

ebook

**III JORNADAS DE
DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS CRIANÇAS**

diálogo teórico-prático



ORDEM DOS ADVOGADOS
CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

**O DIVÓRCIO, O REGIME DE
BENS E A PARTILHA DO
PATRIMÓNIO CONJUGAL**

Rita Lobo Xavier

Professora Catedrática da

Universidade Católica Portuguesa

O DIVÓRCIO, O REGIME DE BENS E A PARTILHA DO PATRIMÓNIO CONJUGAL

Rita Lobo Xavier

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola do Porto; Centro de Estudos e de Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa

Sumário

I. Enquadramento geral. II. Situação de indivisão pós-divórcio e bens comuns. III. Regime da separação de bens e questões patrimoniais pós-divórcio. IV. A “despatrimonialização” do divórcio e a eliminação de “enriquecimentos” verificados.

I. Enquadramento geral

O tema que me foi indicado – o divórcio, o regime de bens e a partilha do património conjugal – dá-me a oportunidade de revisitar a questão central da minha tese de doutoramento, defendida em dezembro de 1999, há quase 20 anos! A questão é a da interpenetração patrimonial que ocorre naturalmente entre os cônjuges em virtude da plena comunhão de vida a que se obrigam no ato fundador do casamento. Alguns dos problemas que me inquietavam na altura, a este propósito, continuam hoje a suscitar-se¹.

Começo por fazer algumas advertências iniciais quanto ao título que foi dado à minha intervenção e que, na sua letra, circunscreve o âmbito que lhe pretendo dar.

Em primeiro lugar, quero lembrar que, no ordenamento jurídico português, “partilha”, em rigor, designa a forma de pôr fim a situações de comunhão, hereditária ou conjugal. O divórcio dissolve o casamento, fazendo cessar as relações patrimoniais entre os cônjuges, sendo a partilha a forma de divisão do património, sempre que o regime de bens foi um regime de comunhão. No entanto, os problemas de que vou tratar não se colocam apenas nos regimes de comunhão, como se verá. Não irei apenas referir-me a

¹ Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000.

situações de partilha do património comum, mas a questões a que, em termos mais amplos e na falta de melhor palavra, poderei denominar por *liquidação* do regime de bens².

Em segundo lugar, queria sublinhar que uso o conceito de património em sentido jurídico, na sua noção mais elementar e clássica, em que é caracterizado por três notas: 1) conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas), 2) suscetíveis de avaliação pecuniária, 3) ligadas entre si por um elemento unificador (por exemplo, a identidade do sujeito titular ou a afetação a um fim)³.

Quando o regime de bens do casamento é um regime de comunhão, à massa de bens comuns reconhece-se a natureza jurídica de património autónomo – embora sem total autonomia –, separado e coletivo. Tendencialmente, é frequente que estas três qualificações sejam referidas como sobrepostas e quase idênticas, no entanto, as perspetivas de abordagem que supõem são diferentes. Muito resumidamente, direi que a perspetiva da autonomia é a da responsabilidade por dívidas. Reconhece-se que o património comum é autónomo, em atenção à sua especial afetação, na medida em que a sua finalidade é responder pelas dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges (n.º 1, do artigo 1695.º)⁴. No entanto, não pode afirmar-se a sua completa autonomia, uma vez que não é apenas o património comum que responde por essas dívidas, mas, na subsidiária e solidariamente os bens próprios de cada um dos cônjuges⁵. A perspetiva da separação tem em conta a independência da massa de bens comuns no contexto das massas de bens próprios dos cônjuges e por referência a cada um deles como titular de um património pessoal. O património comum é um património separado, na medida em que é uma massa

² «Liquidação» é, por exemplo, o termo usado pela Lei civil para referir o conjunto de operações a seguir no contexto da dissolução de sociedades [artigos 1010.º e ss. do Código Civil (doravante CC) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro]. O vocábulo exprime simultaneamente a ideia do encerramento, do apuramento e do pagamento das contas, o que corresponde satisfatoriamente à ideia que se pretende transmitir. O procedimento de liquidação das sociedades comerciais está regulado nos artigos 146.º a 165.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante CSC) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro –, consistindo no apuramento da situação patrimonial da sociedade dissolvida, pressupondo assim a realização do ativo, a satisfação do passivo, a determinação do saldo líquido, positivo ou negativo, o destino dos bens sociais eventualmente remanescentes.

³ Cf. Paulo A. V. Cunha, *Do património, Estudo de Direito Privado*, I, Minerva, Lisboa, 1934; Luís Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*, 6.ª Ed.ª, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 199-230 e 328; Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 341-353; Heinrich Hörster, *A parte Geral do Código Civil português*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 190-201.

⁴ Cf., por todos, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª Ed.ª (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Ed.ª Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 598.

⁵ *Idem*, p. 499.

de bens independente das massas de bens constituídas pelos bens próprios de cada um dos cônjuges, sendo cada um deles titular dos seus bens próprios e do direito a metade do património comum (meação).

A perspetiva do património coletivo considera a situação de contitularidade⁶. Os bens comuns constituem um património coletivo na medida em que cada um dos cônjuges é contitular de um direito sobre a massa dos bens comuns, como um todo, não sendo contitular de um direito não sobre cada uma das coisas nela integradas. Cada um dos cônjuges é titular do direito a metade do mesmo (direito de meação), direito de que não podem dispor antes da dissolução do casamento, da separação de pessoas e bens ou da separação judicial de bens⁷.

Vou tratar de alguns problemas que se situam num plano que não está circunscrito à partilha do património comum, podendo suscitar-se em qualquer regime de bens, inclusivamente até na comunhão de vida sem casamento, situação para a qual a Lei portuguesa não prevê qualquer regime de bens⁸. Tais problemas têm a ver, por exemplo,

⁶ *Idem*, p. 596.

⁷ *Idem*, pp. 596-597, e p. 600, entendendo estes autores que a regra da divisão do património comum por metade é imperativa (artigo 1730.º do CC) (p. 599). Em meu entender, a chamada “regra da metade” apenas é imperativa no âmbito dos regime-tipo da comunhão geral de bens e da comunhão de adquiridos (cf. Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, pp. 522-523 e 538).

⁸ A comunhão de vida entre duas pessoas, apesar da inexistência de vínculo conjugal, afeta a independência económica de qualquer uma delas e envolve uma fusão de interesses patrimoniais (cf. Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, p. 475). Não pode deixar de reconhecer-se que serão precisamente os elementos caracterizadores da comunhão de vida patrimonial entre os unidos de facto que a aproximarão da comunhão de vida conjugal: o esforço conjunto, a contribuição para as despesas comuns e a colaboração na vida quotidiana e profissional geram expectativas de participação no património adquirido a merecer uma disciplina reguladora dos conflitos eventualmente suscitados por ocasião da rutura. A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio – que adota medidas de proteção das uniões de facto –, não inclui soluções para os problemas relacionados com responsabilidade solidária por dívidas contraídas para acorrer aos encargos da vida do lar e à divisão do património adquirido durante a relação [cf. Rita Lobo Xavier, «O “estatuto privado” dos membros da união de facto», in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 338 (281-314), 2015, p. 311]. Também sustentei que, num caso concreto, a diminuição de rendimentos do membro sobrevivente poderia ser demonstrada, provando-se assim que a união de facto envolveu uma solidariedade patrimonial semelhante à que se estabelece entre os cônjuges (cf. Rita Lobo Xavier, “Acs. TC n.ºs 195/2003 e 88/2004 (uniões de facto e pensão de sobrevivência)”, in *Justiça Constitucional*, 3, 2005, pp. 20 e 23). Muito recentemente, chamando a atenção para a ocorrência desta situação entre pessoas que instituem entre si uma “relação convivencial duradoura”, veja-se Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de março de 2014, Processo: 2152/09.5TBBERG.G1.S1”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3995, Ano 145.º, novembro-dezembro 2015, Coimbra Editora, Coimbra, p. 125. Sobre a questão da incompatibilidade da plena comunhão de vida com a estrita independência dos patrimónios e a necessidade da reintegração dos patrimónios quando da dissolução da comunhão de vida, Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, pp. 443 e ss. Veja-se, ainda, a este propósito, ultimamente, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, quanto à «necessária extensão do princípio de “compensabilidade entre patrimónios” e do regime da “caducidade” das doações em resultado do divórcio (onde se inclui o artigo 1791.º do CC) ao caso da união de facto, atenta a relação convivencial

com a eventual divisão do património que foi adquirido durante a vida em comum, prestação de contas, compensação de créditos, situações de associação ou de colaboração, remuneração pela prestação de serviços prestados, desequilíbrio na contribuição para os encargos da vida familiar, acordos quanto à orientação da vida em comum.

Por último, queria lembrar que as mais recentes mudanças relativas às consequências patrimoniais do divórcio, operadas, há mais de dez anos, pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro – que altera o Regime Jurídico do divórcio –, assentaram na ideia de que o casamento é encarado como um “acordo sentimental, despojado de interesses patrimoniais” e num alegado “movimento de despatrimonialização do casamento”⁹. A realidade desses fundamentos e a correlativa “despatrimonialização” do divórcio continuam por demonstrar.

Na altura escrevi que, se era inquestionável o facto de a relação conjugal pressupor o amor, também não era menos certo que o amor, como tal, é insuscetível de proteção jurídica. *“Quando o amor acaba, o que a Lei pode tutelar é apenas a confiança que foi depositada num projeto de vida em comum, e que foi concretizado numa comunhão de esforços, sobretudo de ordem patrimonial”*. Sustentei então que a facilitação da dissolução do casamento não poderia deixar de ir acompanhada do propósito de minorizar os danos, possibilitar a realização futura de cada um dos ex-cônjuges através da “liquidação”, justa e equilibrada, da “sociedade conjugal” que foi extinta» (...). *«Quem se acolhe a uma instituição jurídica como o casamento civil, espera que o Estado tutele o investimento que representa o cumprimento dos deveres de solidariedade ligados à comunhão de vida. O princípio da igualdade entre os cônjuges não pode e não deve ser um meio de afirmar os egoísmos individuais. A irrelevância do incumprimento culposo dos deveres recíprocos que constituem o conteúdo do casamento civil, como “ato”, e que foram assumidos pelos cônjuges, poderá levá-los a adotar comportamentos contrários aos valores implicados pela “plena comunhão de vida”, que é a “essência” do*

estabelecida». *«Na verdade, trata-se de regras que se fundam num princípio geral de prevenção dos ganhos obtidos por um dos cônjuges à custa do outro, e na consideração de que o casamento não deve servir de “plataforma” jurídica para a obtenção de tais ganhos, pelo menos de ganhos que subsistam após a dissolução do casamento»*. Cf. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, “Anotação...”, 2015, pp. 124-125.

⁹ Sobre esta ideia de “despatrimonialização”, cf. Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso*, I, 2016, p. 521. Vejam-se os pressupostos ideológicos na “Exposição de Motivos” do Projeto de Lei que esteve na sua base (Diário da Assembleia da República de 14 de abril de 2008, 2.ª Série A, n.º 81).

casamento civil como “estado”. Para quem entenda que o casamento civil é apenas uma das formas de autorrealização dos indivíduos e que, portanto, só tem sentido se e enquanto cumprir essa função, a dimensão comunitária da relação conjugal, pressuposta pela Lei, fica esquecida. Contudo, esse esquecimento constitui uma distorção da realidade, por se afastar simultaneamente do conteúdo legal do casamento e das relações socialmente típicas dos cônjuges. Na verdade, durante a vida conjugal, os cônjuges assumem espontaneamente comportamentos de confiança, de partilha, de colaboração, de auxílio mútuo: constroem uma comunhão de interesses, de esforços e de renúncias recíprocas. Não existe coerência na disciplina legal que promove tais atitudes durante o casamento e as infirma no momento do divórcio»¹⁰.

II. Situação de indivisão pós divórcio e bens comuns

O divórcio dissolve o casamento e faz cessar as relações e patrimoniais entre os cônjuges (artigos 1788.º e 1688.º do CC). Nos casos dos casamentos celebrados em regimes de comunhão de bens, o património comum subsistirá até à partilha.

Existe alguma indefinição na jurisprudência e na doutrina quanto ao regime jurídico do património comum durante o tempo que vai da dissolução do casamento até à partilha. Nessa altura, haverá uma situação de indivisão semelhante à da indivisão hereditária. Trata-se de duas situações de comunhão de direitos que terminam com a partilha, com uma disciplina processual aproximada, tanto no caso da partilha por acordo, como no caso da partilha litigiosa. No entanto, o estatuto substantivo será naturalmente diferente daquele que vigorava na constância do casamento. Esperança Mealha fez notar que o regime deste património comum não é idêntico ao anterior à dissolução do casamento, tendo os ex-cônjuges um direito irrenunciável à partilha e a possibilidade de dispor da sua meação, que pode agora ser alienada ou objeto de penhora. Por outro lado, também não têm aplicação as regras relativas à administração dos bens do casal previstas para os regimes de comunhão, entendendo a autora que serão de aplicar as respeitantes à indivisão hereditária.

¹⁰ Cf. Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 7-8.

Distintos problemas relativos à situação jurídica do património comum entre o divórcio e a partilha têm sido suscitados nos Tribunais, havendo jurisprudência no sentido de que mantém a natureza que tinha na vigência do casamento, embora com alguma dissonância quanto ao concreto regime aplicável¹¹. Litígios houve quanto à possibilidade de o direito à meação ser objeto de providência cautelar de arresto, ou de penhora, no contexto de ação executiva. Este último problema surge em face do disposto no n.º 1, do artigo 743.º do Código do Processo Civil (doravante CPC) – aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho –, nos termos do qual “(...) *na execução movida apenas contra algum ou alguns dos contitulares de património autónomo ou bem indiviso, não podem ser penhorados os bens compreendidos no património comum ou uma fração de qualquer deles, nem uma parte especificada do bem indiviso*”. O artigo 781.º do CPC refere-se à penhora do direito a bens indivisos que integra a situação da meação do património comum. A nomeação de bens comuns à penhora passou a ser possível mesmo na constância do casamento, nos termos do artigo 1699.º e n.º 1, do artigo 740.º, ambos do CPC, ponto é que subsequentemente tenha lugar a separação de bens (cf. n.ºs 1 e 2, do artigo 740.º). Já o arresto é uma providência cautelar nominada conservatória que consiste numa apreensão judicial de bens à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora (n.ºs 1 e 2, do artigo 391.º do CPC)¹².

¹¹ Assim, por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/11/2008, processo n.º JSTJ000, (Relator: Moreira Camilo), disponível em www.dgsi.pt, pode ler-se: “*os bens comuns mantêm a natureza de património coletivo até à partilha, ou seja, um património com dois sujeitos que do mesmo são titulares e que globalmente lhes pertence, numa situação semelhante à da herança indivisa, isto é, no sentido de que a contitularidade de direitos não significa tanto uma contitularidade sobre cada um dos bens nele integrados, mas sim uma contitularidade do direito a metade do valor do património em si mesmo considerado, que será preenchido com bens que dele façam parte*”.

¹² No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23/10/2018, processo n.º 6024/17.1T8VNG-C.P1, (Relator: Maria Cecília Agante), entendeu-se que a situação de indivisão que permanece no período entre a dissolução da comunhão conjugal e a partilha dos bens comuns tem uma natureza e regime distintos da comunhão conjugal que a precede, não deixando, no entanto de ser um património coletivo e, portanto, uma situação distinta da compropriedade, já que o direito dos ex-cônjuges continua a não incidir sobre bens em concreto, mas sobre o património comum, no seu conjunto. No entanto, tomou-se posição no sentido de que a meação do cônjuge devedor é susceptível de apreensão judicial por arresto, concretizável em bens no final dessa operação de partilha, momento a partir do qual o credor poderá realizar o seu direito. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12/07/2017, processo n.º 159/17.8T8AVR.P1, (Relator: Manuel Domingues Fernandes), decidiu que não podem ser arrestados bens comuns do casal para garantia de pagamento de crédito de um dos cônjuges em relação ao outro, não sendo também admissível o arresto do direito à meação ou do quinhão de um dos cônjuges na partilha que venha a ocorrer em cada um dos concretos bens que fazem parte do património comum do casal, por tal direito não existir, enquanto tal, no património de cada um deles. Procedendo a uma clara distinção entre o arresto e a penhora, o Acórdão do

Como se viu atrás, os bens comuns constituem uma massa patrimonial separada, com uma relativa autonomia, numa situação de indivisão, mesmo após o divórcio. Trata-se de uma contitularidade de direitos de propriedade que não incide diretamente sobre cada uma das coisas integradas no património comum e que tem muitas similitudes com a que existe na situação de indivisão hereditária. Do meu ponto de vista, o regime aplicável a tal situação dependerá do problema que, em concreto, se colocar¹³. Por exemplo, quando se indaga o regime aplicável ao exercício dos poderes de administração e ao uso dos bens comuns, tendo em conta a situação concreta dos cônjuges, não me parece adequada a aplicação das disposições relativas à administração da herança e que, *grosso modo*, apontam para que a administração ordinária caiba ao cônjuge mais velho, a título de cabeça de casal, nos restantes casos, só podendo ser exercidos os direitos por ambos (artigos 2080.º e ss. e artigo 2091.º, todos do CC). Penso, por exemplo, que deve ter-se em consideração o disposto no artigo 1404.º do CC (aplicação das regras da compropriedade a outras formas de comunhão) e, nessa medida, nos termos do artigo 1406.º do CC, “*na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comuneiros é lícito servir-se dela, contanto que não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito*”. Aliás, a doutrina mais recente tem salientado não existirem objeções de princípio à aproximação de certos aspetos do regime da compropriedade e da comunhão, ambas situações de contitularidade de direitos¹⁴.

Tribunal da Relação de Évora de 14/02/2019, processo n.º 349/18.6T8MRA.E1), (Relator: Isabel Peixoto Imaginário), conclui que não podem ser arrestados bens incluídos no património comum do casal.

¹³ O que explica, como se viu na nota anterior, que o direito à meação do ex-cônjuge seja suscetível de penhora, mas os concretos bens não sejam suscetíveis de apreensão por arresto.

¹⁴ Cf. Elsa Sequeira, *Da contitularidade de direitos no Direito Civil – Contributo para a sua análise morfológica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 401-406. De facto, a noção de quota enquanto “*participação individual de cada sujeito no todo é inerente a todas as situações de comunhão*”. Cf. Elsa Sequeira, *Da contitularidade*, 2015, p. 403. As duas realidades não se apresentam como “*completamente díspares entre si*”, antes constituem “*simples espécies de um único género: a contitularidade de direitos*” (*idem*, pp. 401-402). Na minha opinião, deverão ser dados passos decisivos para uma alteração legislativa no sentido de flexibilizar a disciplina dos regimes de bens de feição comunitarista de modo a torná-los mais adequados às suas finalidades de acompanhar a interpenetração patrimonial que ocorre durante a vida em comum dos cônjuges.

III. Regime da separação de bens e questões patrimoniais pós-divórcio

Nos termos do artigo 1735.º do CC, a separação de bens possibilita que cada um dos cônjuges conserve o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo deles dispor livremente. A disciplina das dívidas associada a este regime de bens também exclui que a responsabilidade pelas dívidas comuns seja solidária (cf. n.º 2, do artigo 1695.º do CC). Assim, haveria uma total independência entre os patrimónios dos cônjuges, estando afastada, à partida e em termos teóricos, a necessidade de se proceder a qualquer divisão de bens no contexto de um divórcio, por exemplo¹⁵. Cada um dos cônjuges teria conservado a propriedade dos seus bens, gerado, de forma independente, os respetivos rendimentos, alienado bens ou adquirido bens autonomamente, e contraído as suas próprias dívidas, pelo que seria desnecessária uma *liquidação* do regime. A realidade, porém, é bem diferente, sendo evidentes as dificuldades e a complexidade das operações de divisão dos patrimónios dos cônjuges, mesmo no contexto do regime da separação de bens¹⁶.

Note-se que nem a própria Lei supõe uma total independência dos patrimónios dos cônjuges, impondo-se que a comunhão de vida conjugal (cf. artigo 1577.º do CC) se traduza num mínimo de solidariedade¹⁷, manifestado no dever de contribuir para os encargos da vida familiar e na correlativa responsabilidade de ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas para acorrer aos encargos normais da vida familiar [n.º 1, do artigo 1676.º e al. b), do n.º 1 do artigo 1691.º do CC]. Exige-se também um mínimo de organização comum, por exemplo, em matéria de orientação conjunta da vida familiar, referindo-se o dever de os cônjuges se disporem a acordar nesse âmbito (n.º 2, do artigo

¹⁵ Notando, no entanto, que “...a regra de que a partilha se fará de acordo com o regime de bens nem é uma regra do denominado regime patrimonial primário...”, Esperança Pereira Mealha, admitindo a possibilidade de estipular um regime de partilha de bens em divórcio diferente do regime de bens do casamento. Cf. Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 144 a 146.

¹⁶ Estas dificuldades foram por mim salientadas, há vinte anos (cf. Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, p. 453, nota 47). A interpenetração patrimonial própria da plena comunhão de vida é evidenciada mesmo quando o regime é o da separação de bens, por isso sublinhava as virtualidades de um regime supletivo que realizasse alguma forma de participação de ambos os cônjuges no património adquirido durante o casamento (Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, pp. 566-569, em especial, nota 119, e pp. 572-575).

¹⁷ Cf. *idem*, p. 445.

1671.º do CC). A natural interpenetração patrimonial que ocorre entre os cônjuges está igualmente patente na presunção legal estabelecida quanto à propriedade de bens móveis, especialmente dos que tenham sido adquiridos na constância do casamento, determinando-se como pertencentes em compropriedade a ambos, em caso de dúvida sobre a sua propriedade exclusiva (cf. artigo 1736.º do CC).

Para além destas situações previstas na Lei, a própria dinâmica da vida em comum gera deslocções entre os patrimónios que, no momento da dissolução do casamento, os cônjuges têm que enfrentar. Pense-se no funcionamento de cláusulas de presunção de compropriedade eventualmente inseridas na convenção antenupcial, na contitularidade de contas bancárias, na prática frequente de aquisição de bens em compropriedade (*maxime* no caso do imóvel onde é fixada a casa de morada da família), na contração de dívidas em conjunto [al. a), do n.º 1 do artigo 1691.º do CC].

A reforma do regime do divórcio levada a cabo em 2008 proclamou que, tal como o casamento, o divórcio não deveria ser visto como um meio de aquisição de património, como oportunidade de um dos cônjuges se enriquecer à custa do outro. No entanto, o divórcio também não deve ter o efeito pernicioso inverso, propiciando situações de empobrecimento ilegítimas que a Lei não deve tolerar. A interpenetração patrimonial que ocorre durante o casamento poderá exigir a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio para impedir situações de enriquecimento injustificado. Daí a importância da ponderação global das relações patrimoniais no momento do divórcio, com vista à promoção de um (re) equilíbrio patrimonial entre os cônjuges.

Noutros ordenamentos jurídicos, a questão distingue-se do ponto de vista legal, procedimental e conceptual, e até pela particular designação – por exemplo, *liquidación del régimen económico matrimonial*, no Direito espanhol, *liquidation du regime matrimonial*, no Direito francês – possibilitando o debate sobre o âmbito de aplicação das normas existentes, eventualmente abrangendo todos os regimes de bens. Com efeito, mesmo quando o regime de bens é separatista, pode ser necessária a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio, impedindo situações de enriquecimento injustificado, o que muitas vezes só é alcançável pela via da propositura de ações judiciais distintas e sucessivas. As transferências eventualmente ocorridas entre os patrimónios próprios dos cônjuges devem ser objeto de acurada qualificação quanto à respetiva

natureza jurídica. Podem existir situações de indivisão, liberalidades, dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges, créditos / débitos entre eles, relações de associação ou de colaboração, sociedades entre cônjuges, acordos sobre a orientação da vida em comum, contribuição excessiva de um deles para os encargos da vida familiar e crédito compensatório a seu favor.

A ideia de que o divórcio não deve ser um meio de enriquecer e de que, por isso, devem ser eliminados quaisquer “enriquecimentos” que tenham ocorrido justificou a nova redação do artigo 1791.º do CC (Benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber), nos termos do qual, “*cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento*”¹⁸. Existem razões para que estes benefícios se extingam em caso de divórcio ou de separação de bens, uma vez que eles ocorreram por ocasião e por causa da existência da comunhão de vida conjugal que se dissolveu. Já me tinha pronunciado no sentido de que tais benefícios deveriam extinguir-se independentemente da culpa no divórcio ou na separação¹⁹. Neste artigo 1791º, a Lei teria em vista sobretudo as liberalidades feitas na convenção antenupcial, as disposições testamentárias e outros benefícios que não possam ser considerados doações (não os “benefícios” decorrentes do próprio regime de bens, como é evidente). Também as doações para casamento e as doações entre casados caducam nos termos da al. b), do artigo 1760.º e al. c), do n.º 1 do artigo 1766.º, ambos do CC, “*se ocorrer divórcio ou separação judicial de pessoas e bens*”. Por lapso, não foi alterada a redação da parte final destas disposições que se referia à declaração de culpa do cônjuge no divórcio ou na separação de pessoas e bens, devendo considerar-se revogada²⁰. Admite-se agora que o autor da liberalidade (o outro cônjuge ou terceiro) possa determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento (n.º 2). Embora a caducidade opere *ope legis (ipso iure)*, muitas vezes surgem conflitos entre os cônjuges, ou ex-cônjuges, sobre a concreta natureza e qualificação de deslocações ocorridas entre os respetivos patrimónios durante o casamento. Torna-se assim necessária

¹⁸ O texto da norma é idêntico ao da versão anterior a 2008, com a diferença de que agora não opera sempre, não dependendo de qualquer declaração de culpa no divórcio que deixou de existir.

¹⁹ Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, pp. 417-418.

²⁰ Rita Lobo Xavier, *Recentes*, 2009, p. 36.

a propositura de ações judiciais, para averiguar se uma determinada atribuição patrimonial consubstancia uma verdadeira liberalidade – atribuição patrimonial gratuita e com intenção liberal – ou se, por hipótese, pode demonstrar-se a intenção de remuneração de alguma colaboração prestada.

Em 2008 ficou expressamente consagrado o direito de um ex-cônjuge a exigir do outro um crédito de compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, verificados determinados pressupostos (n.ºs 2 e 3, do artigo 1676.º)²¹. Ter-se-á tido em vista manter a situação paritária das contribuições para os encargos da vida familiar, corrigindo eventuais distorções no que diz respeito à remuneração do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos e que poderá ter envolvido a *renúncia* de um dos cônjuges (total ou parcial) ao exercício de uma profissão remunerada, ou a cumulação de ambas as atividades (implicando uma *renúncia excessiva* à satisfação dos seus interesses pessoais em favor da vida em comum). A exposição de motivos do projeto inicial manifestava precisamente esse propósito de reconhecer a importância do trabalho em casa e nos cuidados com os filhos e de “compensar” as “assimetrias” verificadas entre os cônjuges neste âmbito, sobretudo no que diz respeito à “penalização” das mulheres nas suas “carreiras profissionais”. Considero, contudo, que a *renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum* pode ter a ver, não apenas com o chamado «trabalho doméstico», mas, em sentido mais vasto, com outras formas de colaboração familiar – não remunerada – como a colaboração na profissão do outro cônjuge ou na “empresa familiar”.

Do meu ponto de vista, a palavra “compensação” exprime o sentido mais geral de procurar equilibrar, contrabalançar, a diferença entre as contribuições para a vida em comum durante o casamento²². A referência legal a *prejuízos patrimoniais importantes*, em rigor, não faz depender a atribuição da compensação da prova de «danos» sofridos pelo cônjuge que requer a compensação, pois não está em causa um pedido indemnizatório. O direito a exigir do ex-cônjuge uma compensação aproxima-se do instituto do enriquecimento sem causa e não do da responsabilidade civil²³.

²¹ Embora inserido sistematicamente numa disposição incluída nos efeitos gerais do casamento, este direito foi perspectivado como um efeito jurídico do divórcio (cf. Rita Lobo Xavier, *Recentes*, 2009, p. 52).

²² *Idem*, p. 47.

²³ Rita Lobo Xavier, *Recentes*, 2009, p. 57.

Paradigmática de tudo o que acabo de expor, é a situação subjacente ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/07/2016²⁴. Neste caso quase que assistimos a uma verdadeira e própria *liquidação* da vida em comum, discutindo-se muitas das questões patrimoniais que acabei de descrever, desde créditos e débitos entre os cônjuges, omissões no dever de cooperação, contribuição para os encargos para a vida familiar, tendo sido deduzido, a título de reconvenção, um pedido de condenação no pagamento de um crédito compensatório. A questão acabou por centrar-se na qualificação jurídica da aquisição de um imóvel, tendo ambos os cônjuges intervindo como compradores no respetivo contrato de compra e venda apesar de o preço ter sido integralmente pago pelo marido, afirmando a mulher que se tratou de uma retribuição, como recompensa por ter proporcionado ao marido “*a vivência de uma vida plena e sexualmente satisfatória*”, isto é, por ter contribuído para o curar da “*disfunção erétil*” de que padecia. Não estando em causa uma doação entre casados, concluiu-se que se trataria de um benefício abrangido pela norma do n.º 1, do artigo 1791.º do CC. “*Tendo o Autor, no decurso do casamento com a Ré, em regime de separação de bens, adquirido um imóvel com vista à habitação própria e permanente do agregado familiar, na altura composto pela Ré e uma filha e tendo o mesmo Autor admitido que a Ré outorgasse com ele a escritura de compra e venda, enquanto compradora, apesar de todas os encargos com o preço e demais encargos da aquisição terem sido exclusivamente suportados pelo Autor marido, há que entender estarmos perante um benefício para a Ré mulher concedido em consideração do estado de casados (...)*” pelo que “*é lícito ao Autor peticionar o pagamento pela Ré de metade das despesas que teve com a aquisição do imóvel, nos termos do n.º 1, do artigo 1791.º do CC*”. Nesta ação, a mulher não logrou fazer prova dos factos que pudessem integrar os requisitos previstos nos n.ºs 1 e 2, do artigo 1676.º do CC.

Por brevidade, limito-me a fazer referência a três outros importantes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que ilustram os problemas de *liquidação* do regime da separação de bens.

No Acórdão de 14/04/2015, o regime imperativo da separação de bens não foi aplicado aos ex-cônjuges, com fundamento no abuso do direito²⁵. O Supremo Tribunal

²⁴ Processo n.º 3677/14.6T2SNT.L18, (Relator: António Valente), disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Processo n.º 3/11.0TBOHP.C1.S1, (Relator: Júlio Gomes), disponível em www.dgsi.pt.

não ignorou que os cônjuges haviam sido casados sob o regime imperativo da separação de bens. No entanto, teve em conta que ambos sempre agiram e conformaram as suas vidas, convictos de que, não tendo celebrado convenção antenupcial, estavam casados segundo o regime da comunhão de adquiridos, pelo que todos os bens adquiridos na constância do casamento seriam comuns. Estaria em causa um abuso do direito caso o Tribunal anuisse à pretensão de um dos cônjuges de se prevalecer do regime imperativo da separação de bens para ser considerado como exclusivo proprietário formal de imóveis que foram adquiridos com dinheiro de ambos os cônjuges. Não existindo bens comuns no regime de separação, deveria considerar-se que tais bens teriam sido adquiridos em compropriedade pelos dois.

Noutro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, foi igualmente feita uma referência ao abuso do direito e feito apelo à figura da sociedade tácita entre os cônjuges para enquadrar a construção de uma moradia, sendo o regime da separação de bens e determinar a compropriedade da mesma²⁶.

Na situação subjacente à decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/04/2014, a questão central sobre a propriedade de um imóvel, que opunha dois ex-cônjuges que tinham sido casados durante vinte e três anos, no regime da separação de bens, acabou por incluir várias páginas descrevendo empréstimos, saldos de contas bancárias, liberalidades feitas pelos pais à filha, *etc.*²⁷. As instâncias, não obstante o regime do casamento ser o da separação de bens, consideraram que o imóvel deveria ser qualificado como um bem comum do casal, com fundamento em que, embora o terreno tivesse sido doado à mulher pelos pais desta, o marido também custeara, em parte, a construção da casa. O Supremo Tribunal de Justiça negou obviamente a existência de bens comuns no regime da separação de bens. Considerou também não terem sido demonstrados os pressupostos da verificação de uma situação de compropriedade e que a contribuição de um dos cônjuges para a edificação, em terreno que constituía bem próprio do outro cônjuge, de uma casa que ficou a pertencer em exclusivo a esse outro cônjuge, pode constituir uma deslocação patrimonial injustificada a ser reparada através do regime do enriquecimento sem causa (artigo 473.º e ss. do CC).

²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/11/2006; processo n.º 06A3573, (Relator: Silva Salazar), disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ Processo n.º 1071/10.7TBABT.E1.S1, (Relator: Gregório Silva Jesus), disponível em www.dgsi.pt.

IV. A “despatrimonialização” do divórcio e a eliminação de “enriquecimentos” verificados

As alterações de 2008, assentaram na ideia de que o casamento se centra nos afetos, não é “um meio de aquisição de património”, pelo que não deve propiciar ganhos que subsistam após o divórcio. Contudo, a interpenetração patrimonial que ocorre durante o casamento poderá exigir a reintegração das massas patrimoniais após o divórcio, para impedir situações de enriquecimento injustificado. Terá havido alguma simplificação na ideia de que o divórcio não deve ser um meio de enriquecer e de que, por isso, deve ser eliminado qualquer “enriquecimento” que tenha ocorrido. Com efeito, a eliminação de um eventual enriquecimento produz sempre a espoliação correspondente e esta não deixa de corresponder a um outro enriquecimento, se se tiver por referência o regime de bens fixado²⁸. Está também demonstrada a importância da ponderação global das relações patrimoniais no momento do divórcio, com vista à promoção de um (re) equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, inclusivamente permitindo-se a correção dos resultados finais da aplicação estrita das regras do regime de bens²⁹.

No campo das crises matrimoniais, a aspiração de processos que não agravem os conflitos e evitem a devassa sobre os comportamentos conjugais levou a que alguma doutrina negasse a natureza jurídica dos direitos-deveres assumidos pelos cônjuges no ato fundador do casamento. Não é essa a minha opinião³⁰. Na verdade, apesar de o ilícito conjugal culposamente ter perdido relevância como fundamento do divórcio, o casamento

²⁸ Cf. Rita Lobo Xavier, “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*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (525-554), p. 536. Aí faço notar, embora a propósito da aplicação do atual artigo 1790.º, que o objetivo pretendido de evitar que o divórcio se traduza num enriquecimento pode não ser alcançado com a pura e simples eliminação de uma deslocação patrimonial, tudo depende do caso concreto. Com efeito, uma tal eliminação produz sempre a espoliação correspondente, que, essa sim, pode, no caso, corresponder a um enriquecimento injustificado.

²⁹ Cf. Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, p. 419 e 423. Prevendo a abolição do princípio da imutabilidade, o que lamentavelmente ainda não ocorreu, sustentei que a realização da equidade nas relações patrimoniais entre cônjuges e ex-cônjuges se deveria concretizar através de instrumentos que permitam uma ponderação global e preservem a dinâmica da comunhão de vida conjugal.

³⁰ “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2013 (499-514), pp. 501-502.

continua a ser um contrato que gera deveres recíprocos entre os cônjuges (artigo 1672.º do CC), que representam a concretização da plena comunhão de vida a que se obrigam, nos seus vários e inesgotáveis aspetos³¹. A dimensão afetiva não é o núcleo fundador do casamento como instituição jurídica, mas sim a vontade de assumir os deveres conjugais recíprocos, que aliás são recordados aos cônjuges na cerimónia civil do casamento [al. d), do n.º 1 do artigo 155.º do Código do Registo Civil (doravante CRC) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 06 de junho]. O casamento cria uma relação conjugal consubstanciada na “*plena comunhão de vida*”, “*uma ampla ou profunda interpenetração da vida dos cônjuges*” “*a mais estreita das relações comunitárias tutelada pelo direito*”³².

Infelizmente, tal como era de prever, as disputas sobre as consequências patrimoniais do divórcio agudizaram-se. Na falta de uma solução global para a *liquidação* da sua situação patrimonial, os ex-cônjuges enfrentam-se em ações judiciais, combinando a invocação do estatuto matrimonial com a de institutos de Direito comum – como é o do enriquecimento sem causa – ou de Direito geral – como o do abuso do direito^{33 34}.

³¹ Cf. Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites*, 2000, p. 372. A especial regulação legal do contrato de casamento só se explica por esta particular natureza do compromisso assumido. Com efeito, se o casamento não fosse um contrato típico, expressamente previsto pela Lei, que admite esta particular vinculação pessoal e fixa imperativamente o seu conteúdo, o consentimento prestado por cada um dos contraentes às peculiares limitações aos seus direitos de personalidade nunca poderia ser vinculante, mas meramente autorizante ou tolerante. Basta pensar nos deveres recíprocos de fidelidade ou de coabitação e nas suas implicações, desde logo na limitação voluntária à liberdade sexual negativa e positiva, numa relação duradoura.

³² Cf. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, 2.ª Ed.ª, 1992, Coimbra Editora, Coimbra, p. 24 e 26.

³³ Sobre o ponto, cf. Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família*, Universidade Católica, Porto, 2008, pp. 107-109. Aí se escreve, com alguma ironia: “*os cônjuges regressarão aos Tribunais, não para invocar direitos conjugais, que isso é próprio de comunidades atrasadas, mas para exercer os respetivos direitos individuais, mas acrescidos de um especial dever de respeito pela proximidade e pela confiança. E os que sustentam que o Direito da Família deve reconhecer e integrar a realidade fáctica, não poderão deixar de reconhecer que a realidade está na falta de solidariedade familiar e que a alternativa é entre a proteção social – do Estado – ou o reforço e fortalecimento dos vínculos e responsabilidades familiares (um retorno a vínculos familiares com conteúdo fixo?)*” (p. 109).

³⁴ **Bibliografia:**

Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed.ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Cristina M. Araújo Dias, *Do Regime da Responsabilidade por Dívidas dos Cônjuges, Problemas, Críticas e Sugestões*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Cristina M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2ª Ed.ª, Almedina, Coimbra, 2009.

Elsa Sequeira, *Da contitularidade de direitos no Direito Civil – Contributo para a sua análise morfológica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 401-406.

Esperança Pereira Mealha, *Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns*, Almedina, Coimbra, 2004.

Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de março de 2014, Processo: 2152/09.5TBBRG.G1.S1”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3995, Ano 145.º, novembro-dezembro 2015.

-
- Heinrich Hörster, *A parte Geral do Código Civil português*, Almedina, Coimbra, 1992.
- Luís Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*, 6.^a Ed.^a, Almedina, Coimbra, 2009.
- Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000.
- Paulo A. V. Cunha, *Do património, Estudo de Direito Privado*, I, Minerva, Lisboa, 1934.
- Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5.^a Ed.^a (com a colaboração de Rui Moura Ramos), Ed.^a Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, 2.^a Ed.^a, 1992, Coimbra Editora, Coimbra.
- Rita Lobo Xavier, “Acs. TC n.ºs 195/2003 e 88/2004 (uniões de facto e pensão de sobrevivência)”, in *Justiça Constitucional*, 3, 2005, pp.16-24.
- 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 *Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2013 (499-514).
- Rita Lobo Xavier, “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*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (525-554).
- Rita Lobo Xavier, «O “estatuto privado” dos membros da união de facto», in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 338 (281-314), 2015.
- Rita Lobo Xavier, *Ensinar Direito da Família*, Universidade Católica, Porto, 2008.
- Rita Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Editora Universidade Católica, Porto, 2016.
- Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, Almedina, Coimbra, 2009.