b), e 1695.º (regime matrimonial).

de inexistência, invalidade, ineficácia ou caducidade da convenção antenupcial. No nosso regime jurídico é fixada supletivamente a comunhão de adquiridos (art. 1717.º). Entende-se genericamente que este regime, segundo o qual serão comuns todos os bens adquiridos pelos cônjuges depois da celebração do casamento e próprios os “levados para o casamento” ou os que advierem a título gratuito por sucessão ou doação, será o mais razoável do ponto de vista social, na medida em que não potencia uma tentativa de locupletamento de um dos cônjuges em prejuízo do outro através do casamento, e, por isso, foi o fixado na lei, no caso de silêncio das partes. O cônjuge sobrevivente, em caso de morte do outro cônjuge, fica sempre protegido porque, para além da meação do que é comum, é herdeiro legítimo na primeira linha, ao lado dos filhos do cônjuge falecido.

No regime de comunhão de adquiridos há bens comuns e bens próprios. O regime de comunhão de adquiridos é expressão abreviada de “comunhão de adquiridos onerosamente depois do casamento” o que restringe, desde logo, a existência de bens comuns aos bens adquiridos *a título oneroso* por qualquer dos cônjuges *após* a celebração do casamento, excluindo simultaneamente da comunhão os bens levados para o casamento (art. 1722.º, n.º 1, al. *a*)) e os adquiridos a título gratuito por sucessão ou doação após a sua celebração (art. 1722.º, n.º 1, al. *b*)).

Este princípio comporta, no entanto, excepções. Assim, permanecem próprios os bens adquiridos depois da celebração do casamento mas em virtude de direito próprio anterior (v. g. as heranças partilhadas depois do casamento; os bens adquiridos em usucapião quando a posse for anterior ao casamento; bens comprados antes do casamento mas com reserva de propriedade ⁽²⁷⁾; prémios de lotaria adquirida antes do casamento, etc.); bens sub-rogados no lugar de bens próprios quer por troca directa quer por aquisição com dinheiro e valores próprios; bens adquiridos em parte com dinheiro ou valores próprios quando essa seja a mais valiosa das prestações; partes adquiridas em bens indivisos quando um dos cônjuges seja já proprietário dos mesmos; bens adquiridos por virtude da titularidade de

(27) Hipótese duvidosa parece ser a do bem adquirido depois do casamento em virtude de contrato de promessa anterior. Neste caso parece existir uma causa para a aquisição anterior ao casamento semelhante aos casos de reserva de propriedade ou de direito de preferência. No entanto, o recurso à analogia ou à interpretação extensiva não é aqui possível já que no contrato-promessa não se adquire directamente um direito de propriedade (como na compra e venda com reserva) mas apenas um direito (obrigacional ou real) ao contrato prometido, este sim, capaz de transferir a propriedade.

bens próprios (acessões; materiais resultantes de demolição ou destruição de bens; parte de tesouros; prémios de amortização de títulos de crédito e outros): arts. 1722.º, n.ºs 1, al. c), e 2, 1723.º, 1726.º-1728.º

Serão bens comuns o produto do trabalho dos cônjuges; os bens adquiridos na constância do matrimónio não exceptuados por lei e os frutos dos bens próprios ou comuns quer civis (juros de depósitos, por exemplo) quer naturais; e as benfeitorias úteis, já que as necessárias, sendo indispensáveis à conservação da coisa, vão reproduzir-se nos frutos (arts. 1724.º e 1733.º, n.º 2).

Os bens móveis, por sua vez, presumem-se comuns.

Na comunhão geral de bens todos os bens são comuns, os presentes e os futuros relativamente ao casamento.

Existem bens incomunicáveis, seja qual for o regime de bens do casamento: são os bens previstos no art. 1733.º, concretamente os bens deixados ou doados com cláusula de incomunicabilidade; os bens deixados ou doados com cláusula de reversão ou fideicomissária; os direitos estritamente pessoais — direitos morais de autor, uso e habitação, usufruto, arrendamento —; as indemnizações devidas a um dos cônjuges; os seguros em favor de um dos cônjuges ou para cobertura de bens próprios; os objectos de uso pessoal como roupas e jóias; e as recordações de família sem valor económico.

No regime de separação de bens não existe património comum e os bens móveis presumem-se em compropriedade.

Para além do regime de bens que definirá a propriedade dos mesmos, o direito matrimonial patrimonial tem regras sobre a administração dos bens no casamento, sobre a legitimidade para a prática de actos de alienação e oneração, e sobre a comunicabilidade de dívidas dos cônjuges. Algumas destas regras aplicam-se a todos os casamentos, independentemente do regime de bens convencionado ou legalmente aplicado: trata-se do regime matrimonial primário. Ao lado deste, o ordenamento jurídico prevê regras sobre a administração de bens, ilegitimidades e dívidas que são privativas de determinados regimes de bens.

O art. 1678.º do CC enuncia as regras gerais da administração dos bens do casal: os bens próprios são administrados pelo proprietário e os bens comuns são administrados por ambos os cônjuges sem prejuízo do disposto no art. 1678.º, n.º 2, que enumera os casos de administração isolada sobre bens comuns ou próprios do outro cônjuge (bens utilizados exclusivamente pelo cônjuge não proprietário como instrumento de trabalho; impossibilidade de administração pelo cônjuge proprietário; mandato con-

ferido pelo cônjuge proprietário, entre outros). Na administração conjunta os cônjuges podem, sozinhos, praticar actos de administração ordinária ⁽²⁸⁾; os actos de administração extraordinária têm de ser praticados conjuntamente ou por um dos cônjuges com o consentimento do outro.

A administração de bens comuns, apesar de não obrigar à apresentação de contas, terá que ser feita criteriosamente, sob pena de o cônjuge não administrador requerer a separação judicial dos bens nos termos do art. 1767.º A má administração dos bens comuns é um dos casos previstos na lei como fundamento para a separação judicial de bens, ao lado de outros como a ausência, a falência ou insolvência, ou a citação no âmbito de processo executivo por dívida da responsabilidade de um dos cônjuges em que se nomeiam bens comuns do casal.

O casamento gera ilegitimidades conjugais no sentido de proteger os interesses da família. Não se tratam de situações de verdadeira incapacidade, enquanto ausência de uma qualidade absoluta de um dos cônjuges, mas antes derivam da sua posição em relação ao outro. Há determinados actos de conteúdo patrimonial que na constância do matrimónio os cônjuges não podem praticar. As ilegitimidades conjugais referem-se a poderes de disposição e oneração dos bens ⁽²⁹⁾.

A legitimidade dos cônjuges para alienar e/ou onerar bens móveis que não consubstanciem actos de mera administração está restrita a quem tem a administração exclusiva do bem e a sua propriedade salvo se estes bens são utilizados conjuntamente pelos cônjuges como instrumento comum de trabalho ou na vida do lar (art. 1682.º).

A legitimidade dos cônjuges para alienar e/ou onerar bens imóveis comuns ou próprios ou para dispor de direitos sobre bens imóveis está prevista nos arts. 1682.º-A, 1682.º-B e 1683.º do CC, e difere consoante

⁽²⁸⁾ Para uma apreciação crítica desta disposição, *vide* ANTUNES VARELA (*op. cit.*, 382-383) e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (*op. cit.*, 289-290).

⁽²⁹⁾ Uma das questões que se poderá colocar é a da legitimidade para a prática de um acto de administração extraordinária (por exemplo, a instalação de um sistema de aquecimento central) que não seja de alienação ou oneração do bem móvel comum, por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, tendo ambos a administração do bem. Se se tratasse de um acto de alienação ou oneração a resposta estaria no art. 1682.º, n.º 1, que remete para o art. 1687.º, n.º 1: o acto seria anulável. Neste caso, a sanção não existe: o cônjuge que não deu o consentimento para o acto poderá invocar a má administração dos bens e, no limite, a separação judicial de bens. De qualquer forma a dívida emergente deste acto seria sempre própria do cônjuge que a assumiu já que não é um encargo normal da vida familiar e extravasa os poderes de administração do respectivo cônjuge.

o regime de bens do casamento. Assim, nos regimes de comunhão de bens (geral ou de adquiridos), carecem do consentimento de ambos os cônjuges a alienação, oneração, arrendamento e constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns e sobre o estabelecimento comercial.

Em qualquer regime de bens carecem do consentimento de ambos os cônjuges a alienação, oneração, arrendamento e constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada de família (art. 1682.º-A, n.º 2), assim como as disposições relativas ao direito ao arrendamento sobre a mesma (arts. 1682.º-B e 1682.º-C).

Carece igualmente de consentimento de ambos os cônjuges, nos regimes de comunhão de bens, o repúdio de herança ou legado.

Os actos praticados sem legitimidade são anuláveis (art. 1687.º) e a anulabilidade deve ser arguida pelo cônjuge que não deu o consentimento ou o seu herdeiro nos seis meses subsequentes ao conhecimento do acto e dentro dos três anos após a sua prática.

A anulabilidade é sanável mediante confirmação, podendo esta ser tácita, nos termos gerais do art. 288.º, n.º 3. Assim, o facto de o cônjuge que não deu o consentimento para o acto ter recebido o preço dos bens alienados pode constituir confirmação tácita do negócio por esse mesmo cônjuge.

Apesar da invalidade dos negócios feridos de ilegitimidade conjugal, a lei protege o adquirente de boa fé de móveis não sujeitos a registo, nos termos do art. 1687.º, n.º 3⁽³⁰⁾.

No casamento, a solidariedade económica entre os cônjuges e a presunção de que todos os actos são praticados por um dos cônjuges com o conhecimento e a anuência do outro determinam a comunicabilidade de determinadas dívidas.

O princípio geral em matéria de dívidas conjugais é o de que cada um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. Para apurar a responsabilidade pelas dívidas deve-se atender à data do facto que lhes deu origem: a data da conclusão do contrato, a data da prática do facto ilícito, etc. (art. 1690.º).

São da responsabilidade de ambos os cônjuges, independentemente do regime de bens do casamento, as dívidas contraídas por ambos ou por

⁽³⁰⁾ ANTUNES VARELA (*op. cit.*, 396) critica esta solução, especialmente quando estão em causa bens móveis utilizados no lar.

um deles com o consentimento do outro, antes ou depois do casamento (art. 1691.º, n.º 1, al. a)); as dívidas contraídas para ocorrer aos encargos da vida familiar, antes ou depois do casamento (v. g. a renda da casa, as despesas com vestuário, alimentação, medicamentos: art. 1691.º, n.º 1, al. b)); as dívidas contraídas depois do casamento pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal (cabendo aqui a satisfação de necessidades materiais mas também intelectuais, espirituais ou morais), nos limites dos seus poderes de administração (art. 1691.º, n.º 1, al. c)); as dívidas que oneram doações/heranças ou legados quando estes são comuns (art. 1691.º, n.º 1, al. e), e art. 1693.º, n.º 2); as dívidas que oneram bens comuns e as dívidas que oneram rendimentos comuns de bens próprios.

Nos regimes de comunhão são ainda comuns as dívidas contraídas depois do casamento no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum (art. 1691.º, n.º 1, al. d)) (31).

No regime de comunhão geral de bens são também comuns as dívidas contraídas antes do casamento em proveito comum do casal (art. 1691.º, n.º 2).

Serão da exclusiva responsabilidade do cônjuge que as contraiu as dívidas provenientes de crimes ou outros factos imputáveis a um dos cônjuges, as dívidas que oneram doações, heranças ou legados quando os respectivos bens sejam próprios e as dívidas que oneram bens próprios de qualquer dos cônjuges.

O regime de bens escolhido por via contratual (convenção antenupcial) ou supletivamente fixado por falta de estipulação das partes é imutável, não podendo ser alterado depois da celebração do casamento (art. 1714.º, n.º 1).

Através do princípio da imutabilidade a lei pretende evitar que o ascendente de um dos cônjuges em relação ao outro, na constância do matrimónio, determine o locupletamento injustificado e um enriquecimento injusto. Um dos cônjuges “forçaria” o outro a modificar o regime de bens legal ou convencionado, permitindo a alteração da propriedade e administração dos bens. Ter-se-ia uma autêntica doação entre casados sem a possibilidade de livre revogação nos termos do art. 1765.º, n.º 1, já que a convenção, como contrato que é, não é unilateralmente revogável. Além disso, poder-se-ia configurar uma hipótese de fraude face aos credores (32).

(31) Para uma apreciação crítica desta regra, nomeadamente não compreendendo a não consagração de uma solução de favor idêntica para as actividades agrícolas ou o exercício de profissão liberal, *vide* PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 456).

(32) Para PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 539) a protecção dos interesses de terceiro será, aliás, a única e verdadeira justificação do princípio da imutabi-

Os cônjuges não podem celebrar entre si contratos de compra e venda, excepto se estiverem separados judicialmente de pessoas e bens (art. 1714.º, n.ºs 2 e 3, e art. 8.º do Código das Sociedades Comerciais — CSC). Se assim não fosse, os cônjuges deslocavam, definitivamente, massas de bens de um para o outro ou de/para o património comum, o que resultava numa alteração do regime de bens em que estavam casados e que a lei pretende imutável. Por outro lado, os cônjuges não podem celebrar entre si contratos de sociedade comercial ou participar em sociedades comerciais se ambos assumirem responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais. Já parece ser admissível a existência de uma relação laboral entre ambos, embora a aplicação prática do regime do contrato individual aos cônjuges possa levantar algumas dificuldades, para além de potenciar situações de fraude fiscal ⁽³³⁾.

lidade. Para os Autores, hoje já não parece ser de temer o ascendente de um dos cônjuges relativamente ao outro de molde a forçá-lo a uma alteração do estatuto patrimonial dos bens não desejada. Assim, o princípio da imutabilidade do regime de bens só pretenderia proteger os terceiros e eventualmente um sistema de publicidade adequado satisfaria os mesmos interesses e respeitaria a autonomia privada que deveria seguir incólume no casamento. Estes Autores têm também uma visão restrita do princípio da imutabilidade que se consome na proibição do art. 1714.º, n.º 1, e fundamenta as proibições pontuais dos negócios de compra e venda e sociedade (nomeadamente civil) entre cônjuges (*op. cit.*, 532-537). Outros Autores — ANTUNES VARELA (*op. cit.*, 433-434), M. Rita LOBO XAVIER (*op. cit.*, 113 e ss.) — defendem a aplicação do princípio a todos os negócios sobre bens concretos (como o comodatado, o arrendamento, a constituição de um direito de usufruto), que de alguma forma alteram o estatuto patrimonial do bem e que, por isso, também deveriam ser nulos. Esta última A. (*op. cit.*, 177) tem defendido que o que está em causa, estritamente, no princípio da imutabilidade não é a mera proibição da alteração do estatuto patrimonial do casamento e as deslocamentos patrimoniais (quais são e de quem são os bens), aliás, uma inevitabilidade dada a comunhão de vida, mas sim obviar a que com essa alteração haja enriquecimento definitivo e ilegítimo de um dos cônjuges à custa do outro. No fundo, o mesmo objectivo que justifica a admissibilidade das doações entre casados livremente revogáveis. E por isso, mesmo advogando a abolição do princípio da imutabilidade, cujos objectivos poderiam ser perseguidos por recurso ao direito comum — resolução do negócio por alteração das circunstâncias, restituição por enriquecimento sem causa, revogação por ingratidão —, a A. defende que a proibição das vendas entre casados, deveria, ainda assim, manter-se. Quanto à interpretação do próprio princípio da imutabilidade, esta A. também o entende em sentido amplo, explicando que, relativamente aos negócios referidos no n.º 2 do art. 1714.º, esses seriam sempre nulos e no que respeita a outros negócios que indirectamente violem o princípio da imutabilidade, a sua validade deveria ser, à luz desse princípio, avaliada objectivamente.

⁽³³⁾ Neste sentido, cfr. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 507-509). O STA, em Acórdão de 6-10-1993 (<<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>>), entendeu, no entanto, que “entre cônjuges casados sem convenção antenupcial não pode existir contrato de trabalho, por não haver entre eles subordinação jurídica e/ou económica” e, portanto, decidiu no

Os cônjuges podem realizar dações em cumprimento feitas pelo cônjuge devedor ao seu consorte e realizar entre si doações desde que livremente revogáveis nos termos dos arts. 1761.º e ss. Podem ainda conferir por mandato ao seu consorte a administração de bens próprios ou comuns, de acordo com o art. 1678.º, n.º 2, al. g).

A convenção antenupcial pode ser celebrada com sujeição a condição ou termo (art. 1713.º), podendo os nubentes convencionar, por exemplo, que vigorará o regime de separação de bens até ao nascimento do primeiro filho e o de comunhão de adquiridos a partir de então. Estas cláusulas não têm efeitos retroactivos face a terceiros.

ii) Os efeitos sucessórios da vida em comum

Na união de facto, como vimos, não há direitos sucessórios *ab intestato* ⁽³⁴⁾. Assim, os companheiros só poderão dispor dos bens *post mortem* através de testamento que, no entanto, existindo herdeiros legitimários (descendentes e ascendentes), não poderá pôr em causa a quota indisponível, ou legítima, destes (1/2, 2/3 ou 1/3, consoante os casos). Além disso, as liberalidades feitas aos companheiros serão sempre tratadas fiscalmente como disposições feitas a terceiros.

No casamento os efeitos sucessórios são amplos e independentes do regime de bens. Assim, o cônjuge sobrevivente é sempre herdeiro legitimário ocupando a primeira classe dos sucessíveis em concurso com os descendentes e quando concorre com mais de quatro descendentes é-lhe reservada uma quarta parte da herança.

A casa de morada de família e o seu recheio, quando própria do *de cujus*, será atribuída prioritariamente ao cônjuge (art. 2103.º-A) e, quando

sentido de não poder “considerar-se motorista por conta de outrem, quem exerce tal profissão em actividade industrial do respectivo cônjuge, quando o regime do casamento é de comunhão de bens (geral ou de adquiridos)”. Este mesmo Tribunal, em Acórdão de 12-05-1998 (<<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>>), voltou a assumir a mesma posição, considerando “inexistente [num casamento sob o regime de comunhão de adquiridos] o contrato de trabalho celebrado entre marido e mulher por falência de um elemento essencial, a retribuição”, na medida em que “a mesma proviria dos bens comuns e para eles retornaria, não se podendo afirmar assim um ganho, uma correspectividade”.

⁽³⁴⁾ Vide, no entanto, o que foi dito *supra*, neste §, a), ii), sobre o direito a alimentos a retirar da herança do companheiro falecido (art. 2020.º), o direito real de habitação pelo prazo de 5 anos e sobre a preferência na venda da casa de morada comum em caso de morte do companheiro proprietário.

arrendada ao falecido, será atribuída ao sobrevivente com preferência sobre todos os outros familiares.

O direito a alimentos será atribuído nos termos do art. 2018.º do CC, sendo retirado dos rendimentos dos bens deixados pelo falecido.

O cônjuge sobrevivente tem ainda direito a pensão de sobrevivência, subsídio por morte e indemnização por morte (art. 496.º).

Já a sucessão contratual é em regra proibida no direito português: os pactos sucessórios são, como dissemos já, nulos (art. 2028.º, n.º 2), excepto os que forem expressamente previstos na lei (arts. 1700.º a 1707.º, 1755.º e 1756.º: doações por morte para casamento feitas na convenção antenupcial, em obediência à ideia de *favor matrimonii* (35)). Nos termos do art. 946.º, n.º 2, as doações por morte, se respeitarem as formalidades do testamento, serão havidas, *rectius*, convertidas em testamentos. Aplica-se a figura da conversão de negócios (art. 293.º) que funciona *ope legis*, não tendo o juiz que decidir da sua oportunidade. É, então, necessário que a doação tenha sido realizada por escritura pública (formalidade exigida para o testamento público) mesmo tratando-se de bens móveis, havendo ou não tradição da coisa.

iii) A vida em comum, a filiação e a adopção

O direito português da filiação assenta sobre o princípio constitucional de não discriminação dos filhos nascidos fora e dentro do casamento e sobre o princípio da verdade biológica em que há coincidência entre o estatuto jurídico e o vínculo natural. Para a defesa deste último princípio, o Estado promove a pesquisa e a investigação da paternidade e maternidade com pleno recurso aos meios científicos (art. 1801.º).

No estabelecimento da paternidade jurídica é mais difícil a prova do facto biológico, isto é, da participação do pai na fecundação. Por isso foi consagrada uma presunção de paternidade sobre o marido da mãe (art. 1796.º): o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido desta — *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

A presunção funciona ainda que o casamento, na constância do qual o filho nasceu ou foi concebido, seja anulado ou declarado nulo com má fé de ambos os cônjuges.

(35) A doação *mortis causa* feita pelos próprios esposados a terceiro não é considerada uma doação para casamento (art. 1753.º) mas ainda assim favorece o casamento porque pode ter o objectivo de beneficiar um terceiro que virtualmente poria entraves ao casamento.

Também na união de facto se poderá presumir a paternidade do companheiro da mãe (art. 1871.º, al. c)) mas esta presunção, ao contrário da presunção *pater is est*, é ilidível mediante contraprova e só inverte o ónus da prova em acção de investigação de paternidade.

O poder paternal é exercido conjuntamente pelos progenitores tanto no casamento como na união de facto. Neste último caso, deverão os companheiros declarar perante o conservador do registo civil que pretendem o exercício conjunto do poder paternal (art. 1911.º, n.º 3).

No casamento e na união de facto é possível a adopção conjunta (plena ou restrita) desde que os adoptantes estejam casados ou vivam em união de facto heterossexual há pelo menos 4 anos e cada um deles tenha mais de 25 e menos de 60 anos de idade (art. 1979.º, n.ºs 1 e 3, com a redacção dada pela Lei n.º 31/2003, de 22-08, e art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11-05). Não haverá limite de idade máximo para a adopção singular feita pelo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe biológicos.

iv) A publicidade e a prova da vida em comum

A união de facto não carece de qualquer formalização e prova-se por qualquer meio.

A prova testemunhal é a mais vulgar mas também a menos segura. A eventual existência de pactos de coabitação com intervenção notarial e a declaração do exercício conjunto do poder paternal nos termos do art. 1911.º, n.º 3, revelam-se como elementos probatórios de grande valia ainda que não façam prova plena ⁽³⁶⁾. É também frequente o recurso aos “atestados de vida” passados pelas juntas de freguesia (art. 34, n.º 1, do DL n.º 135/99, de 22-04).

A publicidade e prova da vida matrimonial far-se-ão através do registo de casamento ⁽³⁷⁾.

v) A previsão da separação: acordos sobre o fim da vida em comum

Polémica é a admissibilidade das promessas de partilha de bens, realizadas antes ou depois de instaurada a acção de divórcio. A admissibili-

⁽³⁶⁾ Assim, PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 111).

⁽³⁷⁾ Vide o que é dito *supra*, neste §, a), i).

dade destas promessas celebradas na pendência de uma acção de divórcio assim como das partilhas sob condição suspensiva de divórcio tem sido defendida pela doutrina no pressuposto que elas terão que respeitar sempre a “regra da metade” prevista no art. 1730.º, limitando-se a imputar à meação de cada um dos cônjuges os bens comuns concretos existentes, sem implicar prejuízos para qualquer um deles ⁽³⁸⁾. Existem, porém, entendimentos discordantes quanto à admissibilidade da partilha sob condição suspensiva de divórcio na medida em que, ao contrário do que sucede com a promessa, não há aqui a possibilidade de um controlo jurisdicional deste contrato, o que já acontece, no limite, no caso de execução específica da promessa de partilha ⁽³⁹⁾.

Os cônjuges poderão ainda convencionar que a partilha dos bens não se faça segundo o regime adoptado mas segundo as regras da comunhão geral de bens. Esta possibilidade está restrita à partilha subsequente à dissolução do casamento por morte e quando haja descendentes comuns (art. 1719.º).

3. A CRISE DA VIDA EM COMUM

a) A ruptura da união de facto

A união de facto dissolve-se pela morte de um dos membros, pela vontade de um deles ou pelo casamento de qualquer dos companheiros (art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11-05).

A dissolução da união de facto por vontade de um dos seus membros terá de ser judicialmente declarada quando se pretenda fazer valer direitos

⁽³⁸⁾ PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 487-490); e M. Rita LOBO XAVIER (*op. cit.*, 272-285), embora apenas no que respeita à promessa de partilha.

Também o STJ tem decidido nos últimos tempos em sentido positivo sobre esta questão [embora depois de alguns Acórdãos — de 18-02-1988 (*BMJ*, 374, 472-475); de 27-04-1989 (*BMJ*, 386, 463-472, e <<http://www.dgsi.pt>>); de 2-02-1993 (*CJ-STJ*, 1993, I, 113-115); e de 26-05-1993 (*CJ-STJ*, 1993, II, 134-138), entre outros — em sentido contrário], concretamente em Acórdãos de 23-03-1999, de 9-12-1999 e de 13-03-2001 (*CJ-STJ*, 1999, II, 30-31; *CJ-STJ*, 1999, III, 132-135; *CJ-STJ*, 2001, I, 161-163, respectivamente). No sentido da admissibilidade destes acordos, ver também o Acórdão da Relação do Porto de 25-06-2002 (<<http://www.dgsi.pt>>). Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. Esperança PEREIRA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, 2003.

⁽³⁹⁾ M. Rita LOBO XAVIER (*op. cit.*, 285-287).

da mesma dependentes. A declaração judicial poderá ser feita na mesma acção onde se exercem esses direitos (por exemplo, em acção proposta por um dos companheiros tendente à atribuição do direito ao arrendamento da casa de morada comum, nos termos do art. 84.º, n.º 2, do Regime do Arrendamento Urbano — RAU —, do art. 1793.º do CC e do art. 4.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2001), ou em acção de estado.

A dissolução unilateral da relação não garante, em princípio ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾, qualquer indemnização ao companheiro pois não constitui ilícito integrador do regime da responsabilidade civil.

b) A modificação da relação matrimonial

A modificação da relação matrimonial opera-se pela separação judicial de bens ou pela separação judicial de pessoas e bens. Na primeira, são afectadas e modificadas apenas as relações patrimoniais entre os cônjuges, mantendo-se incólumes os efeitos pessoais do casamento. Na segunda, são modificadas as relações patrimoniais e pessoais, nomeadamente os deveres conjugais, mas em todo o caso não desaparece o vínculo matrimonial.

Na simples separação de bens mantêm-se os efeitos pessoais do casamento mas os bens são partilhados, vigorando *ex nunc* o regime de separação de bens. A separação judicial de bens é um processo litigioso e autónomo, diferente do que ocorre na pendência de um processo de falência contra um dos cônjuges ou de execução por dívidas próprias de qualquer deles. O autor neste tipo de acção terá de provar a má administração levada a cabo pelo outro cônjuge sobre os bens comuns ou próprios de que tenha a administração e o perigo de perda desses bens. A separação de bens é irrenunciável e irrevogável quer por nova convenção quer por decisão judicial. O processo é comum e a partilha dos bens far-se-á extra-

⁽⁴⁰⁾ No sentido da possibilidade de invocação da figura do abuso de direito relativamente à ruptura da relação de união de facto, cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 128-129). Em geral, sobre o abuso de direito “como comportamento antijurídico capaz de determinar a obrigação de indemnizar”, *vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, Coimbra, 1987, 472.

⁽⁴¹⁾ Veja-se, no entanto, o Acórdão do STJ de 14-03-1990 (*BMJ*, 395, 591, e <<http://www.dgsi.pt>>), onde se diz que “no plano da união de facto, a injusta cessação desta situação paraconjugal não está excluída de tutela ressarcitória e do dever de assistência que a ordem jurídica define para a ruptura por divórcio no caso de casamento formalizado (artigos 36.º e 67.º, n.º 1, da Constituição)”.

judicialmente lavrando-se termo no processo ou juntando documento autêntico, ou então mediante inventário judicial que correrá, neste caso, por apenso (arts. 1767.º-1772.º).

Na separação judicial de pessoas e bens mantêm-se os deveres de respeito, fidelidade e cooperação ⁽⁴²⁾, extinguindo-se os deveres de coabitação e assistência, apesar de se manter o dever de alimentos (art. 1795.º-A). A separação judicial de pessoas e bens é claramente um instituto menor, e é evidente a preferência do legislador pelo divórcio, mais transparente e clarificador das relações pessoais: a facilidade de recurso ao instituto da conversão para transformar a separação judicial em divórcio (art. 1795.º-D) é prova disto mesmo.

A separação judicial de pessoas e bens pode ser litigiosa ou alcançar-se por mútuo consentimento e seguir quer a via judicial quer a via administrativa. Os seus fundamentos são os mesmos do divórcio. O adultério cometido depois da separação não será causa autónoma de divórcio mas permitirá converter a separação em divórcio sem terem decorrido os dois anos previstos no n.º 1 do art. 1795.º-D: neste caso, o fundamento do divórcio será o mesmo que deu causa à separação judicial anterior e não o novo facto (o adultério) ⁽⁴³⁾.

Nos termos do art. 5.º do DL n.º 272/01, de 13-10, a conservatória do registo civil é competente para apreciar a conversão da separação judicial de pessoas e bens em divórcio.

c) A dissolução da relação matrimonial

O casamento civil ou católico dissolve-se por divórcio. No direito português há duas modalidades de divórcio: litigioso e por mútuo consentimento.

No divórcio litigioso há uma acção judicial interposta por um dos cônjuges contra o outro, invocando-se um dos fundamentos legais do divórcio. Há revelação da causa e dos motivos para o divórcio.

O divórcio litigioso pode ter fundamentos subjectivos e objectivos. No primeiro caso é invocada a violação culposa, grave e/ou reiterada de

⁽⁴²⁾ PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 611-612) entendem, no entanto, que o conteúdo desses deveres se modifica. O dever de respeito passa, por exemplo, a um dever negativo de *non facere*.

⁽⁴³⁾ PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 611, n. 21). Cfr. o art. 1795.º-D, n.ºs 3 e 4.

deveres conjugais — respeito, fidelidade, coabitação, cooperação, assistência (art. 1672.º) —, impossibilitadora da continuação da vida em comum. No segundo invocar-se-á a simples ruptura da vida em comum, quando provocada por qualquer uma das situações previstas na lei (art. 1781.º) ⁽⁴⁴⁾: a separação de facto por três anos consecutivos ⁽⁴⁵⁾, a separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro, a alteração das faculdades mentais do consorte, quando dure há mais de três anos, que pela sua gravidade impossibilite a vida em comum, e a ausência sem notícias por tempo não inferior a dois anos ⁽⁴⁶⁾.

No divórcio litigioso com fundamento na violação culposa de deveres conjugais há que medir a censurabilidade da conduta que é entendida como “exigência de comportamento”. Assim, podem relevar, como causas de exclusão ou atenuação da culpa, determinadas circunstâncias ligadas, até, ao comportamento havido pelo outro cônjuge: por hipótese, se o abandono do lar conjugal foi motivado pela descoberta de adultério ou pela prática de maus-tratos, não haverá violação culposa do dever de coabitação pois não era exigível, ao cônjuge que abandonou o lar, outro comportamento.

A violação dos deveres pode ser isolada mas, de todo o modo, grave e essencial, isto é, impossibilitando a vida em comum. Por sua vez, pequenas faltas, que podem não ser graves se consideradas isoladamente, podem-se tornar graves e também essenciais quando reiteradas.

Esta gravidade, por sua vez, tem que ser objectiva e subjectiva. Assim, a sua averiguação terá que reger-se, por um lado, por padrões médios de valoração de conduta da maioria dos cônjuges e, por outro, por factores específicos, como o grau de sensibilidade própria do requerente ou contexto sócio-económico em que se insere. Por exemplo: se uma pessoa especialmente sensível não tolera que lhe chamem “mentiroso” ⁽⁴⁷⁾ ou que ponham em causa a sua palavra, tal comportamento não é objectivamente grave mas é-o subjectivamente. Por outro lado, há comportamentos objec-

⁽⁴⁴⁾ O tribunal não vai apreciar o efeito que estes factos tiveram no relacionamento do casal, nem se são graves ou em que medida comprometeram a vida do casal. São causas peremptórias de divórcio.

⁽⁴⁵⁾ Pode ser requerido o divórcio, com este fundamento, por qualquer um dos cônjuges, independentemente de ser ou não aquele que abandonou o lar conjugal. Se for esse o caso, o juiz terá que averiguar da culpa para a separação e declará-la na sentença que decretar o divórcio com fundamento na separação de facto por três anos consecutivos.

⁽⁴⁶⁾ Só pode ser requerido pelo cônjuge que não se ausentou.

⁽⁴⁷⁾ PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 677-679).

tivamente graves — para o comum dos cônjuges — mas banais e tolerados para determinados cônjuges em concreto (art. 1779.º, n.º 2).

A essencialidade da falta ou a impossibilidade da vida em comum deve ser entendida como não sendo razoável exigir ao cônjuge que continue a viver em comum com o seu consorte. A “essencialidade” aqui em causa não é um facto mas uma conclusão de direito e como tal não deve ser quesitada directamente mas apresentando-se os factos que a ela conduzam: “... a Autora nunca mais quis ver o Réu, tendo-se mesmo recusado a abrir-lhe a porta de casa...?” (48). Deve ainda haver uma forte probabilidade no sentido de os cônjuges não retomarem a vida plena em comum.

A impossibilidade da vida em comum é o critério pelo qual se afere a gravidade da conduta, ou seja, é o efeito psicológico da falta; há faltas que os cônjuges esquecem ou devem esquecer (49).

O cônjuge réu pode opor excepções previstas na lei (art. 1780.º), como a instigação directa ou indirecta à violação dos deveres conjugais (50) e o perdão expresso ou tácito do próprio ofendido, isto é, a revelação (posterior) de que a falta não é essencial pois não compromete a vida em comum (51). Neste último caso há uma modificação objectiva na vida conjugal reveladora de outra disposição interior do cônjuge ofendido. É diferente da reconciliação no sentido em que pode não haver “apagamento” da falta mas apenas o reatar da vida em comum (52).

(48) PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 679-681) chamam a atenção para o perigo de se considerar a violação do dever conjugal como causa —nexo de causalidade— da “essencialidade” ou do comprometimento da vida em comum. Ora, a “essencialidade” é uma *conclusão de direito* que, no caso, até se afere da própria gravidade da violação dos deveres conjugais. Assim, o tribunal não pode ignorar as violações posteriores à ruptura da vida em comum ou violações que alargam a impossibilidade da vida em comum para efeitos de avaliar a inevitabilidade do divórcio.

(49) PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 677-681); ANTUNES VARELA (*op. cit.*, 493-495).

(50) A instigação, mesmo indirecta, é diferente das causas de atenuação da culpa: por exemplo, se o marido não cumpre o débito conjugal não há instigação ao adultério da mulher mas a culpa desta pode, eventualmente, ser diminuída. O mesmo raciocínio vale para o marido que não cumpre o dever de assistência e, vendo-se em necessidade, a mulher recorre à prostituição.

(51) De acordo com o Acórdão do STJ de 16-07-1981 (*BMJ*, 309, 346-348) “não constitui comportamento posterior revelador de perdão e da possibilidade de vida em comum, o facto de os cônjuges continuarem a viver na mesma habitação, se o fazem como desconhecidos, sem o menor traço de vida em comum”.

(52) Neste sentido, cfr. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 692-697).

O tribunal poderá declarar a culpa principal ou exclusiva de um dos cônjuges, o que relevará nomeadamente para efeitos patrimoniais. Na declaração de culpa principal ou exclusiva ponderam-se dois elementos: a prioridade cronológica da falta e a gravidade relativa da conduta para o comprometimento definitivo da vida em comum.

O divórcio por mútuo consentimento foi introduzido no direito português pela Reforma de 1977 e é um processo de jurisdição voluntária. É requerido por ambos os cônjuges de comum acordo, a todo o tempo, na conservatória do registo civil, a não ser que o acordo tenha sido obtido no âmbito do processo de separação ou divórcio litigiosos. É competente a conservatória do registo civil da área de residência de qualquer dos cônjuges ou outra expressamente designada por ambos.

Para a obtenção de um divórcio por mútuo consentimento é necessário que os cônjuges estejam de acordo quanto ao destino da morada de família, ao exercício do poder paternal relativo a filhos menores sobre os quais não tenha havido regulação judicial do poder paternal e quanto à prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça. Acordos estes que devem ser homologados pelo conservador do registo civil. O acordo sobre o exercício do poder paternal deverá sempre ser apreciado pelo Ministério Público (art. 1775.º, n.º 2, do CC e art. 14.º, n.º 4, do DL n.º 272/2001, de 13-10).

O divórcio por mútuo consentimento pode não ser decretado se os acordos que o devem instruir, previstos no art. 1775.º, n.º 2, não forem homologados pelo conservador do registo civil por não acautelarem suficientemente os interesses dos filhos ou de algum dos cônjuges. O pedido de divórcio é, nesse caso, indeferido (arts. 1778.º e 1778.º-A do CPC).

Os acordos têm então que instruir o requerimento e ser assinados (assim como o próprio requerimento) por ambos os cônjuges. Os cônjuges podem acordar prescindir mutuamente de alimentos. Os documentos que devem instruir o processo estão referidos no art. 272.º do CRC e neles se inclui a relação de bens comuns.

Os acordos celebrados no âmbito do processo de divórcio litigioso ou por mútuo consentimento podem, em determinadas circunstâncias, ser alterados. Assim, e relativamente ao acordo sobre os alimentos devidos a um dos cônjuges, é permitida a alteração dos montantes fixados mediante um procedimento judicial (art. 2012.º do CC e art. 1121.º do CPC). Os ali-

mentos podem inclusivamente ser alterados com base na alteração do valor da moeda e dos níveis de inflação⁽⁵³⁾.

O acordo sobre o exercício do poder paternal pode também ser alterado nos termos do art. 182.º, n.º 1, da Organização Tutelar de Menores — OTM (DL n.º 314/78, de 27-10).

A alteração do acordo sobre a utilização da casa de morada de família não está expressamente prevista na lei, mas como este acordo está sujeito a processo de jurisdição voluntária é sempre passível de alteração com base em circunstâncias supervenientes (art. 1411.º, n.º 1, do CPC)⁽⁵⁴⁾.

O divórcio dissolve o casamento e extingue o vínculo conjugal. A cessação dos efeitos próprios do casamento vale para o futuro mas a data a partir da qual se produzem os efeitos do divórcio não coincide obrigatoriamente com o trânsito em julgado da sentença. Assim, nos termos do art. 1789.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2, os efeitos do divórcio retrotraem-se à data da propositura da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges ou à data do fim da coabitação entre ambos se ela estiver provada no processo. Relativamente a terceiros, os efeitos do divórcio só se produzem a partir do registo da sentença (art. 1789.º, n.º 3).

Com o divórcio poderá também surgir o direito a alimentos (art. 2016.º, al. a)) que será atribuído ao cônjuge que não foi declarado como principal ou exclusivo culpado no divórcio ou ao cônjuge réu no divórcio decretado por alteração das faculdades mentais (art. 2106.º, n.º 1, al. b)), salva a atribuição por razões de equidade também prevista no art. 2016.º, n.º 2. Se não existir declaração de culpa principal ou exclusiva ou se, de todo o modo, se tratar de um divórcio por mútuo consentimento, o direito a alimentos será atribuído ao cônjuge que deles mais careça (art. 2016.º, n.º 1, al. c)). Em qualquer caso podem os cônjuges acordar acerca da prestação da pensão de alimentos (art. 2014.º).

Nos termos do art. 2003.º, n.º 1, o dever de alimentos limitar-se-ia ao “indispensável ao sustento, vestuário, habitação, saúde e deslocação” do cônjuge que a eles tem direito. Esta interpretação da medida do dever de alimentos afasta a ideia de um dever de manutenção em que o cônjuge devedor teria de garantir o mesmo nível de vida que o cônjuge credor possuía na vigência do casamento. No entanto, a jurisprudência⁽⁵⁵⁾ tem defendido

(53) Neste sentido, cfr. o Acórdão do STJ de 19-05-1994, in <<http://www.dgsi.pt>>.

(54) Sobre o tema, cfr. PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *op. cit.*, 733-734, n. 166.

(55) Vide o Acórdão do STJ de 26-03-1998 (<<http://www.dgsi.pt>>).

uma via intermédia, que não coloque o cônjuge devedor, ele próprio, na situação de pedir alimentos ⁽⁵⁶⁾.

Os alimentos são fixados, em regra, através de prestações mensais (art. 2005.º, n.º 1) mas a lei admite outros modos de cumprir a obrigação, baseados em acordo das partes, na lei ou outros motivos que justifiquem medidas de exceção ⁽⁵⁷⁾.

A obrigação alimentar cessa, nos termos gerais, pela morte do credor e/ou do devedor, pela ausência da necessidade do credor e/ou pela falta de possibilidades do devedor (art. 2013.º) e, em especial, pelo casamento do credor ou pelo carácter indigno do seu comportamento moral (art. 2019.º).

O cônjuge declarado principal ou exclusivo culpado no divórcio perde ainda os benefícios adquiridos com a celebração do casamento, *maxime*, caducam as doações para casamento e as doações entre casados (arts. 1791.º, 1760.º, n.ºs 1, al. b), e 2, e 1766.º).

Com o divórcio, e ao contrário do que sucede na dissolução do casamento por morte, os cônjuges perdem os direitos sucessórios e isto ainda que a sentença venha a ser proferida depois de aberta a herança (art. 2133.º, n.º 3). Os cônjuges também perdem, em regra, o direito ao nome que haviam adquirido, salva especial autorização do conservador do registo civil (art. 5.º do DL n.º 272/2001, de 13-10).

Depois do divórcio partilham-se os bens comuns do casal. A partilha deverá seguir o “critério da metade” (art. 1730.º) mas existindo na sentença de divórcio uma declaração de culpa principal ou exclusiva de um dos cônjuges, o culpado não poderá receber mais do que receberia se ao casamento se aplicasse o regime matrimonial da comunhão de adquiridos. Neste caso, o resultado da aplicação da comunhão de adquiridos funcionará, assim, como um *plafond* máximo da adjudicação dos bens aos cônjuges culpados após o divórcio (art. 1790.º) ⁽⁵⁸⁾.

Com o divórcio nasce um direito a uma indemnização a ser paga pelo cônjuge declarado culpado ou principal culpado e a ser recebida pelo outro

⁽⁵⁶⁾ Assim, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 742.

⁽⁵⁷⁾ Sobre a possibilidade de cumprir o dever de alimentos através de, nomeadamente, pagamento em capital, *vide* M. J. TOMÉ, “Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio”, in *Iuris et de Iure*, Porto, 1998, 203-205.

⁽⁵⁸⁾ Para uma interpretação do art. 1790.º, assinalando as dificuldades suscitadas pela sua redacção, *vide* PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 716-719).

cônjuge em virtude dos danos morais sofridos com a extinção do vínculo conjugal (art. 1792.º).

O destino da casa de morada de família deve ser acordado no caso de os cônjuges optarem por um divórcio por mútuo consentimento. Em caso de divórcio litigioso, a própria sentença poderá determinar o destino da casa de morada de família, sendo esse destino diverso consoante se trate de casa própria (art. 1793.º) ou arrendada (art. 84.º do RAU) — regime que, como vimos, é aplicado também na união de facto. Assim, se a casa for própria de um dos cônjuges ou comum (por força do regime de bens do casamento ou de propriedade), o tribunal decidirá a qual deles será atribuída em regime de arrendamento, ponderando quer as necessidades dos próprios cônjuges quer o interesse dos filhos do casal. Se se trata de casa arrendada e o tribunal decide pela sua atribuição ao cônjuge não arrendatário, haverá transmissão forçada do direito ao arrendamento⁽⁵⁹⁾. A transmissão também poderá resultar de um acordo entre os cônjuges: em qualquer caso, ela far-se-á independentemente da vontade do senhorio.

O exercício do poder paternal após o divórcio será regulado por acordo dos pais e estará sempre sujeito a homologação do tribunal (art. 1905.º, n.º 1, do CC e art. 174.º da OTM). O tribunal poderá decidir se, de qualquer forma, os pais não chegam a acordo ou esse acordo não satisfaz, do ponto de vista do tribunal, os interesses do menor (art. 1906.º).

Porto, Maio de 2005.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra, 2004; P. ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, 1986; J. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, vol. I, Lisboa, 1999; C. M. ARAÚJO DIAS, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal, (Da correcção do regime actual)*, Coimbra, 2003; R. CAPELO DE SOUSA, *Lições*

(59) Para uma análise da redacção do art. 84.º do RAU, nomeadamente dos critérios aí estabelecidos — culpa no divórcio, arrendamento anterior ao casamento, etc. — para a transmissão forçada do direito ao arrendamento, *vide* PEREIRA COELHO e Guilherme de OLIVEIRA (*op. cit.*, 723-728). No sentido de que os referidos critérios enumerados pelo art. 84.º do RAU têm um carácter meramente exemplificativo e de que a lei não estabelece entre eles uma relação hierárquica, *cfr.*, nomeadamente, os Acórdãos da Relação de Coimbra de 10-10-2000 e de 31-10-2000 (<<http://www.trc.pt/trc01113.html>> e <<http://www.trc.pt/trc01156.html>>, respectivamente).

de *Direito das Sucessões*, vols. I e II, Coimbra, 2000/2002; J. CASTRO MENDES/M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família*, Lisboa, 1991; J. A. FRANÇA PITÃO, *União de facto no direito português*, Coimbra, 2000; J. A. FRANÇA PITÃO, *Unhões de facto e economia comum*, Coimbra, 2002; D. LEITE DE CAMPOS, *A invenção do direito matrimonial*, Coimbra, 1989; D. LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2003; P. DE LIMA/J. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, V, e VI, Coimbra, 1992/1995/1998; M. R. LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, 2000; M. R. LOBO XAVIER, “Novas sobre a união «more uxorio» em Portugal”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2002; H. MOTA, “O problema normativo da família — Breve reflexão a propósito das medidas de protecção à união de facto adoptadas pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto”, in *Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, 2001; G. DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Coimbra, 1979; G. DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Família*, Coimbra, 2001; F. PEREIRA COELHO/G. DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, vol. I, Coimbra, 2003; E. PEREIRA MEALHA, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, 2003; Â. C. DA SILVA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, 2000; M. C. SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal — Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Porto, 2003; M. C. SOTTOMAYOR/M. J. TOMÉ, *Direito da Família e política social*, Porto, 2001; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, 1991; M. J. TOMÉ, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, 1997; M. J. TOMÉ, “Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio”, in *Iuris et de Iure*, Porto, 1998.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS

BMJ	— Boletim do Ministério da Justiça
CC	— Código Civil português
CIC	— <i>Corpus Iuris Canonici</i>
CJ	— Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	— Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CN	— Código do Notariado
CRC	— Código de Registo Civil
CSC	— Código das Sociedades Comerciais
DL	— Decreto-Lei
RAU	— Regime do Arrendamento Urbano
RLJ	— Revista de Legislação e de Jurisprudência
STA	— Supremo Tribunal Administrativo
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
OTM	— Organização Tutelar de Menores