

**CINZIA CRIACO — LIBERALITÀ
E RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI**

RUTE TEIXEIRA PEDRO (*)

“Il diritto privato oggi”, serie a cura
di Paolo Cendon
Giuffrè Editore, Milão, 2008, p. 239.

Em “*Liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi*”, Cinzia Criaco elege para objecto de reflexão a disciplina aplicável aos actos de liberalidade que tenham por destinatário ou destinatários um ou os dois membros de uma relação matrimonial. A Autora equaciona em que medida, na definição do tratamento jurídico a dar a estas hipóteses, o regime comum aplicável a cada espécie de actos de disposição gratuita deve sofrer acomodações em virtude do estatuto pessoal de casado do(s) seu(s) beneficiário(s). Considera, em particular, as repercussões dessa intercepção de regimes na operação de qualificação do bem objecto da atribuição, quando, num regime de comunhão, o bem possa integrar-se em mais do que uma massa patrimonial — ou no património comum do casal ou no património próprio do(s) cônjuge(s).

Várias são as problemáticas que, nesse âmbito, se têm colocado, nos últimos anos em Itália, atenta a variedade tipológica de actos praticados com *animus donandi* a favor de um ou de ambos os cônjuges e a ausência de uma clara opção do legislador quanto ao tratamento que lhes deva ser dispensado.

A Autora debruça-se sobre a específica questão da qualificação dos bens objecto desses actos, quando entre os cônjuges vigore o regime (supletivo) de comunhão legal. Na sua abordagem, considera, não só os dados

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

normativos vigentes em Itália, como também o produto do labor doutrinal que a este propósito tem sido desenvolvido, assim como a seiva jurisprudencial extraída das inúmeras decisões que os tribunais têm proferido nas muitas ocasiões em que sobre o tema têm sido chamados a pronunciar-se.

Cinzia Criaco divide a sua reflexão em quatro capítulos. No primeiro de natureza introdutória, tece considerações várias sobre a actualidade e pertinência da temática, e sobre o travejamento do regime patrimonial dos cônjuges na conformação dinâmica que, nos tempos mais recentes, tem sofrido evoluções. No segundo capítulo, ocupa-se da interpretação que deve ser dada ao art. 179 b) do *Codice Civile* relativo à qualificação dos bens adquiridos a título gratuito pelos cônjuges, preocupando-se, a esse propósito, com a natureza da comunhão legal de bens e com a delimitação do critério distintivo entre massas patrimoniais próprias e comum, nomeadamente quando estão em causa bens adquiridos através de liberalidades. Por fim, nos dois últimos capítulos, a Autora toma para objecto da sua análise, as liberalidades efectuadas por um terceiro a favor de um ou de ambos os cônjuges (terceiro capítulo) e as liberalidades efectuadas entre os cônjuges (quarto capítulo).

I — DA COMPRESSÃO DO PRINCÍPIO *FAVOR COMMUNIONIS* EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Decorridos mais de 30 anos sobre a reforma do direito da família italiano em que foi introduzido, como regime supletivo de bens, a comunhão (legal) de bens, há ainda várias questões candentes, relativas à classificação de bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio, quando estejam em causa bens que não sejam directamente subsumíveis aos elencos previstos nos arts. 177, 178 (que enunciam bens que devem ser considerados comuns) e 179 (que recorta o perímetro do património próprio de cada um dos cônjuges) do Código Civil italiano. Tais questões têm merecido, ao longo do tempo, respostas desencontradas da parte da doutrina e da jurisprudência italianas, pelo que, apesar da reflexão e labor de uma e de outra, a definição do objecto da comunhão legal continua a apresentar-se muito nebulosa.

As dificuldades adensam-se quando se pretende fazer corresponder a previsão legal e o espírito normativo que lhes subjaz às novas exigências da realidade presente. A evolução da sociedade em geral, da família em

particular e do papel da mulher no contexto social e familiar, em especial, importa a colocação de interpelações complexas em matéria de regime patrimonial de bens entre os cônjuges.

O princípio do “*favor communionis*”, que inspirou a formulação e as operações de interpretação de muitos preceitos do Código Civil italiano (CCI), entroncava num dos alicerces estruturais da reforma de 1975: o imperativo da tutela do cônjuge mais fraco (a mulher). No entanto, aquela directriz tem sofrido, com o fluir do tempo, um enfraquecimento, em homenagem a outros valores que têm ganho uma importância crescente, dadas as mutações verificadas no seio da instituição familiar. Na verdade, nos últimos anos, a *Corte Suprema di Cassazione* tem emitido uma série de decisões em que se desenha uma linha de orientação que traduz uma circunscrição do âmbito do património comum e das peias derivadas da vigência do regime de comunhão, em ordem a garantir uma maior amplitude à tutela da autonomia privada dos cônjuges individualmente considerados. Ancorado no direito positivado no *Codice Civile*, aquele órgão jurisdicional procura extrair dos seus preceitos um significado normativo actualizado, mais consentâneo com o contexto da “sociedade pós-industrial”.

O desaparecimento do modelo patriarcal em favor do modelo nuclear da família, a supressão do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e a abolição do princípio da imutabilidade dos regimes de bens são factores que concorrem para o desenvolvimento da tendência recente de atribuição de maior importância à autonomia privada e de acentuação da relevância do papel do acordo dos cônjuges na concretização dos deveres conjugais, na definição dos papéis familiares e, também, na conformação das suas relações patrimoniais. Partindo da consideração de que a tutela do grupo familiar não pode fazer-se à custa do respeito pela autonomia dos elementos que o compõem, os valores da autodeterminação individual dos cônjuges e da potencialidade conformadora das manifestações da sua liberdade negocial — a *negociabilidade* nas palavras da Autora — conquistam uma força acentuada.

Cinzia Criaco sublinha, no entanto, que o *triunfo da autonomia privada* no contexto familiar deve ser compaginado com o vector de certeza e segurança jurídicas. Por isso, alerta para a necessidade de, no afã *actualizador supra* referido, se respeitar a exigência de garantia de conhecimento ou cognoscibilidade da situação jurídica das coisas, indispensável ao correcto desenvolvimento do tráfego jurídico-económico e à adequada tutela de terceiros que nele actuam. Para tal, torna-se imperioso o respeito

pelo sistema de publicidade a que o regime patrimonial, que regula a aquisição e distribuição dos bens entre os cônjuges, está sujeito.

II — O ÂMBITO DO PATRIMÓNIO COMUM NA COMUNHÃO LEGAL E OS ACTOS DE LIBERALIDADE

Como denota a Autora, muitas são as dificuldades colocadas pela interpretação do art. 179 b) do CCI que estatui que são bens pessoais “os bens adquiridos após a celebração do casamento por efeito de doação ou sucessão, quando no acto de liberalidade ou no testamento não seja especificado que eles são atribuídos à comunhão” (1). A definição da extensão do âmbito desta previsão normativa repercute-se na delimitação das fronteiras do património comum, na medida em que uma maior amplitude atribuída àquele preceito importará inversamente uma circunscrição deste património.

Atendendo à letra do referido artigo importa, saber se, para além da doação típica (2), as aquisições, por um dos cônjuges, através de actos de liberalidade diversos devem ser subsumidas ao art. 179 b), e se os bens através deles adquiridos devem ser qualificados como bens próprios. Assente está que, se a liberalidade opera através de um negócio que corresponda ao esquema negocial presente na previsão do art. 769, e o doador não manifesta vontade de beneficiar a comunhão (como se ressalva na parte final deste artigo), o bem adquirido integrará a massa de bens próprios do cônjuge beneficiário, sendo subtraído ao património comum. As dúvidas instalam-se quando o efeito patrimonial vantajoso atribuído sem qualquer sacrifício patrimonial respectivo — *rectius* gratuitamente — se produz por outra via que àquele esquema negocial não possa ser reconduzida. Saber se estas hipóteses devem merecer tratamento idêntico é o objecto da questão que a Autora formula e procura responder ao longo dos capítulos que compõem o seu trabalho. Na prática, esta problemática tem aparecido

(1) Os art. 1722, n.º 1 b) e art. 1729, n.º 1, do Código Civil Português consagram idêntica disciplina.

(2) A doação é definida, no art. 769 do Código Civil Italiano, como o “contrato, através do qual, por espírito de liberalidade, uma parte enriquece a outra, dispondo a favor desta de um direito seu ou assumindo perante ela uma obrigação”. Este artigo foi a fonte do n.º 1 do art. 940 do Código Civil Português. *Vide* Antunes Varela e Pires de Lima, anotação ao art. 940 *in* Código Civil Anotado, Vol. II, Coimbra Editora, 1986, 3.ª edição, p. 256.

com frequência nos tribunais italianos — sobretudo no que respeita às ditas doações indirectas —, dando origem a uma abundante jurisprudência sobre a matéria.

Na análise do art. 179 b), a Autora convoca elementos sistemáticos e teleológicos, para além do elemento literal que *in casu* concita críticas. Na verdade, o legislador começa por usar o termo doação a par do vocábulo sucessão, para depois se referir a liberalidade a par de testamento. Subsiste, então, a dúvida que a análise histórica não dilucida de saber se o vocábulo liberalidade foi escolhido para alargar o âmbito da previsão da primeira parte, para além dos limites estreitos do contrato de doação ou se, pelo contrário, serviu apenas para evitar uma repetição terminológica.

Assente que a procura do significado normativo do preceito tem que ser realizada à luz dos princípios que norteiam o regime patrimonial do casamento e que, em muitos e significativos pontos, se afastam dos princípios gerais dos negócios jurídicos ou da transmissão *mortis causa* de posições jurídicas, a Autora enjeita uma interpretação do art. 179 b) que busque os seus pontos de apoio estruturantes no regime aplicável ao contrato de doação ou ao fenómeno sucessório.

Assim, para uma interpretação burilada à luz do regime matrimonial, e, atendendo ao carácter não taxativo das normas em que legislador enuncia a composição das massas patrimoniais no regime de comunhão legal, cumpriu à Autora identificar o critério de separação entre património comum e patrimónios próprios, o que só alcançou, individualizando o fundamento da comunhão legal e a função desempenhada por esta, como regime supletivo, na actualidade e que não é inteiramente coincidente com a que lhe era acoetida aquando da sua consagração.

Num primeiro momento, tomou em consideração os vectores inspiradores da reforma do direito da família da década de 70 e a sua explicação nesse contexto histórico. Destacou, por um lado, o intuito de dar concretização ao princípio da igualdade consagrado no art. 29 da Constituição italiana, o que, então, importava uma intervenção para tutela do cônjuge mais fraco no seio da família, que inequivocamente a realidade da época revelava ser a mulher. Para este esforço de nivelamento dos membros do consórcio conjugal e para efectivar o simultâneo desmoronamento da construção hierárquica da família que ainda imperava no plano fáctico contribuiu o reconhecimento de uma importância acrescida ao papel do acordo dos cônjuges no delinear da vida conjugal (*vide* o disposto no art. 144 do CCI que encontra correspondência no regime consagrado, entre nós, nos arts. 1671 e 1673 do Código Civil). Assim, através das alterações intro-

duzidas, a família (matrimonializada) passava a ser valorada como um centro de formação e desenvolvimento da personalidade individual dos seus membros.

A esta luz, Cinzia Criaco faz um périplo pelas três teses principais que se foram perfilando para explicar a escolha do regime de comunhão legal como regime supletivo no ordenamento jurídico italiano e a propósito de todas elas tece a sua perspectiva crítica, apesar de admitir que cada uma contém elementos que devem ser atendidos.

Assim, em primeiro lugar, considera o entendimento segundo o qual a comunhão legal realiza o princípio da igualdade entre os cônjuges (dando cumprimento aos arts. 29 e 3 da Constituição italiana). Depois, debruça-se sobre a perspectiva que afirma que a comunhão legal de bens realiza o princípio da solidariedade conjugal. Por fim, contempla a tese que defende que o regime de comunhão legal permite compensar, retribuindo, o trabalho da mulher no seio da família, dando concretização ao necessário reconhecimento de que o trabalho doméstico é, a par do trabalho desenvolvido no mundo profissional exterior ao lar conjugal, produtor de riqueza.

Não obstante as críticas que formula a cada uma das teses, Cinzia Criaco afirma que, considerando o momento histórico em que a reforma foi realizada e a realidade social que então preponderava (em que a mulher era o “sujeito débil” no seio da família e no mundo laboral), e arrimando-se aos trabalhos preparatórios do código civil, a última tese é a que mais bem explica o fundamento da comunhão legal de bens. Como, então, muitas mulheres ainda se dedicavam de modo exclusivo ao trabalho doméstico, não produzindo, portanto, pelo menos directamente, riqueza, a vigência da comunhão legal de bens possibilitava que a sua contribuição para a vida familiar — com trabalho doméstico —, a par da contribuição do marido — com os rendimentos que este auferia através do exercício da sua profissão —, se traduzisse também no momento da distribuição da riqueza gerada, no caso de se verificar a dissolução do casamento.

A Autora sente, depois, a necessidade de olhar de modo actualístico para o regime de comunhão legal, explicando-o à luz do contexto social contemporâneo que se apresenta muito diverso, dado que, hoje, em muitas famílias (a maioria delas), ambos os cônjuges desenvolvem uma actividade produtiva, para além do contributo que dêem para às tarefas domésticas. Ora, isto importará a necessidade de reavaliar a função da comunhão legal de bens. Na verdade, o seu precípua fundamento originário encontra-se em larga medida ultrapassado. Cinzia Criaco propugna, por isso, que a função actual do regime de comunhão é a de fornecer um específico

critério, que os cônjuges podem livremente modificar, para a distribuição da riqueza acumulada na vigência do casamento. É, por isso, apenas um regime de bens em sentido técnico, não lhe devendo ser atribuída uma natureza diversa mais ampla, nem lhe devendo ser imputadas outras funções (que, entretanto, aparecem destituídas de sentido).

Cinzia Criaco não esconde, no entanto, que o regime patrimonial da família conjugal tem que servir dois princípios, o da igualdade dos cônjuges e o da liberdade individual — sendo esta no fim de contas uma condição para realização daquela. Segundo a sua perspectiva, importa, pois, distinguir dois momentos fundamentais na vida familiar, no que tange às relações patrimoniais: por um lado o momento contributivo, em que está em causa a finalidade de satisfação das necessidades dos cônjuges na família e, por outro lado, o momento distributivo em que se não pode olvidar a garantia de salvaguarda dos interesses individuais dos cônjuges. A distinção destes dois momentos, permite-lhe afirmar que, no primeiro, goza de protagonismo, o princípio da igualdade, pelo que nos encontramos perante um campo em que pontificam as ideias de indisponibilidade e de inderrogabilidade (presentes de modo acentuado no denominado regime primário de bens). Já, no segundo momento, a autonomia privada e a liberdade de escolha dos cônjuges jogam um papel mais relevante — ora, é aqui que o regime de bens em sentido estrito deve operar.

A Autora sublinha depois que a estrutura diárquica da família importa o reconhecimento, mesmo no primeiro momento, — em que se localiza o regime primário de bens e a disciplina dos arts. 143, 144 e 147 do CCI (correspondentes aos artigos 1672 e 1676 do nosso Código Civil) — de alguma margem para a actuação conformadora da vontade dos cônjuges. Na verdade, assentando a orientação da vida em comum no acordo entre ambos, é através do exercício do poder negocial dos cônjuges que estes podem adequar as abstractas obrigações legais às concretas exigências da sua vida.

Ciente da verdadeira natureza da comunhão, Cinzia Criaco procura de seguida perceber o critério determinante da qualificação de um bem como bem comum ou como bem próprio de cada um dos cônjuges, no figurino não exaustivo da lei. Ora, do art. 177 do CCI (que corresponde genericamente à previsão do art. 1724 do nosso Código Civil) extrai, como princípio geral, que se inserem no património comum do casal todos os bens para cuja aquisição tenham contribuído ambos os cônjuges. Assim, tudo o que resulte da actividade de cada um deles (porque se pressupõe que a mesma se desenvolve sempre com a ajuda directa ou indirecta do outro cônjuge), seja no seio do lar seja no exterior, integra a comunhão. Pelo con-

trário, localizar-se-á fora dos limites do património comum, tudo o que seja adquirido sem qualquer conexão com a actividade desenvolvida pelos cônjuges na constância do casamento, o que acontecerá sempre que a pessoa do cônjuge seja “*o ponto de atracção de determinada riqueza*”. Conclui a Autora que todos os bens que sejam atribuídos ao cônjuge em função da sua pessoa (*rectius intuitus personae*) devem ser qualificados como bens próprios desse cônjuge.

Feito o percurso anterior, e alicerçada nesta linha orientadora, a Autora procura, então, apreciar a razão de ser do art. 179 b) do *Codice Civile*, seu propósito nuclear. E inicialmente aparecem-lhe duas possíveis explicações para que os bens adquiridos por doação ou sucessão sejam considerados bens próprios dos beneficiários. À luz da primeira, destaca-se o carácter *intuitus personae* da aquisição, já que as qualidades pessoais do beneficiário estarão na génese da vontade de atribuição gratuita da vantagem. Assim, se há uma aquisição sem um correspondente sacrifício patrimonial é porque o disponente considerou o beneficiário digno da vantagem que lhe atribuiu. Nos termos da segunda explicação, o art. 179 b) serve uma finalidade de tutela da vontade do disponente. O regime legal aí consagrado traduzirá, então, com maior perfeição, o respeito pela vontade do autor da liberalidade: se alguém dispõe a título gratuito de um bem a favor de uma pessoa casada quererá em regra beneficiá-la apenas a ela.

Ora, a Autora, não negando o relevo que o último entendimento possa ter, adere à primeira explicação, já que considera que a outra não se adequa devidamente às hipóteses em que a atribuição patrimonial ocorre sem que haja concurso da vontade do atribuinte. Ilustra a sua inadequação com a hipótese dos bens adquiridos por sucessão imperativa, que devem ser qualificados como bens próprios, apesar de a vontade do autor da sucessão não ter que concorrer nesse sentido e poder mesmo ser contrária a ele.

Assim, de toda a reflexão anterior, a Autora conclui que todos os bens adquiridos através de actos de liberalidade, ainda que não reconduzíveis aos estreitos limites do art. 769 do CCI devam ser integrados no património próprio do beneficiário.

Cinzia Criaco reconhece, no entanto, que a perspectiva propugnada pode coenvolver a debilidade de não conceder tutela conveniente e suficiente aos interesses de terceiros, no caso de não ser óbvia a natureza gratuita do acto através do qual se opera a liberalidade (*vide* as doações indirectas realizadas através de um negócio-instrumento oneroso). A Autora não entende, porém, que daqui se deve extrair necessariamente a inclusão dos

bens que assim sejam adquiridos no património comum. A protecção de terceiros importará, a seu ver, uma consideração especial da necessidade de observância de um requisito de publicidade da natureza gratuita do acto, para que esta por aqueles possa ser conhecida e, portanto, ser-lhes oposta.

Depois de interpretar o art. 179 b), a Autora debruça-se, em particular, sobre alguns actos gratuitos que podem ser praticados a favor dos cônjuges na constância de um matrimónio em que vigore o regime de comunhão legal de bens, e que não correspondam ao modelo negocial da doação típica. Considera, então, sucessivamente, dois núcleos distintos de hipóteses fácticas: por um lado, as liberalidades feitas por um terceiro a favor de um dos cônjuges e, por outro, as liberalidades realizadas entre os cônjuges.

III — AS LIBERALIDADES EFECTUADAS POR UM TERCEIRO A FAVOR DE UM DOS CÔNJUGES

No que tange às atribuições feitas por um terceiro aos cônjuges (a um ou a ambos), a Autora considera uma série de liberalidades ditas indirectas, porque realizadas através de mecanismos negociais distintos do contrato de doação definido no art. 769 do CCI.

Fugindo a figura da doação indirecta, pela sua própria natureza, a uma esquematização que permita circunscrever com exactidão o seu âmbito, pode, no entanto, esboçar-se o seu núcleo essencial através da referência a 3 elementos que, estando previstos no citado art. 769, devem também reunir-se para que se possa falar de uma liberalidade, ainda que indirecta: o enriquecimento do beneficiário, o empobrecimento do disponente e o espírito de liberalidade em que assenta a deslocação patrimonial verificada. Assim, a diferença entre doações directas e doações indirectas não se encontra na finalidade alcançada, mas no modo por que ela é obtida.

À falta de unidade na categoria, Cinzia Criaco apresenta vários exemplos retirados da jurisprudência italiana que consubstanciam, na sua perspectiva, liberalidades indirectas, dada a presença dos 3 elementos essenciais enunciados: o contrato a favor de terceiro; a renúncia abdicativa de um direito; a prática de actos positivos, como sejam a plantação e construção de obras em terreno de terceiro com materiais próprios; a constituição de um direito de superfície — quando qualquer destes actos seja praticado espontaneamente sem intenção de exigência de uma contraprestação e, portanto, com *animus donandi*.

A doação indirecta ou atípica efectua-se, em regra, através da **utilização de um outro negócio, que servirá de instrumento** para a obtenção da finalidade de avantajamento patrimonial de outrem. Na verdade, desde que se encontrem presentes as 3 notas *supra* referidas, todos os negócios onerosos podem em potência ser utilizados para prosseguir uma finalidade assente no *animus donandi*.

Uma das hipóteses fácticas que com mais frequência tem sido levada à apreciação dos tribunais italianos pode ser descrita nos seguintes termos: um cônjuge, na constância do matrimónio em que vigore o regime de comunhão legal de bens, adquire onerosamente um bem imóvel; na celebração do contrato de compra e venda intervêm como partes contratuais, um terceiro como alienante e o referido cônjuge como adquirente; o pagamento do preço é, no entanto, efectuado pelos pais do cônjuge outorgante que dessa forma pretendem beneficiar o seu filho.

Em casos desta espécie, mesmo que se identifique a presença *in casu* de uma doação indirecta pela constatação dos 3 elementos assinalados, subsiste uma dificuldade no que concerne à determinação do objecto doado — é o dinheiro ou é o imóvel? A conclusão a que se chegue não é indiferente, no plano jurídico-prático. Um imóvel tendencialmente mantém o seu valor ao longo do tempo, o dinheiro tende a desvalorizar-se. A diluição desta questão pode ter repercussões relevantes para a concretização de outros efeitos jurídicos, como sublinha Cinzia Criaco. Pense-se, por exemplo, no caso de a liberalidade ter que ser considerada para efeitos de aplicação do regime da colação.

Perante *factispecies* da estirpe da que fica descrita, a jurisprudência italiana tem dado respostas desencontradas quanto ao problema que deriva do facto de, nas doações indirectas, por essência, faltar a correspondência entre o que sai do património do disponente e o que entra no do beneficiário. Em muitas decisões, os tribunais pronunciam-se no sentido de que a hipótese *sub iudice* configura uma doação directa do dinheiro, sublinhando que a diminuição ocorrida no património do doador consiste precisamente na privação do valor pecuniário. No entanto, noutros arestos, põe-se a nu o procedimento complexo de enriquecimento verificado, acolhendo-se o veredicto de que a doação tem por objecto o bem imóvel, já que o contrato de compra e venda constitui um mero instrumento formal de transferência do direito de propriedade sobre esse bem para o beneficiário. Denota-se, ademais, que o dinheiro nunca chega a entrar na esfera jurídica do beneficiário, pelo que não pode consubstanciar o objecto do benefício. Para quem professe, esta linha de pensamento, importa distin-

guir as hipóteses práticas que estamos a analisar das situações vizinhas em que os pais *dão* ao filho o dinheiro que depois ele aplica na aquisição de um determinado imóvel. Nestes casos, haverá, de facto, uma doação do dinheiro seguida de um processo de reemprego do mesmo, o que configura uma situação de sub-rogação real.

A Autora adere ao último entendimento, apontando para tal várias ordens de razões. Recorda, desde logo, que o legislador italiano, para além do âmbito de previsão do art. 769 relativo às doações, admite (nomeadamente no art. 809 do CCI em que manda aplicar alguns aspectos do regime das doações a outros actos de liberalidade) a existência de outras espécies de liberalidades. Sublinha, também, que a configuração da hipótese em análise como doação indirecta do bem imóvel é a que mais se coaduna com a vontade do disponente (os pais *querem* doar o imóvel). Saliencia ademais que esta solução se acomoda melhor à *ratio* da comunhão que anteriormente fora identificada.

Cinzia Criaco pronuncia-se, depois, quanto a **actos de renúncia** a direitos, advogando que eles podem ser perspectivados como liberalidades (indirectas), desde que se possa individualizar, à semelhança do que fica referido anteriormente, um empobrecimento patrimonial do renunciante, o espírito de liberalidade do mesmo traduzido no interesse não patrimonial quanto ao enriquecimento do beneficiário e ainda o nexo de causalidade directo entre renúncia e o enriquecimento. Na verdade, a Autora entende que, por um lado, a vantagem patrimonial tem que constituir um efeito jurídico normal e automático da renúncia e, por outro lado, o terceiro avançado deve ser individualizável *a priori* com certeza. Como exemplo de uma hipótese desta espécie de liberalidades indirectas, apresenta a renúncia a um direito de usufruto, já que, com esse acto volitivo, há um benefício automático do titular do direito de propriedade, em virtude elasticidade que caracteriza esse direito o que conduz à sua re-expansão.

Outras hipóteses fácticas que mereceram a reflexão da Autora foram aquelas em que se verifica a aquisição de um bem por um preço inferior ao valor objectivo do mesmo, pretendendo o vendedor beneficiar o adquirente com a redução do preço. Trata-se de casos de **doação mista**, já que, num só contrato as partes combinam dois esquemas negociais típicos, *in casu*, elementos da doação e elementos da compra e venda. A intenção de liberalidade é incluída, então, na estrutura do contrato, caracterizando a sua função. Segundo a Autora, configurando nestes casos um contrato misto, o regime aplicável deve corresponder à disciplina do negócio que assume prevalência na composição da espécie negocial em causa. A dou-

trina maioritária tem, no entanto, subsumido a doação mista aos negócios indirectos, pelo que se, através dela se pretender beneficiar apenas um dos cônjuges, deve entender-se que o objecto da mesma — *in casu*, a diferença entre o valor do bem e o valor do preço — deve qualificar-se como bem próprio do beneficiado o que, segundo alguns autores, importará uma co-aquisição proporcional do bem.

IV — LIBERALIDADES EFECTUADAS ENTRE OS CÔNJUGES

O desaparecimento da proibição das doações entre os cônjuges aliado à ampla interpretação do art. 179 b) do CCI que foi perfilhada pela Autora, conduz ao surgimento de várias questões de relevo relativas às liberalidades feitas por um dos cônjuges a favor do outro com bens pessoais do seu património, durante a vigência do casamento.

Segundo Cinzia Criaco, importa, desde logo, sublinhar que a problemática destas liberalidades ganha contornos especiais na medida em que a atribuição, nos casos que ora se considera, tem que ser entendida no âmbito da densa teia de relações que se vai desenvolvendo entre os cônjuges e que assenta nos deveres conjugais que os vinculam. Assim, as atribuições entre os cônjuges podem ser motivadas por uma *causa familiar* que não se confunde com a *causa donandi* característica das liberalidades, nem se pode reconduzir a uma *causa solvendi* geral, antes merecendo um tratamento autónomo radicado na regulação concreta das relações recíprocas dos cônjuges advenientes da convivência conjugal.

A Autora chama, também, à atenção para que, nas sociedades temporâneas, em que a generalidade das famílias se caracteriza pelo facto de ambos os cônjuges desenvolverem uma actividade profissional remunerada, a aquisição de riqueza se dá, quase exclusivamente, pela via dos rendimentos assim auferidos. Ora, no regime jurídico italiano, os ganhos pecuniários (*risparmio*) de cada um dos cônjuges estão sujeitos a um regime de comunhão diferida ou residual em homenagem à autonomia e à liberdade de cada um dos cônjuges ⁽³⁾. Na vigência do casamento são qualificados como bens próprios daquele que os aufere, cabendo ao titular a

⁽³⁾ Neste ponto, o regime vigente em Portugal é diverso, dado que, entre nós, no regime de comunhão de adquiridos, nos termos do art. 1724 a), o produto do trabalho dos cônjuges integra de imediato o património comum.

sua administração (com importantes limitações que decorrem do cumprimento dos deveres legais). No momento da extinção das relações patrimoniais entre os cônjuges, os valores que não tiverem sido consumidos (isto é, aplicados na aquisição de outros bens, que, em princípio, serão comuns a menos que tenham natureza pessoal) passam a integrar a comunhão, devendo, portanto, ser objecto de partilha.

Ora, se um dos cônjuges, na vigência do casamento, empregar bens provenientes da sua actividade laboral na aquisição onerosa de um bem que não seja subsumível a nenhuma das alíneas do art. 179, o bem assim adquirido será qualificado como bem comum. Pergunta, então, Cinzia Criaco se se verificará aqui uma doação. A este propósito, a *Corte di Cassazione* tem sufragado o entendimento de que deve distinguir-se consoante a aquisição seja feita com o produto de trabalho normal do cônjuge (actividade laboral suficiente para a manutenção da família) ou com o produto de trabalho excepcional. No primeiro caso, a qualificação do bem como bem comum é consentânea com o fundamento da comunhão; já no segundo caso, a integração do bem no património comum ultrapassa a razão de ser da mesma. Portanto, quando se estiver numa situação de segundo tipo, aquele tribunal italiano entende que pode vislumbrar-se a consumação de uma doação do cônjuge que auferiu o rendimento ao outro cônjuge, dado que nesse caso, haverá um enriquecimento do último à custa do primeiro que não encontra a sua razão no regime de bens.

A Autora rejeita este entendimento. Por um lado, considera que a distinção empregue é destituída de base jurídica, dado que das normas que compõem o regime matrimonial não pode extrair-se qualquer fundamento para diferenciar a natureza das actividades desenvolvidas pelos cônjuges. Propõe, em alternativa, uma bipartição diferente. Recorda, a este propósito a necessidade de separar o momento contributivo e o momento distributivo no que respeita às relações patrimoniais dos cônjuges. No primeiro momento, cada um dos cônjuges deve contribuir para os encargos da vida familiar, de acordo com a sua capacidade, qualquer que seja a actividade desenvolvida (profissional ou doméstica; excepcional ou não). Uma vez satisfeitas as necessidades familiares, o cônjuge pode, em princípio eleger o destino a dar ao remanescente dos valores produzidos pelo seu trabalho. Se, na constância do casamento, não for exercida a liberdade de disposição desses valores, então, por ocasião da distribuição do património funcionará a comunhão residual.

Uma outra questão que tem sido debatida na doutrina e jurisprudência italiana é a que contende com a possibilidade de um cônjuge **renun-**

ciar à co-aquisição (*rifiuto del coacquisto*). Como a integração no património comum, por efeito do funcionamento das regras da comunhão é automática, está em causa uma declaração de um dos cônjuges anterior à verificação da *factispecies* aquisitiva praticada pelo outro cônjuge. Poderá o cônjuge não adquirente recusar antecipadamente a titularidade em comunhão do bem que venha a ser adquirido? Será admissível esse acto como uma manifestação da sua “autonomia negocial”? Há quem avance uma resposta afirmativa, invocando o princípio *nemo potest locupletari invitus*, que constituiria um instrumento de defesa do cônjuge contra aquisições que não mereçam o concurso da sua vontade. No mesmo sentido, deplorá a possibilidade de que os cônjuges dispõem de procederem a uma alteração do regime de bens a todo o tempo ⁽⁴⁾: se podem modificar o regime de bens *in totum* (o mais), então também poderão mudar a qualificação de um bem em concreto (o menos).

Cinzia Criaco demarca-se desse entendimento, afirmando que os cônjuges podem optar por um regime diverso da comunhão, mas que vigorando o regime de comunhão não podem através de acordos pontuais excluir da mesma certos bens específicos. Se o pretenderam fazer, têm que, através da observância da forma pública (art. 2647 do CCI), proceder a uma alteração preventiva e global do regime aplicável ao casamento. O regime patrimonial tem natureza normativa não podendo, por isso, os cônjuges subtrair-se ao cumprimento das regras vigentes e enquanto o forem. O mero acordo dos cônjuges não é eficaz para operar o desrespeito dos critérios de qualificação dos bens adquiridos pelos cônjuges.

Por fim, a Autora reflecte sobre um problema que se manifesta no âmbito da **sub-rogação real relativa a valores próprios de um dos cônjuges**. À luz do disposto no art. 179 f) do CCI (uma norma muito semelhante à do nosso art. 1723 c)) para que um bem adquirido com o preço de um bem próprio, seja qualificado como bem próprio é necessário que ambos os cônjuges atestem a proveniência do dinheiro no título aquisitivo. Se não se verificar esta declaração, o bem vai ser considerado bem comum. *Quid iuris*, se o titular dos bens que vão ser empregues na aquisição intencionalmente não pretender que sejam observados aqueles requisitos para que o bem adquirido seja qualificado como comum? Qual o significado que pode ser atribuído à omissão da declaração? Constituirá uma doação indi-

(4) Diferentemente do que acontece entre nós, atenta a vigência do Princípio da Imutabilidade previsto no art. 1714.º do Código Civil.

recta que beneficiará o outro cônjuge, dada a co-titularidade do patrimônio comum?

Cinzia Criaco entende que a resposta não pode ser formulada em termos automáticos e genéricos. Haverá que perscrutar a causa da atitude omissiva. E, nessa reflexão, não deve considerar-se apenas a alternativa representada pela gratuidade e onerosidade. Importa apreciar se não está presente uma específica causa familiar, assente nas relações de convivência entre os cônjuges. A omissão pode integrar-se num processo complexo de definição das relações estabelecidas entre os cônjuges que é iminente ao desenvolvimento das relações conjugais.

*

Apesar de os dados normativos que emolduram a análise da Autora não coincidirem inteiramente com o regime vigente em Portugal, há um conjunto apreciável de questões que se colocam em termos semelhantes no ordenamento italiano e no ordenamento português. Se está vedada uma transplantação acrítica das soluções apresentadas, é possível, no entanto, colher nelas alguns vectores relevantes que podem ser prestáveis para o nosso direito.

A identificação de uma causa familiar que não se reconduz simplesmente ao binómio onerosidade-gratuidade, a distinção do momento contributivo e distributivo das relações patrimoniais, a identificação do fundamento que pode (ainda) ser reconhecido à opção do legislador por um regime supletivo de comunhão, entre outros, são contributos que merecem uma mais aturada reflexão que pode ser proveitosa para o direito matrimonial português.

Por fim, o facto de a Autora se preocupar em traduzir o direito vivente, dando conta da evolução que o direito positivo tem sofrido, em Itália, permite individualizar linhas de força comuns à dinâmica do direito da família que, nos nossos dias, ganha cada vez mais contornos de identidade em pontos geográficos distantes, desde logo no âmbito dos limites do espaço comunitário. A este nível, destaca-se a valorização do princípio da autonomia privada, no seio da instituição familiar, que se reflecte na solução propugnada para muitas das questões carecida de resposta no âmbito do regime patrimonial da família.