

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

OS EFEITOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para obtenção do grau de Mestre, sob orientação da Senhora Professora Doutora Maria Margarida Silva Pereira

Por

Sofia Vicente Ramos Coimbra

Lisboa, Novembro de 2023

Agradecimentos e Dedicatória

Aos meus pais, por todas as oportunidades que me proporcionaram em toda a minha vida, pessoal e academicamente.

Ao meu irmão, por ser a minha maior inspiração e, no silêncio, me dizer tudo o que preciso de (não que quero) ouvir.

Ao meu marido, o meu porto de abrigo, o meu maior apoio, suporte e incentivador, para o qual não há palavras que bastem.

Para a minha Avó, a Rosa mais bonita que está no Céu.

Resumo

O presente estudo abordará os efeitos práticos do regime da dissolução do casamento por meio do divórcio, nomeadamente os seus efeitos patrimoniais. As alterações introduzidas no regime do divórcio, com especial atenção sobre a atual imposição aos ex-cônjuges de que, na partilha, não possa a sua vantagem patrimonial exceder aquela que lhes caberia se fossem casados no regime da comunhão de bens adquiridos, conforme dispõe o artigo 1790.º do Código Civil, podendo assim violar-se (ou não) o regime de bens que possam ter fixado em sede de convenção antenupcial.

Abordar-se-ão, igualmente, o regime da compensação, da perda das liberalidades, da reparação e da atribuição da casa de morada de família, previstos, respetivamente nos artigos 1676.º, 1791.º, 1792.º e 1793.º do Código Civil e outras praticidades do regime.

Palavras-chave: divórcio, partilha, compensação, liberalidades, efeitos.

Abstract

The following paper will address the practical effects of the regime of dissolution of marriage by divorce, namely its patrimonial effects. The alterations introduced in the divorce regime, with special attention on the current imposition on the ex-spouses that, in the distribution, their patrimonial advantage cannot exceed the one they would have should they had been married under the community of acquired assets regime, as provided in article 1790 of the Portuguese Civil Code, thus being able to violate (or not) the assets regime they may have established under the prenuptial agreement.

We will hereby also address the regime compensation, the loss of donations, the reparation mechanism and the attribution of the family house, respectively foreseen in articles 1676, 1791, 1792 and 1793 of the Portuguese Civil Code and other practicalities of the regime will also be approached.

Keywords: divorce, distribution, compensation, donation, effects.

Índice

Resumo	3
Abstract.....	4
Abreviaturas e Siglas	6
I. Introdução.....	7
II. Enquadramento jurídico: o instituto do casamento e o divórcio	9
III. A evolução do regime jurídico do divórcio: da sua génese até à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.....	11
III.1. A Génese do Regime – A lei do divórcio e o Código Civil de 1966.....	11
III.2. As alterações legislativas do Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio	14
III.3. A reforma de 1977	15
III.4. As últimas alterações legislativas: de 1995 a 2008	19
IV. A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.....	21
IV.1. O pensamento legislativo do projeto de Lei n.º 509/X.....	21
IV.2. As alterações ao regime jurídico introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.....	23
IV.3. A evolução sociológica e mudança de paradigmas em matéria de casamento e divórcio.....	25
V. Dos efeitos patrimoniais do Divórcio.....	30
V.1. A Compensação prevista no art.º 1676.º do CC	30
A. O seu conteúdo normativo: uma análise tripartida do número 2.....	30
B. O projeto de Lei vs. Aplicação prática.....	38
V.2. A Partilha e as Liberalidades entre e para os cônjuges.....	43
A. Aplicação prática dos regimes da partilha e das liberalidades	47
V.3. O regime da Reparação de danos do artigo 1792.º do CC.....	56
V.4. Casa de morada da família – do artigo 1793.º.....	60
VI. Conclusões.....	63
Referências Bibliográficas e Sitografia	67

Abreviaturas e Siglas

Código Civil – CC

Código de Processo Civil – CPC

Código do Registo Civil – CRC

Constituição da República Portuguesa - CRP

Artigo – art.º

Artigos – arts.

Alínea – al.

Número – n.º

Conforme – cfr.

Obra Citada – ob. cit.

Volume – vol.

Decreto-Lei – DL

Seguintes – ss.

Página – pág.

Páginas – pp.

Acórdão – Ac.

Supremo Tribunal de Justiça – STJ

Tribunal da Relação do Porto – TRP

Tribunal da Relação de Guimarães - TRG

Tribunal da Relação de Coimbra – TRC

Tribunal da Relação de Évora – TRE

Tribunal da Relação de Lisboa – TRL

I. INTRODUÇÃO

Na presente dissertação de mestrado propõe-se estudar o tema dos efeitos patrimoniais do divórcio no âmbito do regime legal atualmente vigente.

Para o efeito, iremos abordar a evolução deste regime, desde a sua génese às alterações mais recentes, com premente destaque na atualização legislativa de 2008.

Efetivamente, a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu profundas alterações no regime jurídico do divórcio, que o moldaram como hoje o conhecemos, mas serão todas elas fortuitas?

Destacaremos de entre os fundamentos de veto apresentados pelo Presidente da República ao Decreto originário de tal alteração legislativa, os seguintes:

1. A desproteção do cônjuge e filhos menores, em posição mais fraca;
2. O afastamento da culpa para o cônjuge que viola intencionalmente os deveres conjugais a que está adstrito, não tendo agora qualquer sanção;
3. A submissão de um dos cônjuges ao outro por carência económica;
4. A nova redação do art.º 1790.º do CC, que restringe a autonomia privada e a liberdade contratual.

Esta reforma foi justificada pela *“Liberdade de escolha e igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e acordo mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis o fundamento do casamento nas nossas sociedades”*.

Com este trabalho pretende-se estudar criticamente e aprofundar os efeitos patrimoniais do divórcio daqui decorrentes, em contraposição com aqueles que existiam anteriormente, expondo as questões deles decorrentes e as repercussões das alterações operadas, sobretudo aquelas que influem na situação patrimonial em que são deixados os cônjuges, quando optem por seguir a via do divórcio, em especial o cônjuge mais “fragilizado” da relação.

Com efeito, daremos especial destaque às normas vertidas nos atuais artigos 1676.º, número 2, 1790.º, 1791.º, 1792.º e 1793.º do CC e no facto de, a sua aplicação prática, sendo a linha de entendimento vertida na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X a de se procurar não existir um enriquecimento por parte dos cônjuges aquando da dissolução do casamento e visar-se, expressamente, não só a proteção do cônjuge mais

fragilizado, como procurar-se pelo não agravamento de situações de desigualdade e assimetria entre os cônjuges culminarem, em última análise, não só na inexistência de enriquecimento como na existência clara da possibilidade (e muitas vezes efetiva verificação) de um empobrecimento dos cônjuges aquando do divórcio o que, parece-nos, gerará uma maior fragilidade de um dos cônjuges e maiores assimetrias e situações de desigualdade entre os mesmos.

O que aqui se questionará será se estas soluções e ambições do legislador não se padecem de um paternalismo excessivo e, até mesmo, notórios atentados à autonomia privada dos particulares, aqui os cônjuges, naquele que é um ramo do direito tão íntimo e privado como o Direito da Família e, no limite, preconizará esta alteração legislativa uma harmonia com a intenção expressamente consagrada no projeto de Lei n.º 509/X?

Em suma, pretende aqui analisar-se se a prática legislativa foi coerente com os desígnios que tão expressamente pretendia servir e averiguar, ainda, se terá ainda vindo ao encontro dos verdadeiros interesses e realidades que se vivem nas Famílias, nos dias de hoje.

II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO: O INSTITUTO DO CASAMENTO E O DIVÓRCIO

Por forma a melhor se estudar e desenvolver o regime jurídico do divórcio, como ora se pretende proceder, cumpre igualmente ressaltar, ainda que com maior brevidade, o instituto jurídico do casamento.

Com efeito, o desenvolvimento e atualização do instituto do casamento face à realidade social que vivemos aplica hoje o Direito quer a casais heterossexuais, como a casais constituídos por pessoas do mesmo sexo.

Neste âmbito, e na linha de entendimento de Guilherme de Oliveira¹, a noção de casamento não é, nem poderia ser, universal. Desde logo, esta não existe, sequer, na maioria das legislações. Do mesmo modo, o conceito não é estanque, tanto pela variedade de ordenamentos existentes, como pela evolução global da sociedade².

Assim, a lei define o casamento, nos termos do artigo 1577.º do Código Civil, como o contrato entre duas pessoas que pretendem estabelecer a vida comum³. Acrescentando o artigo 1617.º do mesmo Código, conforme refere Margarida Silva Pereira “(...) a organização do modelo familiar e as decisões a tomar, tanto de ordem pessoal como patrimonial, «pertence a ambos». Afirma o legislador que é objetivo do casamento procederem os cônjuges a uma «plena comunhão de vida» (...)”⁴, determinando a lei que os seus efeitos e fundamentos da sua dissolução (o divórcio ou a separação judicial) se encontram nas normas subsequentes do Código Civil.

No domínio dos efeitos patrimoniais do casamento - os quais, conseqüentemente, serão preponderantes no momento do divórcio -, o casamento é suscetível de uma configuração legal variada, podendo conhecer regimes de bens diversificados, tipificados e atípicos, escolhidos de acordo com a vontade dos cônjuges.

Ora, a dissolução do casamento por meio do regime do divórcio, que aqui nos ocupa, não viu a luz da sua criação até à primeira república, conforme aprofundaremos.

¹ Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, Reimpressão, Edições Almedina, Abril 2021, pp. 65 e ss.

² Nas palavras do Autor “(...) não se torna fácil resumir os seus caracteres essenciais. De resto, um conceito que quisesse abarcar todas as espécies de matrimónios seria meramente formal e destituído de interesse, pois a noção de casamento não é comum a todos os direitos e a todas as épocas históricas.” Cit. *Idem*.

³ Sobre isto, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal, Setembro 2023, pág. 417 “O casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção do compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela personalidade e pela solenidade.”

⁴ Cit. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 4.ª Edição revista, atualizada e aumentada, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, pág. 287.

Nas palavras de Margarida Silva Pereira “*a tradição jurídica portuguesa era arredia ao divórcio.*”⁵ e “*porque a cultura antidivorcista tinha origem católica, compreende-se a ênfase que o movimento republicano, anticlerical, imprimiu à obrigatoriedade do casamento civil; e coerentemente, à introdução de uma Lei do Divórcio.*”⁶.

Este diploma introduziu, desde logo e com caráter pioneiro⁷, tanto o divórcio por mútuo consentimento como o divórcio litigioso tendo sido, assim, possível obter o divórcio em Portugal antes de ser juridicamente possível obter a separação de pessoas e bens consensual.

Até então, volvidos mais de cem anos desde a instituição do regime jurídico do divórcio, este foi alvo de diversas alterações, que preconizaram mudanças, com maior ou menor relevo, nos seus moldes, requisitos, fundamentos, pressupostos, efeitos pessoais e, como aqui veremos, patrimoniais.

Todavia, ao longo de toda a história do regime jurídico do divórcio no nosso ordenamento jurídico, é possível destacar um ponto comum: a consagração do *princípio do divórcio direto*⁸. Com efeito, o instituto da separação judicial de pessoas e bens, ainda que não sendo um pressuposto para a concessão do divórcio, partilha de idênticos pressupostos com este regime, pelo que os cônjuges poderão sempre optar por uma das duas vias de rutura do casamento.

Assim, divórcio é, simplificadaamente, a dissolução do casamento, nos termos da lei, decretada – consoante a sua modalidade – pelo juiz ou pelo conservador do registo civil, a requerimento de um ou dos dois cônjuges⁹, sendo certo que “*Na ideia de desdramatizar o divórcio, o sistema legal português mostra preferência pelo divórcio por mútuo consentimento.*”¹⁰.

⁵ *Idem*, pág. 607.

⁶ *Idem*, pág. 607.

⁷ Cf. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família...*, *ob. cit.*, pág. 608.

⁸ Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito...*, *ob. cit.*, pág. 660.

⁹ Sobre isto, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito...*, *ob. cit.*, pág. 659 e ss. e Guilherme de Oliveira, *Manual de...*, *ob. cit.*, pág. 267 e ss.

¹⁰ Cit. Guilherme de Oliveira, *Manual de...*, *ob. cit.*, pp. 267 e 268.

III. A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO: DA SUA GÉNESE ATÉ À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO

III.1. A Géneze do Regime – A lei do divórcio e o Código Civil de 1966

O divórcio foi introduzido em Portugal em 1910, instituído por meio da primeira república. Com efeito, a Lei do Divórcio de 1910, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro¹¹, é uma *das mais liberais do mundo da época*, estabelecendo as duas modalidades do de divórcio: por mútuo consentimento e litigioso.

Cumprе ressalvar que, ao contrário do que sucedia na vigência da primeira lei do divórcio, em 1910, na versão originária do CC, conforme refere João Espírito Santo¹², só era admitido o divórcio com carácter litigioso, estipulado no artigo 1792.^{o13} e fundado em causas típicas, com exceção das causas a que fazia menção a cláusula geral do artigo 1778.^o - referentes a factos que ofendessem gravemente a integridade física ou moral do outro cônjuge - e, ainda assim, casamentos católicos celebrados a partir de 1 de agosto de 1940 e civis que tivessem sido celebrados entre os mesmos cônjuges casamento católico eram indissolúveis. o divórcio litigioso (no qual a ação era dirigida por um cônjuge contra o outro).

Assim, seriam somente dissolúveis por divórcio os casamentos exclusivamente civis e os casamentos católicos celebrados em momento prévio ao dia 1 de Agosto de 1940.

Estas causas eram todas elas “subjetivas”, isto é, conforme refere Guilherme de Oliveira¹⁴¹⁵, assentes na verificação de um comportamento culposo como o adultério ou o abandono, ilustradas nos artigos 1773.^o, 1778.^o e 1792.^o, todos na sua redação originária,

¹¹ Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo...*, ob. cit., pág. 660.

¹² João Espírito Santo, *Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos – Divórcio, Cessação da coabitação conjugal e critério legal da partilha*, in Revista da Ordem dos Advogados, pp. 222-239, disponível em https://portal.oa.pt/media/130402/joao-espirito-santo_roa_i_ii_2017-8.pdf

¹³ Art. 1792.^o (Carácter litigioso), redação originária: “[o] divórcio só pode ser requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no art. 1778.^o, ou mediante conversão da separação judicial de pessoas e bens”.

¹⁴ Guilherme de Oliveira, *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. 2005, pp. 7 a 20.

¹⁵ Na mesma linha, Maria Margarida da Silva Pereira, *Direito da Família*, ob. cit. pp. 610-612.; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo...*, ob. cit., pág. 660 e ss.

mas também por causas “objetivas”, que não se baseavam nestes atos “culposos”, como a verificação da separação *de factum* dos cônjuges, sendo elas:

1. O adultério do outro cônjuge;
2. As práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente do divórcio;
3. A condenação definitiva do outro cônjuge, por crime doloso, ainda que não consumado, contra o requerente ou qualquer outro parente deste na linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral;
4. A vida e costumes desonrosos do outro cônjuge;
5. Abandono completo do lar conjugal pelo outro cônjuge por mais de três anos;
6. Qualquer outro facto que ofendesse gravemente a integridade física ou moral do requerente.

Neste regime exigia-se, ainda, que na petição inicial de divórcio contivesse a opinião do autor sobre o destino dos filhos menores e dos alimentos que lhe eram devidos, cabendo ao juiz determinar as consequências finais do divórcio neste âmbito.

Ainda assim, o divórcio só seria decretado pelo juiz se este entendesse que as circunstâncias do caso concreto não justificavam a mera separação judicial de pessoas e bens.

O divórcio litigioso baseado em causas “objetivas” seguia o mesmo regime, com exceção de que, quando invocada a separação de facto por dez anos consecutivos, o abandono por três anos ou a ausência sem notícias durante quatro anos, a própria verificação das causas exigia uma certa duração do casamento, embora o requisito de idade mínima dos cônjuges não fosse já imposto, ao contrário do que sucedia no regime do divórcio por mútuo consentimento.

Sendo decretado o divórcio o juiz havia que fixar a culpa inerente ao mesmo – fosse ela somente de um dos cônjuges ou de ambos, podendo neste caso haver um cônjuge declarado como principal culpado no divórcio – do estabelecimento da culpa, previa o artigo 1784.º que o cônjuge em questão não poderia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado nos termos do regime da comunhão de bens adquiridos o que, neste contexto, tinha o papel de sanção patrimonial associada ao regime jurídico do divórcio.

Assim, e conforme sumula Guilherme de Oliveira¹⁶, na gênese do regime do divórcio em Portugal, em 1910, os cônjuges podiam requerer ao Tribunal, diretamente: ou a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio; sendo para tal necessário que fossem casados há mais de três anos e a idade mínima de vinte e cinco anos. Exigia-se, quando a tal houvesse lugar, a prévia formalização de um acordo acerca do, à data, exercício do direito paternal e dos alimentos devidos aos filhos, sendo que o juiz iria conceder, inicialmente, o divórcio provisório que somente após um ano da sua decisão se converteria em definitivo.

A lei não fazia aí menção ao destino da casa de morada de família, como mais tarde se verifica.

No campo dos efeitos patrimoniais do divórcio, cumpre destacar a previsão normativa dos artigos 26.º e 27.º da Lei do Divórcio: no primeiro, ficou estabelecido que o divórcio sempre implicaria a divisão dos bens entre cônjuges e, conseqüentemente, atribuía a cada um deles a propriedade plena e livre administração de tanto quanto lhes ficasse a pertencer; já no artigo 27.º previa-se que o “cônjuge culpado” perdesse *todos os benefícios que tivesse recebido ou houvesse a receber do outro cônjuge, quer tivessem sido estipulados em convenção antenupcial ou em momento posterior* – previsão que em muito se assemelha com atuais previsões dos normativos que regulam este instituto, ainda que não já exclusivamente atribuído ao cônjuge culpado. Este último preceito seria somente aplicável ao cônjuge culpado, contudo, o cônjuge inocente ou menos culpado poderia renunciar aos benefícios que conservaria no divórcio¹⁷.

Já em 1966, na vigência do respetivo Código, foram introduzidas restrições, no nosso entendimento, graves quando comparadas com o regime vigente nos cinquenta anos anteriores – circunstância que o tornou vulgarmente caracterizado como de cariz excessivamente conservador e como representando um retrocesso no regime português até então em vigor¹⁸.

Em primeiro lugar, conforme teve já oportunidade de se expor, o Código suprimiu a possibilidade de se requerer diretamente o divórcio por mútuo consentimento, tendo os cônjuges somente guardado a possibilidade de requerer a separação judicial de pessoas e

¹⁶ Guilherme de Oliveira, *O Regime... ob. cit.*

¹⁷ Havendo filhos, a Lei previa que a renúncia só poderia fazer-se a favor destes.

¹⁸ Cf. Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Edições Almedina, 2005, pág. 87.

de bens, a qual somente poderia ser convertida em divórcio quando decorridos três anos sobre a decisão que decretasse a mesma ainda que inicialmente houvesse sido pedido o divórcio (arts. 1793.º e 1794.º)¹⁹.

Esta modificação visou, claramente, dificultar o acesso ao divórcio, com o intuito, parece-nos, de garantir que a decisão dos cônjuges fosse mais ponderada.

Em segundo lugar, a nova Lei suprimiu o regime do divórcio pelas causas “objetivas” supramencionadas, com base na separação de facto duradoura, sem que se averiguassem as razões da separação ou a imputação de culpa a qualquer dos cônjuges, acolhendo-se assim um puro sistema de divórcio-sanção (arts. 1778.º e 1792.º).

Decisão legislativa esta que, igualmente visou dificultar a obtenção da decisão de divórcio, a qual só se encontrou vigente no nosso ordenamento jurídico pelo curto espaço temporal de oito anos.

Por fim, o Código de 1966 veio permitir ao Juiz decidir contra o requerimento de divórcio apresentado pelos cônjuges e decretar somente a separação judicial sempre que entendesse que as circunstâncias do caso, como a viabilidade da reconciliação, aconselhavam a não dissolução do casamento. Esta alteração tem-se notoriamente como contrária à autonomia privada dos cônjuges ao princípio processual elementar de que o juiz não deve decidir contra o pedido, ou para além do pedido que lhe é apresentado, conforme estabelecido no artigo 609.º, número 1, do CPC.

III.2. As alterações legislativas do Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio

A modificação dos contornos políticos e sociais aquando da revolução de 25 de Abril de 1974 vieram traduzir-se, igualmente, numa modificação dos contornos legislativos do regime do divórcio.

O princípio constitucional da igualdade dos cônjuges no casamento, patente no artigo 36.º, número 3 da CRP e decorrente da entrada em vigor da nova Constituição de 1976 – fruto da revolução de 1974 – conforme destaca João Espírito Santo²⁰, veio tornar inconstitucionais certos princípios civis e paradigmas existentes nas normas de direito patrimonial, como o poder marital (art.º 1674.º), tendo-se tornado evidente a necessidade de proceder igualmente à reforma do Código Civil, harmonizando-o com o novo

¹⁹ Guilherme de Oliveira, *O Regime...., ob. cit.*

²⁰ João Espírito Santo, *Estudos em Homenagem aos Professores...., ob. cit. pág. 225*

paradigma constitucional, a qual se viria a consolidar na reforma de 1977, conforme veremos.

Com o Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de Maio veio-se, desde logo, conceder a possibilidade de dissolver o matrimónio por meio de divórcio a todos os casamentos, civis ou católicos, com a assinatura do Protocolo Adicional à Concordata entre Portugal e a Santa Sé, em fevereiro de 1975 e, ainda, ressuscitar o regime da dissolução do casamento por meio do divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges.

O divórcio por mútuo consentimento tornou-se, desde então, uma constante no direito português, tendo o seu regime sido alvo de diversas alterações – as quais configuram sempre uma preocupação em diminuir e, até certo ponto, conforme refere João Espírito Santo – opinião com que concordamos -, eliminar os “*limites à autonomia privada dos cônjuges quanto à obtenção consentida do divórcio, cujo levantamento é manifestação de um favor matrimonii que não temos por justificado e de reprovável paternalismo legislativo*”²¹.

Além do mais, este diploma veio também revogar a norma que permitia ao juiz decretar a separação judicial de pessoas e bens quando pelos cônjuges tivesse sido requerido o divórcio, repondo a regra normal do processo civil que ainda hoje se encontra vigente e respeitando, agora, a autonomia dos cônjuges.

Esta alteração legislativa veio ainda admitir, novamente, a possibilidade de os cônjuges requererem diretamente o divórcio por mútuo consentimento sem a necessidade de “consolidarem” a sua intenção de se divorciarem através de um período de separação *de factum* por três anos decorridos desde o trânsito em julgado da sentença de separação para que a mesma pudesse ser convertida em divórcio.

Enfim, o novo regime vigente veio repor no ordenamento jurídico português a antiga causa de divórcio que consistia na separação de facto por um certo período, mas abreviando de dez para cinco anos o prazo que era anteriormente exigido²².

III.3. A reforma de 1977

Em 1977, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, verificou-se uma alteração do regime do divórcio por mútuo consentimento em múltiplos

²¹ *Idem*, pág. 226.

²² Prazo esse que viria a ser alargado de cinco para seis anos pelo Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de Julho.

aspectos. Alterações essas decorrentes, desde logo e conforme teve já oportunidade de se mencionar anteriormente, da necessidade de harmonizar a lei civil com as alterações constitucionais de 1976.

O princípio da igualdade entre os cônjuges, patente no art. 36.º da CRP veio, por um lado munir de inconstitucionalidade todas as normas desigualitárias existentes no regime aplicável até então e, por outro, conferir ao legislador a obrigação de harmonizar o regime, para que passasse a reconhecer os cônjuges como partes iguais, com a mesma dignidade, aniquilando a distinção de papéis e qualquer menção da qual se depreendesse a existência de uma posição “hierárquica” entre os mesmos²³.

De entre as alterações que mencionaremos, iniciamos com o suprimento da exigência de uma idade mínima dos cônjuges (que era de 25 anos), tornando o acesso ao regime mais abrangente e facilitado; por outro lado e em sentido contrário, aumentou-se para três anos o tempo de duração mínima do casamento (que havia sido reduzido para dois anos em julho de 1976). Por último, veio ainda condicionar o decretamento do divórcio à homologação judicial dos acordos sobre as suas mais importantes sequelas – o destino e os alimentos dos filhos, os alimentos entre cônjuges e o destino/utilização da casa de morada da família, quando o regime anterior só exigia a apresentação inicial do acordo sobre os filhos.

Ainda sobre estes acordos, porque intrinsecamente ligado ao objeto do presente estudo, foi, à data, discutida a possibilidade de se exigir igualmente um acordo prévio sobre a partilha dos bens dos cônjuges, a qual, como sabemos, não foi avante²⁴.

Em termos processuais, substituiu-se a sentença provisória e a definitiva por um procedimento baseado em duas “conferências” sucessivas, que terminavam com a decisão única e definitiva de divórcio.

A primeira das conferências inerentes ao processo de divórcio somente seria convocada pelo juiz se todos os requisitos legais para a obtenção do mesmo se encontrassem reunidos, momento em que este tentava conciliar as partes. Não

²³ Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”, in AA. VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 19 e ss..

²⁴ Sobre esta discussão, Isabel Magalhães Collaço, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois” ..., *ob. cit.*, pág. 30.

conseguindo, deveriam os cônjuges, dentro do prazo do chamado “período de reflexão” (entre três meses e um ano) renovar o pedido do divórcio.

Renovado o pedido, teria lugar a segunda conferência, na qual se tentaria novamente a conciliação das partes e, não sendo esta possível, havendo acordos das partes que acautelassem suficientemente os seus interesses e dos filhos, seria então enfim decretado o divórcio, conforme resultava dos artigos 1776.º, 1777.º e 1778.º do CC – todos na redação em vigor à data.

No que diz respeito ao divórcio litigioso, resultou desta reforma que qualquer um dos cônjuges poderia requerer o mesmo se o outro violasse culposamente os deveres conjugais (como a fidelidade, coabitação, cooperação e assistência – patentes no artigo 1672.º) quando pela gravidade ou reiteração, tal compromettesse a possibilidade da vida em comum (art.º 1779.º, número 1), acrescentando ainda como fundamentos os elencados no artigo 1781.º, sendo eles:

1. A separação de facto por seis anos consecutivos;
2. A ausência sem notícias por, pelo menos, quatro anos;
3. A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge durante, pelo menos, seis meses e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade de vida em comum²⁵.

Desta revisão do regime, nas palavras de João Espírito Santo²⁶, o autor destaca que se verifica um “abandono” do sistema puro do também chamado divórcio-sanção, que até aqui se verificava para as causas elencadas no art.º 1778.º e que aqui tivemos já oportunidade de mencionar, para o centrar num “meio-caminho” entre o divórcio-sanção e aquele que se viria a identificar, mais adiante, como divórcio-rutura, não o fazendo na sua plenitude dado o amplo papel que a culpa continuava a desempenhar²⁷.

²⁵ Eduardo dos Santos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos*, 3.ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2003, pp. 117 e ss.

²⁶ João Espírito Santo, “Divórcio, Cessação da coabitação conjugal e critério legal da partilha”, in *Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos*, Revista da Ordem dos Advogados, pp. 227 e 288.

²⁷ Passamos na verdade a ter um sistema misto, onde coexistiam causas tanto de natureza objetiva como subjetiva. Persistiam resquícios de um sistema sancionatório, temperados agora, com uma ideia de divórcio remédio por um lado e divórcio constatação da rutura por outro. Para maior aprofundamento da temática: Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pp. 97 e ss. e Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7. N.º 13, 2010, pág. 5.

A reforma de 1977 deu, igualmente, lugar à entrada em vigor de um conjunto de regras relativas ao momento da produção de efeitos do divórcio, determinando que os seus efeitos, pessoais e patrimoniais, estes últimos aqueles que aqui nos ocupam.

Assim, os efeitos pessoais decorrentes da efetiva dissolução do casamento por meio do divórcio tornavam-se efetivos desde o trânsito em julgado da sentença, mas os efeitos patrimoniais iriam retroagir-se à data da propositura da ação. No mais, comprovando-se a falta de coabitação entre os cônjuges, qualquer um deles poderia requerer a retroatividade dos efeitos do divórcio à data, que seria fixada na sentença, em que a coabitação tenha cessado, por culpa exclusiva ou predominante do outro (conforme se encontrava expressamente previsto no art.º 1789.º, números 1 e 2 do CC)²⁸.

Todavia, estabelecia o número 3 do supramencionado preceito que a retroatividade dos efeitos patrimoniais do divórcio seria já inoponível a terceiros, podendo estes fazer-se valer da data do registo da sentença.

Erradamente, a menção legal à culpa não foi eliminada ou ajustada aquando da entrada em vigor do decreto-lei que originou a reforma de 1995 quando passou a admitir-se, no que ao divórcio por mútuo consentimento diz respeito, que este passasse a poder resultar de uma decisão do conservador do registo civil e menos ainda se compreende que continue a manter-se após a convolação do processo de divórcio por mútuo consentimento num processo puramente administrativo, da competência exclusiva das conservatórias de registo civil, pelo que deverá procurar fazer-se uma interpretação ab-rogante da menção à culpa atualmente patente no artigo .

Assim, a regra do n.º 2 do artigo 1789.º comportava um defeito sistemático originário, pois que, pese embora integrada numa subsecção (Capítulo XII, Título II do Livro IV) que respeita aos efeitos do divórcio, independentemente da modalidade, “*tinha o seu âmbito limitado ao divórcio litigioso, uma vez que pressupunha uma aferição de declaração da culpa, exclusiva ou predominante, de um dos cônjuges*”²⁹.

²⁸ Neste sentido, *idem*.

²⁹ Cf., entre outros, Miguel Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, cit., pág. 105; Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, Volume I – Introdução ao Direito Matrimonial*, 5.ª edição Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 669 e 670; Nuno de Salter Cid, “Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8 (2007), pág. 5.

Posto isto, e versando mais concretamente àquilo que aqui nos ocupa, destacamos como aspetos patrimoniais do divórcio saídos desta reforma: apesar de as causas do divórcio vislumbrarem um cariz parcialmente objetivo – desprovidas de juízo de culpa, esta continuou a desempenhar um papel relevante em sede de divórcio litigioso, continuando-se a prescrever sanções de aplicação unilateral ao cônjuge “culpado” ou que tivesse a maior parte dela. Seriam igualmente exemplos do que aqui se expõe a perda de benefícios e a partilha, patentes nos então arts. 1790.º e 1791.º do CC – que continuavam a não permitir que o cônjuge culpado recebesse benefícios pretéritos ou futuros atribuídos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado nem que recebesse, em sede de partilha, mais bens do que os que receberia se fosse casado segundo o regime da comunhão de bens adquiridos.

Pretendia-se, assim e sem inovação neste tópico, sancionar o cônjuge pelo facto de ter dado causa ao divórcio, o que fazia com que este não se mostrasse, arriscamo-nos a dizer, digno daqueles benefícios e bens.

Com carácter inovador surge, todavia, o novo art.º 1676.º do CC, o qual, como evidente reflexo do princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, passa a atribuir carácter de reciprocidade ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar, na proporção das suas possibilidades, independentemente do sexo, seja pela afetação dos seus rendimentos como pelo trabalho despendido no lar ou na educação dos filhos. Sendo este contributo de tal modo relevante para o legislador que veio, no número 2 deste preceito, prever a possibilidade de compensar o cônjuge que houvesse contribuído de forma superior àquilo que seria exigível³⁰.

III.4. As últimas alterações legislativas: de 1995 a 2008

O regime do divórcio veio, após a reforma de 1977, manter-se inalterado durante cerca de vinte anos tendo, já entre 1995 e 2008, sofrido algumas alterações legislativas, que foram delineando o sentido evolutivo do pensamento legislativo que se procurou cumular na alteração de 2008.

Foi já em 1995, com o Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Julho, que aprovou o novo Código do Registo Civil, que se alterou o processo de divórcio e de separação de pessoas a bens por mútuo consentimento, tendo este passado a ser possível requerer-se nas

³⁰ Todavia, a este direito estava aliada uma presunção de renúncia, criando ao cônjuge o ónus de a ilidir no caso de pretender ser recompensado.

Conservatórias do Registo Civil e decretado pelo respetivo Conservador em exercício de funções, contanto que o casal não tivesse filhos menores ou, tendo-os, que o exercício do poder paternal já se achasse judicialmente regulado.

Eliminou-se, ainda, a existência da segunda conferência que era antes exigida no processo (exclusivamente) judicial destinado a decretar o divórcio *per se*, revogando-se, assim a norma do à data art.º 1777.º.

Mais tarde, veio a Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, suprimir o prazo de duração do casamento fixado na legislação anterior, para poder ser pedido o divórcio por mútuo consentimento, permitindo, assim, que este fosse requerido pelos cônjuges “*a todo o tempo*”, ou seja, sem que tivesse de se respeitar um período mínimo de duração do casamento. Além disso, a Lei diminuiu a duração da separação de facto relevante, no caso de divórcio litigioso por causas “objetivas”, que passou a ser de três anos, ou até mesmo de um ano se o réu acabasse por não se opor ao pedido de divórcio apresentado pelo seu cônjuge, autor no processo. Por fim, o legislador procedeu à revogação do então art.º 1784.º do CC, o qual garantia a possibilidade de o juiz não decretar o divórcio que houvesse sido requerido com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge quando presumisse que o divórcio iria agravar de forma considerável o estado mental do mesmo³¹.

Já em 2001, a alteração legislativa que entrou então em vigor veio transferir dos Tribunais para as Conservatórias do Registo Civil o poder de decisão em diversas matérias, como foi caso da conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados, alterando ainda o regime do divórcio por mútuo consentimento.

Este processo passou, então, a pertencer à competência agora exclusiva das Conservatórias do Registo Civil salvo, naturalmente, nos casos em que haja conversão de um divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento, nos quais então continuam a correr no Tribunal.

No que concerne ao divórcio litigioso, importa ressaltar que não se prescindiu da declaração do cônjuge culpado ou principal culpado, quando culpa houvesse a imputar à

³¹ António Menezes Cordeiro, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”, in AA. VV., *A Família e o Direito nos 30 Anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, sob a direção da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 160 e 161; e Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018, pág. 179.

dissolução do casamento (1787)³², tendo-se mantido a regra de que o cônjuge culpado não poderia receber na partilha mais do que receberia se o casamento houvesse sido celebrado sob o regime da comunhão de bens adquiridos.

Ainda em momento prévio à alteração que aqui nos prende com maior relevo, no ano de 2007, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, foram introduzidas várias alterações ao processo administrativo do divórcio por mútuo consentimento, das quais destacamos com brevidade a possibilidade de inclusão da partilha dos bens comuns nesta modalidade do processo³³.

IV. A LEI N.º 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO

Foi então em 2008 que surgiram as maiores alterações ao regime do divórcio como hoje o conhecemos, alterações sobre as quais nos iremos debruçar mais afincadamente adiante.

IV.1. O pensamento legislativo do projeto de Lei n.º 509/X

Com efeito, foi do projeto de Lei n.º 509/X³⁴ que teve origem a reforma do presente regime e, sem prejuízo da análise comparativa entre aquela que seria a intenção legislativa aquando da elaboração do projeto de Lei e os resultados que vieram, enfim, a ser conseguidos face aos efeitos patrimoniais pretendidos em sede de divórcio, abordaremos brevemente as alterações que pretenderam ser então introduzidas.

Preliminarmente, vem este projeto de Lei desde logo destacar a “*Liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afetividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades*”. Assim, um dos primeiros cuidados vertidos na exposição de motivos do projeto de lei será o princípio da liberdade e a perceção de que ninguém deverá manter o estado de casado quando essa não seja mais a sua vontade, ou quando os laços afetivos não sejam já os mesmos.

³² Imediatamente antes da reforma de 2008, Jorge Duarte Pinheiro, *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008, cit., pág. 97, antecipava ser “[...] natural a evolução para um sistema em que seja abolido o divórcio com fundamento em violação culposa de deveres conjugais [...] e em que seja admissível, sem grandes restrições, a dissolução do vínculo matrimonial por decisão unilateral de um dos cônjuges”.

³³ Sobre estas alterações vide Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, Novembro 2009, pp. 23 a 27.

³⁴ Disponível em www.app.parlamento.pt

O pensamento do legislador, no sentido de que a simples rutura da vida em comum é bastante para fundamentar o pedido de divórcio nasce da percepção de que à modernidade vem corresponder a transformação de que cada indivíduo, dentro do próprio casamento deve ambicionar a sua realização pessoal, resultando do projeto que este seria o tempo de apostar no bem-estar individual enquanto condição necessária ao bem-estar familiar.

Esta mudança de paradigma é assumida nesta exposição de motivos em certos planos fundamentais, como serão, por um lado a eliminação da “culpa” como fundamento do divórcio e o alargamento dos fundamentos objetivos da rutura conjugal e, por outro, o reconhecimento da importância dos contributos para a vida familiar, seja do trabalho despendido no lar, seja dos cuidados com os filhos.

Para legitimar as alterações profundas que viriam a advir da Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, faz-se o apelo, no projeto de Lei, a três grandes movimentos que marcaram especialmente o final do século XX³⁵: a sentimentalização, a individualização e secularização³⁶.

Se o primeiro destes movimentos foi a base da pretensão aqui impregnada de eliminar a culpa, a acuidade do legislador deve, contudo, ser salientada que admitiu que, apesar da sua eliminação, não poderia isso significar a desproteção de situações de injustiça e igualdade. Sendo nesta linha que, além do regime da reparação de danos no âmbito da rutura do casamento por meio do divórcio, se veio prever a existência de créditos de compensação para as situações de manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.

Cada um destes movimentos teve um cuidado e tratamento individual nesta alteração legislativa que o nosso legislador procurou alcançar, admitindo ainda que as mudanças e as consequentes regras, ainda que dotadas de um carácter genérico e abstrato,

³⁵ Também inspirado nos Princípios de Direito da Família Europeu, que hoje tomam especial relevo no regime do divórcio em Portugal – sobre esta matéria, *vide* Katharina Boele-Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antuérpia/Oxford, 2004, pp. 11-59.

³⁶ Sobre estes movimentos, entre outros, veja-se Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* *ob. cit.* pp. 37 e ss. Em resultado do primeiro movimento, o legislador ver admitir que a dimensão afetiva é o núcleo “*fundador e central da vida conjugal.*”, já no segundo, faz-se referência à crescente afirmação dos direitos dos indivíduos na esfera familiar referindo-se, *máxime*, que a própria afirmação da igualdade entre homens e mulheres é reflexo disso mesmo. Por último, também os efeitos do movimento da secularização se fazem sentir, nomeadamente na retração das referências religiosas – não o seu abandono – para uma esfera mais íntima e naturalmente com dimensões menos consequenciais noutros aspetos da vida.

seriam de aplicar a sujeitos que nem sempre estão num patamar de igualdade, frisando ainda que *“a direitos iguais correspondem muitas vezes condições sociais do seu exercício, reservando-se, por isso, como sempre acontece em termos de direito, um papel muito relevante de compreensão e de adaptação da lei aos seus aplicadores.”*³⁷

Posteriormente, dá-se maior destaque no texto do projeto às maiores razões que fundamentam o aumento do número de divórcios registados no nosso ordenamento. Entre elas encontram-se as recomposições sociais e económicas, à alteração da própria perspectiva do casamento e a forma como os indivíduos o encaram e, por fim, o projeto destaca ainda a progressiva entrada das mulheres no mercado de trabalho e a forma como a decorrente independência financeira das mesmas lhes conferiu uma maior autonomia para *“colocar termos a situações persistentemente indesejáveis.”*

Por seu turno, novos problemas assolaram o legislador, aos quais este procurou dar resposta e, em suma, pretendeu acautelar o *“não agravamento de situações de desigualdade e assimetria entre cônjuges, protegendo os mais fragilizados”*, destacando-se o pensamento legislativo, que foi norteado por boas intenções legislativas, que haveriam de amparar o cônjuge mais carecido de proteção aquando da dissolução do matrimónio³⁸.

IV.2. As alterações ao regime jurídico introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Brevemente perscrutada a intenção legislativa do projeto de Lei do diploma ora em apreço, cumpre agora destacar de que forma o legislador se propôs a dar resposta às transformações sociais e problemas atuais que o ocupou, nomeadamente aquelas que ao nosso objeto de estudo dizem respeito – as que impactam a vertente patrimonial da rutura que aqui falamos.

Conforme refere Margarida Silva Pereira, *“antes de avançar para a sua leitura crítica impõe-se, contudo, sublinhar que a Lei do Divórcio em vigor é, no nosso*

³⁷ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*, ob. cit., pág. 211.

³⁸ Neste sentido, Alberto Martins, “Prefácio”, in AA. VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008, pp. 8 e 9 *“... o novo regime acautela a comunidade familiar e protege o cônjuge mais frágil (...) ao nível patrimonial, reconhece-se legalmente a importância dos contributos para a vida familiar e conjugal, dos cuidados com os filhos, do trabalho despendido no lar, bem como das opções de vida tomadas em favor da família. Pela primeira vez uma lei do divórcio contempla e valoriza o trabalho doméstico e o apoio familiar.”* Concluindo, ainda, que *“o novo regime jurídico do divórcio é, enfim, inovador e adaptado à realidade da sociedade familiar e conjugal actual.”*

entendimento, uma lei muito virtuosa.”³⁹ e completa a Autora dizendo que “*a sua crítica impõe-se hoje, mais de uma década passada sobre a sua publicação.*”⁴⁰ Entendimento esse que igualmente nos move.

Antes do mais, deixou de existir a tentativa de conciliação primária no divórcio por mútuo consentimento e, ainda, deixaram de ser exigidos como requisitos os acordos complementares exigidos, sendo que nestes últimos casos, os cônjuges somente carecem de ter mútuo consenso na dissolução para ela operar e faltando algum destes acordos, o pedido terá de ser apresentado e decidido perante o juiz no tribunal competente que irá, nos termos do artigo 1773.º do CC, decidir sobre as questões em que os cônjuges não alcançaram entendimento mútuo.

O divórcio sem consentimento, como aqui já abordámos, viu-se reduzido da modalidade de divórcio por violação *culposa* dos deveres conjugais, porque se previa que esta consubstanciava uma modalidade de agravamento de conflitos, bem como uma forma de divórcio sancionatório que, conforme vimos no subcapítulo anterior, já não se queria perfilhar no nosso ordenamento.

Por último em momento prévio a entrarmos nas alterações que aos termos patrimoniais dizem respeito, os prazos para relevarem os fundamentos de divórcio sem consentimento previsto no atual art.º 1781.º do CC foram todos reduzidos para um ano e foi-lhes acrescentada uma cláusula geral que permite relevar “*outros factos*”⁴¹ sem qualquer prazo.

³⁹ Cit. Maria Margarida Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pág. 88.

⁴⁰ Maria Margarida Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pág. 89

⁴¹ Sobre estes, diz Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio...*, ob. cit., pág. 14, que “*os actos a que os sistemas jurídicos dão relevo devem ser factos objetivos capazes de convencer o tribunal de que os laços matrimoniais se romperam, e se romperam definitivamente*”. Na mesma linha, diz-nos Rita Lobo Xavier, “Direito ao Divórcio, Direitos Recíprocos dos Cônjuges e Reparação dos Danos Causados: Liberdade Individual e Responsabilidade no Novo Regime do Divórcio” in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina 2012, pág. 502, “*tais factos serão apreciados «independentemente da culpa dos cônjuges», o que significa, em meu entender, não só que não haverá lugar a uma apreciação ético-jurídica do comportamento dos cônjuges, mas também, e mais importante, que o incumprimento dos deveres conjugais será apreciado de forma objetiva, isto é, mesmo que sejam comportamentos do cônjuge réu «desculpáveis» e, inclusivamente que o próprio autor pode alegar e provar incumprimentos que lhe são imputáveis... os factos «que mostrem a ruptura definitiva do casamento» têm de ser objetiváveis, não pode tratar-se de simples afirmações sobre «sentimentos» ou «estados de alma»: tais «sentimentos» ou «estados de alma» terão de refletir-se em atitudes e comportamentos comprováveis.*”.

No que aos efeitos patrimoniais diz respeito, podemos destacar, desde logo, que houve um grande impacto aqui sentido, desde logo pela eliminação da culpa, a qual tinha uma estreita ligação com os impactos patrimoniais que se sentiam na rutura do casamento.

Numa situação de divórcio, a partilha, prevista no artigo 1790.º do CC, será feita sempre no limite de um casamento contraído no regime de bens da comunhão se adquiridos – ainda que o regime por eles convencionado tivesse sido o da comunhão geral ou qualquer outro mais abrangente do que a comunhão de adquiridos. Em jeito de nota, cumpre destacar que tal já não sucederá em caso de dissolução por morte, onde a partilha se regerá nos exatos termos do regime que haja vigorado durante o casamento. Justifica-se aqui o legislador com a pretensão de evitar que o divórcio seja “*um meio de adquirir bens, para além da justa partilha do que se adquiriu com esforço comum na constância do matrimónio*” – vendo como meio para esse fim a aplicação imperativa da partilha segundo o regime da comunhão de adquiridos. Podemos então questionar onde ficará, aqui, a autonomia privada dos cônjuges? Lá iremos.

Além desta alteração, passa igualmente a prever-se a existência de um crédito compensatório, que estará agora previsto no artigo 1676.º, número 2 do CC, sempre que um dos cônjuges haja contribuído manifestamente mais do que lhe era exigido para os encargos da vida familiar, quando comparado com a contraparte. Esta opção legislativa é então justificada pelo princípio de que qualquer enriquecimento ou empobrecimento ocorridos durante o casamento “*não devem deixar de ser compensados no momento em que se acertam as contas finais dos patrimónios.*”.

Por fim, com a desvalorização da culpa no divórcio, também a perda de benefícios recebidos ou a receber em virtude do estado de casado passa a ser aplicada a qualquer um dos cônjuges, tendo como fundamento base que “*a razão dos benefícios era a constância do casamento*”.

IV.3. A evolução sociológica e mudança de paradigmas em matéria de casamento e divórcio

Conforme tivemos já oportunidade de abordar brevemente, este novo regime do divórcio resultou em transformações legislativas que foram impulsionadas, desde logo, pelas transformações sociais também verificadas. No mais, nunca se podendo falar de

divórcio sem antes se abordar o tema do matrimónio⁴², tomaremos a liberdade de ressalvar algumas transformações sociais verificadas dentro destes dois institutos no nosso ordenamento jurídico, entre elas: a própria conceção de família, do casamento e o lugar da sua dissolução até então.

A conceção de família sempre dependerá de outros fatores, entre eles, o modo como a nossa sociedade concebe igualmente o instituto do divórcio⁴³, até porque o ramo do direito da família, parece-nos, não se compatibilizar com uma total neutralidade legislativa acabando sempre, em maior ou menor grau, por se refletir as ideologias e entendimentos sociais circundantes, os quais são também objeto da sua regulação não podendo, nem devendo, ter-se como um sistema alheio à realidade em que se insere⁴⁴.

Como já vimos, é de entendimento geral que grande parte da história destes institutos foi firmemente marcada pela visão do casamento como um sacramento indissolúvel. Entendia-se a família no seu todo, enquanto instituição com interesses próprios que transcendiam os interesses dos seus membros⁴⁵ e por norma significava que ao longo de muitos anos os últimos acabavam por se sacrificar em prol dos primeiros. Do mesmo modo que durante décadas era assente que a predominância patriarcal⁴⁶, em que

⁴² Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pág.16, a Autora refere que “Hoje em dia, a necessidade de divórcio é maior do que nunca. As expectativas de vida mais longas, a facilidade dos métodos anticoncepcionais, as melhorias na saúde pré-natal e nos cuidados de saúde em geral aumentaram drasticamente o tempo que os cônjuges podem esperar passar juntos, unidos pelos laços do matrimónio.”.

⁴³ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 9 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit. pág. 17.

⁴⁴ Jorge Duarte Pinheiro, “Perspectivas de Evolução do Direito da Família em Portugal”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 347; Rabindranath Capelo de Sousa, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes e a Sociedade Portuguesa”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 524 e Miguel Teixeira de Sousa, “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 553.

⁴⁵ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pág. 25.

⁴⁶ Nas palavras de Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família*, 6ª ed. Revista e atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos, Coimbra, Almedina, 2023, pág. 73 “(...) os dois modelos de sociedade perfeita: o cosmos presidido por Deus, o mosteiro pelo abade – a família pelo pai; (...)” e, ainda “E esperava-se que o pai fosse o abade da sua família, tal como o abade era o pai da sua família monacal.”.

a mulher se sujeitava ao homem⁴⁷, também no seio da família e os papéis conjugais se encontravam pré-determinados jurídica e socialmente⁴⁸.

Assim era e por muitos anos se continuou a entender que deveria ser, tanto na visão “interna” como do “externa”⁴⁹ do seio familiar. Somente no final do século XX se esbateu esta ideia de hierarquia e patriarcado, predominando a objetiva liberdade e igualdade entre os géneros individualmente e conjuntamente dentro das famílias, tendo a posição da mulher, naturalmente, sofrido uma maior transformação neste âmbito⁵⁰.

Chegados a este ponto, também a conceção dos institutos do casamento e do divórcio foram alvo de ajustes. Desde logo, deixamos de ter, entre nós, a conceção da indissolubilidade do casamento, sendo “...deixado à liberdade dos cônjuges, valendo o que estes quiserem que ele valha”⁵¹. Já no que à ponderação de interesses que acima vimos se verifica uma volta de cento e oitenta graus, onde se priorizam os interesses individuais em prejuízo dos interesses familiares coletivos, passando o seio familiar a ter-se não só como igualitário, mas que se pretende igualmente prover realização pessoal a cada um dos indivíduos.

Neste ponto, verifica-se uma “supremacia da satisfação individual”⁵² de cada cônjuge, em que a própria razão de ser do matrimónio evoluiu para encarmos a sua dissolução como consequência lógica e natural quando as partes não se sintam

⁴⁷ Ainda no Código de Seabra, a sociedade conjugal era puramente desigualitária, como aliás resultava do seu art.º 1185.º, onde se podia ler, que ao marido incumbia a obrigação de proteger e defender não só a pessoa como os bens da mulher e a esta incumbia o dever de prestar obediência ao marido.

⁴⁸ Sobre isto, refere Samuel Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, Tomo I, 1734, VI, I, § II : “*La femme qui entre (dans le mariage) doit se soumettre à la direction de celui qui en est le chef : car ce serait une chose fort irrégulière qu’il y eût deux chefs dans une famille ou qu’un membre de la famille ne dépendit point du chef.*”

⁴⁹ Ressalvamos aqui que, durante largos anos, este cenário era normal e pacificamente aceite e expectável para a sociedade em geral e para os próprios membros da família em questão que se verificasse este fenómeno da dominação masculina.

⁵⁰ Neste sentido, Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pp. 76, 77,85 e ss., em particular na pág. 90 da obra os autores destacam que “*Temos de esperar pelo século XX para assistir à libertação da mulher e dos filhos do ‘poder paternal’.*”, e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit., pp. 40 e 41.

⁵¹ Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pág. 91.

⁵² Conforme destaca Maria Margarida da Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e da Sucessões...*, ob. cit., pág. 87 “*Pois, se nalgum domínio nuclear do Direito da Família a autonomia da vontade se afirmou com evidente clamor normativo, foi aqui [na nova Lei do Divórcio]. E o clamor normativo afere-se, em matéria de divórcio – mais concretamente, em matéria de reconhecimento do direito à sua obtenção – não só pela afirmação do direito pessoalíssimo a não permanecer no estado de casado, que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, reconhece amplamente, como pelas implicações inevitáveis que a dissolução do casamento tem no estatuto pessoal, patrimonial, profissional das pessoas cujo estado civil se altera por esta via.*”

felizes/realizadas dentro do mesmo⁵³. Culminando, assim, num repugnar de manutenção do matrimónio contra a vontade de qualquer um dos cônjuges⁵⁴ de qualquer vínculo – sobretudo jurídico – que os una.

Até o próprio conceito de divórcio-sanção se encontra já ultrapassado e com o desaparecimento da culpa consumado no diploma sobre o qual aqui nos debruçamos nos remete para este entendimento de que a rutura da vida comum é uma causa natural e objetiva do divórcio, não se criando já um “juízo”⁵⁵ sobre a vida e possíveis problemas conjugais que implicam a rutura do casamento alheio, ou até da simples precariedade dos sentimentos dos cônjuges ao longo dos anos, nem existindo uma tão patente preocupação e autorrecriação pela decisão que se tomou ou possa vir a tomar neste sentido. Interiorizou-se que se o casamento começa com duas declarações de vontades coincidentes, nada será mais natural que a falta delas ou mesmo por meio delas suceda a sua resolução.

Para alcançarmos este entendimento sobre a rutura, contribuíram a “facilitação” do regime do divórcio, simplificado não só nas suas causas, como hiatos temporais e no próprio processo em si, no sentido de prever “saídas” de casamentos que não cumpriam o seu propósito porque não cumpriam, entre outros, o desígnio da felicidade de ambos ou de um dos cônjuges⁵⁶. Além deste, verifica-se também uma fragilização da natureza institucional do matrimónio, para a qual contribuiu o desaparecimento da relevância do incumprimento dos deveres conjugais⁵⁷.

⁵³ Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...* ob. cit., pág. 362 refere, ainda, que “*Nenhum dos cônjuges tem o direito de exigir que o outro o ame – ou viva com ele em comunhão de vida; embora tenha a legítima expectativa que isso aconteça.*”.

⁵⁴ Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real/José Silva Pereira, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª Edição Atualizada, Lisboa, AAFDL, 2011, pág. 22 refere que “*Obrigar os cônjuges a continuarem casados, parece corresponder a uma reminiscência passadista quanto à virtual perenidade do vínculo conjugal.*” e mais adiante, na pág. 186 da mesma obra “*A reconversão da vida é um valor colocado acima da perdurabilidade forçada e perfeitamente desajustada de vínculos de comunhão plena de vida.*”.

⁵⁵ Não podemos concordar senão com Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pág. 363 quando referem que “*Parece-nos totalmente inaceitável que se mantenha pela coação pública casamentos inviáveis – na perspetiva de um dos cônjuges ou de ambos.*”.

⁵⁶ Neste sentido: Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vitor Pereira das Neves/Marta Tares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 432-434.

⁵⁷ *Idem.*

Também a intervenção governamental no ramo do direito da família⁵⁸, pelas razões acima abordadas, foi sendo cada vez menos aceite⁵⁹, tornando-se patente que somente deveria existir intervenção quando a necessidade o justifique, dado que os sentimentos não conseguem ter tutela jurídica, quando estes deixam de existir ou mudam, a Lei não pode senão tutelar apenas a confiança depositada no projeto de vida que se idealizava⁶⁰.

Assim, e bem sabendo que da rutura podem advir disparidades, visa o regime que estas sejam arbitradas por uma terceira parte imparcial. Com o intuito de regular somente o mais importante, o direito da família, nas palavras de Miguel Teixeira de Sousa “o direito das crises familiares”⁶¹, torna-se inevitavelmente fragmentário. Apesar disto, parece-nos que estamos então perante uma transformação do instituto do casamento, inerente à sua relação direta com a igual transformação da sociedade em que nos inserimos e que o regime visa regular⁶². Podemos então identificar uma oscilação do sistema jurídico familiar entre os valores tradicionais do passado e a tendência de aproximação às novas realidades familiares que vivemos.

É nesta mesma medida que, havendo uma evolução e conseqüente transformação do casamento em comum com as da própria sociedade, também o divórcio andarà em comunhão com a perceção que temos do casamento e, hoje, falar de divórcio equivale já a falar dos seus efeitos e não já das suas causas, como antes se priorizou. Neste momento, o papel legislativo foca-se nas conseqüências da rutura, sendo-lhe agora exigido uma máxima proteção a ambos os cônjuges, com particular destaque para o que deles carecer dessa tutela⁶³, visando socorrer aquele que se encontrar numa maior posição de dependência e fragilidade.

⁵⁸ O Direito da Família, porque do conceito sociológico depende, sempre será estreitamente ligado à evolução e entendimento sociológico da Família *per se* – sobre isto, destacamos as obras de Martine Segalen, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 6ème Edition, 2008 e Jean-Hugues Déchaux, *Sociologie de la famille*, Paris, La Découverte, 2008.

⁵⁹ Nas palavras de Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit. pág. 91 “*Nos momentos em que tudo funciona bem na família, a lei não é necessária para nada.*”.

⁶⁰ Cfr. Rosa Cândido Martins, “A Morte do Casamento: mito ou realidade?”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 223; Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pág. 4.

⁶¹ Miguel Teixeira de Sousa, “Do Direito da Família aos Direitos Familiares”... ob. cit. pág. 559.

⁶² Rosa Cândido Martins, “A Morte do Casamento: mito ou realidade?”... ob. cit. pp. 233 e 234.

⁶³ M.^a João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (In)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, *Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pág. 150.

Exige-se, assim e em súmula, aos intervenientes neste ramo do direito que se consiga relacionar a rutura conjugal com uma repartição igualitária de custos-benefícios, vantagens-desvantagens e direitos-deveres face ao matrimónio que os uniu.

V. DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO

Antes do mais, e nos termos do artigo 1789.º do CC, “*os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respetiva sentença, mas retrotraem-se à data da propositura da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges.*”⁶⁴.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro manteve praticamente intocada a letra deste artigo como anteriormente se verificava, salvo a substituição da referência a “coabitação” pela referência a “separação de facto” no seu número 2⁶⁵.

Nestes termos, destacaremos somente, entre as problemáticas da sua aplicação a exceção de retroatividade prevista nesse mesmo número 2, que dependerá da fixação de data de separação de facto, por meio de sentença, em data anterior à prevista no número 1 do mesmo preceito⁶⁶, e avançaremos de imediato para o elenco de efeitos que nos propomos analisar⁶⁷.

V.1. A Compensação prevista no art.º 1676.º do CC

A. O seu conteúdo normativo: uma análise tripartida do número 2

Com o abandono do chamado divórcio-sanção, da culpa e suas consequências, sempre se poderia temer o surgimento facilitado de profundas injustiças em sede de rutura conjugal, nomeadamente em prejuízo do cônjuge mais fragilizado, como aqui já brevemente mencionámos e foi com esta preocupação patente que o legislador de 2008

⁶⁴ Redação do n.º 1 do preceito.

⁶⁵ No mesmo sentido, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 108.

⁶⁶ Vejam-se, neste âmbito em concreto, os Acórdãos do TRE de 26 de janeiro de 2017 (Processo n.º 60/08.6TBBJA-B.E1 Relatora FLORBELA MOREIRA LANÇA) que refere que “*Os efeitos patrimoniais do divórcio retrotraem-se à data da entrada em juízo da acção de divórcio, não sendo admissível, para efeitos de excepção a esta norma, que os efeitos patrimoniais do divórcio se retrotraiam à data da separação de facto, quando esta não está provada na sentença que decretou o divórcio.*” e do STJ de 11 de abril de 2019 (Processo n.º 3185/12.OYXLSB-F.L1.S1 Relator ABRANTES GERALDES) o qual estabelece, pese embora com maior destaque sobre a apreciação em matéria de administração de bens, nessa mesma linha, que para aplicação da exceção do número 2 do artigo 1789.º do CC a separação de facto tem de ser declarada na sentença que decreta o divórcio a requerimento de algum dos cônjuges. No caso concreto em apreço neste Acórdão, uma vez que o pedido de antecipação dos efeitos patrimoniais à data da separação de facto entre os cônjuges, tal não pode ser peticionado em momento posterior.

⁶⁷ Em maior detalhe, veja-se a análise do artigo 1789.º por Paula Távora Vitor *in* Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV Direito da Família*, 2.ª Edição, Edições Almedina, 2022, pp. 557 e ss.

proveu pela tentativa de se antecipar a esta problemática, através do regime da compensação desse mesmo cônjuge⁶⁸.

Este crédito compensatório virá então a ser consagrado no número 2 do artigo 1676.º do CC⁶⁹⁷⁰ e decorre dos já existentes deveres conjugais (capítulo em que se insere) de assistência e de contribuir para os encargos da vida familiar, a qual se pressupõe igualmente exigida a ambos os cônjuges⁷¹ de acordo com as suas possibilidades e se verifica tanto pela afetação monetária dos seus recursos aos respetivos encargos familiares, quanto pelo trabalho efetivamente despendido com os filhos e o lar⁷².

Pese embora os moldes estabelecidos para este instituto em 2008, já em 77 se previa que na eventualidade de algum dos cônjuges contribuir neste âmbito familiar além do que lhe seria possível, seria titular de um direito a ser compensado pelo excesso, mas a sua aplicação era anteriormente escassa, pois que se encontrava limitada⁷³ por meio da presunção (*iuris tantum*) de renúncia ao seu exercício então existente, ainda que passível de ser ilidida.

Desde a alteração legislativa de 2008 ora em apreço, a redação do n.º2 do art.º 1676.º do CC que aqui analisamos em maior detalhe acabou por também sofrer alterações face às inovadoras motivações legislativas, nomeadamente no que ao papel da mulher no mercado de trabalho e no seio familiar diz respeito e consequentes renúncias que a mesma

⁶⁸ A questão que se coloca, nas palavras de Cristina Dias é “(...) *saber se isso será ou não vantajoso para os cônjuges e para o sistema jurídico em geral.*” in Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio ...*, ob. cit., pág. 23.

⁶⁹ “Artigo 1676.º

(*Dever de contribuir para os encargos da vida familiar*)

1- (...)

2- *Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.*”

⁷⁰ Em maior detalhe sobre este tema, veja-se Cristina Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pp. 57 e ..., Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica...*, ob. cit., pp. 23 e ss., Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pp. 78 e ss. e Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pp. 45 e ss.

⁷¹ Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas - Regime Jurídico Atual*, 3.ª Edição, revista e aumentada, Lisboa, Quid Iuris, 2011, pág. 109.

⁷² Cfr. Artigo 1676.º, número 1 do CC.

⁷³ Sobre isto: Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7... ob. cit., pág. 19 refere que “(...) *se pode conjecturar que o legislador terá desejado evitar litígio entre os cônjuges, numa época em que poderia parecer mais aceitável do que hoje uma entrega total ao matrimónio (porventura por parte da mulher) e era menos aceitável do que hoje o reconhecimento de interesses autónomos e conflitantes entre os cônjuges(...)*”.

tinha como necessárias⁷⁴ fazer para conciliar todos os papéis por si desempenhados (mulher, esposa, profissional e, quando aplicável, mãe)⁷⁵ pretendendo-se agora valorizar de igual modo o trabalho “interno” e “externo” ao seio da vida familiar e não já um em detrimento do outro⁷⁶.

Em suma, e conforme expressamente decorre da exposição de motivos que serve de base ao projeto de Lei n.º 509/X, pretendeu o legislador valorizar o trabalho doméstico e igualmente impedir situações de disparidade no momento da rutura do casamento⁷⁷. Assim, temos como principal desígnio do legislador evitar que do divórcio nascessem situações de injustiça, não só através da compensação, mas também ao procurar evitar-se uma situação de disparidade com o divórcio ou em resultado deste.

Aplicando-se independentemente do regime de bens de casamento, cumpre relevar a sua aplicação quando em causa esteja o regime da separação de bens⁷⁸. Se nos regimes de comunhão pode o cônjuge que mas investiu no casamento tirar algum tipo de “compensação” no momento da partilha dos bens comuns, o mesmo não sucederá já nos regimes da separação, onde não haverá, à partida, partilha de bens comuns e qualquer disparidade pode ser mais notória, sobretudo no momento do divórcio⁷⁹.

⁷⁴ Destaca-se, concretamente, a posição clara do legislador sobre este tema quando, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, refere expressamente: “*É por ter em consideração esta falta de reconhecimento e as assimetrias que lhes estão implícitas, que o projecto apresentado estabelece, nas consequências do divórcio, a possibilidade de atribuição de créditos de compensação, sempre que se verificar assimetria entre os cônjuges nos contributos para os encargos da vida familiar. Com efeito, sabe-se que as carreiras profissionais femininas são muitas vezes penalizadas na sua progressão porque as mulheres, para atender aos compromissos familiares, renunciam por vezes a desenvolver outras actividades no plano profissional que possam pôr em causa esses compromissos. Ora quando tais renúncias existem, e por desigualdades de género não são geralmente esperadas nem praticadas no que respeita aos homens, acabam, a prazo, por colocar as mulheres em desvantagem no plano financeiro. Admite-se por isso que no caso da dissolução conjugal seria justo ‘que o cônjuge mais sacrificado no (des)equilíbrio das renúncias e dos danos, tivesse o direito de ser compensado financeiramente por esse sacrifício excessivo’ (...)*” – realce nosso.

⁷⁵ Neste sentido, Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Atual ...*, ob. cit., pp. 110 e ss.

⁷⁶ Sobre isto, refere-nos Gary Becker, *A Treatise on the Family*, enlarged version, Harvard University Press, Cambridge, 1993 que os cônjuges maximizam os bens familiares e cada um deles especializa-se e dedica-se na dimensão que é mais interessante para efeitos familiares..

⁷⁷ O que igualmente resulta do tom geral de toda a exposição de motivos segundo o qual qualquer enriquecimento ou empobrecimento verificado ao longo do casamento deve ser devidamente compensado no final.

⁷⁸ “Artigo 1676.º

(Dever de contribuir para os encargos da vida familiar)

1- (...)

2- (...)

3- O crédito referido no número anterior só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, **a não ser que vigore o regime da separação.**” – realce nosso.

⁷⁹ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pág. 52.

Se importante se denota a expurgação da renúncia a este direito com a alteração legislativa prevista n Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, igualmente o será analisarmos com maior detalhe as ainda existentes precauções do legislador atribuídas por meio da sua atual composição, que aqui partiremos em três grandes núcleos, sendo eles: *se a contribuição de um dos cônjuges for consideravelmente superior; porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses e, ainda com prejuízos patrimoniais importantes*.⁸⁰

Ora, começamos de imediato por restringir o direito ao crédito compensatório somente às situações em que a contribuição de uma das partes é *consideravelmente superior* à do outro, não bastando, assim alegar qualquer excesso de contribuição para que a Lei lhe atribua o devido relevo para a aplicação deste regime, sempre terá de ser exponencialmente mais significativa do que lhe seria exigido, e como se quantifica tamanho conceito indeterminado?

Conforme mencionámos, este investimento foi, até há bem pouco tempo, maioritariamente assumido pelas mulheres em prejuízo da sua vida pessoal, académica e profissional⁸¹ e, ainda hoje, na densificação desta expressão facilmente ocorrerão exemplos que versarão isso mesmo: as escolhas ponderadas e tomadas pelo cônjuge do sexo feminino em prol do seio familiar e em detrimento pessoal.

Não se bastando com tal limitação, partimos de imediato para o segundo núcleo de limitações com as quais o legislador nos presenteou, segundo a qual o excesso de contributo de um dos cônjuges terá de representar *renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente*⁸², *à sua vida profissional*.

Assim se entende que, por forma a preencher este requisito do crédito compensatório não basta que estas duas limitações existam de forma independente, mas antes que entre elas exista umnexo causal, isto é, uma contribuição consideravelmente

⁸⁰ Sobre este artigo, maior análise resulta da contribuição de Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, in Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV Direito da Família...*, ob. cit., pp. 223 e ss..

⁸¹ Nesta linha, dá como exemplos o Prof. Guilherme de Oliveira o trabalho a tempo parcial, abdicar que certas oportunidades profissionais por implicarem uma diminuição do tempo e contributo ao seio familiar (cfr. Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, 2008, pág. 68.

⁸² E, portanto, não exaustivamente a sua vida profissional, que se tem somente com carácter exemplificativo. Ver também: Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* ob. cit., pág. 86 que nos diz “Assim sendo, o legislador ‘manteve a porta aberta’ para todas e quaisquer situações de renúncia excessiva por parte de um dos cônjuges, desde que estas consubstanciem um contributo consideravelmente superior face ao que legalmente lhe seria exigível e impliquem prejuízos patrimoniais importantes.”

superior de um dos cônjuges que tenha como consequência ou decorra da renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses pessoais em favor do seio familiar. O que até não nos parece absurdo, pois pacificamente assumimos que dificilmente se conseguirá aumentar exponencialmente a dedicação à vida familiar sem que para tal se menospreze a vida pessoal, de algum modo.

Mais difícil será, conforme problematiza Cristina Dias⁸³, descortinar o que se entende por “renunciar” no contexto aqui aplicável. Na linha de pensamento da Autora, o dicionário de língua portuguesa indica-nos que renunciar significa *desistir daquilo a que se tem direito*⁸⁴ e é aqui que nos deparamos com uma barreira que, voluntaria ou involuntariamente, o legislador trouxe à redação desta norma. É que, assim, indica-nos o regime que, nas palavras da Autora “*o cônjuge (normalmente a mulher) que se tenha dedicado ao trabalho doméstico só será compensado pelo que contribuiu para os encargos da vida familiar de forma consideravelmente superior se tiver desistido da sua vida profissional (total ou parcialmente) ou a uma eventual mas provável profissão (por ter habilitações para a exercer*”⁸⁵.

A questão que levanta a Autora e que aqui igualmente se traz à colação é exatamente a daquele cônjuge que dedicou toda a sua vida à família sem nunca ter trabalhado ou investido num percurso académico, não desistiu de nada? Então não merecerá, por meio do regime do crédito compensatório, qualquer compensação, porque não preenche os pressupostos que agora escrutinamos? Não nos parece, nem queremos crer, mas melhor abordaremos o tema, que tenha sido esta a intenção legislativa por detrás deste instituto.

Como último pressuposto/requisito da análise tripartida que fazemos à compensação, prevê a nossa Lei que a contribuição *consideravelmente superior* e consequente *renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses* carecem, ainda, de ter como resultado ***prejuízos patrimoniais importantes***.

⁸³ Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de Um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crística do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pág. 214.

⁸⁴ = *abdicar, resignar*, via www.dicionario.priberam.org

⁸⁵ Nesta linha de entendimento, também Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Atual*, 3.ª Edição, Quid Iuris?, Abril 2011, pp. 112 e ss., refere que somente podemos renunciar àquilo que existe ou que tem grandes probabilidades de existir.

Uma vez mais temos, para cumular com as duas parcelas anteriores, conceitos extremamente indeterminados e de difícil interpretação: como se estabelece/quantifica o grau de *importância* do prejuízo consequente do contributo excessivo e de renúncia existente? É-nos e será sempre aqui exigida uma análise casuística dificultada e, muitas vezes, inexequível, olhando às variadas questões que a aplicação prática deste regime suscita⁸⁶.

A primeira dificuldade, conforme se disse, reside com o problema de quantificar qual o “montante” dos prejuízos a sofrer para que sejam considerados patrimonialmente importantes, adicionalmente, carece de esclarecimento quais os prejuízos/danos abrangidos pela norma: serão somente os emergentes ou também lucros cessantes?

No que à primeira diz respeito, não havendo uma forma simples de quantificar os prejuízos, é prática comum no nosso ordenamento jurídico e de quem na lide exerce, procurar e prover pela quantificação de danos dificultada, quando se estabelecem indemnizações de danos não patrimoniais, inclusive danos-morte.

Sobre o alcance dos danos aqui considerados, conforme estabelecem Amadeu Colaço e Tomé d’Almeida Ramião⁸⁷, temos bases para crer que se incluem ambos: os danos emergentes e lucros cessantes – como, inclusive, decorre da preocupação do legislador na exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X de compensar o cônjuge que “... *para atender aos compromissos familiares, é penalizado na sua progressão profissional, colocando-se em desvantagem no plano financeiro face ao outro cônjuge...*”, acrescentando, inclusive, que nessas situações, em caso de dissolução conjugal, seria justo que o cônjuge mais sacrificado com essas renúncias, adquirisse o direito de ser compensado financeiramente por esse excessivo sacrifício⁸⁸.

Pese embora a redação inicialmente apresentada no projeto de Lei tenha sofrido alterações⁸⁹, não correspondendo, portanto, à atual versão do art.º 1676.º do CC, não nos

⁸⁶ Questões essas que podemos encontrar em Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* ob. cit., pág. 87 e ss.

⁸⁷ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* ob. cit., pp. 87 e ss., e Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas - Regime Jurídico Atual...* ob. cit., pp. 119 e ss.

⁸⁸ Acrescenta ainda Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...* ob. cit. pág. 87, que “*como será fácil de ver, a questão dos lucros cessantes terá especial acuidade nas situações em que a renúncia de um dos cônjuges tenha consistido v.g., na recusa de um emprego ou de uma promoção, da qual este tenha deixado de auferir importantes vantagens patrimoniais*”. De onde resulta a premência da questão, que careceria de uma maior precisão linguística por parte do legislador.

⁸⁹ Na primeira versão dada pelo Decreto n.º 232/X, o n.º 2 do art.º 1676.º determinava que: “*se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que*

remetem tais alterações para uma mudança de entendimento ou intenção a conferir à norma por parte do legislador⁹⁰ daí que se entenda pela inclusão tanto dos danos emergentes como dos lucros cessantes.

Aqui chegados, somente haverá lugar à atribuição do crédito compensatório ao cônjuge que a ele tenha direito quando estes três requisitos se encontrem preenchidos.

Posteriormente, e seguindo o trato sucessivo do artigo, não nos parece podermos fechar este subcapítulo sem entrarmos ainda numa breve análise à problemática vertida no número 3 do art.º 1676.º do CC, que estatui que este crédito “*só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação*”.

É nestes moldes que cumpre questionar, desde logo, se nos regimes em que vigore a separação de bens o crédito poderá ser exigido a todo o tempo, e não só quando haja partilha? Não cremos que tenha sido essa a intenção legislativa por detrás da norma. Até porque a sua *ratio legis*, como aqui já vimos, é evitar injustiças aquando da dissolução do casamento e litígios entre os cônjuges ainda na constância do casamento⁹¹ e porque, conforme releva Cristina Dias, é então que a sua existência fará sentido, nos mesmos moldes que é então que a discrepância de contribuições se verificará e nos deparamos com o prejuízo que terá, então, de ser compensado⁹².

É natural que, na constância do casamento, quando se faz o mesmo “esforço” diariamente ao longo de vários anos, não o vejamos como uma injustiça ou disparidade para a qual nos vemos a exigir um crédito compensatório, mas natural é que o arrependimento de o termos feito surja com maior destaque com o despoletar do divórcio,

lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia.”. Mas, do veto presidencial surgiram alterações e por sua vez, o Decreto n.º 245/X, passou a ditar que: “*se contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importante, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação.*”.

⁹⁰ Sobre isto Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...* ob. cit., pág. 67 entende que, pese embora a alteração da lei “*o seu sentido e alcance é o mesmo*”.

⁹¹ Nestes termos: Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pág. 215 “*se o cônjuge credor pretender exercer o seu direito no decurso do casamento, mal anda esse e o divórcio não andarão longe!*”.

⁹² *Idem.*

em que há uma rutura não só conjugal como familiar e vejamos que o desequilíbrio não é compatível com o que veremos à data como justo⁹³.

Nestes moldes, não cremos poder-se equacionar uma diferente solução legal quando estejamos perante um casamento que se reja por um regime de separação de bens⁹⁴, somente se diferenciará no contexto da inexistência de partilha de bens comuns neste último caso, como anteriormente se viu e, não será, conseqüente e logicamente, esse o momento a partir do qual o crédito se tornará exigível. O que não equivale a dizer-se que possa ser exigido na constância do casamento⁹⁵ quando nele vigore o regime da separação, numa altura em que não faz sentido haver um termo de comparação entre contribuições e sacrifícios dos cônjuges e, conseqüentemente, haver qualquer tipo de correção de disparidades ou injustiças.

Pese embora nos pareça que a intenção do legislador foi claramente de regular esta figura como um efeito do divórcio, motivo pelo qual a abordamos, e como tal, somente exigível nesse mesmo momento, tal clareza não resulta expressamente da lei⁹⁶ (o que nos parece que devia), nem a organização sistemática⁹⁷ deste instituto no nosso código, que se insere no campo dos deveres conjugais e não nos efeitos do divórcio.

Ainda assim, temos como maior dos desacertos deste número 3 a possibilidade de exigir o crédito a partir do momento da partilha, o qual não tem como inerente a efetiva existência do divórcio⁹⁸, como é caso da separação judicial de bens. Não crendo⁹⁹ que o

⁹³ Será então com base na equidade e justiça que, nos termos do art.º 566.º do CC, deverá o julgador nortear-se, sempre que não seja possível apurar o exato montante do prejuízo sofrido pelo cônjuge credor aquando da atribuição da compensação devida.

⁹⁴ Neste sentido: Tomé D’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Atual...*, ob. cit., pág. 117 e 118 – que não legitima a interpretação do artigo que permite aos cônjuges exigir essa compensação ainda na constância do casamento.

⁹⁵ Assim entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 14/04/2011 que teve como relatora TERESA ALBUQUERQUE (disponível em www.dgsi.pt) quando salientou ser natural a imposição legal de ressaltar os matrimónios celebrados sob o regime da separação e, ainda, que “*tal ressalva não quer dizer que, neste caso, o pedido de compensação possa ser feito, na pendência do casamento.*”.

⁹⁶ Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado”..., ob. cit., pág. 225 “*Se quer remeter a exigibilidade dos créditos para um momento ulterior terá de o fixar expressamente encontrando tal fundamento no facto de só aí ser necessário compensar o cônjuges empobrecido (...) e, por isso, remetê-los para o fim do casamento, como consequência do divórcio.*”

⁹⁷ Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico...* ob. cit., pág.73 e 74 e Cristina M. Araújo Dias, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado” ..., ob. cit., pág. 219”.

⁹⁸ *Idem*, onde acrescenta, além da inserção do regime nos deveres conjugais “*permite a sua exigibilidade mesmo sem existir divórcio*”.

⁹⁹ Isto é, entendendo-se, nesta medida, que o divórcio será então pressuposto de exigibilidade do crédito compensatório que aqui abordamos, seja qual for o regime de bens do casamento e que foi igualmente esta a intenção legislativa desta redação. Em igual sentido pronuncia-se o TRL, nos seus acórdãos de 14/04/2011 (relatora TERESA ALBUQUERQUE) e de 24/11/2016 (relatora MARIA DE DEUS CORREIA) – disponíveis em www.dgsi.pt.

legislador tenha previsto deliberadamente a possibilidade de exigir este crédito na constância do casamento, esta questão não se encontra, à data, devidamente sanada na letra da Lei.

Pese embora o exposto, concluímos e defendemos que a compensação foi perspectivada enfim como um efeito jurídico do divórcio¹⁰⁰ e será, portanto, encarada como tal, apesar da infelicidade questionável que é a letra da Lei.

B. O projeto de Lei vs. Aplicação prática

Por tudo quanto tivemos já oportunidade de expor, dúvidas não subsistem da importância que o instituto da compensação comporta para o regime atual, bem como da importância da sua concreta e correta aplicação, tema sobre o qual agora analisaremos em maior detalhe.

Conforme demos já nota em sede de introdução, os diplomas que serviram de base ao regime que entrou em vigor com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro foram postos em evidência pelo Presidente da República, tendo sido comentados e vetados pelo mesmo, e o regime do artigo 1676.º do CC não foi exceção.

Na sua versão originária (Decreto n.º 232/X), o número 2 deste preceito previa o seguinte: *“se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia.”*

Este artigo, como outros patentes no mesmo Decreto, foram alvos de críticas e reparos pelo então Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva, o qual, enfim e com base no art.º 136.º da CRP, acabou por não o promulgar.

Na fundamentação¹⁰¹ apresentada pelo Presidente da República, destacamos as seguintes alegações: *“Além de a vivência conjugal e familiar não estar suficientemente adaptada a uma realidade tão nova e distinta, podendo mesmo gerar-se situações de autêntica «imprevisão» ou absoluta «surpresa» no momento da extinção do casamento (...) emerge desta uma visão «contabilística» do matrimónio (...) em que cada um dos cônjuges é estimulado a manter uma «conta-corrente» das suas contribuições (...)”* e

¹⁰⁰ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio...* ob. cit., pág. 52.

¹⁰¹ Mensagem do Presidente da República à Assembleia da República proferida na sequência do veto do Decreto n.º 232/X da Assembleia da República, in Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pp. 499-503.

termina a sua apreciação a este instituto, no nosso entendimento com chave de ouro, dizendo que *“Existe uma forte probabilidade de aquela «visão contabilística» ser interiorizada pelos cônjuges, gerando-se situações de desconfiança algo desconformes à comunhão de vida que o casamento idealmente deve projectar.”*.

Se não retiramos a razão ao Sr. Presidente da República na íntegra, também não concordamos que as inquietações que daqui possam advir se centrem nos tópicos por este levantados. Desde logo, as alterações, à data da sua entrada em vigor (e tampouco atualmente) não comportavam uma realidade *tão nova e distinta* nem a visão chamada *contabilística* face à afetiva seria tão paradoxal, quando de longa data prevê a nossa Lei a existência de compensações e respetiva contabilização em situações semelhantes¹⁰². Até porque, na mesma linha de pensamento de Cristina Dias, as duas últimas dimensões funcionam de modo sucessivo: na constância do matrimónio, o afeto, na sua rutura, a ponderação (contabilização, se lhe quisermos chamar) dos contributos de ambas as partes e não temos como necessária aquilo que até parece um discurso condescendente do então Presidente da República, pelo contrário, abdicar-se desta compensação, como ressalva a Autora *“(…) é que geraria situações graves de injustiça e desequilíbrios patrimoniais.”*¹⁰³.

Na sequência do veto que aqui acabámos de abordar, este artigo sofreu profundas alterações, passando a ter a redação que anteriormente reproduzimos¹⁰⁴ e analisámos com maior detalhe. Ainda assim, também esta nova redação se viu alvo de observações denotadas, quer pelo Presidente da República, quer pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas.

Mantendo as críticas anteriores, o Presidente da República acrescentou ainda que *“padece de graves deficiências técnico-jurídicas e recorre a conceitos indeterminados que suscitam fundadas dúvidas interpretativas, dificultando a sua aplicação pelos tribunais e, pior ainda, aprofundando situações de tensão e conflito na sociedade portuguesa”*¹⁰⁵.

Ainda ao presente dia, volvidos mais de quinze anos desde a entrada em vigor do diploma, cremos serem de salientar e refletir sobre determinadas questões que o regime

¹⁰² Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio...* ob. cit., pp. 62 e 63.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ Rever pág. 31.

¹⁰⁵ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit. pp. 505 e 506.

nos coloca. Desde logo, a sua adequação com a realidade sociológica existente que pretende e se encontra efetivamente a regular. Devendo qualquer instituto jurídico adequar-se às características dos seus destinatários, o que resulta da exposição de motivos é o objetivo máximo de *valorizar o trabalho doméstico e o cuidado dos filhos* (hoje talvez já não tão marcadamente desenvolvido pelas mulheres, mas igualmente necessário de tutela), a redação do regime não nos parece acompanhar este intento.

Senão vejamos, a maioria das mulheres – ou se preferirmos, na maioria dos casais encontraremos um cônjuge – que compatibiliza ambas as funções (profissional e doméstica) com maior expressão do que o outro, sem renunciar a qualquer uma delas, ou só por vezes renunciando parcialmente, será que terão um caminho direto para o crédito compensatório como o acabámos de analisar? Infelizmente, no nosso entendimento, não é o que nos parece.

Desde logo pelas vincadas limitações aos pressupostos que aqui já vimos, totalmente ornamentadas de conceitos excessivamente indeterminados como a contribuição *consideravelmente superior*, a renúncia *excessiva* e os prejuízos patrimoniais *importantes*¹⁰⁶.

Se a intenção legislativa era explicitamente compensar o trabalho doméstico, porque não dizer claramente o mesmo quando passada a intenção para a letra da Lei? E antes exigir-se que exista uma perda, uma renúncia e prejuízos *importantes* para uma das partes? Será, assim, no verdadeiro sentido da palavra, aquilo que o legislador fez, valorizar o trabalho doméstico? Talvez a própria nomenclatura do instituto diga tudo: compensação. Não se nos afigura o motivo para tão esdrúxula redação deste artigo. É que igualmente nada nos parece indicar que tenha existido uma mudança de convicções e finalidades do regime depois da exposição de motivos que aqui já abordámos e na qual tão bem intercedeu em favor dessas mesmas convicções.

Ora, olhando à letra da Lei, um cônjuge com uma carreira profissional estabelecida que à mesma renuncia para se dedicar à família será uma situação típica da aplicação do regime legal da compensação como a vimos anteriormente, mas e se a renúncia não haja

¹⁰⁶ Sobre isto: citamos Maria Clara Sottomayor, “O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças”, *Movimento Justiça e Democracia*”, 2009, pág. 2 - disponível em <https://www.mjd.org.pt/artigos> e consultado a 12/10/2023 – que refere que “*A lei, para ser eficaz, deve estar redigida através de conceitos precisos, para que não se levantem dúvidas de interpretação que só favorecem quem se recusa a pagar*”.

tido lugar e a mesma dedicação tenha sido dada à família, não será esta situação já abarcada pelo regime da compensação, talvez até considerada de maior contribuição e flagrantemente merecedora de tutela e reconhecimento? Não nos parece, neste último caso, que este cônjuge tenha tanta “facilidade” de reconhecimento do seu crédito no que à demonstração dos prejuízos importantes diz respeito, exatamente porque manteve o seu emprego com plenitude.

Não haverá então, como patentemente se pretendeu evitar, uma situação de injustiça nestes casos? O mesmo se dirá nas situações em que o cônjuge se dedique total e completamente à vida familiar se nunca ter tido (e, portanto, nunca ter abdicado) uma carreira profissional. Ambas nos parecem igualmente merecedoras de compensação, contudo, também nos parece de muito difícil preenchimento os requisitos do número 2 do artigo 1676.º do CC, não por não o merecer, mas pelo resultado da aplicação prática da atual redação legislativa.

Não queremos, com o presente, preterir da igualdade contribuição que se expecta que qualquer cônjuge tenha para a vida familiar, nem com isto dizer que sempre será aplicável o regime da compensação, mas antes atentar para a facilidade com que situações de injustiça se poderão gerar com a aplicação estrita destes pressupostos, que muito deixam em aberto à interpretação das partes e seus aplicadores. E mesmo quando ambos contribuam respetivamente (um com a sua remuneração e o outro com a sua dedicação à família), tal não implica que sejam contributos semelhantes, nem diretamente que, não haverá lugar à aplicação deste regime.

O facto de um cônjuge nunca ter optado por determinado percurso, nomeadamente, profissional ou académico, não pode imediatamente ser sinónimo de que não teve essa possibilidade e, portanto, não abdicou/renunciou/desistiu da mesma¹⁰⁷, não se pode não se entender que esta não seria uma possibilidade existente a nível pessoal. E sempre se terá de ponderar se ainda terá essa possibilidade de investimento pessoal após a rutura do matrimónio na aplicação do regime nesses mesmos moldes e, uma vez mais, casuisticamente.

Assim, olhar ao carácter ou não meritório do nosso legislador no que ao regime da compensação diz respeito sempre se correlacionará com o objetivo patente no momento

¹⁰⁷ Nos termos do dicionário, além dos já mencionados significados de “renunciar” e “não querer continuar” é tido ainda como “abster-se”, que por sua vez significa “privar-se voluntariamente”.

da sua criação, ou seja: conseguiu-se dar resposta ao problema a que se propôs? As intenções e objetivos versados na exposição de motivos do projeto de Lei foram hoje, quinze anos depois da sua entrada em vigor, alcançados com sucesso? Salvo melhor opinião, parece-nos difícil afirmar que a sua intenção tenha triunfado, a menos que tenham sofrido um revés entre os dois decretos e já não se pretendesse compensar o trabalho doméstico, o que não nos parece.

Não fosse a efetiva intenção versada na exposição de motivos que, pela formulação do artigo, nunca concluiríamos que a sua finalidade era compensar o contributo dado no cuidado dos filhos e o trabalho doméstico.

Também Alberto Martins¹⁰⁸ afirmou, da análise à nova Lei do Divórcio de 2008 que, pela primeira vez, passámos a ter uma Lei que contempla e valoriza o trabalho doméstico e o apoio familiar. É, de facto, inquestionável que esta tenha sido o objetivo que norteou o pensamento legislativo reformista. Questionável é tão só a afirmação de que esse tão almejado objetivo tenha sido alcançado com sucesso pela presente redação da normal. A intenção era tão boa e tanto se queria fazer, que acabou por complicar o regime em demasia. O excessivo recurso a conceitos indeterminados só teve um resultado: fechar excessivamente o acesso e aplicação do regime, quando na realidade o resultado deveria ser precisamente oposto.

A comprovar o que aqui acabamos de dizer, além de serem escassas as vezes em que a questão se coloca contenciosamente, sempre que excepcionalmente se verifica, as decisões acabam por nem sequer ir no sentido da sua atribuição. Neste âmbito, destacamos algumas decisões jurisprudenciais que, além de em nenhuma delas não ser atribuído direito ao crédito compensatório, se colocam algumas das questões que aqui levantámos, decorrentes da falta de clareza e precisão do preceito, como é o caso de saber se estamos ou não na presença de um verdadeiro efeito do divórcio e qual o momento da

¹⁰⁸ Alberto Martins, “Prefácio”..., ob. cit., pág. 8.

sua exigibilidade, como serão as dos do TRL de 14 de abril de 2011¹⁰⁹, do TRG de 18 de outubro de 2011¹¹⁰ e do TRL de 24 de novembro de 2016¹¹¹.

V.2. A Partilha e as Liberalidades entre e para os cônjuges

No seguimento da organização sistemática dos efeitos patrimoniais do divórcio conforme constam do nosso Código Civil, faremos agora uma abordagem ao regime dos institutos vertidos nos artigos 1790.º e 1791.¹¹², de epígrafe *partilha* e os *benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber*, respetivamente¹¹³.

Com a eliminação do chamado divórcio-sanção, o legislador teve assim em mãos a correção/adaptação dos preceitos que na sua redação incorporavam e pressupunham a existência da culpa/do culpado que até então se defendia e aplicável, entre eles se incluindo os dois sobre os quais aqui nos debruçamos e que antes de 2008 eram regulados e graduados em função da culpa¹¹⁴ e consagravam as respetivas sanções patrimoniais aplicáveis unilateralmente ao cônjuge (mais) culpado pelo divórcio.

¹⁰⁹ Relatado por TERESA ALBUQUERQUE (Processo n.º 2604/08.4TMNLSB-A.L1-2), no qual se lê que “O ‘crédito de compensação’ do n.º 2 do art 1676º CC (na redacção da L 61/2008 de 31/10), corresponde, apesar da sua designação de ‘compensação’, a um crédito entre os cônjuges, que tem de particular, por ser directamente um efeito do divórcio, só poder ser exigido no fim do casamento.” – disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁰ Relatado por JOSÉ MANUEL ARAÚJO DE BARROS (Processo n.º 1681/09.5TBBCL.G1) o qual destaca que “Por força do disposto no n.º 3 do artigo 1676 do Código Civil, o local próprio para o reconhecimento do direito à compensação, por contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar, previsto no n.º 2 mesmo preceito, é o da partilha dos bens do casal. Tal opção legislativa terá sido ditada pela constatação de que é no processo onde se discutem, avaliam e partilham os bens comuns do casal que, com mais propriedade, se poderá apurar a situação patrimonial dos cônjuges durante o casamento, ajuizando dos encargos da vida familiar e da contribuição de cada um dos cônjuges para a satisfação dos mesmos, que são os elementos a ponderar para efeito da atribuição do referido direito a compensação.” – disponível em www.dgsi.pt.

¹¹¹ Relatado por MARIA DE DEUS CORREIA (Processo n.º 376-14.2TMFUN-A.L1-6), onde se decide nos seguintes termos “Tendo sido proposta acção de divórcio entre cônjuges casados sob o regime da separação de bens, porque inexistente partilha de bens comuns, o crédito de compensação previsto no art.º 1676.º n.º 2 do Código Civil tem de ser exigido através dos meios comuns, em acção própria, em vez do processo de partilha, mas sempre depois do decretado o divórcio.” – disponível em www.dgsi.pt.

¹¹² Em maior detalhe, Paula Távora Vítor analisa estes preceitos in Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV Direito da Família...*, ob. cit., pp. 562 e ss.

¹¹³ Sobre os temas, veja-se Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crística do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direcção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 102 e ss., Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais...*, ob. cit., pp. 33 e ss., Diogo Leite de Campos e Mónica Martínez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pp. 370 e ss.

¹¹⁴ Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”... ob. cit., pág. 16.

No que à partilha diz respeito, e conforme destaca Margarida Silva Pereira, “*A estipulação contratual da partilha em caso de divórcio é hoje tema importante e recorrente na doutrina de outros países.*”¹¹⁵¹¹⁶.

Anteriormente previa-se que o cônjuge (maioritariamente) culpado não lhe podia receber mais do que receberia na eventualidade de o regime de bens de casamento ser o da comunhão de adquiridos – o que seria aplicável em todos os divórcios cujo respetivo matrimónio houvesse sido celebrado num regime de comunhão mais ampla do que a comunhão de adquiridos (próximo ou efetiva comunhão geral). Nesta linha de entendimento, salvo as situações em que o (maior) culpado fosse aquele que mais bens/património levou para o casamento ou adquirisse por meio do mesmo não haveria uma efetiva sanção a aplicar.

Já face às liberalidades recebidas ou a receber pelos cônjuges relacionadas com o casamento, também o cônjuge culpado perderia todos os benefícios “*recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento*”¹¹⁷¹¹⁸.

Considerando a aplicação unilateral das sanções ao (maior) culpado com a intenção clara de o castigar¹¹⁹, o outro cônjuge conservaria então todos e quaisquer benefícios, nos mesmos moldes em que o culpado os perdia, incluindo aqueles concedidos com cláusula de reciprocidade, a menos que deles renunciasse expressa e unilateralmente, exceto quando houvesse filhos, caso em que a renúncia somente era permitida a favor dos mesmos. Entendia-se, no fundo, que o cônjuge (maior) culpado não era merecedor desses benefícios, exatamente por ter motivado a rutura do matrimónio.

¹¹⁵ Margarida Silva Pereira, *Temas de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pág. 125.

¹¹⁶ Vide Encarnación Roca i Trias, *Libertad y Familia*, Tirant Lo Blanch, Valência, 2014, pp. 84-110.

¹¹⁷ Redação do artigo antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

¹¹⁸ Abrangidas por este artigo estão também: as doações feitas entre os nubentes (*inter vivos* e *mortis causa*) pelo menos culpado, em vista do futuro casamento, a favor do (maior) culpado, bem como aquelas feitas por um terceiro ao menos culpado/inocente, nos mesmos moldes (art.º 1760.º, n.º 1 al.b)); as doações entre cônjuges feitas ao único ou principal culpado pelo outro, ainda que indiretas (art.º 1766.º, n.º 1, al. c)); as doações livremente revogáveis caducam automaticamente por força desta norma; as deixas testamentárias, por meio de legado ou legítima, com que o cônjuge menos culpado haja beneficiado o outro e ainda os benefícios de terceiro com vista do casamento ou em consideração do estado de casado a ambos os nubentes, caso em que a caducidade apenas atingia a parte do cônjuge (mais) culpado (cfr. art.º 1760.º, n.º 2) – todas elas ainda em vigor, apesar de termos alegadamente expurgado a culpa do nosso regime do divórcio. Sobre isto: Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob. cit. pp. 112 e 113.

¹¹⁹ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...* ob., cit., pág. 112.

Assim, com a eliminação do conceito de culpa no nosso regime de divórcio, legislador poderia revogar os preceitos que dela dependiam ou alterava os mesmos para criar a necessária harmonia com o novo regime do divórcio-rutura. Conforme veremos, não houve lugar a revogações, mas antes alterações para harmonizar o regime e, em certos casos, não houve sequer alterações ao regime e permanecem as menções a um instituto de culpa “inexistente”.

Nas alterações introduzidas em 2008, o artigo 1790.º do CC passa a prever que nenhum cônjuge (sem distinção) poderá receber, aquando da partilha, mais do que receberia se fossem casados sob o regime da comunhão de adquiridos¹²⁰. Além disso, vem agora o artigo 1791.º estabelecer que ambos perderão “*todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.*”¹²¹. Por outras palavras: tudo se manteve intacto no regime, com exceção da distinção antes existente face ao cônjuge entendido como (maior) culpado no divórcio.

Desta intenção de o legislador expurgar a culpa premente no anterior regime¹²² e consequentes alterações às normas que aqui analisamos, este toma como origem da perda

¹²⁰ Sobre isto, pronunciou-se o TRP no seu Acórdão de 6 de fevereiro de 2014 (Processo n.º 124/10.6TBOAZ.P1, Relator ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA) no seguinte sentido: “*Para efetuar a partilha aplicando essa disposição, uma vez 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, 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.*”, assim como o TRC, no seu Acórdão de 25 de outubro de 2011 (Processo n.º 349/10.4TBGVA.C1 Relatora REGINA ROSA) refere que “*Quando a lei (art.1790º) diz que nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos, não está a querer dizer que, se o regime de bens do casamento foi o da comunhão, há que considerar, para efeitos de partilha, que o regime que vigorou foi o da comunhão de adquiridos. O regime de bens não é de forma alguma alterado. (...) O uso do advérbio ‘mais’ inculca nitidamente que o legislador teve em vista estabelecer o princípio de que os cônjuges não pode 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.*” – ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²¹ Atual redação da norma do 1791.º do CC.

¹²² Neste âmbito, e porque correlacionada com a aplicação do art.º 1791.º do CC, não podemos deixar de concordar e ressaltar a opinião de Amadeu Colaço quando ao art.º 1766.º, n.º 1, alínea c): “*Desde logo, não compreendemos a razão pela qual não se procedeu à revogação da alínea c) do n.º 1 do artigo 1766.º do C.C., que prevê a caducidade da doação de casados ocorrendo divórcio ou separação de bens por culpa do donatário, se este for considerado o único ou principal culpado, tanto mais que no novo regime do divórcio a culpa na violação dos deveres conjugais deixou de ser apreciada na acção de divórcio.*” in *Novo Regime do Divórcio...* ob., cit., pág. 93.

das liberalidades do art.º 1791.º do CC a razão para a sua existência (o casamento), se encontrar extinta, automaticamente extinguirá, igualmente, os benefícios, visando repor a situação que anteriormente ao matrimónio se verificava, criando um “saldo” equilibrado para ambas as partes e não já beneficiar um em detrimento do outro.

Já as alterações ao art.º 1790.º, conforme decorre da exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X, consistiram em atribuir um teto máximo ao conteúdo e amplitude das partilhas em sede de divórcio, visando evitar o intitulado “enriquecimento” por meio do divórcio e fazer somente a justa partilha daquilo que se adquiriu com o esforço e contributo comum de ambos os cônjuges na constância do matrimónio. Pretendeu, assim, garantir-se a harmonia do regime que despoja o casamento de interesses patrimoniais¹²³¹²⁴.

Atrevemo-nos a concluir esta breve análise da letra dos artigos e respetivas alterações dizendo que se sente patente o repúdio do legislador face aos regimes de bens mais amplos que a comunhão de bens adquiridos e próximos da comunhão geral¹²⁵, “*E fá-lo por considerar que a partilha segundo o regime de comunhão de adquiridos opera a partilha mais justa, por conduzir à partilha apenas do produto do esforço conjunto dos cônjuges*”¹²⁶.

Também João Antunes Varela¹²⁷ sublinha este novo critério do entendimento da total e equilibrada cooperação dos cônjuges, os quais devem prover à sua autossustentância, de a manter e sustentar-se antes, durante e após o término do casamento, não dependendo deste instituto para o fazer¹²⁸.

¹²³ Guilherme de Oliveira, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6, n.º 12, 2009, pág. 64.

¹²⁴ Em jeito de nota, esta foi a mesma motivação que serviu de base à imposição do regime da separação de bens a partir dos sessenta anos, bem como da substituição do regime supletivo da comunhão geral pela comunhão de adquiridos em 1966. Sobre isto: Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...*, ob. cit., pp. 110 e ss.

¹²⁵ Mas, então, podemos também questionar o motivo de prever a possibilidade deste último e todos os regimes atípicos mais próximos desses moldes às partes? Mais adiante veremos.

¹²⁶ Nesta linha: Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil” ... ob. cit., pp. 452 e 453.

¹²⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *idem.*, “*Limitando o núcleo do património comum aos bens cuja aquisição assenta numa real cooperação dos cônjuges, a comunhão de adquiridos inspira-se em princípios são e mais realistas do que a comunhão geral, em face das concepções de justiça comutativa aceites no mundo contemporâneo*” João Antunes Varela, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pág. 453.

¹²⁸ Sobre este tema: M.ª João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (In)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?” ... ob. cit., pág. 198 e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa...* ob. cit. pág. 132.

A. Aplicação prática dos regimes da partilha e das liberalidades

Analisadas já as alterações preconizadas nos artigos 1790.º e 1791.º, importa agora olharmos às consequências práticas da sua aplicação nestes efeitos patrimoniais do divórcio que aqui nos ocupam.

Começando pela partilha, tomando como exemplo académico um casal jovem que contraiu matrimónio em momento prévio a 2008 sob o regime da comunhão geral de bens, em que um dos cônjuges (António) se dedicará a tempo inteiro ao lar e à família para que o outro (Bela) possa investir integralmente na sua carreira e assim contribuir para os encargos do seio familiar. Ora, a decisão do primeiro tem como pressuposto a remuneração estável do segundo, bem comum do casal. E assim foi a sua vida até ao dia de hoje, em que decidem divorciar-se.

Ora, assumindo que à data do divórcio o património a partilhar tem como valor total de **bens €30.000** (dos quais **€18.000** incluem heranças e foram levados para o casamento por **Bela**, **€8.000** são fruto das remunerações profissionais da mesma e **€4.000** foram levados para o casamento por **António**), de acordo com as regras da divisão da comunhão geral de bens, a partilha seria feita em partes iguais de **€15.000** para cada um dos cônjuges. Todavia, com a mentalidade inserida em 2008 que se teve como “mais justa” como vimos atrás face ao esforço comum do casal para impedir injustos enriquecimentos patrimoniais por meio do divórcio, a alteração ao artigo 1790.º pressupõe que nenhum destes cônjuges possa haver mais do que sucederia se casados sob o regime da comunhão de adquiridos – o que faz com que se tenha como **teto máximo aquando da partilha** os valores de **€8.000** no caso de **António** e **€22.000** no caso de **Bela**.

Conforme simplificam Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos¹²⁹, ir-se-á excluir do cálculo do património comum o valor dos bens que cada cônjuge levou para o casamento a título gratuito e, determinado o valor total da meação que cabe a cada um, preenchem-se os quinhões. No mesmo sentido, ressaltou o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 26 de março de 2019, o artigo 1790.º do CC “*não se preocupa com o acervo de bens a partilhar, mas com o resultado que se chega finda a partilha*”¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pág. 373.

¹³⁰ Processo n.º 199/10.8TMLS-B-C.L1.S1, Relator FERNANDO SAMÔES que refere que “*O art. 1790.º do CC, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31-10, é aplicável a todos os casamentos celebrados segundo o regime da comunhão geral de bens, mesmo aos celebrados em data anterior à sua entrada em vigor (01-*

Assim, se da simples análise da alteração legislativa não são gritantes quaisquer preocupações, o mesmo não se dirá quando transpostas para exemplos que poderiam ser (e muitas vezes o são) reais. Em primeiro lugar, têm primazia nestes temas o princípio da autonomia privada, o livre estabelecimento de regime de bens por parte dos cônjuges, a possibilidade de existirem centena, ou mesmo até, milhares de regimes atípicos distintos. Porém, uma vez decretado o divórcio, vemo-nos perante situações como: a imposição da caducidade automática das liberalidades previstas no artigo 1791.º do CC que aqui já vimos, sem ponderação alguma tanto da vontade do doador como do donatário; e ainda a imposição de um regime de bens a aplicar à partilha do património comum que em bom rigor sempre poderá ser não só diverso, como mais limitativo (e certamente prejudicial a uma das partes) daquele que, na sua livre vontade, os cônjuges decidiram reger o seu matrimónio e conseqüente divórcio, fosse caso disso.

Estas são as preocupações e atentados que, na linha de pensamento de Cristina Dias¹³¹, temos como mais berrantes tanto à liberdade contratual dos cônjuges, como à sua autonomia privada em face das imposições deste regime. Pese embora se compreendam as preocupações nortearam o legislador neste âmbito, certo nos parece que a posição concreta aqui adotada é excessivamente paternalista ao atribuir a imperatividade adjacente a estas normas¹³².

No mais, igualmente não nos parece razoável legitimar a atitude do legislador quando aqui parte de um pré-conceito sobre os interesses dos cônjuges aquando do casamento, sentenciando a sua rutura nestes termos, estaríamos então a partir de um pressuposto (que, pelo bem da sociedade matrimonial que vivemos, temos como errado) segundo o qual todos os cônjuges contraem matrimónio para aumentar a fortuna (que, ainda que aconteça, cremos pela exceção e não pela regra) e portanto criou um mecanismo aplicável indistintamente do caso concreto.

12-2008), desde que, neste caso, subsistam nessa data. O mesmo artigo não altera o regime de bens a que se encontra sujeito o casamento celebrado, pelo que a partilha continua a fazer-se tratando como bens comuns aqueles que o são de acordo com esse regime. Tendo vigorado o regime da comunhão geral de bens no casamento, no inventário subsequente ao divórcio devem ser relacionados todos os bens comuns para, na fase da partilha, poder ser considerado o teor do citado 1790.º. Este artigo não se preocupa com a determinação do acervo dos bens a partilhar, mas com o resultado a que se chega finda a partilha.” – disponível em www.dgsi.pt.

¹³¹ “A disposição legal parecer atentar contra o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual” - Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pág. 24.

¹³² A este respeito, veja-se Rita Lobo Xavier, “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 Senhor Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 535.

Já face à partilha, a escolha feita pelos nubentes em sede de regime de bens e respetivas relações patrimoniais, deveria merecer outra consideração por parte do legislador. Ora, se a decisão de casar e, conseqüente e eventualmente, divorciar-se compete às mesmas partes a quem compete decidir o regime que há de reger as relações patrimoniais de ambos os institutos, qual a legitimidade para se lhes tirar esta última decisão e vir o legislador sobrepor-se às partes, dizendo que em sede divórcio a sua decisão terá como limite o regime da comunhão de bens adquiridos? Uma vez que não se tem como superior qualquer interesse público a prevalecer¹³³ sobre a norma e a sua *ratio legis*, não podemos mostrar-nos de acordo com a solução aqui apresentada.

Compreendendo a existência efetiva de um risco patrimonial em ver o matrimónio (e o divórcio) como um meio de enriquecimento e gerarem-se situações injustas e desconformes aquando da rutura, não se pode, todavia, limitar a liberdade das partes com tamanha leviandade. Assim, se este risco resulta da escolha consciente dos cônjuges, então também eles devem ser os responsáveis pelas conseqüências que daí advenham.

Se a lei permite que os cônjuges (então nubentes, mais ou menos enriquecidos patrimonialmente) escolham livremente o regime de bens a aplicar ao matrimónio e suas relações patrimoniais, sabendo (ou não devendo desconhecer) as conseqüências que a sua escolha possa trazer – nomeadamente prejuízos patrimoniais – não se encontra justificação para o impedimento aqui gerado pelo legislador em sede de partilhas. Aliás, os cônjuges podem até decidir por casar sob determinado regime de bens intencionalmente para comunicar certos bens entre si¹³⁴.

Concordando com todas as preocupações em prevalecer o sentimento no regime do divórcio de 2008 hoje em vigor, certo é também que deverá também relevar o equilíbrio material estabelecido pelo regime de bens no projeto e nas intenções de vida coletiva que os cônjuges têm aquando da sua escolha¹³⁵. Se é certo que se pretende e cremos ser a

¹³³ Neste sentido, António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2º semestre de 2010, pág. 117

¹³⁴ *Idem*, pp. 117 e 118.

¹³⁵ Aqui damos especial destaque para a opinião da Autora Sofia Henriques, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp.168 e 169, que defende que não há liberdade para que se diga que os cônjuges não podem casar “com interesses materiais” porque, inúmeras vezes, é por meio do próprio regime que se estabelece o equilíbrio patrimonial necessário para o relacionamento afetivo “(...) não porque casem apenas pelo dinheiro, mas porque todo o regime primário que vem associado a essa escolha do regime de bens é significativo, designadamente exigindo ou não a participação de ambos os cônjuges na prática de determinados actos e responsabilizando-os por dívidas contraídas apenas pelo outro cônjuge.”.

generalidade dos casos em que os relacionamentos e a felicidade individual dentro do mesmo resultam e baseiam-se nos sentimentos e afetos, não podemos fazer “vista grossa” à importância que efetivamente se verifica da vertente patrimonial dos projetos de vida familiar. Será então legítimo que o legislador se pressuponha “mais capaz” de acautelar os interesses para a vida familiar do que os próprios cônjuges? Não cremos até porque, sendo estes adultos livres e responsáveis, então estaria o legislador a infantilizá-los¹³⁶ e desprovê-los da total autonomia que a maioria lhes confere (ou deveria conferir).

Parece-nos, ainda, que os momentos mais cruciais para que os cônjuges se sintam seguros (ou pelo menos assegurados) pelas escolhas sejam os das adversidades até porque, durante o casamento bem os cônjuges podem livremente e conforme entendam lidar com as questões patrimoniais que ocorram no decurso no mesmo, pelo que, aquando da contração do casamento, natural é que a especial ponderação da escolha do regime a aplicar às suas relações patrimoniais seja perspectivando, exatamente, o seu impacto na eventual rutura ou dissolução por morte¹³⁷. Ora, em momentos de crise, onde muitas vezes os cônjuges estão de costas voltadas não podem, sequer, apoiar-se na Lei para cumprir as expectativas do que estipularam aquando do início da união matrimonial.

O próprio legislador reconhece a mutabilidade dos casamentos entre si e, não estabelecendo uma imposição de regime de bens de casamento (salvo exceções do artigo 1720.º do CC) para se adequar a todos os matrimónios sem exceção, questionável nos parece como, o mesmo legislador, considera que a generalidade e abstração da norma da partilha prevista no atual 1790.º será suficientemente flexível, justa e adequada a todas as realidades familiares.

Certamente casos haverá em que se alcancem resultados justos e equilibrados, mas igualmente certo será que, muitas mais vezes, tal não suceda. E o mesmo se dirá no que toca à perda de liberalidades do artigo 1791.º, que aqui também já vimos. Por, parece-nos, excesso de cautela, a sua boa intenção acaba por colocar o legislador numa posição em que, no limite, irá tutelar até quem não necessitava ou mesmo quereria ser alvo de semelhante tutela, e escolheu não o ser.

¹³⁶ Nas palavras de Amadeu Colaço, a passar um “atestado de menoridade” – *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 75.

¹³⁷ Bem sabendo que não releva para estabelecer uma “regra” ou generalidade dos casos, podemos inclusive falar pessoalmente, que foi exatamente essa a ponderação na decisão tomada em momento prévio ao casamento e, na constância do mesmo, todos os dias fazemos a escolha respetiva à determinada situação patrimonial que nos sejamos confrontados.

Não pretendemos aqui pautar pela aplicação pura e simplesmente de um regime de bens sobre todos os outros, pelo contrário, antes defendemos que a livre estipulação permaneça em vigor, desde a mais ampla separação à igualmente ampla comunhão, contanto que seja essa a vontade dos cônjuges então nubentes, sobretudo porque essa escolha é-lhes mesmo concedida pela lei e respetivas convenções antenupciais¹³⁸. Antes se pretende que a homenagem à autonomia privada que pautou o legislador seja estanque para todo o regime e ao longo de todo o tempo em causa.

Assim, não nos parece razoável que a mesma entidade que concedeu aos nubentes a liberdade de escolha do regime de bens a aplicar às suas relações patrimoniais e que, simultaneamente, os impediu de alterar o regime de bens após a celebração do casamento, venha agora impor a aplicação de um regime específico (neste caso, a comunhão de adquiridos, mas poderia ser qualquer outro) à partilha no momento do divórcio.

E o mesmo diremos no que à perda de benefícios (artigo 1791.º do CC) diz respeito, cujo atentado à autonomia privada das pessoas singulares não afeta só os cônjuges, como terceiros que poderão ter sido autores dessas liberalidades. Ora, ainda que a pretensão máxima do legislador fosse equacionar a sua caducidade por força de o divórcio ter colocado fim ao casamento que lhes servia de base, não cremos que uma aplicação automática desta caducidade devesse ter lugar e, por exemplo, antes resultar da expressa manifestação de vontade do autor da liberalidade que a caducidade operasse.

Destaca Amadeu Colaço que esta alteração suscita muitas questões e, numa tentativa de alcançar algumas respostas destaca que “(...) *se esta era a intenção do legislador [o afastamento da intenção de castigar um culpado e beneficiar um inocente], não compreendemos então, porque razão não se optou por uma solução na qual cada um dos cônjuges manteria como seus os benefícios já recebidos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, excepto os recebidos pelo outro cônjuge, perdendo apenas aqueles que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado.*”¹³⁹.

¹³⁸ Neste sentido, António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2º semestre de 2010, pág. 117.

¹³⁹ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit. pág. 93.

Outros autores defendem diferentes cenários¹⁴⁰, o que, dúvidas houvesse, comprova existirem diferentes formas de alcançar o objetivo primordial do legislador sem que à caducidade automática se recorresse sem sequer considerar a vontade do doador, como seria o caso de conceder ao mesmo a faculdade de revogar o respetivo benefício em caso de divórcio.

Olhando ao regime anteriormente aplicável, por meio do qual, como vimos, esta mesma perda de liberalidades somente vigorava face ao cônjuge (único ou maior) culpado e as mesmas eram mantidas face ao cônjuge inocente (ou menos culpado), agora, expurgada a culpa, entendemos nós que sempre se poderia (e temos como preferível) manter esta última hipótese, a da simples manutenção dos benefícios face a ambos os cônjuges.

Avançando nos tópicos que se tem como relevante olharmos, não só estes atentados aos princípios basilares já destacados se verificam como característicos da reforma de 2008, ainda ao dia de hoje, também dúvidas se nos levantam de que o efetivo resultado desta mesma alteração legislativa tenha feito jus ao escopo a que a norma do artigo 1791.º do CC se propunha, de evitar enriquecimentos injustificados de uma das partes em detrimento da outra e prover a uma repartição justa do esforço comum do casal.

Bem vista a aplicação da norma e suas consequências, resulta desta que a alteração pressupõe somente a alteração do cônjuge beneficiado face à perda de liberalidades: com a intenção de impedir que um saia beneficiado em prejuízo do outro, aquilo que acaba por resultar da lei é beneficiar o último em prejuízo do primeiro não provendo pelo resultado “neutro” a que intenção legislativa se propunha¹⁴¹.

Do mesmo modo, a dificuldade de conseguir distribuir equitativamente os benefícios e sacrifícios prestados por/a ambos os cônjuges neste novo regime da partilha é igualmente patente¹⁴². Em exemplos práticos (aqui hipotéticos, mas facilmente tidos

¹⁴⁰ Como por exemplo, exigir-se do donatário o valor dos bens, em paralelo com o regime do art.º 978.º, n.º 3 do CC, conforme defendem Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família...*, ob. cit., pág. 770.

¹⁴¹ Avança Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo Artigo 1790.º do Código Civil” ..., ob. cit., pág. 536 – “(...) a espoliação correspondente a esta não deixa de corresponder a um outro enriquecimento, se se tiver por referência o regime de bens fixado”.

¹⁴² *Idem* e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 432.

como reais), difícil não será identificar uma perda e ganho partilhado entre ambos os cônjuges, do mesmo modo que não o será verificar uma disparidade notória entre os “ganhos” de um face ao outro e o conseqüente sacrifício agravado de uma das partes em comparação com a outra, proveniente do incremento de capacidade aquisitiva de um dos cônjuges (no exemplo, Bela) face à perda da mesma capacidade da contraparte (António)¹⁴³.

Permitirá, assim, a partilha imperativa sob o regime da comunhão de adquiridos quando regime mais amplo de comunhão reja o matrimónio, permitir que se partilhe aqueles que são os bens decorrentes do esforço conjunto do casal/da família? Conforme destaca Rute Teixeira Pedro¹⁴⁴: “Sabemos que a resposta não é afirmativa. (...) o sistema de partilha segundo a comunhão de adquiridos apenas permite a partilha do património comum definido à luz das regras pré-fixadas para uma generalidade de hipóteses (nos artigos 1722.º e ss.), sem considerar a exacta contribuição que cada cônjuge deu para a formação desse património – e sem considerar a contribuição que cada um possa ter dado para valorização do património próprio do outro. (...) pode, em concreto, **atruçoar o princípio da justiça material no caso concreto.**”¹⁴⁵ – realce nosso.

Mais uma vez se nos demonstra que a única alteração bem patente neste novo regime da partilha e perda de benefícios aquando do divórcio é a parte que do instituto sai enriquecida. Como refere M.^a João Tomé, tão importante como a regra da partilha é a determinação do conjunto de bens sujeitos a ela¹⁴⁶, acrescentando ainda que o legislador

¹⁴³ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (In)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”..., ob. cit., pág. 163 – “O capital humano pode aumentar ou diminuir em virtude de opções realizadas na vigência do casamento. O cônjuge titular de maiores rendimentos – normalmente o cônjuge marido – não é negativamente afectado no seu capital humano, no seu nível de rendimentos, obtendo, muito frequentemente, pelo menos o montante de rendimentos que teria se não tivesse casado. O mesmo não se verifica na esfera daquele cônjuge que deixa o casamento com um rendimento potencial substancialmente inferior àquele que alcançaria se não tivesse celebrado o casamento ou, pelo menos, não houvesse limitado a sua carreira profissional na vigência do casamento. O casamento reduziu o seu capital humano.”

¹⁴⁴ Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio. Reflexões sobre a nova redação do art. 1790.º do Código Civil”..., ob. cit., pp. 453 e 454.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, Adriano Ramos de Paiva, *A comunhão de adquiridos. Das Insuficiências do regime quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 310, 311, 336 e 339.

¹⁴⁶ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro”..., ob. cit., pág. 195.

deixou passar “*a oportunidade para redefinir os bens que integram o património comum do casal*”¹⁴⁷ e descurou “*a relevância patrimonial da capacidade aquisitiva.*”¹⁴⁸.

A Autora acrescenta que, se por um lado o capital humano não pode ser alienado do mesmo modo que o podem os bens patrimoniais tradicionais, por outro lado, podem-no ser os serviços resultantes desse capital humano, pacífico nos parece, em concordância com a autora, que a capacidade aquisitiva é passível de gerar rendimento¹⁴⁹. Cada vez mais é patente que, para um adequado tratamento da realidade em que vivemos, há que ter presente que a riqueza não se traduz, pura e simplesmente, naquilo que é palpável (bens móveis e imóveis)¹⁵⁰.

Conforme Amadeu Colaço¹⁵¹ chama a atenção, a pretensão legislativa aqui patente acaba também por ser condicionada pelo funcionamento de outros mecanismos intencionalmente corretores de possíveis injustiças, como é caso da compensação e esta intenção de resolver um problema com outro igualmente notório acaba por indicar um caminho objetivamente fracassado. Isto é, se a justeza de resultados da partilha se encontrar dependente do bom funcionamento do instituto do crédito compensatório, que já aqui tivemos oportunidade de analisar e denotar alguns problemas/preocupações associados ao mesmo, então teremos de presumir que ao invés de resolver, estaremos perante uma situação ainda mais esdrúxula. Com efeito, se o regime da compensação funcionasse adequadamente, algumas das questões neste capítulo abordadas estariam potencialmente sanadas, o que com relutância duvidamos que seja o caso.

Aquando do divórcio, tão relevante quanto garantir o equilíbrio da divisão dos benefícios resultantes do esforço comum do casal, será também (ou deveria ser) garantir que se partilha tudo quanto desse esforço haja resultado, o que não nos parece ser

¹⁴⁷ *Idem*, pág. 154 e acrescenta ainda que “(...) o legislador não leva directamente em conta os efeitos do casamento no capital humano de cada um dos cônjuges, na sua capacidade aquisitiva.”

¹⁴⁸ *Idem*, pág. 161, terminando dizendo que “A não inclusão do capital humano no património comum do casal é censurável.”

¹⁴⁹ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro”..., ob. cit., pág. 161.

¹⁵⁰ Rute Teixeira Pedro destaca o conceito de *new property* e dá como exemplo os direitos relativos ao funcionamento de sistemas de previdência e proteção social – “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio”..., ob. cit., pág. 454. E Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro”..., ob. cit., pp. 195 e 196 – “*Em muitos casos, a capacidade aquisitiva constitui o único bem economicamente relevante. O desenvolvimento da carreira profissional é, muito frequentemente, um dos projectos mais importantes empreendidos pelos cônjuges.*”

¹⁵¹ Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*..., ob. cit., pág. 76

resultado imediato (ou mesmo mediato) deste regime¹⁵², uma vez que das duas soluções – tanto do art.º 1790.º como do 1791.º do CC – ambas podem conduzir, com maior ou menor probabilidade consoante o caso concreto, a situações de extrema injustiça, as quais não eram expectáveis e não deveriam, por tudo quanto exposto, decorrer da alteração legislativa em apreço.

Por último, os institutos de ambos os artigos merecem ainda uma outra ressalva – a disparidade de soluções consoante a origem da dissolução do casamento decorra da morte ou do divórcio – pois que estes somente serão aplicáveis se nos virmos perante uma situação de divórcio. Não querendo, com isto, e porque não se lo defende, dizer que a solução deveria ser a mesma para ambos os casos, porque o seu circunstancialismo é diferente¹⁵³, certo nos parece que esta distinção deveria ser atribuída à livre estipulação ou escolha das partes.

Qual será então o sentido de permitir que os cônjuges tenham suficiente autonomia privada para regular as suas relações patrimoniais em sede de convenção antenupcial se, mais tarde, tal lhes é furtado pelo legislador aquando da aplicação do regime? Tendo presente que se atribui um carácter de permanência (que merece e carece de existir) ao matrimónio e comunhão de vida dos cônjuges, a verdade é que, já em 2008 e ainda mais patente aos dias de hoje, este não é um instituto vertido de perpetuidade, e a regulação legislativa destes mesmos temas deve sempre preconizar pela atualização e harmonização com a realidade em que se insere e cuja sua aplicação afeta. O próprio legislador, conforme vimos inicialmente, tem vindo a fazê-lo e tornar notório que se ajusta a esta realidade, desde logo pela forma facilitada/simplificada como possibilitou o acesso ao divórcio, mas não podemos aceitar que se pautem de uma posição como que de punição (atreve-mo-nos a dizer) as consequências aplicáveis àqueles que eventualmente acabem por seguir esta via de dissolução.

Não nos parece linear que se entenda que um matrimónio que, findos dez anos de comunhão, acaba por resultar em divórcio tenha servido pior o propósito que se pautava e cujos cônjuges previam do que no mesmo (ou mesmo maior ou menor) período de tempo um que se dissolva pela morte de um dos cônjuges para que, automática e

¹⁵² Rute Teixeira Pedro, “A Partilha do Património Comum do Casal em Caso de Divórcio”..., ob. cit., pág. 454.

¹⁵³ Na mesma linha, Rita Lobo Xavier, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio”..., ob. cit., pág. 354.

independentemente das vontades das partes, as consequências da dissolução sejam tão distantes entre si.

Com isto, se por um lado se concorda com a apreciação da exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X quando se refere que o anterior regime castigava um culpado (divórcio-sanção), não podemos então concordar, por tudo quanto exposto, que se premiava um inocente¹⁵⁴, quando o que se fazia era respeitar as escolhas das partes aquando do uso da sua autonomia privada e não uma premiação de qualquer tipo.

Se podíamos olhar ao anterior regime como sancionatório e, até, aleatório, pela aplicação e punição a uma ideia de culpa abstrata, então vemo-nos agora perante um regime ainda mais fechado e aleatório, alheio à livre estipulação dos cônjuges e a todas as circunstâncias do caso concreto¹⁵⁵¹⁵⁶.

V.3. O regime da Reparação de danos do artigo 1792.º do CC

No seguimento dos efeitos patrimoniais do divórcio que já aqui tivemos oportunidade de analisar, cumpre agora debruçarmo-nos sobre o regime da reparação de danos decorrentes do mesmo, estabelecido no artigo 1792.º do CC¹⁵⁷.

Ora, no regime anteriormente em vigor, o cônjuge (maior) culpado pelo divórcio e aquele que tivesse pedido o divórcio com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge nos termos legalmente admitidos, poderia ser condenado a pagar ao outro

¹⁵⁴ Nas palavras de Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 76.

¹⁵⁵ *Idem*, pág. 94 – Amadeu Colaço adjectiva as consequências do regime do artigo 1791.º como “perversas” e dá como exemplos situações em que um dos cônjuges seja economicamente dependente de rendimentos provenientes de imóveis doados em virtude do casamento, benefícios esses que perderia o seu rendimento escolhendo divorciar-se. Arriscamo-nos a dizer que aqui haveria uma elevada probabilidade de se manter um casamento vazio por mera obrigação de o fazer para se conseguir sustentar economicamente. Face ao artigo 1790.º, Rita Lobo Xavier sublinha também que as suas consequências resultarão também um “*tão claro desincentivo ao recurso à dissolução por divórcio.*” – in *Recentes Alterações do Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais...*, ob. cit., pp. 33-36.

¹⁵⁶ Importa ainda destacar, conforme o fez Cristina Dias, que não se quer com isto dizer que seria preferível manter o anterior regime do divórcio-sanção, na linha de entendimento do Presidente da República – cfr. Cristina M. Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro...*, ob. cit., pág. 28; António José Fialho, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio.”..., ob. cit., pág. 114, e Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...*, ob. cit., pág. 146.

¹⁵⁷ Sobre o tema pronunciam-se, entre outros, Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica...*, ob. cit., pág. 181, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pp. 95 e ss., Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pp. 37 e ss., Diogo Leite de Campos e Mónica Martínez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pág. 377 e Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio. Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 105 e ss.

uma indemnização por danos não patrimoniais sofridos decorrentes do divórcio, consistindo, na primeira circunstância, uma “*responsabilidade civil subjectiva decorrente do princípio do ‘divórcio-sanção’*”¹⁵⁸¹⁵⁹.

Atualmente, expurgada a culpa do regime do divórcio em vigor, nem a mesma pondera no âmbito dos efeitos patrimoniais decorrentes do mesmo, os danos não patrimoniais decorrentes da própria dissolução do casamento deixaram também eles de merecer a tutela que anteriormente vigorava neste regime. Conforme refere Margarida Silva Pereira, “*Por isso, ao manter na actual Lei do Divórcio a obrigação de um dos cônjuges indemnizar o outro pelos «danos causados pela dissolução do casamento», o legislador fez uma complicada incursão em matéria deveras problemática e polémica.*”¹⁶⁰.

Manteve-se, assim, tão-somente e agora obrigatoriamente, no âmbito da ação de divórcio a reparação dos danos sofridos pelo cônjuge contra o qual haja sido intentada ação de divórcio com base na alteração das suas faculdades mentais, nos termos estabelecidos no número 2 do artigo 1792.º do CC¹⁶¹¹⁶².

Por sua vez, o número 1 desse mesmo preceito já não prevê que os demais danos não patrimoniais sigam os termos que anteriormente seguiriam, mas antes que “*O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns*”. Daqui resulta que, pese embora inserida esta norma no subcapítulo dos efeitos patrimoniais do divórcio, a reparação dos danos não patrimoniais decorrentes da violação culposa dos deveres conjugais¹⁶³ não constitui, em bom rigor, um efeito próprio do divórcio pois, havendo

¹⁵⁸ Nas palavras de Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 95.

¹⁵⁹ Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio...*, ob. cit., pág. 113 defendia que “*Ao contrário das sanções estabelecidas nos artigos 1790.º e 1791.º, a obrigação de indemnização estabelecida no artigo 1792.º do CC não é sancionatória, antes visa a reparação de danos de carácter moral – como a ‘solidão resultante da dissolução do casamento, (...) sentimentos de frustração, instabilidade e insegurança daí decorrentes, (...) desconsideração social (...)’ – resultantes do divórcio.*”; também nesta linha, Ângela Cristina da Silva Cerdeira, *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 136.

¹⁶⁰ Cit. Maria Margarida Silva Pereira, *Textos de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pág. 96.

¹⁶¹ Segundo o qual hoje se lê “*O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio*”.

¹⁶² Sobre este tema: Heinrich Ewald Hörster, “*A responsabilidade civil entre os cônjuges*”..., ob. cit., pp. 105 e ss.; Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio...*, ob. cit., pág. 37.

¹⁶³ A jurisprudência não é pacífica na sua coerência com o reconhecimento de abstenção legislativa face à reparação destes deveres como tal, cfr. Acórdão do TRL de 13 de julho de 2017 (Processo n.º 2155/15.0T8PDL.L1-2 Relatora MARIA JOSÉ MOURO) segundo o qual o douto Tribunal entendeu que os actos praticados por um dos cônjuges, que resultaram na perda do “*equilíbrio emocional*” do outro – que

condenação, a mesma terá lugar numa ação autónoma, num tribunal comum e decretada por um juiz que nenhum conhecimento tem do processo de divórcio *per se*.

Esta escolha legislativa levanta-nos diversas questões¹⁶⁴: desde logo, a letra da lei não obriga a que se verifique em momento prévio o trânsito em julgado da própria ação de divórcio, podendo, assim e salvo melhor opinião, correr ambas ao mesmo tempo¹⁶⁵. No mais, a obrigação de interposição de duas ações processuais distintas contraria o princípio da economia processual¹⁶⁶, gera uma maior morosidade para que ambos os cônjuges consigam “fechar o capítulo” do divórcio, implica um dispêndio financeiro duplamente superior – fatores esses que claramente poderão inibir¹⁶⁷ os cônjuges de efetivamente levarem estes processos avante e, por último mas não menos importante, a ligação (ou falta dela) desta norma à violação dos deveres conjugais por um dos cônjuges.

Como se assim não bastasse, sempre importa destacar aquele que vemos como o maior obstáculo à instauração por receio de improcedência destas ações: o ónus da prova e a dificuldade de fazer prova. Remetidos para os termos gerais da responsabilidade civil, e conseqüente aplicação dos artigos 483.º e seguintes do CC, ao cônjuge lesado que intente a ação contra o outro sempre caberá o ónus de provar¹⁶⁸ que a violação dos deveres conjugais alegada preenche todos os requisitos da responsabilidade civil¹⁶⁹, ao passo que anteriormente bastaria fazer prova da culpa para a conduta do lesante relevar no âmbito dos efeitos patrimoniais do divórcio.

No âmbito desta última questão, entendimentos distintos se têm verificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência¹⁷⁰. Ainda assim, e no nosso ponto de vista sempre nos

procurara auxílio psicológico – constituíam ilícito culposo e a “*violação do dever de respeito e ofensivos do amor-próprio, da sensibilidade e susceptibilidade da A.(...)*”.

¹⁶⁴ Em maior detalhe aprecia o conteúdo normativo do preceito Paula Távora Vítor *in*, Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família...*, ob. cit., pp. 574 e ss.

¹⁶⁵ Na mesma linha, Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 97.

¹⁶⁶ Com exceção dos casos em que a dissolução de fundamente na alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges (art.º 1781.º, al. b) do CC) - Cfr. Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”..., ob. cit. pág. 106 e Maria Margarida Silva Pereira, *Textos de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pág. 100.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ Cfr. decorre da aplicação do art.º 487.º do CC, que nos diz que “*É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.*”.

¹⁶⁹ Como bem sabemos, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

¹⁷⁰ Por um lado, defende-se que violação dos deveres conjugais é ressarcível nos termos gerais da responsabilidade civil, contratual e/ou extracontratual (veja-se, neste sentido Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, ob.cit., pp. 79-82, 486-487, 510-512 e 679-680, Heinrich Ewald Hörster, “A responsabilidade civil dos cônjuges”, *in* E foram felizes para sempre?... ob. cit., pp. 108-110, Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família...*, ob. cit., pp. 376-378 e os Acórdãos do STJ de 12 de maio de 2016, Processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1, relatado por TOMÉ

parece relevar, na mesma senda de Margarida da Silva Pereira¹⁷¹, que a associação deste mecanismo, como anteriormente sucedia, ao ressarcimento por danos causados no âmbito da violação de deveres conjugais não será correta, posto que tais deveres há muito deixaram de ser passíveis de tutela indemnizatória por meio do seu incumprimento.

Ora, conforme refere a Autora “*uma vez assente que durante o casamento o não cumprimento destes mesmos deveres fica à margem da sanção jurídica, seria totalmente destituído de sentido fazê-los ressuscitar precisamente quando o casamento falece.*”¹⁷².

Ainda assim, e para quem o contrário entenda, óbvio se nos parece que o ónus de provar todos estes pressupostos por meio da violação de deveres conjugais como o respeito, a fidelidade, a cooperação e a coabitação se tem como de extrema dificuldade e paralelamente, difícil será prover para procedência da ação a seu favor até porque, conforme destaca Amadeu Colaço, “*a jurisprudência nesta matéria é, como não poderia deixar de o ser (...) muito cautelosa no ressarcimento de danos não patrimoniais (...)*”¹⁷³. Quanto aos danos patrimoniais, poucas se afiguram as circunstâncias em que haverá lugar à sua arguição neste âmbito¹⁷⁴.

Por tudo quanto exposto, cremos, na mesma senda que o autor, que “*poucos serão os casos em que um dos cônjuges irá lançar mão desta ação indemnizatória.*”¹⁷⁵.

GOMES; do TRL de 13 de julho de 2017, Processo n.º 2155/15.0T8PDL.L1-2, relatado por MARIA JOSÉ MOURO; do TRL de 29 de setembro 2020, Processo n.º 288/18.0T8SNT.L1-7, relatado por MARIA DA CÂMARA SAAVEDRA), por outro, defende-se que o sentido da reforma de 2008, de retraimento na regulação da intimidade, de realce da individualidade dos cônjuges e da sua liberdade de ação para o desenvolvimento da personalidade, de mãos dadas com a eliminação da culpa no divórcio, erodiu o desvalor do incumprimento destes deveres conjugais o qual, por si só, não desencadeará a responsabilidade civil, apenas quando sejam violados direitos fundamentais/de personalidade dos cônjuges (veja-se, neste sentido Guilherme de Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 16, N.º 31-32, Coimbra, 2019, pp. 28-43; Francisco Brito Pereira Coelho, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 147º, n.º 4006, Gestlegal, 2017, pp. 54-67 e o Acórdão do TRL de 25 de março de 2021, Processo n.º 4195/19.1T8ALM.L1-2, relatado por NÉLSON CARNEIRO).

¹⁷¹ Maria Margarida da Silva Pereira, *Textos de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pp. 102 e ss.

¹⁷² Acrescenta, ainda: “*E tanto mais a incoerência se evidencia, quanto o divórcio é agora, como vimos, o reconhecimento de um direito pessoal a mudar de estado, a expressão jurídica cristalina, juridicamente reconhecida em 2008, de que é legítimo incumprir deveres conjugais e atribuir a tal incumprimento consequências drásticas, a saber, pôr fim ao casamento.*”, *Textos de Direito da Família e das Sucessões...*, ob. cit., pág. 103.

¹⁷³ Cit. Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 97.

¹⁷⁴ *Idem*, o próprio autor acaba por destacar como único exemplo gritante os casos de violência doméstica para este efeito.

¹⁷⁵ *Idem*, pág. 97.

Olhada a esta dicotomia, concordando com a posição que rejeita a aplicação do regime a uma violação direta dos deveres conjugais abarcados no nosso regime, cumpre questionar o fundamento que legitima a norma do artigo 1792.º do CC aqui em apreço. Neste âmbito, concordamos com Guilherme de Oliveira que vem defender que a tutela preconizada neste artigo só terá lugar quando os danos não patrimoniais a serem reparados, sofridos por um dos cônjuges, quando estes sejam indemnizáveis independentemente da sua situação de cônjuges – ou seja, quando a indemnização teria lugar mesmo que de dois estranhos se tratasse, porque se violam deveres absolutos e não por serem deveres conjugais¹⁷⁶.

Em suma, somos em crer que o incumprimento de deveres conjugais não deverá gerar a aplicação do mecanismo sobre o qual aqui nos versamos, *per se*, mas antes quando, não por serem conjugais e merecerem tutela por meio do estado de casados, mas sim direitos absolutos de qualquer pessoa singular indemnizáveis independentemente do vínculo conjugal que une ambas as partes e em caso algum, como vimos, o caminho da tutela é isento de sinuosidade.

V.4. Casa de morada da família – do artigo 1793.º

Por último, mas não de menor relevo e somente na ordem sistemática do nosso Código, iremos agora olhar brevemente para o regime que regula o destino da casa de morada da família em sede de divórcio, o qual se rege pela norma do artigo 1793.º do Código Civil¹⁷⁷.

Conforme destaca o Tribunal da Relação de Coimbra, no seu Acórdão de 28 de junho de 2016¹⁷⁸ “*A casa de morada de família consubstancia a sede da vida familiar em condições de habitabilidade e de continuidade, o centro da organização doméstica e social da comunidade familiar.*”¹⁷⁹.

À semelhança dos institutos já vistos, também este regime foi alvo de alterações e ajustes de aplicação decorrentes da eliminação da culpa no nosso ordenamento jurídico,

¹⁷⁶ Cfr. Guilherme de Oliveira, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010, pág. 21.

¹⁷⁷ Com maior incidência sobre este tema, *vide* Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo...*, ob. cit., pp. 680 e ss. e Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família...*, ob. cit., pp. 287 e ss.

¹⁷⁸ Processo n.º 677/13.7TBACB.C1, Relator CARVALHO MARTINS.

¹⁷⁹ Acrescentando, ainda, que “*Implica que ela constituía ou tenha constituído a residência principal do agregado familiar e que um dos cônjuges seja o titular do direito que lhe confira o direito à utilização dela.*”.

sendo que esta não mais releva para efeitos de atribuição da casa de morada da família, primária ou secundariamente.

Neste âmbito, sempre será necessário distinguir entre duas situações: aquela em que a casa pertence a um ou ambos os cônjuges daquelas em que a casa se encontra arrendada. Sendo um ou ambos proprietários do bem, o direito de habitação na casa de morada da família poderá ser atribuído até ao cônjuge que dela não é proprietário por meio do arrendamento – através de acordo ou sentença judicial¹⁸⁰¹⁸¹.

O regime vigente nos números 1 e 2 da norma em apreço encontravam-se já em vigor desde 77, os quais previam, primeiramente que o tribunal pode *dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges* a casa de morada de família, *quer esta seja comum quer própria do outro*, considerando as necessidades das partes em apreço. Seguidamente, estipula-se, ainda, que este arrendamento será sujeito às regras gerais do arrendamento habitacional, concedendo-se ao juiz a faculdade de alterar quaisquer condições, justificadamente.

É na adição de um novo número que o regime de 2008 entra: ora, já aqui vimos que as partes podem acordar sobre o destino da casa de família ou, à falta de acordo, este pode ser decidido judicialmente, e vem-nos agora o número 3 do art.º 1793.º do CC estabelecer que ambos podem *ser alterado[s] nos termos gerais da jurisdição voluntária*.

Primeiramente remetidos para o acordo dos cônjuges sobre o destino da casa de morada de família, em sede de divórcio por mútuo consentimento e aquando da apresentação do requerimento de divórcio junto da Conservatória respetiva, são apresentados ou requerido ao conservador que elabore os respetivos acordos¹⁸², entre eles, o que visa regular o destino da casa de morada da família. Havendo acordo, aquilo que a lei impõe é que este acautele suficientemente o interesse das partes envolvidas (cônjuges

¹⁸⁰ Sobre isto, Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo...*, ob. cit., pp. 680 e 681.

¹⁸¹ Sobre o tema, destacamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de setembro de 2022 (Processo n.º 29668/16.4T8LSB-C.L1.2, Relator SOUSA PINTO) que refere o seguinte: “*O critério geral para atribuição o direito ao arrendamento da casa de morada de família na sequência da ação de divórcio é no sentido de que esse direito deve ser atribuído ao cônjuge que mais dela necessite, pois o objetivo da lei é proteger o cônjuge que maior sacrifício fará dela não beneficiando.*” E acrescenta ainda que “*Na aferição/ponderação dos critérios materiais de decisão para tal atribuição, inexistindo propriamente uma hierarquia dos fatores ponderáveis, nos termos do n.º 1, do art.º 1793.º, do Cód. Civil, tal necessidade terá de ter em consideração os concretos rendimentos e encargos de ambos os ex-cônjuges (...)*”; também no supramencionado Acórdão do TRC de 28/06/2016 se destaca que “*A lei (art. 1793.º Código Civil) quererá que a casa de morada da família, decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, possa ser utilizada pelo cônjuge ou ex-cônjuge, a quem for mais justo atribuí-la, tendo em conta, designadamente, as necessidades de um e de outro.*”

¹⁸² Cfr. art.º 1775.º, n.º1. al. d), do CC e art.º 272.º, n.º 1, al. f) e n.º2 do Código do Registo Civil.

e, quando os haja, filhos) para ser homologado. Quanto a este ponto, e nas palavras de Nuno Salter Cid¹⁸³, o regime de 2008 “*não vem, aparentemente alterar o tratamento*” que a lei já contemplava¹⁸⁴.

Seguidamente, quando não haja acordo dos cônjuges relativamente ao destino da casa de morada da família, caberá já ao juiz obtê-lo e, caso tal não se verifique ainda assim terá então a tarefa desafiante de “*determinar a prática de actos e a produção de prova necessária para poder fixar um destino adequado relativamente à casa.*”¹⁸⁵.

Mas vem, então, acrescentar o legislador de 2008 que, pese embora as duas possibilidades de estabelecimento de acordo previamente existentes – seja ele entre os cônjuges ou estabelecido pelo juiz -, estes nunca serão estanques. Conforme sublinha Amadeu Colaço – e aqui nos preocupa – estes acordos “*encontram-se adstritos às circunstâncias vigentes ao momento, pelo que na eventualidade de as mesmas virem a alterar-se supervenientemente, não apenas o arrendamento poderá vir a ser revogado, como os seus termos alterados, nos termos da jurisdição voluntária.*”¹⁸⁶¹⁸⁷¹⁸⁸.

Pelo exposto, cremos ser de concluir que, pese embora não se tenha verificado uma alteração legislativa de maior relevo neste âmbito, a que existiu e a aplicação do atual regime não deixam de poder levantar preocupações face à confiança depositada pelos cônjuges no funcionamento do instituto.

¹⁸³ Cit. Nuno de Salter Cid, “A atribuição da casa de morada da família”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pág. 246.

¹⁸⁴ O autor analisa em maior detalhe este preceito em sede do *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família*, coordenado por Maria Clara Sottomayor, pp. 580 e ss.

¹⁸⁵ *Idem*, cit. pág. 248

¹⁸⁶ Cit. Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio...*, ob. cit., pág. 102.

¹⁸⁷ O regime geral dos processos de jurisdição voluntária encontra-se nos artigos 1409.º a 1411.º do Código de Processo Civil.

¹⁸⁸ Nesta linha, destacamos a posição do TRE no seu Acórdão de 11/08/20218 (Processo n.º 2204/16.5T8FAR.E1, Relator VÍTOR SEQUINHO) se lê que “*A lei não estabelece um regime substantivo para a atribuição provisória da casa de morada da família na pendência do processo de divórcio. Em face disso, (...) deve aplicar-se, por analogia, o disposto no artigo 1793.º do Código Civil. O n.º 1 deste artigo manda atender, nomeadamente, às necessidades de cada um dos cônjuges e ao interesse dos filhos do casal.*”, bem como o entendimento do STJ ressaltado pelo TRG no seu Acórdão de 17 de fevereiro de 2022 (Processo n.º 2462/20.0T8BCL-A.G1, Relator PEDRO MAURÍCIO) que refere que “*Como reiteradamente o Supremo Tribunal de Justiça tem sublinhado e decidido, a fixação judicial da regulação provisória da utilização da casa de morada da família é caracterizável como um procedimento especialíssimo ou incidente do processo de divórcio, distinto do processo de jurisdição voluntária de atribuição da casa de morada da família, configurando o primeiro uma antecipação dos efeitos da composição definitiva do litígio que se alcançará no último (...).*”.

VI. CONCLUSÕES

Analisados todos os tópicos que nos propusemos fazer, cumpre agora retirar as devidas conclusões das problemáticas e questões colocadas.

Desde logo, notório se nos parece que, na constante evolução do entendimento e consequente regime do divórcio, se tem vindo a observar uma constante “desjudicialização” do mesmo, a qual reflete um olhar atento sobre as alterações sociológicas também verificadas, a mudança de paradigma no papel da mulher no casamento, a valorização dos cônjuges enquanto seres individuais, a eliminação do divórcio-sanção, culminando num louvável reconhecimento do legislador de 2008 da necessária afirmação do direito pessoalíssimo de não se permanecer no estado de casado.

A importância e impacto positivo desta evolução torna-se, sobretudo, patente na “facilidade” de acesso dado ao divórcio por mútuo consentimento, mais célere e economicamente mais viável, cujos números aumentaram exponencialmente, permitindo a muitos casais, que de outra forma arrastariam o seu estado civil de casados de um matrimónio inviável (e efetivamente inexistente) apenas no sentido do vínculo jurídico inexistente.

A legislação de 2008 vem, como vimos, abandonou a conceção do divórcio-sanção, não relevando, no que aos efeitos patrimoniais diz respeito, a ponderação da culpa. A Lei do Divórcio traz-nos diversas alterações em sede de efeitos patrimoniais – de maior ou menor relevo, bem como de maior ou menor infortúnio.

Entre elas começamos por olhar ao regime do crédito compensatório, previsto no artigo 1676.º do CC, em especial no seu número 2 o qual, pensado para dar resposta à fragilidade da posição não igualitária que um dos cônjuges pode ter no seio familiar, conforme destacámos, peca desde logo e sobretudo por ser amplamente complexo e assentar em expressões imprecisas, que não foram apreciadas quantitativa nem qualitativamente – conforme vimos *consideravelmente superior*, renúncia *excessiva à satisfação dos seus interesses com prejuízos patrimoniais importantes*. Tem-se como também extremamente insuficiente, por permitir deixar de fora do seu âmbito de aplicação inúmeras situações para as quais apenas criou uma aparente solução. Assim, por um lado, registou-se o declínio na capacidade aquisitiva por parte do cônjuge que sofreu as perdas (e terá assim direito ao crédito compensatório), não foram estabelecidos critérios para a mensuração dessas mesmas perdas e, por outro lado, ao não serem

qualificados os prejuízos patrimoniais exigidos (não sendo bastante nem tampouco determinado o conceito *importantes*), este crédito acaba por se tornar suscetível de surtir o efeito contrário daquele que era efetivamente pretendido pelo legislador.

Não pretendemos, com isto, advogar pela preferência da solução anteriormente prevista no nosso regime, mas antes concluir que este mecanismo carece de uma reformulação que o clarifique e torne mais preciso – no limite, seria preferível não termos qualquer solução legal prevista e termos a clara consciência da sua falta e da sua necessidade, delineando-a de forma mais clara, que estamos convictos que fosse a intenção do legislador, e não a desproteção do cônjuge mais fragilizado.

No seu seguimento, o regime da partilha levanta igualmente alguns problemas e incoerências com as motivações inerentes à Lei do Divórcio sendo o mais premente, a violação clara do princípio da autonomia privada dos cônjuges e a sua liberdade contratual. Uma vez que, aqueles que conscientemente convencionaram um regime de bens mais amplo do que o regime da comunhão de adquiridos verão, obrigatoriamente, o processo de divórcio reger-se por um regime mais restrito do que pretendiam e segundo o qual regeram o seu casamento (talvez durante décadas) e cuja posição se viu, desde ou a partir de 2008, imposta de tal modo - podendo, no limite, aumentar a litigiosidade entre os cônjuges e o arrastar do processo de partilha, por nenhuma das partes querer ceder e gerando um novo processo de inventário e, com fundamento em evitar situações de enriquecimento, muitas vezes criam-se as exatas situações de polo oposto: as de desequilíbrio patrimonial (e injustiça) que tanto se preconizou evitar, conforme se exemplificou anteriormente.

A rigidez patente neste artigo 1790.º do CC vem sendo muito criticada (e criticável) pela doutrina que converge na defesa de uma tese em que a solução deveria ter olhado também à origem dos bens e à contribuição de cada uma das partes para a vida familiar. Da nossa parte, não conseguimos, a final da nossa investigação, vislumbrar fundamento que legitime o facto de, em tão importante matéria, com igualmente importantes consequências, o legislador se achar em melhor posição que os próprios cônjuges para definir os contornos das suas vidas patrimoniais na sequência do divórcio, especialmente quando isso implique a preterição daquela sua vontade manifestada quando contraído o matrimónio – por meio de uma faculdade que lhes é concedida pelo mesmo legislador.

Face à perda de liberalidades prevista no artigo 1791.º do CC, se as razões para a sua perda nos parecem de fácil compreensão – não se baseando já na culpa mas na inexistência/extinção do contrato que lhes serviu de base – não beneficia de igual compreensão as disparidades e desequilíbrios que muitas vezes decorrem desta mesma perda, bem como a desconsideração total pelo terceiro que haja realizado algumas dessas liberalidades, que “não é visto nem achado” na decisão de revogação daquilo que doou, podendo não ter qualquer interesse na sua revogação ou em reaver o bem em questão.

Temos nestes artigos (1790.º e 1791.º) uma bipolaridade de sentimentos: a mesma entidade que pretende e pugna pelo aumento da liberdade e autonomia privada é aquela que vem agora torná-la mais restrita, e uma lei desenhada para abonar pela facilitação do divórcio é a mesma que reprime e penaliza patrimonialmente, após expurgada a culpa, tanto por meio da partilha como da perda de benefícios.

Seguir-se-á, no mesmo enquadramento sistemático do nosso código, o instituto da reparação de danos, previsto no artigo 1792.º do CC que, conforme vimos levanta questões sobre a indemnização decorrente da violação de deveres conjugais (com a qual não nos compadecemos) e se encontra configurado com uma aplicação esdrúxula decorrente do caminho sinuoso que se apresenta àquele que ao mesmo queira recorrer. Desde logo pela tramitação da ação num tribunal comum – pressupondo a existência e financiamento de duas ações distintas, bem como um processo (ainda mais) moroso, culminando com a apreciação ser feita por um juiz que nenhuma ligação tem ao processo de divórcio (e muitas vezes, ao Direito da Família em si) – e terminando na dificuldade do ónus da prova adjacente a todos os pressupostos da responsabilidade civil, fazendo com que, ou o cônjuge não instaure sequer a respetiva ação (por falta de meios financeiros ou, até, pelo simples facto de não querer arrastar mais o capítulo da rutura do matrimónio no tempo) ou que, não poucas as vezes, o cônjuge que causou os danos ressarcíveis não seja condenado em conformidade, quer na ação de divórcio, quer na ação de responsabilidade civil.

Por fim, no que à atribuição da casa de morada de família diz respeito, não concluímos que tenha havido uma alteração substancial no quadro normativo desta matéria com exceção da eliminação da ponderação da culpa, uma vez que se previa já a atribuição a qualquer dos cônjuges, mantendo-se a previsão do arrendamento e subordinando-o às regras do arrendamento habitacional, alargando-se somente a

possibilidade de alteração do acordo (seja ele decorrente da vontade das partes ou decretado judicialmente) nos termos gerais da jurisdição voluntária.

Ora, por tudo quanto exposto, se por um lado, podemos louvar as “ideias” e motivações do legislador de 2008 que aqui vimos, também se pode concluir pela grande margem de crítica que a concretização de muitas delas conferiu ao regime em vigor, trazendo mais interrogações e reticências do que os pretendidos pontos finais e que carecem, como em tanto outros aspetos do regime legal do Direito da Família, de um olhar de revisão mais atento aos problemas práticos que vêm sido levantados por diversos autores e juízes nos últimos quinze anos e que tornam o tema ainda hoje atual. Além da prática legislativa não ter ido ao encontro dos fundamentos que lhe serviram de base e que, como se disse, louvamos, provocando esta ampla incoerência legislativa, não veio também, parece-nos, ao encontro dos verdadeiros interesses e da nova conceção de família que se verifica entre nós.

Referências Bibliográficas e Sitografia

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2018.

BECKER, Gary, *A Treatise on the Family*, enlarged version, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

BOELE-WOELKI, Katharina/FERRAND, Frédérique/BEILFUSS, Cristina González/JÄNTERÄ-JAREBORG, Nigel Lowe/MARTINY, Dieter/PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antuérpia-Oxford, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 6.^a ed. Revista e atualizada por Prof. Doutora Mónica Martinez de Campos, Coimbra, Almedina, 2023.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

CID, Nuno de Salter, Desentendimentos Conjugais e Divergências Jurisprudenciais, in *Lex Familiae*, Ano 4, n.º 8, 2007.

CID, Nuno de Salter, “A atribuição da casa de morada da família”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I – Introdução ao Direito Matrimonial*, 5.^a edição Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COELHO, Francisco Brito Pereira, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 147º, n.º 4006, Gestlegal, 2017.

COLAÇO, Amadeu, *Novo Regime do Divórcio*, 3.^a Edição, Edições Almedina, Novembro 2009.

COLLAÇO, Isabel Magalhães, “A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um Olhar Vinte e Cinco Anos Depois”, in AA. VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, sob direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

CORDEIRO, António Menezes, “A Família e a Lei na Primeira Década do Século XXI”, in AA. VV., *A Família e o Direito nos 30 Anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, sob a direção da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.^a Edição Atualizada, Lisboa, AAFDL, 2011.

COSTA, Eva Dias, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Edições Almedina, 2005.

DÉCHAUX, Jean-Hugues, *Sociologie de la famille*, Paris, La Découverte, 2008.

DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, 2.^a Edição, Edições Almedina, Maio 2009.

DIAS, Cristina M. Araújo, “O Crédito pela Compensação do Trabalho Doméstico Prestado na Constância do Matrimónio (a Contribuição Consideravelmente Superior de Um dos Cônjuges para os Encargos da Vida Familiar – o art. 1676.º do Código Civil)”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

FIALHO, António José, “Algumas questões sobre o novo regime jurídico do divórcio”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 14, 2º semestre de 2010.

HENRIQUES, Sofia, *Estatuto Patrimonial dos Cônjuges. Reflexos da Atipicidade do Regime de Bens*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de

Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa, *Guia Prático do Divórcio*, 3ª Edição, Edições Almedina, 2022.

LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, vol. IV*, reimpressão da 2.ª Ed. Revista e atualizada, Coimbra Editora, 2011.

MARTINS, Alberto, “Prefácio”, in AA. VV., *Nova Lei do Divórcio*, Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008.

MARTINS, Rosa Cândido, “A Morte do Casamento: mito ou realidade?”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme de, 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, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Linhas gerais da reforma do divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 6, n.º 12, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 16, N.º 31-32, Coimbra, 2019.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2021.

PAIVA, Adriano Ramos de, *A comunhão de adquiridos. Das Insuficiências do regime 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 redação do art. 1790.º do Código Civil”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, sob a direção de José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tares de Almeida, vol. III, Coimbra, Almedina, 2011.

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, 4.ª Edição revista, atualizada e aumentada, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, AAFDL Editora, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Perspectivas de Evolução do Direito da Família em Portugal”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 8.ª Edição, Gestlegal, 2023.

PUFENDORF, Samuel, *Droit de la nature et des gens*, Tomo I, 1734.

RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Atual*, 3.ª Edição, revista e aumentada, Lisboa, Quid Iuris?, 2011.

SANTO, João Espírito, “Divórcio, Cessaçao da coabitação conjugal e critério legal da partilha”, in *Estudos em homenagem aos Professores João de Castro Mendes e Adelino da Palma Carlos*, disponível na Revista da Ordem dos Advogados acedida em https://portal.oa.pt/media/130402/joao-espírito-santo_roa_i_ii_2017-8.pdf.

SANTOS, Eduardo dos, *Do Divórcio. Suas Causas, Processo e Efeitos*, 3.ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2003.

SEGALLEN, Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 6ème édition, 2008.

SOTTOMAYOR, MARIA Clara, *Código Civil Anotado – Livro IV Direito da Família*, 2.^a Edição, Edições Almedina, 2022.

SOTTOMAYOR Maria Clara Sottomayor, “O novo regime jurídico do divórcio e os direitos das mulheres e das crianças”, *Movimento Justiça e Democracia*, 2009 disponível em <https://www.mjd.org.pt/artigos> .

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991.

SOUSA, Miguel Teixeira de, “Do Direito da Família aos Direito Familiares”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes e a Sociedade Portuguesa”, in AA. VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a direção de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

TRÍAS, Encarnación Roca i, *Libertad y Familia*, Tirant Lo Blanch, Valência, 2014.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, “Considerações Sobre Alguns Efeitos Patrimoniais do Divórcio na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro: (In)Adequação às Realidades Familiares do Século XXI?”, in AA. VV., *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crística do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, *Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, sob a direção de Maria Clara Sottomayor/Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, “Algumas Reflexões Sobre a Obrigação de Compensação e a Obrigação de Alimentos Ente Ex-Conjuges”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina, 2012.

VARELA, João Antunes, *Direito da Família, 1.º Volume*, 5.^a Edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei N.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Edições Almedina, 2010.

XAVIER, Rita Lobo, “Direito ao Divórcio, Direitos Recíprocos dos Cônjuges e Reparação dos Danos Causados: Liberdade Individual e Responsabilidade no Novo Regime do Divórcio” in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster*, sob a direção de Luís Gonçalves/Wladimir Brito/Mário Monte/Gravato Morais/Clara Calheiros/Cristina Dias, Coimbra, Almedina 2012.

XAVIER, Rita Lobo, “Regime da comunhão geral de bens e partilha subsequente ao divórcio no novo artigo 1790.º do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

www.app.parlamento.pt

<https://cej.justica.gov.pt/E-Books/Direito-da-Fam%C3%ADlia-e-das-Crian%C3%A7as>

Acórdãos consultados em www.dgsi.pt