



# **A Intervenção do Estado nas Relações Privadas Familiares e a Redação do Artigo 1790.º do Código Civil dada pela Lei n.º61/2008, de 31 de Outubro**

**Cláudia Diana da Silva Matos**

Dissertação De Mestrado Apresentada à Faculdade De Direito Da Universidade Do Porto Na Área De Especialização Ciências Jurídico-Privatísticas.

Sob A Orientação Da **Exma. Senhora Professora Doutora Helena Maria Machado Barbosa da Mota**

## **Agradecimentos**

Escrever a tese de mestrado foi uma viagem por terras desconhecidas em que o caminho inicialmente traçado foi sofrendo alterações e em que inevitavelmente poucas coisas correram de acordo com as previsões iniciais. Devo, por isso, um agradecimento muito especial a todos os que partilharam esta viagem comigo, por nunca deixarem de acreditar em mim e pela motivação inestimável.

Agradeço à minha orientadora, a Professora Doutora Helena Mota por ter aceite orientar-me neste percurso. Pelos conselhos, pelas questões levantadas e por toda a compreensão e disponibilidade demonstrados, o meu muito obrigada.

Ao Pedro Ribeiro Pereira, por se ter disponibilizado para ler e reler, com a sinceridade e acuidade que lhe são características.

À Catarina Lima e à Vanessa Louro pela ajuda demonstrada e por serem, as mais das vezes, a minha consciência.

À minha família, especial à sua maneira, por todo o apoio e carinho.

Um agradecimento especial à minha avó materna porque acredita em mim desde sempre e por ser a minha referência.

## Resumo

Dissolvido o casamento por divórcio, cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges e procede-se à partilha dos bens do casal. Entre nós, a regra é que a partilha se faça de acordo com o regime de bens que vigorou no casamento, no entanto, há uma norma que condiciona a regra geral – o artigo 1790.º. Antes da aprovação da Lei 61/2008, de 31 de Outubro, a aplicação deste artigo estava condicionada à culpa de um (ou ambos) os cônjuges. Todavia, com a aprovação da “Lei do Divórcio”, a culpa, enquanto fundamento de um pedido de divórcio, foi eliminada e o legislador generalizou a norma, aplicando-a a todas as partilhas.

Neste trabalho questionamos essa generalização do ponto de vista da intervenção do Estado nas relações privadas familiares e a restrição que esta implica à autonomia privada dos cônjuges. Curaremos saber se, a generalização do artigo 1790.º para evitar o enriquecimento dos cônjuges pelo casamento, está em consonância com os objetivos da Lei de conceder maior autonomia e liberdade aos cônjuges, e com o novo modelo de divórcio. Procuraremos, também, saber se tutelou devidamente as legítimas expectativas dos cônjuges e se a sua aplicação imediata não provocou situações injustas, uma vez que como bem sabemos, estamos no domínio das relações privadas onde por princípio deve imperar a vontade dos indivíduos a não ser que razões superiores obriguem à sua restrição.

## Abstract

Once the marriage is solved by divorce all patrimonial relationships between spouses come to an end and the property is liquidated. Among us, the main rule is that such liquidation must be done according to the property rules in force during the wedding. Nevertheless, there is one rule that must be present: Article 1790.º CC. Prior to the adoption of Law 61/2008, of 31 of October, this Article was only applied when one (or both) of the spouses were judged guilty of divorce. However, with the “Divorce’s Law” approval, fault, as fundament of a divorce request was eliminated and the rule was generalized, being now applied to all liquidation processes.

In this paper we aim to question that generalization by critically analysing the State’s interference in private family relationships pondering, the restriction that this interference causes in the point of view of the spouses private autonomy. We will try to ascertain if the generalization operated by article 1790.º - witch intended to avoid the enrichment of the spouses through the wedding – is consistent with the Law’s purposes to provide more autonomy and freedom to spouses and with the new divorce model. We will also try to find out if it has properly protected spouse’s legitimate expectations and if its immediate application did not caused unfair situations, seeing as, as we know well, we are in the domain of private relations in which, by principle, individual autonomy must rule, unless superior reasons oblige its restriction.

## Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Al. – Alínea

Art.º/art.ºs – Artigo/artigos

CC – Código Civil

CEFL – Commission on European Family Law

Cfr. – confrontar

CRC – Código de Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

i.e.- id est

IRN – Instituto de Registos e Notariado

n.º - número

Op. cit. – opus citatum

p./pp. – página/páginas

ss. – seguintes

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

v. - vide

v. g. – verbi gratia

Vol. – Volume

## Índice

<b>Agradecimentos</b> .....	2
<b>Resumo</b> .....	3
<b>Abstract</b> .....	3
Abreviaturas .....	4
<b>I. Apresentação do problema e razão de ordem</b> .....	6
<b>II. Evolução histórica do divórcio e contextualização do problema</b> .....	9
1. O Código de Seabra e a Lei do Divórcio de 1910.....	9
2. O Código Civil de 1966 .....	12
3. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro .....	14
• O artigo 1790.º à luz desta mudança de paradigma. ....	16
<b>III. Autonomia e heteronomia no Direito da Família. Direito Privado?</b> .....	18
<b>IV. A conformação das relações privadas familiares</b> .....	20
1. O contrato de casamento .....	21
2. A convenção antenupcial .....	23
3. Os regimes de bens .....	29
4. O artigo 1790.º à luz do princípio da imutabilidade dos regimes de bens e da partilha segundo regimes não convencionados.....	33
5. Autonomia Privada e limites à autonomia dos cônjuges.....	35
<b>V. As normas imperativas no Direito da Família e o Regime Matrimonial Primário</b> .....	36
1. A <i>ratio legis</i> das normas imperativas e do regime matrimonial primário.....	38
2. Artigo 1790.º: norma do regime matrimonial primário ou norma imperativa? .....	39
<b>VI. Problemas de aplicação</b> .....	42
1. Aplicação da lei no tempo, em concreto a aplicação do artigo 1790.º.....	45
2. Jurisprudência. A adaptação dos Tribunais à redação introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro .....	47
3. A inconstitucionalidade desta limitação? .....	50
<b>VII. Notas finais</b> .....	54
<b>Bibliografia</b> .....	57

## I. Apresentação do problema e razão de ordem

A 31 de outubro de 2008, foi aprovada, na Assembleia da República, a Lei n.º 61/2008 (conhecida, daí em diante, como “Lei do Divórcio”). Sobre esta lei – mais concretamente, sobre a alteração ao artigo 1790.º do Código Civil <sup>1</sup>, referente à partilha – versaremos na reflexão ora apresentada.

O Projecto de Lei 509/X <sup>2</sup>, que deu origem à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro assumiu como objetivo colocar a legislação portuguesa a par das suas congéneres europeias, compatibilizando o regime do divórcio com a atual conceção do casamento, enquanto lugar de afetividades e espaço de liberdade individual dos seus membros. O projeto pretendia «retomar o espírito renovador, aberto e moderno» que introduziu o divórcio em Portugal, através da Lei do Divórcio de 1910, adequando-o ao séc. XXI. A principal mudança verificada foi a eliminação da culpa como fundamento deste instituto: passou a existir uma nova conceção de divórcio, segundo a qual o pedido de divórcio se deveria basear tão-só em causas objetivas (como a simples rutura da relação, a ausência ou a separação de facto). Houve uma mudança de paradigma e a culpa foi expurgada da equação que finaliza uma vida de comunhão entre duas pessoas.

Não se põe – nem se porá, como veremos – em causa que o divórcio possa ser obtido pela simples constatação da impossibilidade de continuação da vida a dois. Todavia, terá sido a mudança de paradigma prudente nas implicações que tal alteração trouxe aos efeitos do divórcio? E quais as consequências dessa eliminação, no momento da partilha?

Um dos artigos em que a eliminação da causa subjetiva do divórcio se repercutiu foi (precisamente) o artigo 1790.º. Anteriormente, previa este artigo, que «o cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos». A reforma generalizou a norma do artigo 1790.º, prevendo agora que «nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos». O objetivo foi evitar que o casamento consubstanciasse um meio para adquirir bens. Fará sentido, à luz da nova conceção implementada, punir ambos os cônjuges quando

---

<sup>1</sup> Sempre que os artigos citados não possuam referência expressa ao Diploma a que pertencem, deve considerar-se que integram o Código Civil português de 1966, na versão atual.

<sup>2</sup> Apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista e publicado no Diário da Assembleia da República, II série A, n.º81/X/3, de 14 de Abril de 2008, pp. 67 a 79.

nenhum deles poderá ser considerado culpado? Poderá a norma ter o efeito perverso de, na sua aplicação ao caso concreto, beneficiar um dos cônjuges?

Atentemos num exemplo. A e B casam em 1978, convencionando o regime da comunhão geral de bens, pelo conforto patrimonial que tal regime traria a ambos. Em 2013, A pretende divorciar-se no seguimento de uma agressão de B. Fica então a saber que na partilha não poderá receber mais do que receberia se estivesse casada no regime da comunhão de adquiridos. Sucede que A levou para o casamento um imóvel que entretanto fora vendido, alguns bens móveis e valores avultados nas contas bancárias, que foram reinvestidos em bens móveis titulados por ambos os cônjuges. Como haviam casado em comunhão geral, A nunca se preocupou em manter registo do valor dos seus bens próprios e do destino que lhes foi dado. Muito menos pensou em averbar no documento de aquisição desses imóveis a proveniência do dinheiro usado na sua aquisição (nos termos da al. c), do art. 1723.º). Sem provas da proveniência dos bens próprios<sup>3</sup>, funcionou a presunção jurídica do artigo 1725.º e todos os bens onerosamente adquiridos na constância do matrimónio, foram considerados comuns. Por outro lado, B levou para o casamento dois imóveis históricos de avultado valor - nunca vendidos e, como tal, facilmente comprovados (enquanto bens próprios) pela escritura de compra e venda anterior ao casamento.

Na partilha e para efeito de apuramento do valor da meação, todos os bens de A foram considerados comuns, contrariamente aos dois imóveis de B. Como resultado, no fim de 35 anos de vida comum e tendo como expectativa receber metade do amealhado, A recebeu apenas uma pequena parte do expectável em virtude da aplicação da nova redação do artigo. Foi duplamente lesada, perdeu metade do valor dos bens próprios, dos quais recebeu apenas a meação e, perdeu ainda a meação dos imóveis do marido<sup>4</sup>. B, que deu causa ao divórcio, saiu da ação de inventário beneficiado. A alteração legislativa falhou o seu objetivo ao impor que, muitos anos depois do casamento realizado, a partilha de A e B fosse realizada obedecendo a regras distintas das que foram convencionadas. Confiando no acordo antenupcial celebrado, A nunca precaveu que os bens que levou para o casamento mantivessem o estatuto de bens

---

<sup>3</sup> Não obstante a consagração da doutrina e da jurisprudência consideraram admissível a prova por qualquer meio no seio das relações patrimoniais entre os cônjuges, sempre que não estejam em causa interesses de terceiros, quanto mais intensa for a comunhão do regime de bens do casal e maior a duração do casamento, mais difícil se torna avaliar se e em que momento que bens próprios foram usados para adquirir bens que passaram a integrar o património comum, em virtude da presunção de comunicabilidade do artigo 1725.º e do não cumprimento do previsto na al. c), do art.1723.º. *Cfr.* ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, 18ª edição revista e actualizada, 2013, pp. 1447 e 1448.

<sup>4</sup> De acordo com a nova redação do artigo 1790.º o valor dos bens próprios seria inteiramente seu e, nos termos do regime de bens convencionado seria expectável receber metade do valor da meação dos imóveis do marido. A alteração prejudicou os cônjuges mais incautos como A.

próprios. Para além dessa perda, e se pretender a reparação dos danos, terá que propor ação de responsabilidade civil nos termos gerais, agravando a sua situação patrimonial e fragilizando a sua posição enquanto vítima, ao ter de, novamente, expor a situação a um tribunal e enfrentar o agressor (uma vez que a culpa não releva para o decretamento do divórcio) <sup>5</sup>.

Terá o grupo parlamentar do PS logrado as expectativas que tinha aquando da elaboração do Projecto de Lei 509/X, de limitar o casamento enquanto meio de aquisição de bens e garantir maior liberdade e autonomia privada aos cônjuges?

A existência da culpa enquanto fundamento do divórcio implicava uma série de sanções para o cônjuge considerado “principal culpado” pelo fim da comunhão de vida. Tal facto era compreendido e aceite pela doutrina. Já a eliminação da culpa trouxe algumas opiniões dissonantes <sup>6</sup>. A alteração trouxe mais dificuldades ao cônjuge que pretende reclamar um crédito, nos termos do artigo 1792.º. A Lei prevê, é certo, mecanismos de compensação na ação de divórcio - como o presente no n.º 2, do artigo 1676.º - mas a prova da exigência de tais créditos é tão mais difícil quanto maior for a duração do casamento.

Não obstante, iremos ainda mais longe. Deverá o Estado intervir na regulação das relações patrimoniais entre ex-cônjuges, forçando-os a que a partilha seja feita pela via imposta na lei e não pela via escolhida por estes aquando do casamento?

Volvidos que estão quase sete anos desde a sua aprovação, importa verificar os efeitos provocados por esta alteração, questionando se a alteração ao artigo 1790.º então aprovado, era um imperativo face às concepções dominantes na sociedade portuguesa e que repercussões teve na vida dos cidadãos.

Por último, importa-nos analisar se a atual previsão normativa do artigo 1790.º se encontra em consonância com o pensamento legislativo ínsito a toda a reforma.

---

<sup>5</sup> Já antes da reforma se debatia a questão de saber se a indemnização por danos não patrimoniais poderia ser pedida ao abrigo da reparação de danos prevista no artigo 1792.º. Em sentido afirmativo ÂNGELA CERDEIRA - posição com a qual concordamos - v. «Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605 a 611.

<sup>6</sup> Para uma opinião da doutrina anterior à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, *cfr.* EVA DIAS COSTA, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 131 a 146.

## II. Evolução histórica do divórcio e contextualização do problema

Debater a atual redação do artigo 1790.º não seria possível sem uma breve análise à evolução da conceção do divórcio (e da separação de pessoas e bens ou simples separação de bens) em Portugal. Este normativo legal é, como bem se sabe, uma consequência do fim da relação patrimonial dos cônjuges - assim o estatui formalmente a organização sistemática do Código Civil português. Ainda que assim não fosse, o artigo 1790.º regula a partilha do património dos cônjuges após o decretamento do divórcio<sup>7</sup>, regulando, por isso, os efeitos patrimoniais. Como tal, compreender a evolução da conceção do divórcio e dos seus efeitos no sistema jurídico é, não só, fundamental para uma primeira aproximação à *ratio legis* da norma, como também para analisar a coerência da mesma com a conceção de divórcio ora instituída.

### 1. O Código de Seabra e a Lei do Divórcio de 1910

O Código Civil de 1867, ou Código de Seabra, como é profusamente conhecido, não abordava a questão do divórcio aquando da sua elaboração. Foi um código vanguardista no que concerne ao casamento<sup>8</sup>, ao introduzir pela primeira vez no nosso ordenamento o casamento civil, admitindo-o (na sua redação original) apenas para os não professantes da religião católica<sup>9-10</sup>. Apesar da tentativa (aquando da sua aprovação) de romper com a tradição católica dominante, mantinha o carácter perpétuo do casamento, não permitindo a sua dissolução.

Católico ou civil, o casamento era, nos termos do artigo 1056.º do Código, um «contracto perpétuo». Admitia, por isso, a separação pessoal e patrimonial da «Sociedade Conjugal», ou apenas a separação patrimonial, nas cláusulas restritas do artigo 1204.º<sup>11</sup>. No

---

<sup>7</sup> Ou da separação judicial de pessoas e bens ou da simples separação de bens. Deverá considerar-se, sempre que nos referimos ao divórcio, que pretendemos abranger também as modalidades de separação por implicarem uma divisão do património comum dos cônjuges.

<sup>8</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o casamento enquanto instituição e do surgimento do Direito Matrimonial, v. - DIOGO LEITE DE CAMPOS, «A invenção do Direito Matrimonial» in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXII, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1995.

<sup>9</sup> Cfr. artigo 1057.º, Código Civil Português de 1867, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867.

<sup>10</sup> O Decreto n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910 viria a revogar este artigo, estatuidando que o casamento era um contrato civil, a ser celebrado perante o oficial do registo civil e regulado pelo registo civil, secundarizando o casamento católico. Cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, em especial pp. 31 a 64 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal?» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, N.º 1, Lisboa, 2012, pp. 89 a 94.

<sup>11</sup> O artigo 1204.º previa que a separação seria possível nos seguintes casos «1.º O adultério da mulher; 2.º O adultério do marido com escândalo público ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e

entanto, o cônjuge considerado culpado não poderia requerer a separação. Esta faculdade cabia apenas ao cônjuge inocente. Além disso, no caso de separação de pessoas e bens, estava estatuída uma sanção para o cônjuge que desse causa à separação, este «perderá tudo o que houver recebido do outro cônjuge, ou que outrem, por consideração deste, lhe houver dado, ou prometido»<sup>12</sup>.

Tendo presente o que foi referido, constatamos que à luz do regime em vigor – sistema do casamento civil subsidiário –, a modalidade mais radical para tentar pôr fim ao casamento era a separação de pessoas e bens, com base em fundamentos subjetivos, *i.e.*, na culpa de um dos cônjuges. Nesse sentido, estabelecia-se uma separação culposa que punia o cônjuge que deu causa à separação, no momento da partilha dos bens do casal.

Esta realidade só foi alterada em 1910, com a introdução (pelo Governo da Primeira República) da Lei do Divórcio, seguida pela Lei do Casamento Civil obrigatório. Os diplomas, assinados por Teófilo Braga, vieram estabelecer duas mudanças fraturantes. *Primo*, a possibilidade de o casamento poder ser dissolvido pelo divórcio, independentemente do seu carácter tendencialmente perpétuo. *Secundo*, a introdução do casamento civil obrigatório, celebrado nos termos da Lei civil e perante o oficial do registo civil. Mais do que isso, a Lei do Divórcio, permitia-o em duas modalidades: o *litigioso*, quando pedido apenas por um dos cônjuges; e o divórcio *por mútuo consentimento*, quando pedido por ambos.

Apesar, de no início do séc. XX, se verificar na Europa a tendência modernista da implementação do divórcio, em Portugal, país predominantemente católico, a introdução do divórcio não resultou de reivindicação da população<sup>13</sup>. O divórcio ganhou adeptos no seio do pensamento político universitário<sup>14</sup> dominante e, mais tarde, foi o pensamento republicano marcadamente anticatólico fez aprovar este Decreto-Lei. Não obstante, o objetivo não se viu concretizado na primeira tentativa - ainda sob o jugo da Monarquia, em 1900, Roboredo Sampaio e Melo, na Câmara dos Deputados, procurou (sem sucesso) aprovar o divórcio em

---

manteúda no domicílio conjugal; 3.º A condenação do cônjuge a pena perpétua; 4.º As sevícias e injúrias graves.» in Código Civil Portuguez de 1867, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867.

<sup>12</sup> Cfr. art. 1213.º, Código Civil Portuguez de 1867.

<sup>13</sup> Diz-nos LUIZ DA CUNHA GONÇALVES que «entre nós, o divórcio não constituía grande necessidade. (...) Proclamada a República, e dado o carácter acentuadamente anti-católico dos seus fautores, natural era que fosse o divórcio decretado» - Cfr. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra Editora, 1933, p. 11. Para uma contextualização da evolução histórica MARIA DE FÁTIMA DA CUNHA DE MOURA FERREIRA, O Casamento Civil e o Divórcio 1865-1910, (tese de mestrado apresentada à) Universidade Do Minho, 1993, em especial p. 124.

<sup>14</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p.73.

Portugal <sup>15</sup>.

O divórcio poderia ser pedido com fundamento em causas subjetivas, ou seja, baseadas na culpa de um dos cônjuges, mas também em causas objetivas <sup>16</sup>. Aí residiu a maior inovação do preceito. Para a obtenção do divórcio não seria necessário que um ou ambos os cônjuges cometessem qualquer ato censurável. A mera constatação de que a vida a dois seria impossível devido a doença incurável ou a separação de facto pelo período de dez anos, *v.g.*, seria suficiente como fundamento para o decretamento do divórcio. Consagrava-se, assim, o «divórcio-remédio» <sup>17</sup>, como designado pela doutrina.

No que tange aos efeitos do divórcio baseado na culpa de um dos cônjuges, estatuiu o artigo 27.º da Lei do Divórcio que «o cônjuge que der causa ao divórcio perderá todos os benefícios que haja recebido, ou haja de receber, do outro cônjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contrato antenupcial, quer assegurados posteriormente». Também aqui, o legislador sentiu ser necessário punir o cônjuge culpado, retirando-lhe os benefícios (diretos e indiretos), que este obteve ou tivesse legítima expectativa de obter em virtude do casamento. Apesar da clara intenção de punir o cônjuge culpado, entendeu CUNHA GONÇALVES que quaisquer vantagens patrimoniais a obter em função do regime de bens estipulado não deveriam ser perdidas, por não se encontrarem integrados na categoria dos benefícios. A escolha do regime de bens pertencia a ambos os cônjuges e, mesmo que o cônjuge culpado não levasse bens para o casamento, não deveria perder as vantagens patrimoniais que adviessem dessa escolha. Para o autor, só as liberalidades seriam perdidas e já não as vantagens patrimoniais derivadas de «um efeito legal do matrimónio» <sup>18</sup>. A punição prevista salvaguardava a posição do cônjuge inocente, uma vez que «o cônjuge inocente conserva

---

<sup>15</sup> *Cfr.* FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Introdução ao Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, 2008, p. 590 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.* pp.72 a 75.

<sup>16</sup> O elenco das causas que poderiam fundamentar um pedido de divórcio era substancialmente maior do que o elenco anterior previsto para a separação de pessoas e bens «1.º O adultério da mulher; 2.º O adultério do marido; 3.º A condenação definitiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal; 4.º As sevícias ou as injúrias graves; 5.º O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos; 6.º A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos; 7.º A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419.º e seguintes do Código de Processo Civil; 8.º A separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação; 9.º O vício inveterado do jogo de fortuna ou de azar; 10.º A doença contagiosa reconhecida como incurável ou uma doença incurável que importe aberração sexual.» *cfr.* Artigo 4.º da Lei do Divórcio de 1910.

<sup>17</sup> Para uma compreensão do conceito de divórcio-remédio e distinção entre outros tipos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (divórcio litigioso), *vide* PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *op. cit.* pp. 615 a 618.

<sup>18</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, vol. VII, p. 116.

todos os benefícios que lhe tenham sido assegurados pelo cônjuge culpado ainda que todos os benefícios fossem estipulados com a cláusula de reciprocidade».

Não existia, neste Código, norma semelhante ou com o mesmo objetivo que o artigo 1790.º; poderemos identificar, tão-somente, uma cominação semelhante à do artigo 1791.º como se infere da exposição de CUNHA GONÇALVES.

A introdução no ordenamento jurídico português da Lei do Divórcio, da Lei do Casamento Civil obrigatório e, da Lei da Separação de poderes entre Igreja e Estado (de 1911) desencadeou inevitáveis conflitos entre o Estado Português e o Vaticano. Conflitos solucionados, em parte, apenas em 1940, com a celebração da Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé. O direito ao divórcio - e respetivos efeitos – foi, com esta, alvo de compressão: ao celebrarem casamento católico, os cônjuges renunciavam à possibilidade de (eventualmente) se virem a divorciar <sup>19</sup>. Se tivermos em conta que os casamentos católicos representavam a esmagadora maioria dos casamentos realizados em Portugal, concluímos que a Concordata veio tornar o acesso ao divórcio, a partir de 1 de Agosto de 1940, numa realidade quase inexistente.

## **2. O Código Civil de 1966**

O Código Civil, atualmente vigente em Portugal, foi aprovado em 1966, no período do Estado Novo. À data da sua aprovação mantinha-se em vigor a Concordata de 1940, com as restrições já apontadas. Face à realidade existente, mantiveram-se as disposições relativas ao casamento católico. Quanto ao casamento civil, o direito ao divórcio sofreu, também, diversas limitações, o que dificultou a concretização deste direito de liberdade individual. Dava-se a materialização do «divórcio-sanção» <sup>20</sup>, baseado na ideia de culpa: não se admite que o fim do casamento possa dever-se à incompatibilidade dos cônjuges ou que seja um meio necessário para resolver uma situação de crise. O divórcio é visto, outrossim, como um mal a evitar, e a que só se dará provimento, caso se verifique que um dos cônjuges lhe deu causa.

Os efeitos da partilha sentir-se-iam quer na separação litigiosa de pessoas e bens, quer

---

<sup>19</sup> *Cfr.* Artigo XXIV da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, celebrada a 7 de Maio de 1940, aplicável aos casamentos celebrados após a sua entrada em vigor. Não se analisarão as alterações introduzidas pela Concordata. Apenas a mencionamos tendo em vista a contextualização da evolução legislativa a que nos propomos analisar.

<sup>20</sup> Para uma compreensão do conceito de “divórcio-sanção” e distinção entre outros tipos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (divórcio litigioso), *vide* PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *op. cit.* pp. 615 a 618.

no divórcio litigioso <sup>21</sup>, ao qual se aplicavam por remissão direta. Na sentença que decretava o divórcio <sup>22</sup>, o tribunal fazia imperativamente um juízo de culpabilidade relativamente a ambos os cônjuges, determinando se um ou ambos eram culpados e, se se considerasse que eram ambos, qual o principal culpado (artigo 1783.º).

Estabelecido qual o cônjuge culpado (ou principal culpado) pelo fim do casamento, o artigo 1784.º previa que este «não pode na partilha receber mais do que receberia, se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos». Ao analisar as duas normas compreendemos que, se há um culpado que causa o fim da relação, a culpa pode ser relevada para apuramento do valor da meação a que o cônjuge culpado terá direito, desde que preencha os requisitos do artigo 1784.º, ou seja, a meação a receber será limitada à que resultaria do regime da comunhão de adquiridos. A relevância da punição consiste, neste caso, na proibição do culpado ser patrimonialmente beneficiado com o fim do casamento. A posição do cônjuge inocente ou menos culpado, que não deu causa, nem quis que aquele desfecho viesse a acontecer, mas foi ofendido com a atuação do seu consorte pode, em virtude da sanção aplicada ser salvaguardada. Desta forma, o legislador protege a situação do cônjuge inocente ou “menos culpado”.

Além do exposto, não podemos olvidar a mudança quanto ao regime de bens a vigorar no casamento. Até aqui vigorava o regime supletivo da comunhão geral de bens. A partir da vigência do Código Civil de 1966, o regime supletivo passou a ser o da comunhão de adquiridos. O mesmo é dizer que, só quando os cônjuges, no exercício da sua autonomia, estipulassem por convenção antenupcial válida e plenamente eficaz, um regime distinto do da comunhão de adquiridos, seria esse a vigorar e a estabelecer a relação entre os bens do casal. Desta forma, caso o cônjuge culpado estivesse casado no regime supletivo (da comunhão de adquiridos), não veria qualquer diferença no valor a receber na operação de partilha. O mesmo já não acontecia se os cônjuges tivessem convencionado o regime da comunhão geral de bens ou regime atípico com comunhão patrimonial mais forte do que a comunhão de adquiridos, caso em que, o valor a receber, a final, seria sempre limitado pela imposição legal assinalada *supra*. Logo, podemos afirmar que, a interferência do legislador na partilha é maior nos casos em que o regime de bens é a comunhão geral ou um regime atípico de comunhão superior à comunhão de adquiridos. A autonomia dos cônjuges sofreu aqui um revés que é

---

<sup>21</sup> Não faz sentido falar em efeitos da partilha, à luz do Código Civil na sua versão original, na separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, uma vez que não há nesta um juízo de culpa.

<sup>22</sup> Refere-se por conveniência o divórcio, mas deve ter-se em consideração que se encontram abrangidos na intenção o divórcio e a separação litigiosa de pessoas e bens.

aceite tendo em conta a modalidade de divórcio vigente no Código. Só assim se aceita essa limitação.

Neste sentido, a opção legislativa veio reforçar a proteção jurídica do cônjuge que não deu causa ao divórcio. Para além da perda de benefícios já prevista nos diplomas anteriores – e também estipulada pelo Código Civil ora vigente –, há um meio mais efetivo como garante dessa proteção. Proteção que se entende necessária quando há uma parte prejudicada no curso que as relações tomaram.

Por dever de exposição mencionam-se as principais alterações legislativas introduzidas no seguimento da Revolução de Abril de 1974 – o Protocolo Adicional à Concordata, assinado em 1975, que permitiu o acesso ao divórcio a todos os católicos; o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que reenumerou alguns artigos, incluindo o artigo 1784.º que passou a constar como artigo 1790.º e que é, de resto, objeto da presente dissertação.

### **3. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro**

A Lei do Divórcio de 2008 <sup>23</sup>, tal como a sua antecessora (aprovada quase cem anos antes), foi aprovada por vontade política e não por “imposição popular”. Não partiu de nenhuma convulsão social, tendo sido, somente, uma adaptação da Lei nacional aos princípios do Direito da Família Europeu estudados por um grupo de académicos que constituem a *Commission on European Family Law (CEFL)*<sup>24</sup>.

O objetivo do CEFL é, precisamente, criar princípios que possam harmonizar o Direito da Família em todos os Estados-Membros da União Europeia. Na base deste estudo, de carácter meramente orientador, estão algumas considerações específicas, como o favorecimento do divórcio por mútuo consentimento e uma cada vez maior autonomia das partes, com a conseqüente menor intervenção do Estado. Interessam-nos, a este respeito, o princípio 1:6, *Conteúdo e forma do acordo* [no divórcio por mútuo consentimento], que na al. c) faz referência à divisão e atribuição da propriedade, e, de sobremaneira, o princípio 1:10,

---

<sup>23</sup> Este diploma não introduziu apenas alterações no regime jurídico do divórcio, mas também no instituto do poder paternal que, desde então, se passou a designar como «Responsabilidades Parentais».

<sup>24</sup> KATHARINA BOELE-WOELKI, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Oxford, Intersentia, 2004. Para uma análise da evolução destes princípios, seus objetivos e perspectivas, *cfr.* «Os princípios do direito da Família Europeu: os seus objetivos e as suas perspectivas», in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Ano 3, n.º 5, Coimbra Editora, 2006, da mesma autora.

*Determinação dos efeitos*, que no seu n.º 2 estabelece que «ao conceder ou após a concessão do divórcio, a autoridade competente pode determinar os efeitos patrimoniais para as partes, tomando em conta todo o acordo admissível concluído por estas»<sup>25</sup>. Assim, quanto aos princípios aqui versados constata-se o favorecimento do acordo, ou seja, da autonomia negocial dos cônjuges ou ex-cônjuges.

Seguindo as conclusões da Comissão Europeia de Direito da Família, na exposição de motivos no Projeto de Lei 509/X declara-se que os fundamentos do casamento são a «liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida». Defende-se, ainda, que «a invocação da ruptura definitiva<sup>26</sup> da vida em comum deve ser fundamento suficiente para que o divórcio seja decretado». Estamos em total acordo. No entanto, não podemos deixar de edificar reservas quanto a saber se o inverso será forçosamente verdade, no que concerne à segunda frase citada. Deverão todas as ações de divórcio ser fundadas, tão-só, em causas objetivas? Parecem-nos que sim. Todavia, será que a impossibilidade de valorização da culpa não trará situações de injustiça para muitos cônjuges? Muito provavelmente. No entanto, não podemos afirmar que a culpa tenha sido erradicada do regime do divórcio. TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO defende, a este propósito, que há uma mera transferência do momento de avaliação da culpa que passa de causa de divórcio para «juízo de avaliação e concretização do conceito legal “ruptura do casamento” na al. d) do art. 1781»<sup>27</sup>. Também RUTE TEIXEIRA PEDRO se manifesta por uma valorização indireta da culpa na violação dos deveres conjugais<sup>28</sup>. Quando há uma violação culposa dos deveres conjugais, previstos no artigo 1672.º e ss., a culpa não poderá ser valorada como causa da ação de divórcio, mas já o poderá ser numa ação de responsabilidade civil nos termos gerais. É o que prevê o artigo 1792.º, o que se constitui como grande desvantagem para o cônjuge que quer ser indemnizado, implicando maior

---

<sup>25</sup> Poder-se-ia entender que os princípios se referem apenas à valorização de acordos quando não existam nesses Estados regimes de bens, no entanto, não cremos que deva ser esse o entendimento prevalecente, visto que, os princípios são muito amplos, não é só nesses sistemas que podem ser celebrados acordos quanto à divisão da propriedade e, porque acima de tudo, estes princípios têm como objetivo dar prevalência à autonomia dos cônjuges.

<sup>26</sup> Divórcio-constatação de rutura do casamento, baseada na verificação objetiva de que a manutenção do casamento não é viável, sem se prender com questões de culpa dos cônjuges. Vide PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 617.

<sup>27</sup> Neste sentido, TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e questões conexas. Regime Jurídico Actual...*, Lisboa, Quid Iuris, 3.ª edição, 2009, pp.74 e 75. O autor defende que a culpa poderá ser valorada no preenchimento da al. d) do artigo 1781.º, uma vez que «ruptura definitiva do casamento» é um conceito vago e indeterminado e o pressuposto para a rutura é valorado «independentemente da culpa dos cônjuges».

<sup>28</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A partilha do património comum do casal em caso de divórcio: reflexões sobre a nova redação do art. 1790º do Código Civil» in Separata de *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, pp. 433 e 434, nota 11.

morosidade e custos para a parte que saiu mais fragilizada com o fim da relação <sup>29</sup>. A culpa deveria ser valorada na ação de divórcio, quer para efeitos de divisão do património do casal, quer para efeitos indemnizatórios. Em suma, a valorização da culpa no momento da partilha, tornaria mais fácil a compensação do cônjuge que não quis a dissolução do casamento, mas se viu forçado a pedir o divórcio quando as condutas do seu consorte deixaram de ser toleráveis e constituíram dano para a sua imagem pública ou a sua honra.

Repare-se que não se coloca em causa o modelo do divórcio-constatação de rutura do casamento. Ao invés, elogiamo-lo (precisamente) por tentar afastar o carácter nefasto de uma ação de divórcio. Não concordamos, isso sim, com a ideia de que este será o melhor modelo para todas as situações de divórcio que ocorram em Portugal, atentando aos seus efeitos. E não se vê por que razão o desaparecimento da valorização da culpa quanto às causas de divórcio tenha, forçosamente, que implicar a sua eliminação da valoração dos efeitos <sup>30</sup>. No fundo, facilitava a celeridade do processo e, por conseguinte, o fim de uma situação desgastante para ambas as partes.

- **O artigo 1790.º à luz desta mudança de paradigma.**

A reforma operada em 2008 no Direito da Família pretendeu, como acima se viu, aproximar o regime jurídico do divórcio aos valores de afetividade e liberdade individual subjacentes à forma atual de viver o casamento <sup>31</sup>. Tentou-se facilitar o divórcio, descomplicá-lo, retirando a carga negativa que habitualmente lhe está associada. Pretendeu-se, ainda, evitar que «o divórcio se torne um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com o esforço comum na constância do matrimónio» <sup>32</sup>. Face à nova conceção do divórcio, despido do conceito de culpa, era imperativo alterar a redação do artigo 1790.º. A intenção vertida no Projecto Lei era eliminar a relação de benefício/sanção existente na redação anterior, retirar a culpa do jugo dos efeitos patrimoniais do divórcio, e evitar, por conseguinte, que os cônjuges fossem patrimonialmente bonificados com o fim da relação.

---

<sup>29</sup> O juiz que decreta o divórcio já tem o conhecimento dos factos que lhe deram causa. Seria mais célere e mais eficiente se os pudesse valorar para efeitos de indemnização do que propor uma nova ação e ter que expor toda a factualidade a um novo juiz.

<sup>30</sup> Neste sentido, também, CRISTINA DIAS, *Uma análise do novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n.º61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, 2009, p. 28. Também defendendo a manutenção da valorização da culpa nos efeitos do divórcio, embora numa perspetiva de *welfare* e não de sanção. Vide EVA DIAS COSTA, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005; em concreto, pp. 145 e 146.

<sup>31</sup> « [O divórcio] mudou a própria forma de encarar o casamento. Dada a centralidade dos afectos para o bem-estar dos indivíduos (...). Aceitar o divórcio passou a ser sinal, não de facilitismo, mas de valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida.» Exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X (...) pp. 67 a 79, ponto I.4.

<sup>32</sup> Exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X (...), ponto II.4.

A alteração recaiu, destarte, sobre o regime em que se faria a partilha, retirando a sanção ao cônjuge culpado e atribuindo-a a ambos os cônjuges. Senão, vejamos. À luz da anterior redação, era considerado efeito sancionatório que um dos cônjuges não recebesse mais bens do que receberia se estivesse casado em comunhão de adquiridos (caso estivesse casado em regime de comunhão geral ou regime misto com comunhão mais forme do que a comunhão de adquiridos). De acordo com uma interpretação declarativa da letra da lei <sup>33</sup> uma partilha feita nestes termos era menos benéfica para o “culpado”. O regime de bens adquiridos era penalizador. Se assim não se entendesse, perderia a norma razão de ser. Atendendo ao elemento histórico, que sempre regeu a *ratio legis* da norma, se os cônjuges estivessem casados em regime de comunhão mais intenso do que a comunhão de adquiridos, teríamos aqui sanção bastante para o cônjuge que deu causa à dissolução do casamento. Ora, ao prever que tal sanção se aplique a ambos os cônjuges, a lei não está a evitar castigar um cônjuge, mas a promover o castigo de ambos.

Ao eliminar a culpa dos efeitos do divórcio e, conseqüentemente, ao retirá-la do momento da partilha, deveria ter-se eliminado a norma sancionatória. Entendeu-se, contrariamente, dividir a sanção por ambos os cônjuges. Só revogando a norma é que esta acompanharia o espírito reformador subjacente à alteração legislativa efetuada. Mais grave ainda, esta Lei teve aplicação imediata no tempo, violando assim as expectativas dos cônjuges, especialmente as daqueles que estavam casados há largos anos, restringindo irremediavelmente a sua autonomia <sup>34</sup>.

Para esta interpretação relevam três pontos alicerçais. Em primeiro lugar, o carácter privado do Direito da Família, segundo o qual as relações entre os particulares devem ser

---

<sup>33</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 181 a 186.

<sup>34</sup> O Presidente da República usou a expressão «revogação retroactiva» para acolher esta situação. O Projeto de Lei n.º 509/X foi aprovado, sendo denominado como Decreto n.º 232/X. Tendo sido enviado ao Presidente da República para promulgação, foi alvo de veto presidencial, que expressou as suas preocupações quanto à proteção do cônjuge mais débil e alertou para as disparidades entre a ideologia da reforma e as suas conseqüências na aplicação à realidade matrimonial portuguesa. No que tange ao artigo 1790.º afirmou que «é também extremamente controverso, por aquilo que implica de restrição à autonomia privada e a liberdade contratual, o disposto no artigo 1790.º (...). A circunstância de, mesmo contra a vontade manifestada por ambos os nubentes no momento do casamento, se impor agora na partilha um regime diverso daquele que foi escolhido (a saber, o da comunhão geral de bens), consubstancia, por assim dizer, uma “revogação retroactiva” de uma opção livre. E, mais do que isso, consubstancia uma limitação que sempre virá beneficiar um dos cônjuges em detrimento do outro, impondo no momento da partilha de bens um regime distinto daquele que foi estabelecido de comum acordo. Por exemplo, o cônjuge violador dos deveres conjugais que deu causa ao divórcio pode prevalecer-se desta disposição, requerendo unilateralmente o divórcio e conseguindo que na partilha o outro receba menos do que aquilo a que teria direito nos termos do regime de bens em que ambos escolheram casar» - V. Veto Presidencial ao Decreto n.º 232/X publicado no Diário da Assembleia da República, II série A, n.º152/X/3, de 10 de Setembro de 2008, pp. 3 a 6.

reguladas pelas partes ao abrigo da autonomia contratual. Em segundo lugar, porque as normas imperativas em Direito da Família existem para regular aspetos essenciais deste ramo do Direito e que, tendo em conta o carácter institucional do casamento, estão estipuladas na Lei, de forma a evitar conflitos na Instituição base da Sociedade. Em terceiro lugar, por questões de certeza e confiança jurídica, uma vez que a Lei teve aplicação imediata a todas as partilhas<sup>35</sup>. Se confrontarmos a postura do legislador com o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, ficamos com uma situação muito delicada (quicá injusta), sobretudo para os cônjuges que casaram com convenção antenupcial que abrangesse o regime de bens depois de 1966.

### **III. Autonomia e heteronomia no Direito da Família. Direito Privado?**

O Direito da Família, que regula as Instituições que a compõem e as relações estabelecidas dentro dela, é indiscutivelmente um ramo de Direito Privado<sup>36</sup>. O Direito Civil constitui o direito privado geral<sup>37</sup> e o Direito da Família é um dos seus ramos - um ramo cada vez mais autónomo<sup>38</sup>, mais especializado e mais abrangente que acompanha a evolução do conceito de família.

Todavia, no Direito da Família não encontramos apenas normas privadas ou de Direito Civil. Neste ramo, incluem-se também normas constitucionais, penais, tributárias, de trabalho, da segurança social - Direito Público por definição. Alguns autores falam, por isso, em Direito não civil da família<sup>39</sup> para descrever normas que, não pertencendo a ramos típicos do Direito Civil, abarcam a proteção familiar. Tal regulação é necessariamente interdisciplinar, desde logo pela complexidade das relações jurídicas que a ela se submetem. Não há (nem poderia haver) um compartimento estanque do Direito.

---

<sup>35</sup> Os problemas da aplicação no tempo do artigo 1790.º serão tratados *infra*.

<sup>36</sup> Esta afirmação afigura-se-nos irrefutável. No entanto, alguns autores negaram a influência da vontade e como tal a pertença do Direito da Família ao Direito Privado. Vide PEDRO de ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986, pp. 20 e ss.

<sup>37</sup> CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2005, p. 35 e pp.47 a 48.

<sup>38</sup> Uma autonomia ligeiramente diferente da defendida por ANTUNES VARELA. O autor fala em autonomia quanto ao objeto dizendo que «o direito da família é assim constituído pelo conjunto das normas jurídicas reguladoras das relações entre pessoas ligadas pelos laços biológicos da procriação ou pelo vínculo legal do casamento, da afinidade ou da adoção» - *Cfr. Direito da Família*, 5ª edição revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, Lda, 1999, p. 18.

<sup>39</sup> PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. Cit.*, pp. 137 a 141. Acrescentando a dimensão constitucional, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª edição rev. e atual., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 28 e 29.

Apesar do referido, não poderemos esquecer a predominância do Direito Civil/privatístico na regulação das relações familiares. Aliás, reconhecendo a necessidade cada vez maior dos cidadãos europeus regularem a sua vida de acordo com as suas necessidades e desejos e, tendo em conta a crescente mobilidade das pessoas entre os Estados Membros da EU, a Comissão Europeia sobre Direito da Família (CEFL) privilegiou a liberdade e a autonomia das partes ao estabelecer os princípios do Direito da Família Europeu. O objetivo primordial da Comissão a este propósito é reduzir a intervenção dos Estados nas relações afetivas, dentro dos limites admissíveis, permitindo aos cidadãos europeus maior liberdade na conformação das suas vidas <sup>40</sup>.

Não obstante, o carácter privado do Direito da Família pode ser facilmente observado em duas ordens de fatores. Primeiramente, um fator de ordem sistemática. Sendo um ramo do Direito Civil, está incluído no Livro IV <sup>41</sup> do Código Civil português e regula a instituição que tradicionalmente serve como fator de estabilização da sociedade - o casamento <sup>42</sup> -, mas também o divórcio e a filiação <sup>43</sup>. Seguidamente, é Direito privado pois regula as relações dos particulares entre si, despidos de qualquer poder de superioridade <sup>44</sup>.

A igualdade é, *veritas*, o princípio pelo qual se regem as relações familiares. É o que resulta dos artigos 36.º e 67.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). A igualdade

---

<sup>40</sup> Este objetivo seria o mais consonante com o duplo carácter extrínseco e intrínseco do Direito da Família. «necessidade de reconhecer a existência, no direito da família, de duas fontes diversas: «uma de carácter extrínseco, outra de natureza interna». A primeira reconduz-se à lei. A segunda, aos padrões adoptados em concreto por cada família. A própria instituição familiar regulamenta-se em grande parte, situando-se essa regulamentação na autonomia privada. A tal propósito diz Henrich Lehmann «(...) Corresponde por isso ao legislador adoptar certo ponderado retraimento ao regulamentar o direito da família. Não pode garantir, através de preceitos legais, o cumprimento dos fins da sociedade familiar; tem de conformar-se com estimular os referidos fins e manter-se afastado do que a eles se oponha.» PEDRO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 160 e 161.

<sup>41</sup> Não obstante, existem normas que integram o Direito da Família em diplomas avulsos.

<sup>42</sup> Diz-se tradicionalmente porque o casamento foi a Instituição base da Sociedade até à segunda metade do Séc. XX, no entanto, cada vez são mais e mais díspares as formas de constituição da Família. No Brasil já se fala em *Direito das Famílias*, uma forma mais inclusiva que abrange a diversidade das relações familiares. V. MARIA BERENICE DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, 9.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013 e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, GUSTAVO PEREIRA LEITE RIBEIRO, *Manual de direito das famílias e das sucessões*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

<sup>43</sup> A doutrina defende, tradicionalmente, a divisão do Direito da Família em dois ramos, o Direito Matrimonial, que compreende a constituição, modificação e extinção da relação contratual matrimonial e o Direito da Filiação. DIOGO LEITE CAMPOS, *Lições de Direito...*, *op. cit.*, p. 28. PEREIRA COELHO menciona um terceiro ramo – o Direito da Tutela, *op. cit.*, p. 35.

<sup>44</sup> A *summa divisio* da jurisdição consiste da separação entre Direito Público e Direito Privado, sendo a distinção tradicionalmente feita de acordo com a posição dos sujeitos quanto à lei. «As normas de direito privado seriam aquelas que regulam as relações em que as partes aparecem numa posição de igualdade ou paridade. Regulam, portanto, as relações entre os particulares, ou a relação entre os particulares e os entes públicos, quando estes não intervenham nelas revestidos de um poder de autoridade». JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, *ob. citada*, pp. 65 e 66. Para mais critérios de distinção entre Direito Privado e Direito Público, v. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, pp. 35 e ss.

dos cônjuges, a não discriminação dos filhos, o respeito e a proteção de todos membros da família. No seio da família, todos os seus membros atuam em condições de igualdade, nenhum deles atuando ao abrigo de *ius imperium*. Apesar do carácter eminentemente pessoal que caracteriza as relações familiares, a regulação, enquanto garante da soberania do Estado, é necessária, essencial à confiança e segurança jurídica das mesmas (e das Instituições), mas também à manutenção da paz social. Aí reside o fundamento e a força de todo o Direito.

Todavia, e aqui chegados, não nos poderemos esquecer, que a regulação das relações privadas dos sujeitos obedece, simultaneamente, a limites legais e constitucionais, nomeadamente quando contende com as liberdades e garantias dos cidadãos. No caso do artigo 1790.º, serão essenciais, *v.g.*, a liberdade de realização pessoal e a garantia da autonomia privada dos cônjuges. Estes direitos pessoais dos cônjuges terão sempre que ser respeitados, não devendo o Estado criar obstáculos – assim o impõe a Constituição da República Portuguesa <sup>45</sup>.

#### **IV. A conformação das relações privadas familiares <sup>46</sup>**

Nas relações privadas familiares, a realização pessoal dos indivíduos está em íntima ligação com a sua afetividade e liberdade. A conformação destas relações só pode ser realizada quando há autonomia privada, *i.e.*, quando os cidadãos dispõem de liberdade bastante para expressar a sua vontade. Essa vontade expressa-se, por sua vez, através da celebração de um negócio jurídico <sup>47-48</sup>. Excecionalmente os casos em que requisitos de certeza, segurança e publicidade <sup>49</sup> se impõem, cabe aos particulares, no exercício da sua autonomia negocial, decidir qual a forma sob a qual querem negociar ou, até, se o querem fazer. E o meio, por excelência, para a celebração de negócios jurídicos nas relações privadas é o

---

<sup>45</sup> É o que se retira das anotações ao artigo 67.º/1. Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 856 e 857 e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 1356 a 1372.

<sup>46</sup> A expressão pode ser considerada redundante face à exposição anterior. Atente-se, no entanto, que existem relações familiares com o Estado, por exemplo, no que concerne à tributação dos sujeitos particulares e que tendem com critérios familiares, como o número de filhos ou parentes dependentes – as referidas normas não civis. Pretende-se aqui vincar a interferência do Estado no domínio privado dos cidadãos, onde tal intervenção é desnecessária e, como tal, usa-se a expressão para restringir a dissertação apenas a esse domínio.

<sup>47</sup> O negócio jurídico é na definição de MOTA PINTO um ato jurídico constituído «por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes» - In *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p.379.

<sup>48</sup> Estamos perante uma conceção subjetiva da autonomia no negócio jurídico. Seguimos PEDRO de ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 9 e ss.

<sup>49</sup> Lembremo-nos, *v.g.*, do registo obrigatório da celebração do casamento, ou do registo da compra e venda de um automóvel ou de uma casa.

contrato. Este, sendo um negócio jurídico bilateral, inclui pelo menos duas declarações de vontade.

No Direito da Família também se celebram contratos. Para a análise do artigo 1790.º importam-nos sobretudo dois, o de casamento <sup>50</sup> e a convenção antenupcial. Interessam-nos por razões óbvias. O contrato de casamento, que dá origem à relação que se extingue com o divórcio - e que será alvo de um processo de partilha - e a convenção antenupcial, por se constituir como meio idóneo para escolher ou adaptar o regime de bens que vigorará no casamento e segundo o qual se fará, em princípio, a partilha.

### **1. O contrato de casamento**

O casamento <sup>51</sup> «é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida» (artigo 1577.º). Não é um mero contrato. A celebração de um casamento acarreta um leque de consequências, pessoais e patrimoniais, destinadas a assegurar o seu fim – a constituição de uma família. O casamento é, em virtude disso, uma Instituição. Uma pequena sociedade constituída por indivíduos que se entrelaçam e procuram o bem dos que nele se integram, sacrificando-se, não raras vezes, pessoalmente. A família é a instituição em que tradicionalmente se formam os indivíduos, onde aprendem valores e desenvolvem a sua personalidade. Todavia, não deixa de ter como fonte um contrato – um ato jurídico mediante o qual os nubentes constituem uma sociedade conjugal <sup>52</sup>.

Sendo o casamento a base da pirâmide social, é imperativo determinar se quem emite a declaração negocial tem (ou não) capacidade para o fazer, *i.e.*, se não há nenhum impedimento que obste à realização do matrimónio. Existem *impedimentos dirimentes* (artigos 1601.º e 1602.º) – que implicam a anulação do casamento – e, por outro lado, *impedimentos impeditivos* (artigo 1604.º) – que acarretam sanções menos gravosas. Os impedimentos estão ainda divididos nas categorias de *absolutos* e *relativos*, consoante obstem ao matrimónio com toda e qualquer pessoa ou, distintamente, apenas com pessoa determinada. Por fim, são distinguíveis impedimentos dispensáveis (artigo 1609.º) – pelo

---

<sup>50</sup> Só será abordado no sentido da autonomia da vontade dos cônjuges, uma vez que é essa perspetiva que interessa à presente exposição.

<sup>51</sup> O casamento é comumente abordado enquanto *instituição*, secundarizando-se o casamento enquanto *contrato* - figura tipicamente abordada nas relações jurídicas familiares quanto aos contratos de índole patrimonial celebrados entre os cônjuges.

<sup>52</sup> Na esteira de ANTUNES VARELA «a circunstância de o acto jurídico realizado pelos nubentes poder gerar uma *instituição* não impede, por conseguinte, que a fonte da instituição seja um contrato» - *Cfr. op. cit.* p. 190.

conservador do registo civil, quando motivos sérios o justifiquem – e indispensáveis <sup>53</sup>. Os nubentes são, por isso, sujeitos a um processo preliminar de casamento <sup>54</sup>, destinado a averiguar a sua capacidade para a constituição deste vínculo. O processo é público <sup>55</sup> para que, caso se conheça impedimento, o mesmo possa ser comunicado à Conservatória do Registo Civil e, culmina com a emissão de um certificado de capacidade matrimonial.

A autonomia da vontade ganha particular importância no momento da celebração. Estamos, aqui, no domínio do consentimento, da manifestação de vontade de celebrar o contrato. Sem tal manifestação, o casamento será inexistente. O erro na declaração poderá, por sua vez, ditar a sua anulação. O consentimento deve ser pessoal, livre, perfeito, puro e simples <sup>56</sup>.

O consentimento deve ser prestado pelos nubentes, pessoalmente e no momento da celebração <sup>57</sup>. É o que resulta da leitura conjugada dos artigos 1617.º e 1619.º. Deve ser prestado livremente, ou seja, a vontade do nubente não pode estar viciada por erro ou coação. É uma liberdade presumida. Uma vez celebrado o casamento, pretende-se assegurar a estabilidade do vínculo matrimonial e a sua anulação obedecerá aos requisitos dos artigos 1636.º e 1637.º. É, também, necessário que haja concordância entre a vontade e a declaração e, que ambas as vontades sejam convergentes, *i.e.*, que seja perfeito. Por último, o consentimento necessita de ser puro e simples, sem oposição de qualquer condição, termo ou oposição de qualquer facto (n.º 2 do artigo 1618.º).

Atentemos, finalmente, nos pressupostos formais <sup>58</sup> previstos no Código Civil. O casamento deve ser celebrado nos seis meses seguintes à emissão do certificado de capacidade matrimonial (artigo 1614.º, C.C., e n.º 1 do artigo 145.º, C.R.C.), sendo, de seguida, sujeito a registo <sup>59</sup>. O Estado não permite que o casamento, enquanto fundador da família e fonte de deveres e obrigações, seja celebrado sem o formalismo adequado, sob pena de invalidade nos termos dos artigos 1625.º e 1626.º quanto aos casamentos católicos, e 1627.º e ss., quanto aos casamentos civis.

---

<sup>53</sup> Para um estudo mais aprofundado dos impedimentos matrimoniais, *vide* PEREIRA COELHO, *op. cit.* pp. 247 e ss.

<sup>54</sup> Realizado nas Conservatórias do Registo Civil e regulado pelo artigo 1597.º e pelo Código de Registo Civil.

<sup>55</sup> Questionável será a eficiência do método publicitário adotado, sobretudo nos dias que correm.

<sup>56</sup> Seguimos a classificação do consentimento de PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 224 e ss., mas não a mesma ordem sistemática. Para um estudo mais aprofundado do consentimento remete-se para a obra citada – *Cfr. ult. op. cit.*

<sup>57</sup> Não curaremos do casamento por procuração, que constitui uma exceção a este princípio e está regulado no artigo 1620.º.

<sup>58</sup> Para os ritos de celebração os nubentes podem optar pela forma civil ou católica (artigo 1615.º).

<sup>59</sup> O registo é efetuado por inscrição no casamento civil e por transcrição no casamento católico.

A intenção de celebrar o contrato de casamento e o cumprimento do formalismo previsto são determinantes para a sua validade e decorrente produção de efeitos. Todavia, questionamos: se é a vontade livre e esclarecida dos cônjuges que produz o efeito constitutivo do negócio jurídico, porque é afinal necessário um oficiante da celebração? <sup>60</sup> Resulta do exposto que o casamento é (para a sociedade) não apenas um contrato, mas, também, uma instituição. Assim, a obrigatoriedade da presença de um terceiro, não interveniente na celebração do contrato e que reforça a importância do compromisso celebrado, constitui-se como aspeto formal evidenciador da solenidade do contrato de casamento <sup>61</sup>.

## 2. A convenção antenupcial

A convenção antenupcial <sup>62</sup> é um acordo destinado a regular os aspetos da vida em comum dos nubentes durante o matrimónio <sup>63</sup>, sendo um contrato acessório, tem uma condição legal de eficácia – a celebração do casamento <sup>64</sup>. Como tal, sem a sua celebração, a convenção antenupcial não produzirá efeitos (independentemente da sua validade) <sup>65</sup>.

O Estado regula os aspetos essenciais do casamento, apesar de este ser uma relação eminentemente pessoal, baseada na vivência conjunta de duas pessoas que partilham objetivos

---

<sup>60</sup> Alguns autores manifestam a sua discordância quanto à classificação do casamento civil como um contrato pela existência de um celebrante. Na realidade há várias doutrinas quanto à natureza jurídica do casamento. Uma corrente da doutrina considera que é a declaração do oficiante do registo civil que constitui o casamento. O ato constitutivo seria, não a aceitação mútua dos cônjuges, mas, isso sim, a declaração do Conservador. O casamento consubstanciaria, neste caso, um ato administrativo. Outros autores defendem que se trataria de um negócio plurilateral ou um ato complexo. Há ainda quem considere o casamento um simples acordo. Parece-nos que todas essas doutrinas são de rejeitar, não só pelo que já foi exposto quanto ao carácter negocial e contratual do casamento, mas porque é a solução jurídica mais condizente com a legislação nacional. Para uma breve explicação das teorias existentes e também da posição dos autores, *vide* PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 198 a 201 e EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 1999, pp. 129 a 140.

<sup>61</sup> Constitui uma evidência do enunciado o facto de os casamentos urgentes poderem ser celebrados sem a presença dos oficiantes. Estes serão meras «testemunhas qualificadas» *vide* PEDRO de ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 51 a 57.

<sup>62</sup> Regulada nos artigos 1698.º e ss.

<sup>63</sup> Por convenção antenupcial entende-se, habitualmente, o «acordo entre os nubentes, destinado a fixar o seu regime de bens». *Cfr.*, neste sentido, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito...*, *op. cit.*, p. 382. Cremos, no entanto, que tal definição não é suficientemente abrangente para incluir tudo o que pode ser regulado neste acordo. Mais completa é a definição de ANTUNES VARELA: «a convenção antenupcial é o acordo contratual em que, tendo em vista a celebração do futuro casamento, se regulam as relações de carácter patrimonial entre os cônjuges, podendo essa regulamentação abranger o regime de bens do casamento», que - no nosso entender - deveria incluir a palavra «tendencialmente» antes de «as relações de carácter patrimonial» passando dessa forma a considerar-se incluída a regulação das relações de carácter pessoal – *V.*, do autor, *Direito da Família, op. Cit.*, pp. 427 e 428.

<sup>64</sup> Se não for celebrado no prazo de um ano, a convenção caducará (artigo 1716.º). O mesmo acontecerá se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulável, salvaguardando-se os efeitos já produzidos se um ou ambos os cônjuges estiverem de boa-fé (artigo 1647.º).

<sup>65</sup> Sendo por si mesma um contrato autónomo, a convenção está sujeita a requisitos de validade. Não obstante, só produzirá efeitos com a celebração do casamento.

comuns, como já foi exposto. Sendo uma relação entre dois particulares tem que lhes ser dada margem de conformação da sua vida. Estamos perante relações privadas familiares, e cada casal terá objetivos e sonhos próprios; o que será ideal para uns, poderá não o ser para os restantes. Nesse sentido, o legislador permite aos nubentes, dentro de certos limites, conformar os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento <sup>66</sup>.

Habitualmente, a celebração do acordo antenupcial destina-se à escolha do regime de bens a vigorar no casamento, podendo, no entanto, versar sobre qualquer efeito do casamento – desde que não seja, claro está, proibido por lei <sup>67</sup>. Consagra-se, assim, o princípio da liberdade das convenções antenupciais, ao qual se deverá necessariamente cumular um outro – o princípio da imutabilidade. Debrucemo-nos, primeiramente, sobre o princípio da liberdade contratual <sup>68</sup>.

Se considerarem que o regime supletivo <sup>69</sup> não satisfaz os seus objetivos, os nubentes podem escolher (no acordo) outro regime de bens - previsto no nosso ordenamento jurídico ou num ordenamento externo (desde que o façam, quanto a este, indicando expressamente as suas normas e não por mera remissão) - ou, ainda, criar um novo regime <sup>70</sup>. Ambas as possibilidades são válidas, desde que conformes às especificidades legais. É uma liberdade muito ampla <sup>71</sup>, no que concerne aos efeitos patrimoniais do casamento. Tal deve-se, não só aos efeitos patrimoniais dos diferentes regimes de bens tipificados na nossa lei, mas também, à quantidade de normas que os esposos podem aditar a esses regimes de bens e, ainda porque podem escolher um regime de bens estranho ao nosso ordenamento.

Além do exposto, os nubentes poderão estipular efeitos pessoais, tais como a educação religiosa dos filhos, as escolas que estes irão frequentar ou a contribuição de cada um dos cônjuges para a realização de tarefas domésticas, *v.g.*. Este princípio de liberdade sofre, contudo, certas limitações, constando as principais no artigo 1699.º.

---

<sup>66</sup> A convenção antenupcial é apta a regular ambos, embora não seja dada muita relevância aos efeitos pessoais do casamento.

<sup>67</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que vocacionam a convenção antenupcial para a regulação da escolha do regime de bens do casamento, reconhecem que, apesar disso, poderão ser incluídas algumas cláusulas de conteúdo pessoal por não haver razão séria para o contrariar, *V. Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1992, pp. 357 e 363.

<sup>68</sup> Que já aparecia consagrado, de acordo com BRAGA DA CRUZ, nas Ordenações Manuelinas. *Vide Obras Esparsas*, Vol. III, Coimbra Editora, 1984p. 67.

<sup>69</sup> Se os nubentes nada declararem quanto ao regime de bens a vigorar no casamento, vigorará o regime da comunhão de adquiridos previsto nos artigos 1721.º e ss.. Falaremos dos regimes de bens *infra*.

<sup>70</sup> Já o afirmava BRAGA DA CRUZ: «não se vê, com efeito, porque deva a liberdade dos cônjuges mover-se dentro do restrito campo da escolha de um dos regimes-tipos, quando o reconhecimento dum mais ampla liberdade de estatuição não é contrariada por outros interesses superiores». *Obras...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>71</sup> «A forma como o princípio (da liberdade das convenções) se encontra explicitamente formulado no artigo 1698.º demonstra que a lei o acolheu em toda a sua plenitude», *Cfr. ANTUNES VARELA, op. cit.*, p.429.

Em primeiro lugar, surgem limites à regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro. Tal regulamentação só será permitida nos casos dos artigos 1700.º a 1707.º.

Em segundo lugar, proíbem-se as alterações dos direitos ou deveres, quer parentais, quer conjugais (previstos nos artigos 1672.º e ss.). A alínea b), do artigo 1699.º não distingue entre direitos e deveres de natureza pessoal ou patrimonial. Parece-nos claro, em face do já afirmado, e na esteira de BRAGA DA CRUZ quanto à interpretação do princípio da liberdade, que estão incluídas ambas as vertentes <sup>72</sup>.

Em terceiro lugar, veda-se a possibilidade de alterar as regras sobre a administração dos bens do casal (al. c)). A norma pretende evitar a desigualdade na administração dos bens do casal, prática comum antes da reforma de 1977, quando o Código previa restrições à mulher para administração dos bens comuns. O legislador pretendeu, também aqui, reafirmar o princípio da igualdade entre os cônjuges patente no artigo 1671.º <sup>73</sup>.

A quarta limitação ao conteúdo da convenção corresponde à estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º. Neste estão previstos os bens próprios de cada cônjuge, independentemente do regime de bens adotado. Aqueles que se incluam no artigo jamais poderão ser considerados comuns: é uma norma imperativa, destinada a proteger os bens com vínculo pessoal e que, como tal, não poderão deixar de se considerar bens próprios.

Segue-se uma limitação mais abrangente, a do n.º 2 do artigo 1699.º. Aqui, proíbe-se a estipulação do regime da comunhão geral e a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º para os nubentes que tenham filhos, ainda que maiores ou emancipados. Há uma clara intenção da Lei em proteger os interesses patrimoniais dos filhos do nubente (ou de ambos os nubentes), não só em caso de eventual divórcio, como também, morte do progenitor - caso em que certos bens, ao serem incluídos no património comum do casal, prejudicariam a legítima a que os filhos teriam direito <sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA apenas admitem a referência a direitos e deveres de carácter pessoal por ser prática tradicional e por nada haver a opor. Ver *supra*, nota 44.

<sup>73</sup> Esta igualdade pode ser deturpada e a limitação ultrapassada através da celebração de um contrato de mandato – artigo 1678.º/2/g), permitido entre os cônjuges. Parece uma solução adequada, uma vez que, o contrato de mandato é livremente revogável, podendo o cônjuge mandatário revogá-lo a todo o tempo e recuperar os seus poderes de administração.

<sup>74</sup> Caso fossem considerados bens comuns do casal (bens que seriam próprios em virtude do regime de bens adquiridos), aquando da partilha o outro cônjuge teria direito à meação dos bens e em caso de herança, para além da meação, ainda seria herdeiro em concorrência com os filhos do cônjuge.

Por fim, existem as limitações decorrentes de normas legais imperativas que não poderão ser derogadas, sob pena de nulidade nos termos do artigo 294.º. Exemplo destas é o artigo 1720.º. Este, ao considerar celebrados sob o regime da separação de bens todos os casamentos não precedidos de processo preliminar de publicações e, todos os casamentos celebrados por quem tenha mais de sessenta anos de idade, retira aos nubentes grande margem de liberdade. Restar-lhes-á, tão-só, acordar quanto à regulação de relações que não conflituem com o regime da separação.

Em conclusão, apesar da não tipificação do princípio da liberdade e ainda que não violem normas ou limites imperativos, as cláusulas estão sujeitas a uma apreciação da sua validade e conformidade com a ordem pública e os bons costumes.

Foquemos, agora, a análise no princípio da imutabilidade das convenções antenupciais. Se há “plena” liberdade na feitura da convenção, o mesmo não acontece após o casamento.

Poderíamos dizer que estes princípios não regem simultaneamente os acordos antenupciais, mas não será exatamente assim. Sistemáticamente, vejamos. O artigo 1714.º prevê que, uma vez celebrado o casamento, não é permitido alterar nem as convenções antenupciais, nem o regime de bens convencionado. Esta proibição abrange também o regime de bens supletivo, ou seja, ainda que não tenham manifestado vontade de escolher um regime de bens a vigorar no casamento e, em consequência, lhes seja aplicado o regime supletivo, não poderão alterá-lo depois de celebrado o casamento. É o princípio da imutabilidade em sentido amplo. *A contrario* se infere que, antes do casamento, os nubentes podem alterar, revogar e até fazer uma nova convenção. Essa possibilidade termina com o casamento, salvo determinadas exceções previstas no n.º 1, do artigo 1715.º (que veremos a propósito dos regimes de bens).

Apesar da grande amplitude do princípio da imutabilidade, é possível, com algumas restrições, alterar as massas patrimoniais dos cônjuges (*v.g.*, através de doações).

Podem, então, fazer doações para o casamento<sup>75</sup> ou entre si na vigência do mesmo. O regime dos dois tipos de doação é, no entanto, bastante distinto. As doações para o casamento, sendo obrigatoriamente feitas na convenção antenupcial, só são revogáveis por escritura pública, sujeita a registo no caso de se tratarem de bens imóveis<sup>76</sup>. Tal opção resulta do artigo 1758.º. Já as doações entre casados são livremente revogáveis (artigo 1765.º), pelo que os

---

<sup>75</sup> As doações para casamento podem ser feitas pelos cônjuges entre si, mas também por terceiro, em virtude do casamento a realizar (artigo 1754.º).

<sup>76</sup> ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, p. 1455.

cônjuges são livres de as fazer sempre que o entenderem. Estão, no entanto, sujeitas a duas restrições. A primeira é que só podem fazer doações os cônjuges que não estejam imperativamente casados no regime da separação de bens <sup>77</sup>; a segunda é que não podem ser feitas doações recíprocas (artigo 1763.º, n.º 2), *i.e.*, não podem os cônjuges doar um ao outro no mesmo ato <sup>78</sup>. As doações permanecem no património próprio do donatário, não se comunicando em caso algum. As doações entre casados não configuram uma verdadeira alteração à convenção antenupcial <sup>79</sup>, contrariamente à revogação das doações para casamento. Trata-se de uma exceção ao princípio da imutabilidade.

Sendo o casamento um negócio jurídico particular, por que razão será necessária uma rigidez tão grande quanto ao princípio da imutabilidade? Analisaremos os argumentos da Doutrina.

Tradicionalmente, existem três ordens de razões a favor da imutabilidade das convenções antenupciais. Em primeiro lugar, a sua natureza enquanto pactos de família - justificação que dificilmente se aceitará, uma vez que os celebrantes são os próprios nubentes. A segunda razão prende-se com a proteção do cônjuge mais fraco. Pretende-se evitar que, tendo um cônjuge adquirido ascendente sobre o outro, imponha ao segundo que lhe faça doações ou que lhe imponha uma alteração do regime de bens, prejudicando assim o seu património. Neste caso, já não seria aplicado o princípio da livre revogabilidade nem as regras gerais das doações. Somos sensíveis ao argumento, sobretudo por serem, ainda hoje, identificáveis inúmeras desigualdades entre cônjuges, especialmente nos meios mais pobres e com menos alfabetização. Todavia, caminhamos cada vez mais (e melhor) para a verdadeira igualdade entre cônjuges, pelo que o argumento deixará paulatinamente de ter razão de ser <sup>80</sup>.

A terceira contende com a proteção de terceiros que poderiam ser induzidos em erro com as sucessivas alterações patrimoniais dos cônjuges. Também esta razão não nos recolhe absoluta concordância. As convenções só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registadas e as alterações que se lhes venham a fazer também (artigos 1711.º, n.º1 e 1712.º, n.º

---

<sup>77</sup> São imperativamente celebrados sob o regime da separação de bens, os casamentos urgentes e os celebrados por quem tenha mais de sessenta anos de idade. Poderão no entanto fazer doações os nubentes (artigos 1720.º e 1762.º).

<sup>78</sup> Pretende o legislador evitar que, recebendo uma doação um cônjuge se sinta “obrigado” a doar ao outro, quer por ascendente do cônjuge doador sobre o donatário, quer por retribuição. As doações são sempre livres e gratuitas, feitas à custa do património próprio do doador, pelo que consubstanciaria um afastamento ao espírito da liberalidade (artigos 940.º, n.º1 e 1764.º, n.º1).

<sup>79</sup> Constituem, isso sim, verdadeiras alterações ao regime de bens a vigorar no casamento.

<sup>80</sup> No sentido de que esta dificuldade poderia ser ultrapassada com uma ação de nulidade ou anulabilidade, M. RITA ARANHA DA GAMA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 182 e 183.

2). Não será o registo publicidade suficiente para os terceiros que queiram contratar com os cônjuges? Se é meio suficiente e idóneo antes do casamento porque o deixará de ser depois de celebrado?

Cremos – a par da maioria dos autores nacionais e estrangeiros <sup>81</sup>, em boa verdade, que um princípio da imutabilidade mais flexível ou um princípio de liberdade mais restrito seriam uma solução mais adequada aos tempos que correm, onde se valoriza cada vez mais a autonomia privada dos cônjuges e as suas expectativas. Só assim se iria de encontro aos princípios enunciados pela Comissão Europeia do Direito da Família (CEFL).

Analisemos, além disto, os requisitos formais para a celebração de uma convenção antenupcial.

No que concerne ao consentimento e capacidade de celebração, os nubentes estão sujeitos aos mesmos requisitos da celebração do casamento. A solução é fácil de compreender. A eficácia da convenção depende da celebração do casamento, logo, só quem pode casar poderá celebrar convenção antenupcial.

A validade das convenções depende ainda da sua celebração por escritura pública ou por declaração perante o funcionário do registo civil <sup>82</sup>, devendo ser registadas sob cominação da não produção de efeitos em relação a terceiros, nos termos dos artigos 1710.º e 1711.º CC e artigo 190.º e 191.º CRC.

Concluimos, no seguimento do que foi dito, que a celebração de uma convenção antenupcial não é um ato leviano. Os cônjuges têm que pensar seriamente na solução que melhor se adequa ao seu caso, especialmente nas situações em que não se limitam a escolher um regime de bens tipificado mas criam um *ex-novo* ou aditam normas a um regime base. A inclusão de cláusulas de carácter não patrimonial também obriga a uma reflexão sobre os objetivos da futura “sociedade conjugal”. Por último, as convenções antenupciais são celebradas perante escritura pública para que possam produzir efeitos quanto a terceiros. Cremos, neste sentido, que só os cônjuges seguros do que esperam ao celebrar o contrato de casamento celebram uma convenção antenupcial <sup>83</sup>, até porque, sabem que após o casamento estarão sujeitos ao princípio da imutabilidade. Uma vez que as convenções versam maioritariamente sobre os regimes de bens, vê-los-emos de seguida, procurando clarificar certas limitações inerentes à feitura convenções antenupciais.

---

<sup>81</sup> Para uma síntese das opiniões da doutrina nacional e estrangeira, *vide* PEREIRA COELHO, *op. cit.*, pp. 495 a 500.

<sup>82</sup> A possibilidade de celebrar convenção por auto na conservatória é relativamente recente. Foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 131/95 de 6 de Junho.

<sup>83</sup> Conclusões que nos parecem justificadas pelo número diminuto de nubentes que celebram estes acordos.

### 3. Os regimes de bens

O regime de bens do casamento constitui-se como «o conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal»<sup>84</sup>, delimitando as massas patrimoniais de cada um dos cônjuges e o património comum do casal. Para tal, à data da celebração do casamento, deverá existir um conjunto de normas que regule o estatuto patrimonial dos cônjuges.

Aos nubentes é permitido escolher o regime que entendam acautelar melhor os seus ensejos patrimoniais. Essa escolha é feita na convenção antenupcial que, como vimos, está abrangida por um princípio amplo de liberdade de conteúdo. Tal liberdade estende-se à escolha do regime de bens (artigo 1717.º), *i.e.*, os nubentes podem (simplesmente) optar por qualquer um dos regimes-tipo previstos - regime da comunhão de adquiridos, comunhão geral de bens ou separação de bens - aditar normas a esses regimes, combinar os regimes-tipo ou, ainda, criar um regime novo, respeitando os limites previstos nos artigos 1718.º e 1699.º, n.º 2, e a imposição do artigo 1720.º.

A limitação do artigo 1718.º funda-se em quesitos de certeza e segurança jurídicas. Não é permitida a escolha do regime de bens por mera remissão para uma lei estrangeira ou para usos e costumes locais, pois tal acarretaria grandes dificuldades para terceiros que pretendessem vir a negociar com um ou ambos os cônjuges – não conhecendo os regimes em causa, não poderiam destrinçar o património comum ou próprio (o que em abstrato diminuiria as garantias patrimoniais de terceiros-contraentes). Mais dificuldades existiriam se, aos efeitos patrimoniais do casamento, fosse possível aplicar um preceito já revogado, pelo que essa possibilidade também está vedada aos nubentes.

O n.º 2, do artigo 1699.º impede que os nubentes com filhos, ainda que maiores ou emancipados, convençam o regime da comunhão geral de bens, obstando, também, à estipulação da comunicabilidade dos bens considerados próprios pelo n.º 1, do artigo 1722.º<sup>85</sup>.

Seria ainda difícil admitir plena liberdade de conformação dos regimes de bens aos cônjuges que casaram sem a realização do processo preliminar de publicações (pelas razões

---

<sup>84</sup> PEREIRA COELHO e GUILHERME de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 475. Os autores seguem o entendimento de que o regime de bens regula as relações patrimoniais entre os cônjuges. Neste sentido, também, ADRIANO MIGUEL RAMOS PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 57 e 58 e RITA LOBO XAVIER, *Limites à...*, *op. cit.*, p. 15; por oposição à doutrina que entende que o regime de bens regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e terceiros, *cfr.* DIOGO LEITE CAMPOS, *Lições de Direito...*, *op. cit.*, p. 381

<sup>85</sup> Para a justificação de tal proibição, *vide infra*, nota 74.

expostas *supra*). Quanto aos nubentes que casem com mais de sessenta anos de idade <sup>86</sup>, a limitação é perceptível sob o ponto de vista económico, mas já não sob o ponto de vista da liberdade individual. Ainda mais atentando à atual conceção do divórcio - fenómeno “universalizado” nas múltiplas faixas etárias -, ao número de famílias “reconstruídas” e ao aumento da esperança média de vida. No obstante, são estes os dois casos de regime imperativo da separação de bens consagrados no artigo 1720.º; falamos, aqui, de casos de imperatividade absoluta, a maior limitação ao princípio da liberdade dos regimes de bens <sup>87</sup>.

Fora do âmbito de aplicação destas normas, os únicos casos de “limitação” a apontar à liberdade de escolha respeitam aos regimes da caducidade, invalidade ou inexistência da convenção antenupcial. Caso em que, tal como quando os cônjuges optam por não celebrar o dito acordo <sup>88</sup>, será supletivamente aplicado o regime da comunhão de adquiridos (artigo 1717.º).

Todavia, impera também sobre o regime de bens o princípio da imutabilidade, fundado habitualmente em três razões distintas, as mesmas já abordadas a propósito do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, remetemo-nos, por isso, para o proferido.

A doutrina insurge-se cada vez mais a favor da eliminação do princípio da imutabilidade dos regimes de bens e, por conseguinte, das convenções antenupciais. O primeiro fundamento apontado resulta da manutenção da autonomia privada depois do casamento. Ao longo da vida comum podem surgir alterações nas expectativas ou no modo de vida do casal segundo as quais fosse benéfica uma alteração. Neste campo não há razões únicas que fundamentem a alteração, cada caso é único <sup>89</sup>. Acresce que a sociedade está em constante evolução e os cônjuges precisam de adequar o seu património às opções que lhes vão surgindo, quer pessoais quer laborais <sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> PEREIRA COELHO questiona se este preceito não atenta contra o princípio da igualdade e contra o princípio do livre desenvolvimento da personalidade (na sua vertente de autonomia individual), previstos, respetivamente, nos artigos 13.º e 26.º, CRP - *Vide op. cit.* pp. 477 e 478.

<sup>87</sup> É uma imposição muito restritiva, uma vez que os cônjuges abrangidos pelo regime de bens imperativo não podem fazer entre si doações, não podendo modificar o seu estatuto patrimonial de forma indireta após o casamento.

<sup>88</sup> A manifestação da autonomia privada quanto aos efeitos patrimoniais do casamento tem, face a isto duas vertentes. Na primeira, os nubentes escolhem dispor de forma diferente da tipificada na lei por não se sentirem satisfeitos com essa regulação. Na segunda, sentindo que o regime supletivo é o que mais se adequa aos seus objetivos, escolhem-no, ao não convencionar de forma diferente. Nesse sentido, RITA LOBO XAVIER, *Limites à...*, *op. cit.*, p. 561.

<sup>89</sup> Podem existir casais que queiram aumentar a proteção do cônjuge sobrevivente, quer pelo avançar da idade quer pelo facto de um dos cônjuges ter uma profissão de elevado risco para a saúde, pode ser um cônjuge que quer fazer um investimento sem prejudicar o património comum e, como tal, quer estabelecer em regime em que a comunhão seja inferior à vigente. São vários os exemplos possíveis pelo que não é possível enumerá-los todos.

<sup>90</sup> «A evolução do direito português nas últimas dezenas de anos, por seu turno, vai no sentido de diminuir quanto possível o alcance do princípio da imutabilidade, e até de o eliminar. A tendência para o reconhecimento

Tal como se viu, uma vez celebrado o casamento não poderá ser alterada a convenção antenupcial, inviabilizando a alteração do regime de bens. Tal afirmação comporta, mesmo assim, exceções: os cônjuges poderão alterar o regime de bens quanto às disposições por morte, reguladas de acordo com o artigo 1700.º (nos termos da al. a), do n.º 1, do artigo 1715.º, nos casos de simples separação judicial de bens ou separação de pessoas e bens (al. b) e c)), e, ainda, nos demais casos previstos na lei, de separação de bens na vigência do casamento (al. d). À semelhança da escolha do regime de bens, também estas alterações estão sujeitas a registo.

A comunhão de adquiridos é, com o Código Civil de 1966, o “regime regra” no nosso ordenamento <sup>91</sup>. É-o, desde logo, porque a maioria dos nubentes não celebra convenção antenupcial <sup>92</sup> ou, quando celebra e opta pelo regime da comunhão de adquiridos, fá-lo para escolher um regime misto <sup>93</sup> que o tenha por base. Nos casamentos celebrados ao abrigo deste regime de bens, serão comuns todos os bens adquiridos onerosamente na constância do matrimónio, conservando a qualidade de bens próprios os que advierem gratuitamente e os que os nubentes tinham à data da celebração <sup>94</sup>.

Há uma ideia de que o património comum se começa a construir com a celebração do casamento. Isso mesmo resulta do artigo 1724.º, que faz constar da comunhão não só os bens adquiridos onerosamente que não estejam excecionados por lei, como o produto do trabalho dos cônjuges. Na comunhão conjugal, ambos participam de forma igualitária, ou seja, cada cônjuge participa pela metade no ativo e no passivo (art. 1730.º) <sup>95</sup>. É aqui que surgem algumas dúvidas quanto à natureza jurídica dos bens comuns. Seguimos, aqui, PEREIRA

---

de uma capacidade negocial plena e igualitária dos cônjuges aponta para a eliminação das restrições que lhes impeçam a direcção conjunta da comunhão de vida e o livre desenvolvimento das suas esferas pessoais (...)), vide PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 498.

<sup>91</sup> O que acontece desde 1 de Junho de 1967, nos termos do art. 15.º da Lei Preambular do Código.

<sup>92</sup> O que consagra uma aceitação do regime supletivo como sendo o que melhor salvaguarda as expectativas dos futuros cônjuges.

<sup>93</sup> Podem os nubentes querer que os bens adquiridos da constância do matrimónio por virtude de direito próprio anterior sejam integrados na comunhão, v. g., mantendo-se os restantes efeitos patrimoniais como determinado no regime tipo.

<sup>94</sup> Não se fará uma análise precisa dos bens que integram as massas patrimoniais por não se afigurar absolutamente essencial a este estudo. Remete-se, quanto a isto, para a obra de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 506 a 508.

<sup>95</sup> A participação entende-se como metade do valor total - seria impraticável considerar o valor de metade de cada bem considerado individualmente. Embora o legislador tenha considerado esta divisão do património comum como ideal, as diferentes contribuições dos cônjuges ao longo do matrimónio para a construção da comunhão conjugal podem causar distribuições desiguais em caso de partilha. Independentemente de saber se a regra da metade poderá ser (ou não) derogada em convenção antenupcial - mas adiantando, desde já, que nos parece que não -, acompanhámos as preocupações de ADRIANO M. RAMOS PAIVA, quanto à inadequação da imperatividade da regra da metade na obtenção de uma partilha materialmente justa. *Cfr. op. cit.*, pp. 314 a 328; em especial, pp.323 e ss. Os mecanismos de compensação implementados tendem a corrigir essas desigualdades

COELHO. No seu entender «os bens comuns constituem uma massa patrimonial a que, em vista da sua especial afectação, a lei concede certo grau de autonomia, e que pertence aos dois cônjuges, mas em bloco, podendo dizer-se que os cônjuges são, os dois, titulares de um único direito»<sup>96</sup>. Parece-nos ser esta a interpretação que melhor se adequa ao espírito do regime tipificado.

Em suma, este é o regime de bens que baseia a divisão do património no esforço comum do casal, com a colaboração recíproca de ambos, a partir do momento em que iniciam a sua vida comum.

Por seu lado, e distintamente, o regime da comunhão geral assenta no pressuposto da comunhão plena de vida comum. Assim, prevê o artigo 1732.º que integram o património comum «todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excetuados por lei». Não se contende, por isso, este regime com cautelas relativas ao enriquecimento patrimonial dos cônjuges em virtude do matrimónio realizado (ou, mais concretamente, com a sua dissolução e respetiva partilha).

Contudo, nem todos os bens integram a comunhão. A lei prevê um conjunto de bens incomunicáveis no artigo 1733.º, salvaguardando como bens próprios os bens que advierem ao património do seu titular por motivos eminentemente pessoais.

A comunhão geral de bens foi o regime supletivo a vigorar em Portugal até ao dia 31 de Maio de 1967<sup>97</sup>. Daí em diante, só disciplina os casamentos para os quais haja sido convencionado (ou nos casos em que foi lavrada a escolha em auto perante o oficiante do registo civil) - o que significa que o seu âmbito de vigência é bastante inferior ao da comunhão de adquiridos.

Importa, ainda, lembrar que, procurando dar força ao sentido de que a comunhão geral é o regime que consagra a plena comunhão de vida (e património) do casal, o artigo 1719.º prevê no seu n.º 1 que, independentemente do regime de bens adotado, «é permitido aos esposados convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges, quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime da comunhão geral».

A separação de bens é, por fim, o regime que previne o enriquecimento patrimonial dos cônjuges, uma vez que em sua decorrência só existem patrimónios próprios de cada um dos cônjuges. O que for de ambos, sê-lo-á em regime de compropriedade (sendo cada esposo

---

<sup>96</sup> *V. op. cit.*, pp. 510 a 527. Não se isentando o autor de dúvidas quanto à «comunhão sem quotas».

<sup>97</sup> Lei Preambular do Código Civil, artigo 15.º.

titular da respetiva cota). Esta separação é total, incluindo na administração e disposição dos bens próprios de cada um <sup>98</sup>. Por ser claro, restringindo eventuais benefícios económicos, encontramos aqui o regime imperativo vigente quanto aos casamentos em que o legislador tenha dúvidas relativamente às verdadeiras intenções dos cônjuges.

Aqui chegados, importará ainda referir que, quanto à possibilidade de “construção” de um regime de bens *ex novo*, o seu enquadramento é facilmente delineado tendo por base o “horizonte” do princípio da liberdade nos regimes de bens. Pela economia da própria exposição, remetemo-nos para tal ponto, já explanado.

#### **4. O artigo 1790.º à luz do princípio da imutabilidade dos regimes de bens e da partilha segundo regimes não convencionados.**

Tivemos já oportunidade de referir algumas das manifestações da autonomia privada no Direito da Família. Vimos, igualmente, que essas manifestações se vêm baseando na liberdade dos cônjuges, modelada, por sua vez, num duplo eixo. Por um lado, está em causa a igualdade de ambos perante o matrimónio, e, por outro, o evidente enquadramento normativo à concretização do próprio princípio – limitando a dita liberdade.

Abordamos, também, o princípio da imutabilidade, que abrange as convenções antenupciais e os regimes de bens, salientando que a sua presença no nosso ordenamento se fundamenta em três alicerces distintos: na sua natureza enquanto pactos de família, no receio do ascendente de um cônjuge sobre o outro e na proteção de terceiros. Neste patamar, e apesar de reconhecermos que a proteção de terceiros se evidencia como fundamento mais razoável para a manutenção da imutabilidade, negamos a justificação tradicional para os fundamentos apontados, considerando que essa proteção se poderia promover de forma alternativa.

Face à análise do princípio da imutabilidade que temos vindo a desenvolver, releva abordarmos a sua concordância do artigo 1790.º. Cabe ver que a norma não constitui uma verdadeira alteração ao regime de bens, mas, era claramente essa a intenção do Projecto de Lei 509/X. Neste, lê-se que «a partilha far-se-á como se os cônjuges tivessem estado casados em comunhão de adquiridos» <sup>99</sup>. Não foi essa intenção que, efetivamente, ficou vertida no artigo 1790.º. À luz da redação atual, que constitui apenas uma generalização de uma norma anterior que prosseguia um objetivo diferente, o artigo implica uma ponderação do património existente no final do casamento à luz de dois regimes de bens distintos: o convencionado e o

---

<sup>98</sup> Existirão sempre “alguns constrangimentos” resultantes da vida em comum, mas há uma clara distinção do que é próprio de cada um dos esposos.

<sup>99</sup> Exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X (...), ponto II.4.

regime da comunhão de adquiridos. Tal acontecerá sempre que os cônjuges tenham convencionado um regime de bens com comunhão patrimonial mais forte do que a comunhão de adquiridos. Haverá, portanto, uma dupla ponderação; duplicação dos procedimentos para separar os bens próprios dos comuns e extrair a metade que caberá a cada um dos cônjuges.

Podemos questionar a utilidade desta abordagem uma vez que, como vimos o princípio da imutabilidade apenas vigora enquanto durar o casamento. Porém, desse princípio decorre um outro, a nosso ver, é o de que a partilha será feita segundo o regime de bens que vigorou no casamento. A este princípio só admite o legislador uma exceção, que é a que consta do n.º1 do artigo 1719.º. Ora, esta exceção só é admitida tendo em conta o fim do casamento. Se o legislador, tendo em conta a frustração do casamento por divórcio, entende que a partilha pelo regime convencionado poderá não ser a mais justa, por permitir que este seja «um meio de adquirir bens»<sup>100</sup>, poderia ter estipulado previsão semelhante à do artigo 1719.º, n.º1 mas em sentido oposto, referindo-se não à partilha por morte, mas à partilha por divórcio, e, revogando, consequentemente, o artigo 1790.º, por se referir a uma sanção que não faz sentido à luz do novo regime jurídico do divórcio. Poderia, eventualmente, consagrar norma transitória que permitisse aos cônjuges casados sob regime de comunhão mais intensa do que a comunhão de adquiridos, optar por introduzir essa alteração à sua convenção.

Já tivemos oportunidade de analisar os fundamentos favoráveis ao princípio da imutabilidade – a sua natureza de pactos de família, a possível ascendência de um cônjuge sobre o outro e a proteção de terceiros. Atendendo às razões anteriormente invocados contra a manutenção desse princípio, oferece-nos dizer que atendendo à sua natureza de pactos de família, alterar o montante a receber por vontade unilateral do legislador afigura-se-nos uma intromissão abusiva na esfera particular, além de uma clara antinomia - um paradoxo entre a maior autonomia privada e o menor reconhecimento dos efeitos patrimoniais resultantes dessa autonomia.

É, além disso, uma solução confusa. A letra da lei não configura uma alteração ao regime de bens no momento da partilha, mas em termos de valor final da meação, é isso que dela decorre (: uma alteração dissimulada<sup>101</sup>). É dada uma liberdade aos cônjuges que não é,

---

<sup>100</sup> Exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X (...), ponto II.4.

<sup>101</sup> RITA LOBO XAVIER in «Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Porto, Coimbra Editora, 2012, pp. 534, conclui que «A atual norma aplica-se sempre, independentemente do resultado concreto, porque o seu objetivo é o de impedir que o casamento dissolvido por divórcio “seja um meio de adquirir”». A jurisprudência não vertida neste trabalho, e que só à margem da questão principal abordou a alteração do artigo 1790.º parece também ir nesse sentido. Vide Ac. do TRP de 26/05/2015, Processo n.º

a final, respeitada <sup>102</sup>, criando uma verdadeira deslealdade para com aqueles que tenham casado antes da publicação da lei e que não precaveram pela correta identificação dos patrimónios <sup>103</sup>, por confiarem, desde logo, que a divisão patrimonial seria realizada à luz do regime convencionado. Tal, transformar-se-á numa verdadeira injustiça para um cônjuge e correspondente benefício para o outro, caso um deles não consiga fazer prova da proveniência dos mesmos.

## 5. Autonomia Privada e limites à autonomia dos cônjuges

A autonomia privada é o princípio que rege todo o Direito Civil, e, como tal, o Direito da Família. A sua concretização assenta na autonomia da vontade – a *voluntas* para celebrar negócios jurídicos e, também, para os conformar. Vimos que é grande a autonomia concedida aos nubentes para conformarem as suas relações, mormente, através da convenção antenupcial <sup>104</sup>, na qual podem ser regulados aspetos pessoais e patrimoniais. Subjaz a este acordo pré-nupcial um princípio de liberdade, estendido à conformação dos regimes de bens e dos demais efeitos patrimoniais decorrentes da propriedade (como a administração e disposição dos bens). A regulamentação feita pelos nubentes orientará a vida conjugal e a distribuição do património, aquando da partilha <sup>105</sup> dos bens amealhados na sua constância. Poder-se-á dizer que é maior a liberdade de conformação patrimonial que a pessoal, uma vez que esta está sujeita ao respeito pelos deveres conjugais e não poderá desviar-se do seu cumprimento. No entanto, os cônjuges podem, em condições de igualdade, dispor da forma de cumprimento e ainda das orientações da vida conjugal <sup>106</sup>.

---

5199/12.0TBMAL.P1 e Ac. do TRC de 16/04/2013, Processo n.º 1453/03.0TBFND-C.C1, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>102</sup> Só será respeitada quando a dissolução do casamento se faça por morte de um dos cônjuges, caso em que será feita a divisão das massas patrimoniais de acordo com o regime de bens convencionado para o casamento.

<sup>103</sup> Já antes referimos que quanto maior a duração do casamento, maior a mistura de patrimónios, com o acréscimo de que quanto mais forte for a comunhão, mais os cônjuges confiam na titularidade coletiva de todos os bens e menos precavêm pela manutenção de alguns bens como bens próprios, independentemente de ser admitida pela maioria da doutrina e jurisprudência a prova por todos os meios entre os cônjuges.

<sup>104</sup> Abordamos, quanto ao carácter negocial, o casamento e a convenção antenupcial por serem as duas figuras contratuais que contendem com o objetivo deste estudo; no entanto, o espectro de figuras negociais entre os cônjuges é mais abrangente. Dedicaram-se a esse estudo PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.* e RITA LOBO XAVIER, Limites à..., nas obras citadas.

<sup>105</sup> Não obstante havermos defendido a inclusão de efeitos pessoais na convenção antenupcial, estes não se nos afiguraram relevantes para a divisão patrimonial a operar com o fim do casamento, não deixando de constituir uma demonstração da autonomia privada dos nubentes.

<sup>106</sup> Mormente, a escolha ou não de uma religião para a educação dos filhos, se estes vão frequentar escolas públicas ou privadas, se um dos cônjuges se deve obrigar ou não ao cumprimento das formalidades da religião do outro, v.g..

Verdadeiramente importante é a valorização da regulamentação (desde que de acordo com os limites legais) resultante das situações em que os cônjuges se dedicaram a conformar as suas relações – pessoais e patrimoniais. O legislador regula os fins, deixando a concretização aos cônjuges, a quem admite uma ampla margem de liberdade. Se assim é, tal manifestação de vontade deverá ser valorada; não poderá ignorar-se a liberdade concedida, exceto quando tal se mostre imperativo para a concretização dos fins a que vinculou o casamento.

Não obstante, reconhecemos que o princípio da liberdade tem que obedecer a restrições, contando que sejam essenciais ao tráfego jurídico. Uma vez que nas relações privadas familiares, apesar do seu vínculo institucional, os seus efeitos se manifestam grandemente no seio doméstico, é nossa opinião que as restrições impostas - nomeadamente através do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens - carecem, hoje e à luz da atual conceção do casamento, de justificação.

Não entendemos, finalmente, a coerência entre o mencionado princípio da imutabilidade e a “mutabilidade” prevista no artigo 1790.º. Por não encontrarmos fundamento para esta norma (com a abolição das causas subjetivas que fundamentam o divórcio), nem lhe reconhecemos harmonia com a crescente autonomia privada no direito da família, iremos (de seguida) tentar discernir se se justifica a sua manutenção ao abrigo do regime matrimonial primário ou do estatuto de norma imperativa, embora consideremos que a existir norma semelhante, a sua aplicação devesse estar sujeita à opção dos cônjuges de forma similar à do artigo 1719.º.

## **V. As normas imperativas no Direito da Família e o Regime Matrimonial Primário**<sup>107</sup>

São normas imperativas em Direito da Família todas aquelas que os cônjuges não possam derrogar no acordo ou convenção, podendo - como sabemos - ser qualificadas como pessoais ou patrimoniais.

---

<sup>107</sup> Poderíamos ter optado por abordar o regime matrimonial primário no capítulo anterior, a propósito dos regimes de bens. Não obstante, a abordagem neste capítulo será feita na perspetiva da imperatividade das normas que o compõem, ao invés do capítulo anterior em que o fio condutor assentou na autonomia privada. Atendendo a que esta matéria não abunda na doutrina seguiremos a exposição de HELENA MOTA in *Os efeitos patrimoniais do casamento em Direito Internacional Privado – em especial, o Regime Matrimonial Primário*, Porto, Coimbra Editora, 2012, pp. 60 a 72.

O regime matrimonial primário <sup>108</sup> será <sup>109</sup>, por seu turno, composto pelas disposições que regulam os efeitos patrimoniais gerais do casamento, independentemente do regime de bens adotado <sup>110</sup>. São-lhe habitualmente apontadas duas características distintivas: a generalidade e a imperatividade. Deste modo, seriam pertencentes ao estatuto imperativo de base as normas que pudessem ser aplicadas a todos os casamentos e que não pudessem ser derogadas pelos nubentes. Afirmamo-lo, contudo, sabendo que a definição não é estanque - saber que normas estão dotadas das particularidades *supra* mencionadas é uma análise que varia consoante os diversos autores. Vejamos: se é certo dizer que a doutrina portuguesa incluí neste regime a administração dos bens dos cônjuges e os poderes destes sobre os bens próprios e comuns, verificamos que, *v.g.*, RITA LOBO XAVIER incluí (ainda) os direitos e deveres patrimoniais dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas <sup>111</sup> e <sup>112</sup>. Por seu turno, HELENA MOTA admite que estarão incluídas - para além da administração de bens e das dívidas conjugais - as normas sobre ilegitimidades conjugais e a regra sobre a prescrição entre cônjuges (enumerando aquelas que, no seu entender, pertenceriam à sua delimitação do conceito) <sup>113</sup>. Já PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA fazem constar a «partilha do casal» <sup>114</sup> das relações patrimoniais gerais.

---

<sup>108</sup> Conceito doutrinário baseado no *régime primaire* tradicionalmente adotado pela doutrina francesa. ANDRÉ COLOMER opõe-se, contudo, a esta terminologia, entendendo ser mais adequada a denominação *statut impératif de base*. Vide *Droit Civil – Régimes Matrimoniaux*, Paris, Litec, 11ª edição, 2002, pp. 37 a 39. RITA LOBO XAVIER adota também esta terminologia in *Limites à autonomia...*, *op. cit.*, pp. 17 e 18. Adotaremos indiscriminadamente as duas terminologias.

<sup>109</sup> «Será» porque a sua existência enquanto regime autónomo dos demais regimes de bens nem sequer é mencionada por EDUARDO DOS SANTOS, *Direito da Família, op. cit.*, pp. 291 e ss.

<sup>110</sup> Nem sempre se reconheceu um núcleo de normas vigentes para todos os regimes de bens. Para uma breve resenha histórica do regime matrimonial primário, *v.* RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia...*, *op. cit.*, pp.104 e 105.

<sup>111</sup> Vide *Limites à autonomia...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>112</sup> A respeito da inclusão da responsabilidade por dívidas, PAMPLONA CORTE-REAL apenas menciona o «regime da responsabilidade pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges, face à índole da própria dívida, e aos bens que por ela devam responder» - in *Direito da Família e das Sucessões (Relatório)*, Lisboa, Lex, 1995, p. 85

<sup>113</sup> A autora elaborou um estudo sobre o regime matrimonial primário, partindo de um conceito generalista, baseado no tipo de relações a que se aplica este regime. Seriam estas «todas as relações estabelecidas e desenvolvidas entre os cônjuges ou entre eles e terceiros que apresentem uma natureza patrimonial ou contenham, *grosso modo*, elementos de patrimonialidade». Analisando as características imanentes ao mesmo, conclui por uma delimitação não autónoma do mesmo, ao invés do que vem sendo habitual. Propõe, assim, que a delimitação do conceito se faça secundariamente e em função das regras que integram os regimes de bens. «Já no regime matrimonial primário, este sim de carácter residual, caberiam todas as outras normas de direito matrimonial com feição patrimonial e as que se destinem, a título principal, a regular as relações patrimoniais entre os cônjuges, dotadas sempre de generalidade e imperatividade, não dependendo nem directa nem indirectamente da prévia definição do regime de bens concretamente aplicável» Ressalvamos porém que esta delimitação é feita em função das Regras de Conflitos em Direito Internacional Privado - *Cfr. Os efeitos patrimoniais...*, pp. 60 a 72, em especial 66 e 67.

<sup>114</sup> Vide *op. cit.*, p. 338.

O Código Civil português não prevê na sua divisão sistemática a existência de um regime matrimonial primário <sup>115</sup>. Aliás, *grosso modo*, a complexidade de conformação deste regime deve-se a esse mesmo facto. Existe, em alternativa, um conjunto normativo relativamente esparso, que regula todos os efeitos patrimoniais gerais.

O conceito de normas imperativas é mais facilmente delimitável do que o de regime matrimonial primário e a sua aceitação é, por sua vez, isenta de oposição. Poderíamos ser tentados a concluir que as normas imperativas em Direito da Família estão abrangidas pelo estatuto imperativo que serve de base a todas as relações patrimoniais gerais. Não é, todavia, assim. Os conceitos têm como similitude a imperatividade, mas faltará às normas imperativas uma característica – a generalidade. A indução inversa (de que o regime matrimonial primário se enquadra nas normas imperativas) não estará, também, inteiramente correta, pelo mesmo motivo. Ademais, as regras imperativas poderão ter consequências pessoais, contrariamente ao regime imperativo de base que só dispõe sobre efeitos patrimoniais.

Com o intuito de facilitar a compreensão desta destriça, relembremos o n.º 2, do artigo 1699.º ou o artigo 1720.º. Ambos os preceitos dispõem imperativamente; ambos o fazem com consequências para os regimes de bens, mas circunscrevendo os seus efeitos àqueles concretos regimes. Falta-lhes a generalidade, sendo por isso, tão-somente, normas imperativas. Vejamos agora o n.º 1, do artigo 1690.º: «qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro». Ora, a regra aqui vertida não é suscetível de alteração pelos nubentes e é aplicável a todos os casamentos, implicando consequências patrimoniais para todos eles <sup>116</sup>.

A importância da destriça relativamente à norma vertida no artigo 1790.º prende-se com a questão de saber se este está imbuído de generalidade, caso em que se aplicaria a todas as partilhas ou só a um grupo restrito.

### **1. A *ratio legis* das normas imperativas e do regime matrimonial primário**

---

<sup>115</sup> O anteprojeto de PIRES DE LIMA do Código Civil de 1966 teve por objetivo diferenciar os efeitos *gerais* do casamento dos *especiais* – atinentes ao concreto regime de bens. No entanto, tal separação não se veio a concretizar. Assim nos explica BRAGA DA CRUZ: «O Prof. Pires de Lima (...) propôs uma sistematização de matérias que nos parece ser, sem dúvida nenhuma, mais aceitável: seriam abordados primeiro, num título autónomo, todos os problemas de carácter geral, designadamente, o da administração dos bens do casal, o da alienação de bens por cada um dos cônjuges, com ou sem outorga do outro, o das dívidas comuns do casal e dívidas próprias de cada cônjuge, o da cessação das relações patrimoniais e o da partilha dos bens do casal. Num ou em vários outros títulos, seriam abordados os problemas específicos de cada regime.» - *Cfr. Obras Esparsas*, Vol. III, Coimbra Editora, 1984, p. 6 e 7. V., ainda, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1992, p. 282.

<sup>116</sup> Para estes e outros exemplos *vide* HELENA MOTA, *Os efeitos patrimoniais...*, *op. cit.*, pp. 62 e ss.

A autonomia dos nubentes é a génese das relações familiares (mormente, as patrimoniais). Tivemos já oportunidade de verificar que a liberdade de conformação dos nubentes terá de respeitar os limites normativamente impostos (antevistos nas regras imperativas e no regime matrimonial primário). Atentemos, pois, nos motivos que fundamentam o séquito de normas imperativas, paralelamente existente ao regime patrimonial geral.

A premissa fundamental que autonomiza a categoria dos efeitos patrimoniais gerais assenta na proteção do núcleo familiar enquanto instituição. É premente, à luz dessa visão, formular um conjunto de regras vinculantes a todos os casamentos. No fundo, as razões inerentes são as mesmas que fundamentam o princípio da imutabilidade, centrando-se o *focus* na salvaguarda da vida familiar – o que não implica a irrelevância do possível ascendente de um dos cônjuges e do domínio das relações com terceiros. Verifica-se, assim, salvaguardada a igualdade conjugal ao nível patrimonial. Assim se explica que, o que hoje perspetivamos como, regime matrimonial primário ou de base, consista nos limites que inicialmente começaram por ser impostos na conformação das convenções antenupciais e, que com o passar do tempo, vieram a convolar-se num regime imperativo subjacente a todos os regimes de bens <sup>117</sup>.

As normas imperativas contendem, também, com a mesma fundamentação, apesar de – contrariamente ao regime matrimonial primário – visarem a regulação concreta de um bem jurídico - regulação para um grupo autonomizável de circunstâncias, mas não a sua totalidade.

## **2. Artigo 1790.º: norma do regime matrimonial primário ou norma imperativa?**

Cumpra – como sequência lógica às anteriores reflexões - procurar enquadrar a norma atinente à partilha num concreto estatuto legal, iniciando a indagação pelo regime matrimonial primário <sup>118</sup>.

Em primeiro lugar, atentemos no vetor da imperatividade. É inegável a índole imperativa desta norma, diretamente resultante do motivo que originou a sua concreta

---

<sup>117</sup> RITA LOBO XAVIER distingue, a este propósito, entre estatuto «imperativo» e «convencional». Estes estatutos são diferentes estratos na categoria dos limites «à autonomia privada dos cônjuges na disciplina das relações patrimoniais recíprocas», in *Limites à..., op. cit.*, pp. 104 a 106.

<sup>118</sup> Pretendemos com esta reflexão formular a nossa própria conclusão quanto ao âmbito de generalidade do artigo. Devemos desde já ressaltar que, uma vez que as normas relativas à partilha não definem o regime de bens, apenas condicionam a divisão patrimonial no momento da liquidação parece-nos ser duvidoso que integrem o regime matrimonial primário, no entanto, vimos, *supra*, que BRAGA DA CRUZ, PIRES DE LIMA e PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA admitem a integração da partilha e, como tal, do artigo 1790.º, no âmbito do regime matrimonial primário.

alteração – impedir o enriquecimento patrimonial de um cônjuge face ao outro – e do elemento histórico - a norma, na sua redação anterior, era já imbuída de imperatividade.

Quanto à generalidade, questionamos: aplicar-se-á esta norma a todas as partilhas? Até este ponto fomos-nos furtando a delimitar objetivamente o âmbito de aplicação da norma, sendo, finalmente, altura de o fazer. A atual redação do artigo 1790.º declara que «em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos». Em abstrato, dir-se-á que a norma se aplica a todos os matrimónios, independentemente do regime de bens; porém, atendendo às disposições ínsitas aos três regimes tipificados, tal aceção demonstrar-se-ia despropositada. Senão vejamos. Se os cônjuges estiverem casados num regime misto mas, em que a comunhão de bens é inferior ao regime da comunhão de adquiridos, o valor a receber após liquidação na partilha será sempre menor (em virtude de ser inferior o número de bens que integram a comunhão <sup>119</sup>). Logo, aplicar a norma a partilhas em que se verifique esta concreta regulação é inútil para a defesa do bem jurídico em causa – o enriquecimento. Aliás, excluímos facilmente a generalidade da norma se pensarmos na separação de bens, regime em que não ocorre partilha mas sim uma divisão dos bens que os cônjuges detêm em regime de compropriedade.

Concluímos, por isso, que a norma não é de aplicação geral, apesar de estar inscrita nos efeitos patrimoniais do divórcio e de alguns autores defenderem a integração das regras da partilha no regime matrimonial primário. Advogamos, distintamente, que o artigo 1790.º não é parte integrante do regime matrimonial primário ou estatuto imperativo de base.

Contudo, manifestámo-nos pela imperatividade da previsão normativa, enquanto consequência do divórcio.

Cumprе lembrar, para melhor prossecução deste estudo, que o Código Civil prevê duas modalidades de divórcio – por mútuo consentimento e sem consentimento de um dos cônjuges. Antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, promover a alteração da norma, era pacífico, entre nós, que esta penalizasse o cônjuge culpado, sendo esse juízo alcançado numa sentença de divórcio litigioso. Ora, herdando o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges a carga processual do divórcio litigioso - despido “apenas” do critério pejorativo - seria em sede deste que a norma teria aplicação <sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Remetemo-nos para o Capítulo IV.3, no qual tivemos já oportunidade de resumir os regimes de bens típicos previstos no Código Civil.

<sup>120</sup> Trata-se aqui de uma mera suposição indutiva que só se concede em prol da realização isenta e justa dos trabalhos. Não se abdica, em momento algum, da opinião já demonstrada.

Todavia, a norma possui carácter imperativo e não estabelece qualquer restrição em sede de aplicação, levando a que a generalidade da doutrina (e bem assim, também o IRN-Instituto dos Registos e Notariado <sup>121</sup>) se tenham manifestado no sentido da sua aplicação a todos os divórcios (sem exceção) - incluindo o celebrado com mútuo consentimento. Os argumentos invocados chegam-nos, por um lado, do direito romano -*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, por outro, do pensamento legislativo que a alterou e, por último do elemento sistemático da norma, na subsecção “efeitos do divórcio”. Refutaremos tal entendimento (alcançado a propósito dos argumentos demonstrados quanto à aplicação do artigo 1790.º aos divórcios por mútuo consentimento) relativamente às duas modalidades de divórcio, por três distintas ordens de razão.

Em primeiro lugar a interpretação da letra da lei deverá obedecer ao artigo 9.º. Atendendo ao disposto no n.º 1 deste, não nos parece possível compatibilizar a norma com a «unidade do sistema jurídico»; é, aliás, contra tal desarmonia que temos vindo a desenvolver a nossa opinião. Porém, tal interpretação não contraria o n.º 2 do artigo 9.º e poder-se-á justificar com a presunção do n.º 3. De facto, reconhecemos que essa aceção é invocável, mas apenas se o intérprete se centrar numa leitura cega da lei, presumindo que o legislador foi capaz das soluções mais acertadas à expressão do seu pensamento.

Segundo, tal desfecho conduz a uma restrição cega do princípio da autonomia privada, que nos parece maior nos divórcios por mútuo consentimento, por, em abstrato, estes serem mais favoráveis a um acordo relativo à partilha do que os divórcios sem o consentimento do outro cônjuge. Quanto aos procedimentos necessários para um divórcio por mútuo consentimento na Conservatória do Registo Civil, atentemos no artigo 1775.º. Qual o efeito útil de os cônjuges terem que entregar uma certidão da escritura da convenção antenupcial e um acordo sobre a partilha (art. 1775.º, al. e) e a), respetivamente), se a vontade demonstrada nos dois instrumentos concordatários (feita de acordo com ela) não poderá ser respeitada? <sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> A norma provocou bastantes dúvidas quanto à sua aplicação aos divórcios por mútuo consentimento, no entanto, o parecer emitido pelo IRN com o n.º 68/2008 e consultável em [www.irn.mj.pt](http://www.irn.mj.pt) foi bastante conciso e direto na opção tomada.

<sup>122</sup> Uma vez tomada a posição de que a norma é aplicável a ambas as modalidades de divórcio e, ainda que seja vontade livre e esclarecida dos cônjuges efetuar a partilha à luz do regime antenupcialmente fixado, o acordo não será homologado se não respeitar o artigo 1790.º. Neste sentido, RITA LOBO XAVIER nas conclusões que tirou acerca dos aspetos consensuais na aplicação do artigo 1790.º «A norma do artigo 1790.º constitui um desvio à consequência natural da cessação patrimonial das relações patrimoniais entre os cônjuges: o princípio de que a liquidação do regime de bens e partilha do património comum se faz de acordo com o regime de bens estipulado ou supletivo. A norma é de aplicação obrigatória na partilha subsequente ao divórcio entre ex-cônjuges que foram casados no regime da comunhão geral, seja qual for a modalidade do processo no âmbito do qual o divórcio foi decretado e veda qualquer estipulação da convenção antenupcial em contrário.» *cf.* « Regime da Comunhão Geral... », op. cit., pp. 533.

Não obstante, o mesmo se poderá questionar caso os ex-cônjuges proponham ação de inventário em que estejam de acordo quando à divisão dos bens, mas tal acordo colida com o artigo 1790.º. Este pensamento pode, por isso, ser falacioso, uma vez que um dos cônjuges pode até não querer o divórcio, mas reconhecer que a partilha deve ser realizada em função do regime convencionado e segundo o qual organizaram toda a sua vida. Em ambos os casos, esse retrocesso ao princípio da autonomia privada é latente.

Por fim, mas não menos importante, o elemento histórico. Antes da alteração legislativa, só cabiam a aplicação da norma a casos de divórcio litigioso – baseados, outrossim, na culpa de um dos cônjuges. Se antes desta alteração começavam já a ecoar na doutrina vozes que questionavam a justeza desta sanção <sup>123</sup>, a generalização do artigo penaliza agora, embora não pelos mesmos motivos, os dois cônjuges.

Aqui chegados, cremos acertada a conclusão de que a solução consagrada na Lei n.º 61/2008 não foi positiva. Tomamos partido pela má concretização dos objetivos que a lei pretendia salvaguardar e, bem assim, somos da opinião de que a norma devia ser revogada, não deixando, no entanto, de afirmar que quando os cônjuges acordam sobre a partilha, a restrição à sua liberdade e autonomia privada é por demais evidente. Por isso, e se a norma não vier a ser revogada, deveria, pelo menos, permitir-se aos cônjuges afastá-la.

## **VI. Problemas de aplicação**

Aludimos já, por inúmeras vezes, à deslealdade inerente à alteração do artigo 1790.º, promovida pela Lei n.º 61/2008, que consagrou soluções de questionável justiça e restringiu a autonomia dos cônjuges. Tecemos, igualmente, considerações quanto ao âmbito de aplicação da norma; mormente, quanto à sua aplicação exclusiva à partilha de bens na comunhão geral (ou sob regime atípico com maior ligação à comunhão geral) e quanto aos resultados injustos que a sua aplicação ao caso concreto pode causar. Afirmamos, por fim, que a norma consagra uma maior restrição à autonomia privada dos cônjuges quando estes acordam que a partilha se faça em função do regime de bens adotado antenupcialmente, em virtude de o acordo não poder ser homologado. Por ora, e antes de nos debruçarmos sobre a aplicação da lei no tempo, parece-nos conveniente uma apresentar (brevemente) o processo de partilha.

---

<sup>123</sup> RITA LOBO XAVIER pronunciou-se quanto à injustiça presente na circunscrição da aplicação da norma na sua anterior redação. Não do ponto de vista sancionatório, mas, isso sim, numa análise de equidade, delimitada pelo objetivo de evitar o enriquecimento injustificado. «Já não podemos considerar o artigo 1790.º como uma boa solução.» in *Limites à..., op. cit.*, pp. 418 e 419.

Uma vez decretado o divórcio, cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges <sup>124</sup>, devendo de seguida realizar-se a partilha <sup>125</sup>. Esta divisão do património é constituída por quatro operações distintas: separação dos bens próprios, liquidação do património comum, partilha propriamente dita <sup>126</sup> e pagamento de dívidas a terceiros nos termos dos artigos 1689.º, n.º 3 e 1697.º, n.º 1 (se existirem). Feita a listagem de todos os bens patrimoniais dos cônjuges (aqui vistos em sentido amplo, enquanto resultado patrimonial total do matrimónio), procura a primeira operação delimitar quais desses bens integram o património próprio de cada um deles. A divisão será realizada em função do regime de bens vigente no casamento, pelo que neste quadrante o dito regime assumirá uma função primordial – a organização dos bens. A sua importância evidencia-se, desde logo, pelo facto de permitir apurar (por exclusão) qual o acervo comum do casal e é tão mais relevante quanto maior for a discordância quanto à propriedade dos bens.

Excluídos os patrimónios próprios de cada cônjuge, é chegado o momento de liquidar o património comum. Esta segunda operação subdivide-se, também, em três momentos, como nos ensinam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA <sup>127</sup>. Primeiro, relacionam-se os bens comuns, uma tarefa simplificada pelo facto de os bens próprios terem sido excluídos do acervo na operação anterior. Em segundo lugar, deverão ser calculadas as compensações; ao longo do casamento operam-se trocas patrimoniais - bens comuns que se sub-rogam no lugar de bens próprios, pagamento de dívidas comuns com bens próprios e vice-versa, aquisição ou realização de benfeitorias num património próprio com bens comuns ou o inverso. Todas estas deslocações patrimoniais indevidas (embora frequentes e compreensíveis, tendo em conta o fim do casamento) são tão mais frequentes quanto maior for a duração do casamento. Devem, por isso, ser compensadas na partilha <sup>128</sup>. Por último, o

---

<sup>124</sup> Como sabemos, as relações patrimoniais cessam por dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento e separação de pessoas e bens (artigo 1688.º). Já a dissolução do casamento pode acontecer por morte de um dos cônjuges (ou ambos) e divórcio. No caso de estar em causa um casamento católico, a dissolução poderá ainda ocorrer por dispensa do casamento rato e não consumado (artigo 1625.º).

<sup>125</sup> A partilha terá lugar, também, nos casos de separação de bens (artigo 1770.º), de ausência de pessoa casada (artigo 108.º) e de insolvência de um ou ambos os cônjuges, nos termos do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

<sup>126</sup> Estas três operações e a sua organização resultam da interpretação do artigo 1689.º feita pela doutrina e pelos aplicadores da Lei. A redação do artigo não é, contudo, sistemática. *Cfr.* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*, *op. cit.*, pp. 428 e ss. e JOÃO ANTÓNIO LOPES CARDOSO, *Partilhas Judiciais teoria e prática*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 4.ª edição, 1991, pp. 395 e ss., em especial, p. 397.

<sup>127</sup> *Op. cit.*, pp. 428 e ss.

<sup>128</sup> Falamos, aqui, de compensações resultantes das deslocações patrimoniais. Terá ainda lugar a compensação pelo não cumprimento do dever de contribuição para os encargos da vida familiar, prevista no artigo 1676.º, por importar, também, uma deslocação patrimonial. Não podemos confundir estas compensações com as devidas pelos atos de má gestão ou administração abusiva, estando estas integradas na reparação de danos do artigo 1792.º e tendo que ser requeridas nos tribunais comuns ao abrigo do instituto da responsabilidade civil. Neste

pagamento das dívidas conjugais – do património comum aos cônjuges e dos cônjuges ao património comum. Neste momento, já está definido em concreto qual o valor do ativo comum e já se poderá fazer a liquidação do passivo, no eventual caso de este existir.

A última operação consistirá na partilha em sentido estrito, a separação da meação, realizada de acordo com o regime de bens escolhido. É neste momento que terá lugar a aplicação da solução do artigo 1790.º. Para uma correta aplicação da norma, importaria que se repetissem os passos assinalados mas, desta vez, de acordo com o regime da comunhão de adquiridos - só assim teríamos um resultado comparativo para limitar o montante total da meação de cada cônjuge <sup>129</sup>. Assim, se o valor da meação calculada à luz da comunhão de adquiridos, for inferior ao obtido de acordo com o regime de bens vigente no casamento, a meação dos cônjuges será nivelada pelo valor obtido na comunhão de adquiridos. Esta é a solução que consideramos mais harmoniosa com a letra da lei, mas também a mais justa <sup>130</sup>. No entanto, a exposição de motivos do Projecto Lei 509/X afirma que a partilha deveria ser feita de acordo com o regime de comunhão de bens adquiridos, por ser este o que melhor concretiza a divisão do esforço e colaboração patrimonial conjuntos (reservando-se a aplicação da comunhão geral à dissolução por morte). Neste sentido, RITA LOBO XAVIER considera que na nova redação do artigo há uma imposição de que a partilha se faça diretamente à luz da comunhão de adquiridos <sup>131</sup>, o que implica uma mudança do regime de bens no momento da partilha e coloca dúvidas quanto à titularidade dos bens após a partilha <sup>132\_133</sup>.

---

sentido, PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 432 e 433 e RITA LOBO XAVIER, *Limites à...*, *op. cit.*, pp. 394 e ss.. Quanto à eventual possibilidade de pedido de compensação, fundamentado na violação dos deveres conjugais, poder ser feito tendo por base o artigo 1792.º. Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 434, nota 12.

<sup>129</sup> Sobre as operações de cálculo do limite da meação nos termos da comunhão de adquiridos, CRISTINA DIAS apresenta um esquema prático à luz do seu entendimento sobre o funcionamento do artigo 1790.º. *Vide* «A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do artigo 1790.º do Código Civil», in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, A. 8, nº15, Coimbra Editora, 2011, pp. 28 e 29.

<sup>130</sup> Na redação do artigo há uma alusão à comparativa, que implica uma interpretação atual semelhante à anterior à alteração.

<sup>131</sup> Veremos *infra* na aplicação concreta da norma pelos Tribunais os resultados alcançados.

<sup>132</sup> «A atual redação tem origem na anterior, mas será simplista pretender que o que agora se consagra é “o mesmo” mas “para ambos os cônjuges”. Em face dos objetivos da reforma, a interpretação mais adequada será até a de que se pretendeu não só que o valor da meação fosse calculado nos termos da comunhão de adquiridos, mas também que os bens que seriam de qualificar como próprios naquele regime fossem adjudicados ao ex-cônjuge por via do qual eles entraram a título gratuito no património comum. A letra da lei não inviabiliza esta interpretação: se é certo que o advérbio “mais” exprime quantidade e indica um limite máximo, no entanto, não implica forçosamente que tal limite seja definido apenas em termos de valor. Cabe no teor literal na norma o sentido de que cada um dos ex-cônjuges não pode receber bens em quantidade superior» - V. RITA LOBO XAVIER, «Regime da Comunhão Geral...», *op. cit.*, pp. 543 e 544. Em sentido oposto, CRISTINA DIAS (na esteira de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.* pp. 673) pugna-se por uma operação comparativa que limitará o valor da meação. Nesse sentido, a massa patrimonial será dividida de acordo com o

### **1. Aplicação da lei no tempo, em concreto a aplicação do artigo 1790.º**

O artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, enquanto norma transitória, estatui que o regime previsto no diploma «não se aplica aos processos pendentes em tribunal». Decorre, assim, que a sua aplicação se dará quanto a todos os pedidos de divórcio apresentados depois da sua entrada em vigor, sem exceção.

Suponhamos o caso de o divórcio ter sido decretado à luz da lei anterior, dando a respetiva ação de inventário entrada (em Tribunal) em momento posterior ao do início de vigência da nova lei. Qual deveria, no caso, ser aplicada? Ao abrigo do disposto na norma transitória diríamos, sem mais, que dever-se-ia aplicar a lei nova. Por existir (sempre) um juízo de culpa antes da Lei de 2008, CRISTINA DIAS, pugnando-se pela incompatibilidade dos dois regimes, advoga a não aplicação do novo regime<sup>134</sup>. Opção com a qual concordamos por estar em causa a unidade do sistema jurídico. Contudo, a dar-se o caso de o Tribunal se ter pronunciado pela não existência de culpa, ou tratando-se de divórcio por mútuo consentimento, a solução seria conciliável<sup>135</sup>.

Solução atualmente pacífica na nossa doutrina é a de que a Lei é aplicável a todos os processos de divórcio interpostos depois da sua entrada em vigor<sup>136</sup>. RUTE TEIXEIRA PEDRO, na esteira dos ensinamentos de BAPTISTA MACHADO, alcançou essa mesma conclusão ao confrontar o âmbito de aplicação temporal da lei com o artigo 12.º. A solução contende com a imperatividade do artigo 1790.º que se sobrepõe à autonomia privada dos cônjuges. A autora conclui que não está em causa uma «eficácia retroactiva em sentido estrito», mas sim «uma mera eficácia imediata», deixando por isso a justeza do interesse público que a motivou, para a sua concretização<sup>137</sup>.

Não obstante, ressalva que na aplicação da norma aos casamentos celebrados convencional ou supletivamente num regime atípico com comunhão mais intensa do que a comunhão de adquiridos, a justeza da norma aplicada «vai depender, em larga medida, da

---

regime convencional e qualquer dos cônjuges poderá licitar os bens comuns, até preencher o seu quinhão, independentemente de quem o tenha levado a título gratuito para o casamento. *Cfr.* CRISTINA DIAS, in «A partilha dos bens do casal...», *op. cit.*, pp. 28 e 29.

<sup>133</sup> Vide, *supra*, nota 101.

<sup>134</sup> «Isto não pode querer dizer que se aplica a nova lei a essas novas ações diretamente relacionadas com a ação de divórcio decretada à luz da lei antiga, tanto mais que à luz da lei anterior o tribunal pronunciava-se sempre quanto à culpa dos cônjuges, independentemente da causa do divórcio». *Vide* «A partilha dos bens do casal...», *op. cit.*, pp. 30 e 31.

<sup>135</sup> Opinião também consagrada no *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Abril de 2010*

<sup>136</sup> Isso mesmo constatou RITA LOBO XAVIER nas conclusões que tirou acerca dos aspetos consensuais na aplicação do artigo 1790.º: «a norma é de aplicação obrigatória na partilha subsequente ao divórcio entre ex-cônjuges que foram casados no regime da comunhão geral, seja qual for a modalidade do processo no âmbito do qual o divórcio foi decretado» - *vide* «Regime da Comunhão Geral...», *op. cit.*, p. 533.

<sup>137</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 456 a 458.

concreta configuração dos patrimónios próprios dos cônjuges e o património comum do casal à data da dissolução do casamento por divórcio»<sup>138</sup>. As preocupações da autora são similares às que fomos manifestando ao longo deste estudo e que se fundamentam em dois vetores distintos: por um lado, a necessidade de mecanismos corretores eficientes, que regulem as deslocações patrimoniais indevidas, e, por outro, a proteção do princípio da confiança e da segurança jurídica<sup>139</sup>.

No que concerne ao primeiro deles, estamos em crer que tal ficará sempre aquém das expectativas para os casamentos celebrados antes da vigência da norma<sup>140</sup>. Será impraticável corrigir todos os desvios patrimoniais ocorridos (especialmente se pensarmos em casamentos celebrados em 1960, *v.g.*) à luz de um regime de bens no qual os cônjuges confiaram durante toda a sua vida. Ao pretender convolar uma mudança do regime de bens, à luz do qual será feita a partilha, baseado na crença de que a comunhão de adquiridos é o melhor regime para salvaguardar o enriquecimento de um dos cônjuges, o legislador consagrou uma norma desfasada do modelo de divórcio que consagrado, esquecendo, além do mais, as fragilidades do regime da comunhão de adquiridos, nomeadamente quanto às dificuldades em quantificar a contribuição de cada um dos cônjuges para o património comum e para a valorização do património próprio do outro<sup>141</sup>.

O segundo vetor prende-se com a limitação da autonomia privada dos cônjuges, a coberto da suposta salvaguarda do seu património. Ora, dificilmente se vislumbra razão para tal mudança, uma vez que, em nenhum momento, os cidadãos reivindicaram tal proteção. Assim, a par de RUTE TEIXEIRA PEDRO, não descortinamos «qualquer razão de ordem pública que deva prevalecer nestes casos, justificando um tal sacrifício da autonomia privada e dos interesses juridicamente atendíveis do cônjuge que, *in concreto*, seja prejudicado e que apenas depositou confiança na comunhão conjugal e na comunhão patrimonial que escolheu.»

<sup>142</sup>.

Por último, acrescenta-se que quanto ao estatuto patrimonial dos bens, nos casamentos existentes à data da entrada em vigor da norma, reproduz-se o que foi dito quanto à sua

---

<sup>138</sup>A autora dá um exemplo para ajudar à compreensão das consequências nefastas que podem ocorrer com a aplicação imediata da norma – *Cfr. op. cit.*, pp. 458 e 459

<sup>139</sup> Para “fugir” à aplicação da nova lei e a soluções de justiça material duvidosa, CRISTINA DIAS sugere que os cônjuges possam intentar ações de anulação do casamento para conseguirem a aplicação do regime de bens convencionado na partilha. In «A partilha dos bens do casal...», *op. cit.*, p.30

<sup>140</sup> Para os casamentos celebrados após 1 de dezembro de 2008 esta questão não se porá. Os nubentes, ao celebrarem a convenção antenupcial, estarão já cientes da atual redação do artigo 1790.º e podem proteger devidamente a sua situação patrimonial.

<sup>141</sup> Vide ADRIANO MIGUEL RAMOS PAIVA, *op. cit.*, pp. 229 e ss, em especial, p. 339.

<sup>142</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p.466

aplicação no momento da partilha, mas com um ligeiro incremento de certeza e estabilidade para os cônjuges, uma vez que a partir do momento em que conhecem a alteração estarão de sobreaviso para salvaguardar o seu património <sup>143</sup>.

## **2. Jurisprudência. A adaptação dos Tribunais à redação introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro**

Atentando à economia da presente dissertação, analisaremos três decisões jurisprudenciais, procurando compreender a evolução do pensamento do interprete-aplicador e a aceitação (ou negação) da atual redação do artigo 1790.º.

### *i. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25 de Outubro de 2010, referente ao Processo 349/10.4TBGVA.C1*

O acórdão aprecia a legitimidade de M., divorciada de A. por mútuo consentimento em 2009, para intentar ação de divisão de herança da sua ex-sogra, falecida em 2002. A. e M. estiveram casados em regime de comunhão geral.

Conclui o douto acórdão que o artigo 1790.º é aplicável às duas modalidades de divórcio, sendo por isso inequivocamente aplicado ao divórcio por mútuo consentimento. Pugna-se também a decisão pela divisão patrimonial à luz do regime de bens do casamento, mantendo, por isso, os bens a sua qualidade de bens comuns. Contrariando a decisão da Iª Instância – que se havia pronunciado pela alteração do regime de bens e, como tal, pela ilegitimidade de M para a ação de divisão da herança – vem defender-se que a adaptação ao artigo 1790.º deverá ser feita pelo valor da meação. O douto tribunal afirma que «o uso do advérbio *mais* inculca nitidamente que o legislador teve em vista estabelecer o princípio de que os cônjuges não podem receber *maior valor* do que lhes caberia receber se o casamento tivesse sido contraído sob o regime de comunhão de adquiridos, e não subtrair da comunhão da massa de bens comuns os bens que cada um levou para o casamento ou adquiriu, na constância deste, a título gratuito» <sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> RITA LOBO XAVIER tem uma visão diferente, alicerçada na interpretação que dá à norma (de que altera o regime de bens no momento da partilha): «A lei vem agora determinar que, no caso de divórcio, o património comum fica diminuído. Penso que esta estatuição não poderá afectar os bens que entraram no património comum até à entrada em vigor da lei: só pode aplicar-se àqueles que casaram segundo este regime depois da sua entrada em vigor, e, quanto aos cônjuges que casaram anteriormente em tal regime, quando muito, só poderá excluir do património comum a partilhar os bens que nele ingressaram após a data de início de vigência da lei». V. *Recentes alterações do regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 35.

<sup>144</sup> Itálico nosso.

Quanto à partilha dos bens comuns, o acórdão segue o entendimento de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA. Assim, «tendo sido estipulado o regime da comunhão geral, esses bens entraram na comunhão e nela permanecem até à partilha; só depois desta poderá saber-se a quem ficarão a pertencer. A lei não exige que na partilha o cônjuge declarado inocente ou menos culpado seja encabeçado nos bens que levou para o casamento ou depois lhe advieram por doação ou herança, como aconteceria se o regime de bens estipulado fosse o da comunhão de adquiridos», que era já o entendimento seguido à luz da anterior redação da norma.

*ii. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 2012, relativo ao Processo 819/09.7TMPRT.P1.S1*

Numa ação de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, o autor requer o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro.

Conclui-se no acórdão que a violação culposa dos deveres conjugais poderá continuar a ser valorada, mas numa ação geral de responsabilidade civil: «lugar próprio da valoração da violação culposa dos deveres conjugais, que continuam a merecer a tutela do direito, é a acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, processualmente, separada da acção de divórcio, incluindo, de igual modo, a eventual declaração de existência de créditos de compensação, mas onde não ocorre, também, a declaração de cônjuge, único ou principal culpado, pelo divórcio». Pronunciam-se em sentido favorável à aplicação imediata da norma «a todas as situações ou direitos existentes, constituídos ou a constituir, que se mantenham no futuro», salientando que «as alterações introduzidas pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro (...), atento o preceituado pelos artigos 1790.º a 1792.º e 2016.º, do CC, na redacção do DL nº 496/77, de 25 de Novembro, vieram dotar o regime legal de maior flexibilidade e a situação dos cônjuges de maior segurança e previsibilidade, ao contrário da situação anterior, dotada de rigidez e aleatoriedade» - opinião que se respeita, mas com a qual discordamos, por tudo o que tivemos já oportunidade de referir.

*iii. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Fevereiro de 2014, referente ao Processo 124/10.6TBOAZ.P1*

O acórdão em apreço contende com a questão de saber se um bem doado a um dos cônjuges na constância do matrimónio, celebrado sob o regime convencional da comunhão

geral, deverá ser relacionado como próprio e excluído da comunhão na partilha, ou se, pelo contrário, deverá ser integrado nesta.

Decidiu (lucidamente, diríamos) o Tribunal que «o que resulta do disposto no artigo 1790.º do Código Civil é assim o seguinte: a partilha continua a fazer-se segundo o regime da comunhão de bens aplicável ao casamento dissolvido; os bens comuns mantêm essa natureza e para efeitos de operações da partilha deverão ser tratados como tal; apurado o valor que corresponde ao quinhão (meação) de cada um dos cônjuges nos bens comuns a partilhar tem de se comparar esse valor com aquele que resultaria da sua partilha como se o regime de bens fosse a comunhão de adquiridos; para o efeito tem de se simular a partilha de acordo com este regime de bens, separando os bens que de acordo com esse regime seriam próprios e encontrando a hipotética quota (meação) de cada um dos cônjuges nos bens que mesmo nesse regime seriam comuns; finalmente, comparando os valores apurados na partilha segundo o regime efectivo e na partilha segundo o regime hipotético, caso aquele valor exceda este, deverá ser reduzido a este valor, aumentando correspondentemente a quota do outro cônjuge, procedendo-se então ao preenchimento dos quinhões» Solução em concordância com a do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25 de Outubro de 2010, analisada *supra*.

Concluimos, após a análise de múltiplas decisões (algumas das quais aqui mencionadas), que a tendência jurisprudencial segue no sentido de uma aplicação generalizada do artigo 1790.º, nos termos em que era anteriormente aplicada, *i.e.*, como produto de uma comparação de valores da meação a receber face aos dois regimes de bens em conflito<sup>145</sup>. Não propugnaram os Tribunais de Relação pela convolação do regime de bens em vigor durante o casamento pelo da comunhão de adquiridos na partilha, não excluindo por isso do acervo os bens que o integraram a título gratuito. Parece-nos ser esta a solução mais justa face à letra da Lei, desde logo, por não retirar o bem da esfera do cônjuge que não o trouxe à comunhão, mas que pode ter interesse em licitá-lo (no momento da partilha). Deve, por tudo, a concretização da meação de cada cônjuge à luz do artigo 1790.º ser realizada pelo seu valor e não pelos concretos bens.

---

<sup>145</sup> Nesse sentido se pronunciou, ainda, o IRN no parecer emitido no âmbito do Processo n.º 20/2009, disponível em [www.irn.mj.pt](http://www.irn.mj.pt).

### 3. A inconstitucionalidade desta limitação?

Ao longo desta reflexão, levantamos, por inúmeras vezes, múltiplas questões acerca da conformidade da Lei n.º 61/2008 com outras soluções – v. g., liberdades concedidas aos cônjuges. Tendo por partida o artigo 1790.º, *in casu*, tivemos oportunidade de tecer críticas quanto à violação do princípio da autonomia privada, a imposição imediata de uma lei retroativa e a violação da proteção da confiança e da segurança jurídica dos cônjuges. Em tal caminho, fomos identificando as lacunas do artigo, sem sistematizarmos, todavia, as definitivas (e necessárias) respostas às concretas injustiças alcançadas com a norma.

Concentremo-nos, por ora, na análise da violação do princípio da autonomia privada. Como tutelá-la? Bem sabemos que a autonomia privada é uma manifestação da liberdade individual garantida na Lei Civil; no entanto, não está diretamente tutelada na nossa Constituição, nem enquanto direito liberdade e garantia fundamental dos cidadãos <sup>146</sup>. Garante-se, distintamente, na previsão de outros direitos, liberdades e garantias que a pressupõem. Estamos em crer, não obstante, que essa tutela (ou em concreto a sua falta) não se contende com o direito consagrado ao desenvolvimento da personalidade, direito constitucional garantido através do reconhecimento da dignidade humana <sup>147</sup>. A autonomia privada é, em nosso entender, a exteriorização da personalidade de cada ser humano, importando encontrar solucionamento para a sua tutela.

O artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê que «todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade». Ao abrigo da «razão e consciência» deveria ser permitido aos «seres humanos» regular o modo como querem guiar as suas vidas, quer no dia-a-dia, quer nas opções de futuro que se propõem realizar. Isto, claro está, desde que essas opções sejam informadas, livres e conscientes e que não ofendam os limites da lei, terceiros e «a ordem pública e de bem-estar numa sociedade democrática (n.º 2, do artigo 29.º, DUDH).

Esta tutela vê-se acolhida na nossa Constituição no seu artigo 1.º. Não obstante entendermos a autonomia privada como uma concretização da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>146</sup> ANA PRATA, no estudo que produziu sobre a tutela constitucional da autonomia privada enquanto tutela da liberdade humana, considerou afastada uma tutela direta da Constituição enquanto garantia direta, autónoma e global. *Cfr. A tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982, pp.75 e ss e pp.214 e 215.

<sup>147</sup> Baseámo-nos para esta interpretação nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA «a dignidade da pessoa humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio-limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretizações fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade (...))», *cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007, p. 198. O direito ao desenvolvimento da personalidade está ainda autonomamente consagrado no nº1 do artigo 26.º CRP como direito pessoal fundamental.

reconhecemos que a interpretação da doutrina a este preceito contende com um «universalismo concreto e constitucionalmente necessário»<sup>148</sup>, que se inclina normalmente para a proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais reconhecidos constitucionalmente e para os limites que constituam uma violação da dignidade humana. Será assim difícil tutelar em preceitos constitucionais a autonomia privada, uma vez que não constitui uma liberdade ou garantia autónoma.

Ensinam-nos, ainda, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que o princípio do Estado de Direito Democrático, proclamado no artigo 2.º da CRP, não exclui à partida «a possibilidade de colher dele normas que não tenham expressão directa em qualquer outro dispositivo constitucional, desde que elas se apresentem como consequência imediata e irrecusável daquilo que constitui o cerne do Estado de direito democrático, a saber, a *protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça* (especialmente por parte do Estado)». Aqui incluem «a proibição de leis retroactivas lesivas de direitos ou interesses legítimos dos cidadãos (*cf.* arts. 18º-3 e 103º-3)»<sup>149</sup>. Ora, o artigo 1790.º consagra uma alteração retroativa, de aplicação imediata e com carácter de norma imperativa. Ao introduzir uma nova redação no artigo o legislador pretendeu igualar os cônjuges quanto aos efeitos patrimoniais no casamento. Fê-lo, com a intenção de impedir o enriquecimento dos cônjuges na distribuição de bens para cuja aquisição não contribuíram. Para tal opinião baseou-se na sua conceção de casamento – a de que este é um esforço comum dos cônjuges, só a partir do momento em que adquirem essa condição. Se esta conceção é comum à maioria dos portugueses (os que optam por casar em regime de comunhão de adquiridos), a liberdade de celebração da convenção antenupcial e escolha do regime de bens tutela os nubentes que têm uma visão mais ampla do matrimónio enquanto centro de partilha total. Mas tutela também os que, ao abrigo do princípio da liberdade, optaram por não escolher um regime de bens e aceitaram o regime supletivo<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, pp. 78 e ss..

<sup>149</sup> Itálico original. *Cfr.* J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007, pp. 206.

<sup>150</sup> Esta tutela tem duplo sentido. Aplica-se a todos os casos de não escolha/aceitação do regime supletivo enquanto liberdade a que já aludimos supra na esteira de RITA LOBO XAVIER. Estão incluídos, por isso, os nubentes que casaram quer no regime supletivo da comunhão geral antes de 1966, quer os que casaram posteriormente em regime de comunhão de adquiridos.

Ao limitar irremediavelmente a liberdade dos cônjuges, retirou-lhes irremediavelmente essa tutela. Agiu, além do mais, de forma abrupta e imparcial <sup>151</sup>, desrespeitando as diferentes opções patrimoniais consagradas na lei e surpreendendo todos os cônjuges que viram assim as suas expectativas ameaçadas. Mais grave do que isso, atendendo simultaneamente à duração do casamento, às deslocações patrimoniais, aos efeitos retroativos e à impossibilidade de afastar a sua aplicação, o artigo consagrou uma situação materialmente injusta, não tendo o legislador sequer previsto os mecanismos certos para compensar os desvios patrimoniais indevidos.

Esclarece-nos, também, JORGE MIRANDA que na função legislativa decorrente do artigo 2.º estão incluídas exigências de certeza, compreensibilidade, razoabilidade, determinabilidade, estabilidade e previsibilidade: «em particular a propósito das alterações legislativas, numerosíssimas vezes, a Comissão Constitucional, primeiro, e, a seguir, o Tribunal Constitucional têm invocado a segurança jurídica e a protecção da confiança» <sup>152</sup>. A propósito dos princípios da confiança e da segurança jurídica e quanto à aplicação imediata da lei aos casamentos vigentes, pronunciou-se RUTE TEIXEIRA PEDRO. A autora propôs-se aferir se ocorreu uma «violação do princípio da protecção da confiança e do princípio da segurança jurídica dos cônjuges, subprincípios em que se concretiza, segundo um entendimento firmado do Tribunal Constitucional, o princípio do Estado de Direito Democrático proclamado no art. 2.º da CRP» <sup>153</sup>. Acompanhamos, desde já, as preocupações da autora quanto aos princípios enunciados, uma vez que, tendo em conta tudo o que já tivemos oportunidade de explanar, a base que tutelava as expectativas dos cônjuges e que os orientou nas decisões tomadas ao longo de uma vida em conjunto, são aqui profundamente abaladas.

Por último, e por hipotética formulação (caso se entenda estar a autonomia privada tutelada na Constituição), ponderemos os limites quanto à restrição de direitos liberdades e garantias previstos no artigo 18.º. Dispõe o n.º 2 que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» e que «as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do

---

<sup>151</sup> Se é certo que a aprovação ou alteração de uma lei demora tempo considerável na Assembleia da República, essa percepção temporal não é sentida da mesma forma pelo comum cidadão que, nas mais das vezes, só se confronta com a alteração quando é publicada.

<sup>152</sup> JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p.103.

<sup>153</sup> *Cfr. ult. op. cit.*, p. 466 e ss., em especial a nota 91.

conteúdo essencial dos preceitos constitucionais» (artigo 18.º, n.º 3, CRP). Dizemos desde já que não conseguimos entender a superioridade do interesse protegido. Como é que o enriquecimento patrimonial decorrente do matrimónio poderá ser considerado superior à autonomia privada de cada nubente/cônjuge e à tutela da confiança e segurança jurídicas? Deverá a conceção do casamento imposta pelo legislador ser considerada “interesse constitucionalmente protegido”? Ademais, não podemos esquecer a intenção prevista no Projecto Lei 509/X de “convolar” o regime de bens a aplicar no divórcio, que configura - já tivemos oportunidade de o dizer - uma alteração camuflada aos efeitos do divórcio, atentando contra o princípio da imutabilidade imposto aos cônjuges. Permitimo-nos acrescentar que, por um lado, a lei ultrapassou o estritamente necessário para salvaguardar os interesses em questão e, por outro, não conseguiu prever nem garantir corretamente as consequências da sua entrada em vigor.

Não é nossa intenção tomar posição quanto à inconstitucionalidade do artigo 1790.º, na redação introduzida pela Lei n.º 61/2008. Queremos, isso sim, incentivar o debate sobre estas questões – o desrespeito pela autonomia privada, aplicabilidade imediata e imperatividade das normas, violação da proteção da confiança e segurança jurídicas – fundamentais na regulação das relações patrimoniais familiares, mas igualmente transversais a todo o Direito.

## VII. Notas finais

Impõe-se, após o exposto, concluir. Afirmamos, neste momento, o que fomos já indiciando: esta reforma legislativa trouxe a desestabilização do Direito da Família mas, acima de tudo, a desestabilização da vida dos cônjuges no momento da partilha dos bens comuns.

Pautando-se por boas intenções, tendo em vista a harmonização do regime do Divórcio às legislações europeias, o legislador falhou claramente na concretização. Estamos em crer que uma ponderação mais aprofundada, baseada na realidade sociocultural portuguesa e menos em ideologias sobre o que ela deverá vir a ser no futuro, teria permitido trilhar um caminho mais lúcido e menos conflituoso para os cônjuges (e para os que esperam vir a sê-lo).

O regime jurídico do Divórcio está hoje, de facto, mais próximo dos seus congéneres europeus quanto à modalidade adotada. Todavia, e não desconsiderando tal objetivo, somos em crer que primordial seria legislar para a sociedade portuguesa e, neste caso, para a sua concreta realidade familiar. Só uma lei harmonizada com o ordenamento jurídico em que vigora, concretizadora das aspirações dos que nele se integram, poderá aspirar a um pleno reconhecimento popular.

Aqui chegados, e atentando à reflexão conduzida ao longo destas páginas, permitimo-nos formular (de forma sistemática) algumas conclusões.

A evolução legislativa no Direito da Família, do Código de Seabra a 2008, revelou-se (em geral) consensual na articulação dos tipos de divórcio com as consequências decorrentes. No entanto, a Lei n.º 61/2008, dando o passo certo no sentido de consagrar o divórcio-rutura do casamento, desconsiderou os efeitos que a erradicação do divórcio-sanção poderia provocar quando aplicada a casos concretos. *Veritas*, e não obstante o Código Civil os prever, os mecanismos de compensação são tão mais inidóneos (ao fim a que se destinam), quão mais longo tiver sido o casamento. Além disso, a alteração do momento em que o cônjuge poderá ser ressarcido dos seus danos para uma ação diversa, parece-nos contender seriamente com a justiça material do caso concreto, por implicar um acréscimo de tempo e custos para o cônjuge lesado.

Vimos, também, que o Direito da Família se constitui como ramo de direito privado com algumas influências de Direito Público – desde logo decorrentes do seu carácter institucional. Na conformação das relações familiares imperam, por isso, mecanismos

próprios de direito civil ao abrigo da autonomia privada, com relevo para a sua concretização enquanto autonomia da vontade, no direito matrimonial.

A autonomia privada manifesta-se grandemente na escolha do regime de bens que vai regular o matrimónio, sendo esta preferência manifestada na convenção antenupcial. A estes dois instrumentos patrimoniais estão subjacentes dois princípios - liberdade e imutabilidade, *i.e.*, à liberdade dos nubentes corresponde a imposição de manutenção das escolhas realizadas até à dissolução do casamento. cremos, no entanto, que o princípio da imutabilidade não está isento de reparos e os fins que visa salvaguardar poderiam sê-lo de forma diversa, dando maior liberdade aos nubentes.

O Direito da Família e *in casu* o Direito Matrimonial está sujeito a normas imperativas e a um regime de base aplicável a todos os casamentos, assegurando a igualdade de e para todos os cônjuges. A alteração da Lei pretendia aumentar a autonomia e individualização destes, mas parece ter consagrado o oposto no artigo 1790.º, que suscitou inúmeras questões quanto à *ratio legis*, interpretação e aplicação.

A razão de ser da alteração centrou-se na ideia de impedir o enriquecimento pelo casamento e a consagração de um regime “ideal”, à luz do qual deveriam ser realizadas todas as partilhas (independentemente da modalidade de divórcio). O que na realidade ficou vertido na letra da lei foi o montante máximo que cada cônjuge poderia receber, tendo por base o regime dito mais idóneo. A alteração legislativa não considerou suficientemente as consequências materiais da alteração do regime da partilha no momento da partilha. E, impôs uma mutabilidade na partilha que contraria princípio da imutabilidade que vincula os cônjuges, agravando a situação ao prever a aplicabilidade imediata da norma a todos os casamentos e a impossibilidade de a afastar em convenção antenupcial. Tal opção legislativa impede a justiça material da divisão patrimonial, especialmente em casamentos duradouros onde os cônjuges possuem plena confiança na permeabilidade dos seus patrimónios, utilizando-os indiscriminadamente e não acautelando os bens ou valores advindos a título gratuito para um deles.

A alteração do artigo 1790.º parece, além do mais, contender com os limites constitucionais ao violar o princípio da proteção da confiança e segurança privadas, constituindo uma violação ao princípio da autonomia - pedra basilar do Direito da Família.

O novo regime jurídico do divórcio trouxe ao nosso ordenamento a consagração do divórcio-rutura do casamento como reconhecimento da maior autonomia individual dos cônjuges. No entanto, as boas intenções redundaram na consagração de um ideal que não se

coarta com a realidade portuguesa nem com as legítimas expectativas fundadas em direito anterior. Aguardaremos, por isso, maior assertividade numa próxima reforma legislativa porque e, como referiu PEDRO DE ALBUQUERQUE «se o negócio jurídico é uma forma de actuação da autonomia da vontade e esta consiste, conforme vimos, num poder reconhecido aos particulares de auto-regulação dos seus interesses, só haverá autonomia se for atribuído ao por eles estipulado um mínimo de estabilidade. Com efeito, sem estabilidade não faz sentido falar em regulamentação seja do que for, não sendo admissível falar em autonomia.»<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 157.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, Pedro de,

- *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986;

BOELE-WOELKI, Katharina e outros,

- «Os princípios do direito da Família Europeu: os seus objectivos e as suas perspectivas» in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Ano 3, n.º 5, Coimbra Editora, 2006;

- *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Oxford, Intersentia, 2004;

CARDOSO, João António Lopes,

- *Partilhas Judiciais: teoria e prática*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 4.ª edição, 1991;

CAMPOS, Diogo Leite de,

- «A invenção do Direito Matrimonial» in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXII, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1995;

- *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2ª edição revista e actualizada, 1997;

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, Vital,

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 2007;

CERDEIRA, Ângela,

- «Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605 a 611;

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de,

- *Curso de Direito da Família, Introdução ao Direito Matrimonial*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 2008;

COLOMER, André,

- *Droit Civil – Régimes Matrimoniaux*, Paris, Litec, 11ª edição, 2002 ;

CORDEIRO, António Menezes,

- «Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, N.º 1, Lisboa, 2012, pp. 45 a 108

CORREIA, António Simões,

- *Código Civil Português Atualizado*, Lisboa, Livraria Ferin, 2.ª edição, 1946;

CORTE-REAL, Carlos Pamplona,

- *Direito da Família e das Sucessões (Relatório)*, Lisboa, Lex, 1995;

COSTA, Eva Dias,

- *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005;

CRUZ, Guilherme Braga da

- *Obras Esparsas*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984;

DIAS, Cristina M. Araújo,

- *Uma análise do novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei nº61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009;

- «A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do artigo 1790.º do Código Civil» in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º15, Coimbra Editora, 2011;

DIAS, Maria Berenice,

- *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2013;

FERREIRA, Maria De Fátima Da Cunha De Moura,

- *O Casamento Civil E O Divórcio 1865-1910*, (tese de mestrado apresentada à) Universidade Do Minho, 1993;

GONÇALVES, Luiz da Cunha,

- *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932;

- *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933;

HENRIQUES, Sofia,

- *Estatuto patrimonial dos cônjuges – Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

HORSTER, Heirich Ewald,

- «A responsabilidade civil entre os cônjuges», in *E foram felizes para sempre...?*

*Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes,

- *Código Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 1992;

MACHADO, João Baptista,

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1994;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui,

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010;

MOTA, Helena,

- Os efeitos patrimoniais do casamento em Direito Internacional Privado – em especial, o Regime Matrimonial Primário, Porto, Coimbra Editora, 2012;

NETO, Abílio,

- *Código Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, 18ª edição revista e actualizada, 2013;

OLIVEIRA, Guilherme de,

- «A nova lei do divórcio», in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

- «O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo Projecto espanhol – um caso de “paralelismo espontâneo”?» - , in *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

PAIVA, Adriano Miguel Ramos,

- *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

PEDRO, Rute Teixeira,

- «A partilha do património comum do casal em caso de divórcio: reflexões sobre a nova redacção do art. 1790º do Código Civil» – in *Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011. - pp. 429-474;

PRATA, Ana,

- *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982;

PINTO, Carlos Alberto Da Mota,

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2005;

RAMIÃO, Tomé D'Almeida

- *O divórcio e questões conexas: regime jurídico atual de acordo com a lei n.º 61/2008*, Lisboa, Quid Juris, 3.ª edição atualizada e aumentada, 2011;

ROCHA, Patrícia,

- «O Divórcio sem Culpa» in *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.561-584;

SANTOS, Eduardo dos,

- *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 1999

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite,

- *Manual de direito das famílias e das sucessões*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008;

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz,

- «Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na Lei 61/2008, de 31 de outubro: (In) Adequação às realidades familiares do século XXI?» in *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

VARELA, Antunes,

- *Direito da Família*, Lisboa, Livraria Petrony, lda, 5ª edição revista, atualizada e completada, 1999;

XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo,

- *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000;

- *Recentes alterações do regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009;

- «Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Porto, Coimbra Editora, 2012.