



COLÓQUIOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

I COLÓQUIO DE DIREITO DA FAMÍLIA

Livro Digital
2.ª EDIÇÃO



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



Centro de
Direito da
Família

Clique para assistir ao Colóquio na íntegra.



COLEÇÃO LIVROS DIGITAIS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta coleção tem como objectivo principal coligir, de forma sistemática, os textos que resultem das comunicações levadas a efeito no Ciclo de Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, atividade sistémica inserida no Plano de Atividades da atual presidência do Supremo Tribunal de Justiça. Tem por escopo disponibilizar, a toda a comunidade jurídica, o acesso livre e gratuito dos conteúdos dos colóquios, de uma forma universal, potenciada pelo modo de divulgação/disponibilização digital.

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juiz Conselheiro João Cura Mariano

Chefe do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juíza Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues

Ficha Técnica

Coordenação científica e institucional
Juíza Conselheira Fernanda Isabel Pereira

Professora Doutora Rosa Cândido Martins

Coordenação Institucional
Produção Executiva e Revisão Final
Juíza de Direito Sandra dos Reis Luís
Adjunta do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Coordenação Executiva do Colóquio
Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Fotografia
Eduardo Pimenta
páginas 2, 4, 5, 6, 10, 13, 59, 93, 149, 155.

Ana Coelho, Técnica especialista do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
páginas 15, 123.

Grafismo
Ana Oliveira Pinto, Designer

Esta publicação não adopta o novo Acordo Ortográfico, deixando-se essa opção ao critério dos autores.

2.ª Edição Outubro de 2024

ISBN
978-989-35696-3-4

Sempre que desejar voltar ao índice, clique



- 7 DISCURSO DE ABERTURA**
Henrique Araújo
 Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
- 10 DISCURSO DE ABERTURA**
Paula Távora Vítor
 Presidente da Direção do Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra
- 14 CONFERÊNCIA DE ABERTURA: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA**
Arkadiusz Wudarski
 Professor Dr., European University Viadrina
- 16 O DEVER CONJUGAL DE ASSISTÊNCIA, QUANDO HÁ SEPARAÇÃO DE FACTO**
Nuno de Salter Cid
 Professor Associado da Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora
- 36 DIREITOS PESSOAIS FAMILIARES E SANÇÃO NO DIREITO MATRIMONIAL**
Rosa Cândido Martins
 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
 Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra
- 60 CRÉDITO COMPENSATÓRIO E ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO**
Paula Távora Vítor
 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- 70 DEVERES CONJUGAIS: DA FRAGILIDADE DA GARANTIA À FRAGILIDADE DO CASAMENTO**
Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho
 Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- 80 ILÍCITO CONJUGAL CULPOSO E RESPONSABILIDADE CIVIL – os danos causados pelo cônjuge ou ex-cônjuge e o direito de exigir uma reparação**
Rita Lobo Xavier
 Professora Catedrática da Faculdade de Direito, Escola do Porto, da Universidade Católica Portuguesa
- 92 RECONHECIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS ESTRANGEIRAS DE DIVÓRCIO – O NOVO REGULAMENTO BRUXELAS II-TER**
Afonso Patrão
 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
 Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional
- 94 QUESTÕES EM TORNO DA REVISÃO E CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA EM MATÉRIA DE DIREITO MATRIMÓNIAL, POR CONTRAPOSIÇÃO AO SEU RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO, SEM MAIS FORMALIDADES, DECORRENTE DA APLICAÇÃO DOS REGULAMENTOS (EU)**
Luís Espírito Santo
 Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 124 UNIÃO ESTÁVEL: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA**
Debora Brandão
 Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo
- 146 O VALOR DO TRABALHO DOMÉSTICO NO FIM DE UMA UNIÃO DE FACTO**
Cura Mariano
 Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 150 ENCERRAMENTO**
Rosa Cândido Martins
 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
 Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra
- 152 ENCERRAMENTO**
Fernanda Isabel Pereira
 Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça





Henrique Araújo

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça tem realizado várias conferências e colóquios sobre os mais variados temas ligados ao Direito e à prática judiciária, com a participação de prestigiados juristas e de especialistas em matérias que de algum modo se conexas com a vida nos tribunais.

A valia jurídico-científica das comunicações produzidas impõe-nos o dever de encontrar os meios de divulgação mais expeditos e práticos para fazer chegar esses conhecimentos ao maior número possível de beneficiários.

Os livros digitais (*e-books*) são uma das ferramentas mais eficazes de divulgação de conteúdos, aliando a vantagem da praticidade ao insignificante encargo financeiro de edição, e permitindo ao beneficiário a consulta gratuita dos textos.

Por isso, esta forma de divulgação dos conteúdos das intervenções em conferências e colóquios passará a estar disponível na página oficial do Supremo Tribunal de Justiça, esperando-se que assim se atinja o objetivo de disponibilizar a toda a comunidade jurídica e aos cidadãos em geral a informação mais atualizada e completa sobre as matérias de interesse jurídico e judiciário.



DISCURSO DE ABERTURA

Henrique Araújo

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



- Senhora Procuradora-Geral da República
- Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados
- Senhora Provedora-Adjunta, em representação da Senhora Provedora de Justiça
- Senhora e Senhor Vice-Presidentes do Supremo Tribunal de Justiça
- Senhora Presidente da Direção do Centro de Direito da Família
- Senhores Juízes Conselheiros
- Senhores Procuradores-Gerais Adjuntos
- Senhor Juiz Desembargador Eduardo Rodrigues Pires, em representação do Senhor Presidente do TR do Porto
- Senhor Diretor do Gabinete Jurídico da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, em representação do Senhor Bastonário
- Senhora Procuradora-Geral Adjunta Dra. Ana Teresa Leal, Diretora-Adjunta do CEJ, em representação do Senhor Diretor
- Senhores Juízes Desembargadores
- Senhores Juízes de Direito, Magistrados do Ministério Público e Advogados.
- Distintos Convidados
- Minhas Senhoras e Meus Senhores

Em primeiro lugar, quero dar as boas-vindas aos participantes neste I Colóquio de Direito da Família, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em parceria com o Centro de Direito da Família.

Saúdo também todos os que participam por via remota, em particular os que assistem a este Colóquio a partir de Cabo Verde, Brasil e Moçambique.

A parceria entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Centro de Direito da Família de Coimbra, presidido pela Senhora Professora Doutora Paula Távora Vítor, aqui presente, formalizou-se através de Protocolo assinado em 17 de maio de 2021.

Espero que esta ligação se prolongue no tempo e frutifique.

Neste I Colóquio contamos com a presença de reconhecidos Oradores: Arkadiusz Wudarski, Professor da European University Viadrina, em Frankfurt,

Nuno de Salter Cid, Professor da Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora, Rita Lobo Xavier, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, Paula Távora Vítor, Francisco de Brito Pereira Coelho e Rosa Cândido Martins, Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Afonso Patrão, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Juiz do Tribunal Constitucional, Débora Brandão, Professora da Faculdade de São Bernardo do Campo, no Brasil, e os Senhores Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça João Cura Mariano e Luís Espírito Santo.

Os painéis serão presididos pela Senhora Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Beleza e pelos Senhores Juízes Conselheiros Pedro de Lima Gonçalves, Manuel Capelo e Graça Amaral.

A todos os Oradores e Moderadores um forte agradecimento pela disponibilidade demonstrada desde a primeira hora.

Um agradecimento especial à Senhora Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, interlocutora privilegiada na ligação do Supremo Tribunal de Justiça com o Centro de Direito da Família.

Um agradecimento ainda à Senhora Professora Rosa Cândido Martins, membro da Direção do Centro de Direito da Família, pela forma como se empenhou na organização deste Colóquio.

Excelências

Minhas Senhoras e meus Senhores:

As alterações sociológicas que se vinham manifestando, ao nível da família, após a segunda metade do século XX conheceram grande progressão nestas duas décadas deste novo século.

A família, tal como a conhecíamos e concebíamos há quarenta ou cinquenta anos, mudou radicalmente.

E mudou porque a sociedade evoluiu no sentido do estabelecimento de uma efetiva igualdade entre os indivíduos e da valorização da dignidade da pessoa humana.

As configurações familiares são, hoje, mais diversas e complexas.

A instituição família, constitucionalmente reconhecida como elemento fundamental da sociedade, continua a assumir uma função de estabilização social, mas os modos de a constituir desprenderam-se dos códigos e encontraram novas formas de legitimação.

A dimensão afetiva da vida tornou-se decisiva para o bem-estar dos indivíduos, sendo a família vista, primordialmente, como um espaço de manifestação da liber-

dade individual e como um instrumento do direito à felicidade.

Caracterizando-se o Direito da Família como uma área do Direito especialmente permeável à realidade social, foram-se desenhando soluções jurídicas para abarcar situações novas como as uniões de facto, as famílias monoparentais ou a família advinda da união entre pessoas do mesmo sexo.

A jurisprudência e o legislador têm procurado responder a esta crescente volatilidade da ideia de família face aos movimentos da realidade social.

Permanecem, contudo, muitas questões por esclarecer, sendo necessário mais reflexão e debate.

É este o propósito deste Colóquio, onde serão tratados temas como: a intervenção do Estado na família; os efeitos patrimoniais do casamento e da sua dissolução, em particular a separação de facto; os alimentos e o crédito compensatório; os direitos pessoais familiares e sanção no direito matrimonial; as implicações jurídicas das uniões de facto; e a revisão de sentença estrangeira no âmbito matrimonial.

Enfim, a riqueza dos temas que preenchem o programa deste Colóquio de Direito da Família e a excelência dos oradores convidados garantem o sucesso desta 1ª edição. •

Desejo que este dia de trabalho se revele proveitoso.

LISBOA, 23 de março de 2023



DISCURSO DE ABERTURA

Paula Távora Vítor

Presidente da Direção do Centro de Direito da Família

Clique para assistir.



Exmo. Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
 Conselheiro Henrique Araújo,
 Exmos. Senhores Conselheiros, desta Casa, e também do Tribunal Constitu-
 cional,
 Exmo. Senhores Professores,
 Minhas Senhoras e meus Senhores,

Para quem estuda, um encontro científico é uma festa. E esta é, sem dúvida, uma festa marcante para quem estuda (e aplica) o Direito da Família.

Este é o *primeiro* Colóquio de Direito da Família do Supremo Tribunal de Justiça, organizado com o Centro de Direito da Família. Não tenho dúvida que não pode deixar de ser o primeiro de outros encontros — é aquilo com que conto, que desejo e o que o Protocolo celebrado entre as nossas Instituições nos promete —, mas assinala (comemora) *uma colaboração de há muito e de muito* entre o Centro de Direito da Família e a Magistratura Portuguesa e, em particular, com o Supremo Tribunal de Justiça, na figura dos seus ilustres Conselheiros.

A importância vital desta ligação é corporizada há mais de vinte anos na realização da *Bienal de Jurisprudência* (que conheceu no passado mês de outubro a sua 10.º Edição) e que o seu grande mentor e obreiro (e Pai do Centro de Direito da Família), o Senhor Doutor Guilherme de Oliveira tão impressivamente ilustrou pedindo emprestada a frase de Manuel de Andrade — “A Jurisprudência é a viva voz do Direito” — para lançar o primeiro repto para a sua realização no ano de 2002. A este repto acedeu entusiasticamente a Magistratura e, desde o primeiro momento, foi incontornável a presença dos Senhores Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, como apresentantes e como membros da sua Comissão Executiva.

O desafio seguinte foi também abraçado pelos Senhores Conselheiros. A *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, editada pelo Centro de Direito da Família desde 2004 e que continua viva hoje, em formato digital, de acesso livre e sujeita a *double-blind peer review*, contou desde a primeira hora com os Juízes deste Tribunal na sua lista de Colaboradores Permanentes e a figurarem

amiúde nos seus índices. Queria furtar-me à tarefa de nomear (nomear alguém é necessariamente excluir outros de uma visibilidade que não lhes deve ser negada), mas a *Lex Familiae* foi enriquecida durante vários anos com uma secção de Jurisprudência Crítica em que o Supremo Tribunal de Justiça, pela pena do Senhor Conselheiro Quirino Soares, aparecia como o ator principal – “*O que Diz o Supremo*”. E é com enorme proveito para a *Lex Familiae* – e para todos os que estudam Direito da Família – que nos últimos números da Revista tenhamos podido contar com a ressurreição desta secção, desta vez com a refrescada colaboração da Senhora Conselheira Fernanda Isabel Pereira que nos torna a dizer “*O que Diz o Supremo*”.

A ligação entre as nossas duas instituições não pode ser confinada, todavia, a estes campos – os Senhores Conselheiros têm graciosamente lecionado nas *aulas de pós-graduação* do Centro de Direito da Família e participado, com a experiência e sabedoria que só o mais alto Tribunal pode facultar, em outros *encontros científicos* organizados pelo nosso Centro (e ultimamente também em colaboração com o Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra).

O Centro de Direito da Família pode, portanto, alegrar-se, mas não contentar-se, com o trabalho já feito; espera mais (sempre mais) desta colaboração, uma expectativa que conhece força renovada pelas alianças mutuamente trocadas em maio de 2021, no Protocolo celebrado entre o Centro de Direito da Família e o Supremo Tribunal de Justiça e de que começamos a ver frutos. Desde logo este fruto do dia de hoje, que tem no Protocolo as suas raízes, mas que só se pode colher porque teve obreiros (obreiras) empenhados na sua organização – a Senhora Conselheira Fernanda Isabel Pereira e, em representação do Centro de Direito da Família, a Senhora Doutora Rosa Martins, a quem o Centro está profundamente agradecido.

E este fruto também só pode ser colhido maduro porque – para além das intervenções dos Senhores Conselheiros – conta com as participações dos mais relevantes Académicos da área do Direito da Família, que, com a generosidade que só a sua elevação científica permite, fazem do Centro de Direito da Família também a sua Casa e fazem do Centro de Direito da Família a Casa de liberdade de pensamento que é.

Em nome de todos, agradeço, na pessoa do Venerando Presidente deste Tribunal, receber-nos aqui entre *quem dá a mais viva voz ao Direito*. •





CONFERÊNCIA DE ABERTURA: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA



Arkadiusz Wudarski
Professor Catedrático,
European University Viadrina

Clique para assistir.





O DEVER CONJUGAL DE ASSISTÊNCIA, QUANDO HÁ SEPARAÇÃO DE FACTO



Nuno de Salter Cid*
Professor Associado da Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora

Clique para assistir.



RESUMO: A propósito da análise de diversos problemas relativos a quatro matérias essenciais pertinentes ao tema do dever conjugal de assistência, quando há separação de facto, este estudo sustenta a persistente vigência integral do disposto no artigo 1675.º do Código Civil, considerando que as normas dos seus n.ºs 2 e 3 valorizam o casamento, fundam-se em prudentes critérios de justiça e concedem espaço próprio à equidade. Em princípio, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar subsiste quando há separação de facto, sem prejuízo de acertos justificados. Não sendo prestada a contribuição devida, o cônjuge interessado pode optar por exigí-la judicialmente ao faltoso ou optar por exigir-lhe judicialmente a prestação de alimentos de que careça. Neste caso, a medida da sua necessidade deve ser aferida em função do padrão de vida dos cônjuges anterior à separação, com os devidos acertos. Todas estas questões têm implicações relevantes quanto à distribuição do ónus da prova nas causas respeitantes ao dever conjugal de assistência.

SUMÁRIO:

1. O conteúdo do dever conjugal de assistência, a separação de facto e a subsistência da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar;
2. A constituição da obrigação de prestar alimentos e a determinação da medida destes;
3. A imputabilidade da separação de facto;
4. O ónus da prova nas causas relativas ao dever conjugal de assistência;
5. Conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: dever conjugal de assistência; separação de facto; encargos da vida familiar; fixação de alimentos; imputação da separação; justiça e equidade; ónus da prova.

* Este texto contém parte do trabalho de investigação preparatório da comunicação sobre questões relativas à separação de facto que apresentei no I Colóquio de Direito da Família realizado no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça no dia 23 de Março de 2023.

1 | O conteúdo do dever conjugal de assistência, a separação de facto e a subsistência da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar

De acordo com o disposto no artigo 1675.º do Código Civil¹, o dever conjugal de assistência «compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar» (n.º 1) e «mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges» (n.º 2); se o for, a um ou a ambos, incumbe apenas, «em princípio, ao único ou principal culpado», sem prejuízo da possibilidade de o tribunal, «excecionalmente e por motivos de equidade», o impor ao «inocente ou menos culpado» (n.º 3).

Quanto ao conteúdo do dever conjugal de assistência, é comumente entendido que, havendo separação de facto, não há «vida familiar» e, por isso, não tem sentido falar em obrigação de contribuir para os encargos de uma «vida» que, de facto, não existe. Se e enquanto a «vida familiar» existe e persiste em situação de normalidade, a obrigação de prestar alimentos é absorvida pela obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, dilui-se nesta obrigação mais abrangente, razão pela qual não é simultaneamente exigível o cumprimento das duas obrigações, como se de prestações distintas e cumuláveis se tratasse. Se há separação de facto, a obrigação de prestar alimentos adquire autonomia, passando o dever de assistência a resumir-se a esta obrigação; justificar-se-á, então, que o intérprete considere não ter o legislador sabido «exprimir o seu pensamento em termos adequados» (artigo 9.º, n.º 3) e faça uma distinção que a letra do n.º 2 do artigo 1675.º, escrita na sequência imediata do disposto no n.º 1 do mesmo artigo, não faz expressamente; seria uma interpretação restritiva daquele n.º 2, destinada a limitar-lhe o alcance, por falta de razão de ser da imposição daquela obrigação mais abrangente. Dito de modo simples e conciso, interpreta-se a norma daquele n.º 2 como se preceituasse: «A obrigação de prestar alimentos mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges». Compreendo este raciocínio, que exprime entendimento relativamente consensual². Todavia, parecem-me aconse-

¹ São do Código Civil (CC) todos os artigos aqui citados, no texto e nas notas de rodapé, sem menção do diploma a que pertencem.

² Cf., v.g.: M.ª de N. LOBATO GUIMARÃES, «Alimentos», in AA.VV., *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, pp. 190-193; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º Vol., 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 351-352; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)*, 2.ª ed., Coimbra, Centro de Direito da Família da FDUC, Coimbra Ed., pp. 64 e 77; F. PEREIRA COELHO e G. de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Ed., 2008, p. 355; J. A. PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 117; J. DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 453-454; G. de OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 154; e P. TÁVORA VÍTOR, in AA.VV., *Código Civil Anotado*. Livro IV – *Direito da Família* (C. Sottomayor, Coord.), 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 219. Quanto a jurisprudência, disponíveis in www.dgsi.pt (tal como todos os citados *infra* com indicação do número do processo), cf., v.g., Acórdãos STJ 07-05-2009 (Proc. 5385/07.5TBALM.S1), TRL de 07-02-2013 (Proc. 1335/12.5TMLSB.L1-6) e TRL de 23-09-2021 (Proc. 3597/20.5T8CSC.L1-2).

lháveis observações complementares, abstraindo, por ora, tanto quanto possível, da relevância de a separação ser ou não exclusiva ou principalmente imputável a um dos cônjuges.

Creio que o raciocínio exposto no parágrafo anterior considera unicamente a hipótese, porventura mais frequente, de os cônjuges, separados de facto, passarem a ter residências diferentes. Há, contudo, formulações diferentes. Vejamos quatro.

Com referência à separação de facto e às obrigações compreendidas no dever conjugal de assistência, uma Autora aludiu à «mera distanciação geográfica» dos cônjuges, «consentida por ambos, ou suportada por ambos, com a intenção de, logo que possível, restabelecer a coabitação»; considerou naturalmente que, em tais casos, ambos continuam obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar, «com os ajustes necessários»; e entendeu que «a separação de facto autêntica» seria apenas aquela «que não permite dúvidas de que um ou ambos os cônjuges não desejam restabelecer a coabitação», hipótese cuja verificação «só deixa lugar a *alimentos*»³. Outro Autor apontou hipóteses de «separação de facto (...) puramente transitória e acidental», resultante «de circunstâncias de força maior» ou do cumprimento de deveres militares ou profissionais; afirmou que nestes casos «o dever recíproco de assistência mantém-se [sem autonomia da obrigação de prestar alimentos], sofrendo apenas as adaptações adequadas às circunstâncias»; e defendeu que, havendo «separação duradoura e devida a facto *imputável* a um dos cônjuges, só este será, em princípio, obrigado a prestar assistência [alimentos] ao outro»⁴. Outro Autor, ao sustentar a mencionada autonomia da obrigação de prestar alimentos, refere-se ao pressuposto de não haver uma «situação de normalidade conjugal», de faltar «a vida em comum» entre os cônjuges, e alude ao «lugar paralelo do artigo 1874.º, n.º 2», respeitante ao dever de assistência de pais e filhos, pretendendo decerto assinalar que esta norma é inequívoca no sentido de a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, contrariamente à de prestar alimentos, existir apenas «durante a vida em comum»⁵; entre pais e filhos, naturalmente. Outra Autora também aponta esta norma como reveladora do tratamento diferente que o legislador terá querido dar à «presença ou ausência da *normal convivência*», mas salienta que «a ‘vida familiar’ pode assumir várias configurações», representadas num extremo pela «situação exemplar» de habitual vida em comum na residência da família e no outro extremo pela «ausência de coa-

³ Cf. LOBATO GUIMARÃES, *op. cit.*, pp. 191-192. Na mesma linha, cf. I. GALVÃO TELLES, «Alimentos», in *CJ*, Ano III – 1988, Tomo 2, pp. 20-21.

⁴ Cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 352. O que coloquei entre parêntesis rectos resulta das pp. 351-352.

⁵ Cf. DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 454-455. O A. menciona também a nítida autonomia da obrigação de alimentos que se constata face ao disposto nos arts. 108.º e 1795.º-A.

bitação — justificada por motivos ponderosos (...) —[,] sem que o desvio ao padrão implique» a «ausência de vida conjugal». Assim, defende, «ainda que exista separação física, podemos continuar a ter em conta uma *efetiva sociedade conjugal*, para cuja manutenção os cônjuges devem contribuir, nos termos» do artigo 1676.º, pois a lei, quanto aos encargos da vida familiar, «exige e regula não uma contribuição para as ‘despesas domésticas’, (...) mas a contribuição para os encargos de uma vida em comum, a vida familiar fundada no casamento», seja em «existência quotidiana plenamente partilhada», seja com «carácter menos denso»⁶.

As referências à «mera distanciação geográfica» dos cônjuges ou à circunstância de estes estarem transitoriamente afastados um do outro por «motivos ponderosos» que impõem e por isso justificam, ou não impõem mas também justificam, a sua «separação física», motivos cuja existência, enquanto dure, legítima não adoptarem ambos a residência da família (artigo 1673.º, n.º 2)⁷, são referências naturalmente pertinentes, mas penso que tais hipóteses não são subsumíveis ao conceito jurídico de separação de facto. Aliás, seja para os efeitos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1675.º, seja para os efeitos da generalidade das várias outras normas que lhe atribuem relevância jurídica, «há separação de facto (...) quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges», isto é, quando se verifica o habitualmente designado «elemento objectivo» da noção do artigo 1782.º, n.º 1⁸. Saber se também «há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer» — o habitualmente designado «elemento subjectivo» integrado na mesma noção, que creio ser mais propriamente um elemento subjectivo *qualificado* — é dispensável quando não se trate de verificar se tal separação é relevante «para os efeitos da alínea a) do artigo» 1781.º⁹, ou do n.º 2 do 1789.º, e também não esteja em causa aplicar o disposto no 2196.º, n.º 2, a)¹⁰. De todo o modo, se é certo que

⁶ Cf. TÁVORA VÍTOR, *op. cit.*, pp. 219 e 220.

⁷ Sobre o artigo 1673.º, a que dediquei atenção demorada no Capítulo IV de *A protecção da casa de morada da família no Direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, *maxime* pp. 128 ss., tomo hoje a liberdade de remeter para as notas mais sucintas que teci in AA.VV., *Código Civil Anotado*. Livro IV..., *cit.*, pp. 210-214.

⁸ N.º 1 que, desde 2008, é número único. Não creio que a previsão do n.º 2 do artigo 1675.º contrarie de algum modo o afirmado no texto, porque é possível a falta de comunhão de vida entre os cônjuges não ser realmente imputável a qualquer deles, não resultar de conduta voluntária e censurável de um, do outro ou de ambos; o mesmo poderia dizer-se, creio, face ao disposto no n.º 3 do artigo 1673.º, com a redacção que tinha na versão de 1966, mantida até à Reforma de 1977 do CC.

⁹ Como o legislador de 1977 expressa e acertadamente quis decerto salientar no 1782.º, n.º 1. Quanto aos elementos desta noção, por todos, cf. F. M. PEREIRA COELHO, in AA.VV., *Reforma do Código Civil*, *cit.*, pp. 36-37 (in ID. e G. de OLIVEIRA, *Curso...*, *cit.*, cf. pp. 638-639).

¹⁰ Directamente ou *ex vi* 953.º. Quanto à noção de separação de facto juridicamente relevante para diversos efeitos e quanto aos comumente designados elementos «objectivo» e «subjectivo» que integram a noção do artigo 1782.º (segundo a terminologia do penúltimo § do n.º 21 do preâmbulo do Dec.-Lei n.º 496/77, de 25-11), tomo a liberdade de remeter para as pp. 54-57 do meu texto «Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais», in AA.VV., *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (G. de Oliveira, Coord.), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. As páginas citadas são da publicação disponível *on-line* no site do Centro de Direito da Família da FDUC (cf. www.centrodedireitodafamilia.org); a publicação impressa deste texto omitiu uma nota de rodapé, defeito de que não padece a edição em PDF. Não aponte então — e tão-pouco apontarei agora — as razões pelas quais me parece que a noção do artigo 1782.º também é a noção relevante quando esteja em causa aplicar o disposto nos arts. 1789.º, n.º 2, e 2196.º, n.º 2, a); direi somente que, hoje, após ponderação mais cuidada, não diria simplesmente ser «reiterado descuido» o facto de o legislador ter mantido na citada alínea a referência à separação de facto existente «há mais de seis anos».

a comunhão de vida entre os cônjuges não deixa de existir pelo simples facto de eles habitarem transitoriamente em lugares diferentes, não é menos certo que pode inexistir apesar de ambos residirem na mesma casa. Neste sentido, pode até citar-se esta ideia singela de 1920: «‘Separação de facto’ é (...) a existência, sem qualquer ligação, de duas criaturas que, em virtude do casamento, deveriam viver juntas. / (...) / Assim sendo, a ‘separação de facto’ pode existir embora os esposos residam na mesma casa, embora se avistem até»¹¹.

É certo não faltar quem, tanto antes como durante a vigência da versão original do CC de 1966, atribuisse ao conceito alcance mais abrangente, compreendendo as aludidas hipóteses que considere não lhe serem subsúmeveis. Por exemplo:

A propósito da norma do artigo 320.º, 1.º, do CC de 1867, que determinava ser a separação de facto impeditiva do deferimento da tutela do cônjuge interdito ao outro cônjuge, se este dele estivesse «separado de facto por suas desavenças», um Autor aludiu aos efeitos da separação de facto reconhecidos no § 2.º do artigo 53.º do mesmo Código, norma respeitante ao domicílio da mulher e dos filhos que não acompanhassem o respectivamente marido e pai para o lugar do cumprimento da pena de degredo¹²;

Em torno da norma do n.º 8.º do artigo 4.º do Decreto de 03-11-1910, outro Autor aludiu à «separação de facto que se dá só entre corpos e não *entre almas*», como acontece quando os cônjuges «*estão separados de facto* pela força das circunstâncias, mas continuam unidos pelos sentimentos e não quiseram romper os laços afectivos, que os prendiam»¹³;

E quanto ao dever conjugal de assistência, outro Autor assumiu com naturalidade a hipótese de a *separação de facto* não ser imputável à mulher quando esta não adoptasse a residência do marido «em consequência do exercício de funções públicas ou de outras razões ponderosas» (cf. 1672.º, n.º 1, b), versão de 1966)¹⁴.

No sentido que tenho por mais certo, porém, nada como ler a suma clareza da prosa de outro Autor, publicada em 1965: «Não é muito fácil, na verdade, definir com precisão a ‘separação de facto’. Mas a ideia fundamental será esta: a separação é o contrário da comunhão e, portanto, existe um estado de separação quando a comunhão conjugal cessou, os laços do casamento se desataram e os cônjuges deixaram de manter aquelas relações

¹¹ Cf. Parecer da Comissão de Legislação Civil e Comercial, de 20-02-1920, relatado por Pedro [Góis] Pita, in *Diário da Câmara dos Deputados (DCD)*, relativo à Sessão N.º 88, de 26-05-1920, p. 24, ou cf. *ibid.* no *DCD* relativo à Sessão N.º 89, de 27-05-1920, p. 44.

¹² Cf. J. DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, p. 228.

¹³ Cf. L. da CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. VII, Coimbra Editora, 1933, p. 45.

¹⁴ Cf. A. VAZ SERRA, «Anotação» ao Ac. STJ de 30-11-1973, in *RLJ*, Ano 107.º (1974-1975), 1975, pp. 326-327, e cf. o próprio Acórdão, p. 325, apontando como exemplo de «separação legítima» a causada por «doença grave que obriga a estadia noutra localidade».

que, normalmente, se estabelecem pelo matrimónio (...). Na separação de facto, as relações entre os cônjuges serão aquelas que existem (ou não existem) na separação (...) [de pessoas e bens], com a diferença apenas de que aqui a separação não é juridicamente reconhecida, não é *de direito*, mas *de facto*. Um aspecto muito importante em que a separação se exprime (...) é o afastamento material dos cônjuges (...). Mas é claro que é só um aspecto, e de modo algum decisivo. Concebe-se que os cônjuges vivam afastados mas ‘em comunhão’ (...); por outro lado, não se poderá excluir a possibilidade de (...) estarem ‘separados’ mas viverem na mesma casa»¹⁵.

Face ao exposto, creio ser adequado este raciocínio preliminar quanto ao dever conjugal de assistência: quando os cônjuges residem transitoriamente em lugares diferentes apenas por «motivos ponderosos» que o justificam, mantendo-se a comunhão de vida entre eles, ambos permanecem sem dúvida obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar, sem prejuízo de ajustamentos eventualmente necessários em virtude do acréscimo de despesas resultante do facto de não haver «economia comum» entre eles, digamos assim, ou de não a haver com carácter permanente¹⁶; quando aquela comunhão deixa de existir há separação de facto, independentemente de os cônjuges residirem ou não residirem sob o mesmo tecto e de haver ou não haver, da parte de um ou de ambos, o propósito de restabelecer tal comunhão; então sim, colocar-se-á a questão de determinar se ambos permanecem inteiramente vinculados pelo dever conjugal de assistência ou se este dever incumbe apenas a um deles, a qual e em que termos; porém, se os cônjuges continuam a habitar na mesma casa, embora sem «comunhão de vida»¹⁷, hipótese em que subsiste quanto a eles uma «vida doméstica» *sui generis*, uma réstia de «economia comum» que reclama prover a encargos semelhantes aos que existiam antes de se separarem de facto, pode considerar-se que, apesar da falta de «vida familiar» entre eles, não se justificará plenamente a autonomia da obrigação de prestar alimentos, menos ainda se a família que nessa casa reside incluir outros familiares a cargo deles; justificar-se-á, sim, ter em conta que os encargos da dita «vida doméstica»

¹⁵ Cf. F. M. PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família, I – Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida Ed., 1965, p. 496.

¹⁶ Disse eventualmente porque o acréscimo de despesas pode não existir (não terá de suportar despesas acrescidas o cônjuge que não está a habitar na residência da família por estar noutra lugar em cumprimento de deveres militares), pode não ser muito significativo (havendo transferência de local de trabalho, o empregador terá de custear as despesas acrescidas do trabalhador decorrentes da mudança de residência ou, em caso de transferência temporária, de alojamento), ou pode não diminuir a capacidade de contribuir para os encargos da vida familiar (o cônjuge não está a habitar na residência da família, tem despesas acrescidas, mas tem rendimentos elevados).

¹⁷ Esta hipótese, não sendo talvez a mais frequente, não será rara, como indicia a quantidade de acórdãos relativos a casos em que tal se verificou. Sem a pretensão de ser exaustivo, cito os seguintes: TRP de 03-04-1979, in *BMJ* n.º 287, p. 366; TRP de 13-12-1979, in *BMJ* n.º 293, p. 440; TRL de 05-04-1983, in *CJ*, Ano VIII, Tomo 2, pp. 127-128; TRP de 30-10-1984, in *BMJ* n.º 341, p. 477; TRL 06-12-1994 (Proc. 0082641); TRP 24-04-2001 (Proc. 0021488); TRG de 06-11-2002 (Proc. 1047/02-1); TRC de 25-11-2003 (Proc. 3278/03); TRL de 27-09-2007 (Proc. 5618/2007-2); TRL de 13-09-2011 (Proc. 1783/06.0TMLS.L1-7); TRL 20-09-2011 (Proc. 1522/07.8TBCLD.L1-1); TRL de 19-02-2013 (Proc. 249/11.0TMLS.L1-1); TRL de 30-10-2014 (Proc. 145/13.7TMLS.L1-8); TRL de 21-02-2019 (Proc. 3/18.9T8SXL.L1-2); e TRE de 27-02-2020 (Proc. 1055/19.0T8STR.E1).

podem não ser os mesmos, porque parte deles passam a ser isoladamente assumidos por um e outro cônjuge¹⁸. Mas há mais.

É pacífico que a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, com a devida extensão, não se cinge ao dever de prestar o necessário para, tanto quanto os meios do obrigado o permitam, prover às necessidades atendíveis do cônjuge que exige a contribuição em falta, mesmo que estas necessidades sejam avaliadas em função do nível socioeconómico que ele tinha – ambos tinham, a família tinha, por «orientação da vida em comum» resultante de prévio acordo entre ambos – antes de sobrevir a separação de facto. Na verdade, a contribuição em causa destinar-se-á a assegurar, não apenas o seu sustento, habitação e vestuário, com tudo o que isto, em sentido amplo, pode realmente implicar (meios destinados a pagar: alimentação; renda da casa ou prestações bancárias relativas a empréstimo para a aquisição desta e/ou de bens móveis utilizados «na vida do lar» e/ou encargos de condomínio; facturas de electricidade, gás, água; despesas inerentes à substituição ou manutenção de electrodomésticos, à compra produtos de higiene e limpeza, de roupas, calçado, etc.), como também o pagamento de encargos diversos, designadamente com saúde, seguros e deslocações¹⁹ e, havendo filhos que tenham ficado a residir consigo e (*de facto*) a seu cargo — filhos menores e/ou filhos maiores em processo de formação académica ou profissional²⁰ —, ainda o pagamento do necessário para, entre o mais, prover ao sustento destes e pagar despesas relativas à sua segurança, saúde e educação, tudo de acordo com o padrão socioeconómico da família que ambos os cônjuges, a seu tempo, consideraram adequado, naturalmente com adaptações ditadas pela nova situação e se for (ou na medida em que seja) possível mantê-lo. Sendo assim, poder-se-iam acrescentar estas perguntas: havendo filhos, se, apesar da separação de facto, não se mostrar necessária

¹⁸ Nesta hipótese, embora de modo *sui generis*, ainda que na casa residam apenas os cônjuges, haverá sempre «partilha de recursos» (a própria casa ou partes desta, mobiliário, electrodomésticos, electricidade, água, gás, etc.), mas não será invulgar que passe a haver «despesas separadas», digamos assim.

¹⁹ Com referência à noção legal de alimentos (2003.º), PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Ed., 1995, p. 578, afirmaram não faltar «quem entenda que na palavra sustento cabem, não só os tratamentos médicos, mas também as (...) despesas da vida social corrente (...), os encargos próprios do trem normal de vida da nossa época». Em Ac. STJ de 04-12-1997 (Proc. 97B765 – apenas sumário disponível), quanto ao conceito de alimentos do artigo 2003.º, n.º 1, entendeu-se ser devido atribuir sentido amplo aos vocábulos «sustento», «habitação» e «vestuário», incluindo no primeiro «não só o necessário em termos de alimentação propriamente dita (a comida e a bebida), mas ainda as despesas com a assistência médica e medicamentosa, as despesas de deslocação e porventura outras». Sobre a abrangência do conceito de «encargos da vida familiar», cf. v.g. F. B. FERREIRA PINTO, *Causas do divórcio*, 2.ª ed., Porto, Elcla Ed., 1992, pp. 85-86, REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 151-153, e DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 456-457. Quanto aos «encargos normais», cf. v.g. ID., *ibid.*, p. 557, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 399-400, REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, p. 60 (nota 77), e C. DIAS, «Responsabilidade por dívidas e compensação entre patrimónios», in *Revista Electrónica de Direito*, Junho 2020 – N.º 2 (Vol. 22), pp. 10-11.

²⁰ Quanto a maiores (ou emancipados), cf. artigo 1880.º (e n.º 3 do 989.º CPC, aditado pela Lei n.º 122/2015, de 01-09), sem prejuízo do que pode inferir-se do artigo 1905.º, n.º 2 (redacção de 2015).

a regulação das responsabilidades parentais dos menores²¹ e/ou houver filhos maiores (cf. 1877.º) com idade ainda relevante para o efeito, o cônjuge interessado não pode, com manifesta economia de meios processuais, optar por requerer apenas a providência destinada a obter a contribuição do *faltoso* para os encargos da vida familiar²², vida que, afinal, embora amputada, subsistiu a despeito da separação de facto? Sequer quanto a «encargos normais»? Não pode exigir judicialmente esta contribuição àquele que, de facto, de certo modo não tem em conta «o bem da família e os interesses» de ambos (cf. 1671.º, n.º 2), não quer voluntariamente assumir, *em conjunto com ele*, «as responsabilidades inerentes à vida familiar que fundaram» (cf. 1674.º)? Isto quando, ademais, a lei estabelece serem da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas contraídas por qualquer deles «para ocorrer aos encargos normais da vida familiar» (1691.º, n.º 1, b))?²³ Entender que não pode implica admitir que qualquer dos cônjuges, designadamente aquele cujo procedimento tenha sido e seja vivamente censurável, pode em muitos casos, embora provisoriamente, fazer recair sobre o outro – porventura aquele cujo procedimento tenha sido e seja compreensível ou mesmo irrepreensível – parte substancial das responsabilidades assumidas por ambos. Há quem pense não ser assim e pelo contrário entenda que a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar pode manter-se mesmo havendo separação de facto, até aquela em não há qualquer espécie de «economia comum»²⁴. De resto, poder-se-ia considerar desacertada a solução legal (artigo 9.º, n.º 3) de, por haver mera separação de facto, isentar um dos cônjuges – ou, numa interpretação radical, isentar ambos – da obrigação de contribuir para aludidos encargos, quando ademais é certo que a família a considerar pode não se resumir a eles.

²¹ Sobre a possibilidade de o não ser, no pressuposto de a separação de facto «não ter influenciado negativamente o comportamento dos cônjuges como progenitores» e de haver a prestação espontânea de alimentos aos filhos menores, cf. REMÉDIO MARQUES, *op. cit.*, pp. 331-332. Embora com dúvidas, creio que, apesar de haver separação de facto, a regulação das responsabilidades parentais pode não ser considerada necessária, se a única questão a reclamar intervenção judicial for a da falta da prestação de alimentos ou, dito por outras palavras, a da falta de contribuição do progenitor faltoso para o pagamento de despesas inerentes ao sustento, habitação e vestuário e à segurança, saúde e educação dos filhos menores. Considerando que a regulação é sempre necessária quando haja separação de facto, «por razões de segurança jurídica e de proteção das crianças», cf. M.ª C. SOT-TOMAYOR, in AA.VV., *Código Civil Anotado*. Livro IV..., cit., p. 942.

²² Arts. 1672.º, 1675.º, n.º 1, e 1676.º, n.º 4 (anterior n.º 3), CC e artigo 992.º CPC, este com desactualizadas referências às «despesas domésticas» (na epígrafe e no n.º 1), expressão provinda do anterior 1673.º, n.º 1, CC (versão de 1966).

²³ C. M. A. DIAS, em «Breves notas acerca da responsabilidade por dívidas na separação de facto», in *Lex familiae (LF)*, Ano 6 - n.º 11 - 2009, pp. 57 ss., embora pareça hesitante, por aderir ao entendimento no sentido de o dever conjugal de assistência ficar cingido à obrigação de prestar alimentos quando há separação de facto, admite que, apesar desta separação, podem subsistir encargos da vida familiar, pelo menos «encargos normais»; e, havendo-os – algo a aferir em apreciação caso a caso –, sustenta serem da responsabilidade de ambos cônjuges as dívidas contraídas para lhes ocorrer, o que se justificará não apenas como tutela do cônjuge que as contrai, mas também para protecção dos terceiros credores (cf. *maxime* pp. 58-62 e 68).

²⁴ Cf. os seguintes Acórdãos: STJ de 22-05-1980, in *BMJ* n.º 297, pp. 261-264; STJ de 16-04-1998, in *CJ – Acs. STJ*, Ano VI, Tomo 2, pp. 45-46; TRL de 22-05-2001 (Proc. 0093751 – apenas sumário disponível); TRL 01-07-2003 (Proc. 3933/2003-7); TRE de 14-06-2007, in *CJ*, Ano XXXII, Tomo 3, pp. 257-259; e TRL de 24-02-2022 (Proc. 13920/20.7T8SNT-D.L1-8). Cf. também J. F. RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código Civil*, Vol. VI, Lisboa, 1998, p. 114 (mera afirmação), e T. d'ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2011, pp. 28 e 98-99 (apesar do que afirma na p. 27).

Como se o exposto não bastasse, dir-se-ia ser incompreensível que o cônjuge titular, também titular, do direito de exigir do outro o cumprimento do dever conjugal de assistência, no que respeita à abrangente obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, apenas pudesse requerer judicialmente a providência destinada a obter esta contribuição se e enquanto se mantivesse a plena comunhão de vida conjugal. Que estranha comunhão de vida seria aquela em que fosse necessário fazê-lo²⁵... Sendo completamente inverosímil a hipótese de, havendo comunhão de vida entre os cônjuges, um destes não prestar voluntariamente «a contribuição devida», pode até dizer-se que o disposto no artigo 1676.º, n.º 4 (anterior n.º 3) não foi de certo determinado para ser inútil na prática, mas sim, precisamente, para a hipótese de haver separação de facto.

Admitamos, contudo, que, não havendo filhos ou outros familiares a cargo dos cônjuges, não existindo comunhão de vida entre estes e tendo eles residências diferentes, deixou de haver «vida familiar» a cujos encargos cumpra prover; ou consideremos a hipótese de o cônjuge *interessado*, que necessita de alimentos e pode legitimamente pedi-los ao outro, optar efectivamente por pedi-los. Se assim for, como muitos sustentam, não deve marcar-se grande contraste entre os ditos encargos e os alimentos, agora não diluídos em tais encargos. Passo, por isso, à questão seguinte²⁶.

2 | A constituição da obrigação de prestar alimentos e a fixação da medida destes

A norma do n.º 1 do artigo 1675.º preceitua, em abstracto, que o dever conjugal de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos. Todavia, na falta de acordo, a constituição da concreta (e autónoma) obrigação de os prestar terá de ser judicialmente determinada, mediante acção ou providência cautelar instaurada por um dos cônjuges contra o outro, sem prejuízo de os alimentos fixados serem devidos desde a proposição da acção ou desde o 1.º dia do mês seguinte àquele em o pedido de alimentos provisórios foi deduzido²⁷.

²⁵ Ainda com referência ao n.º 3 do artigo 1676.º, que não tardaria a passar a n.º 4 do mesmo artigo, houve quem observasse: «(...) mal se imagina que os cônjuges (...) façam uso da providência concedida pelo n.º 3 sem que estejam na disposição de pedir o divórcio ou a separação de pessoas e bens»: cf. F. PEREIRA COELHO e G. de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 358.

²⁶ Mas noto haver quem entenda que, sendo considerada indevida a instauração da providência destinada a obter judicialmente a contribuição do outro cônjuge para os encargos da vida familiar, por inexistir «economia comum, em virtude de separação de facto, deve» ponderar-se a convalidação oficiosa desta providência para o procedimento cautelar de alimentos provisórios, até por a tramitação ser «sobreponível». Neste sentido, cf. A. S. ABRANTES GERALDES *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2020 (reimp.), p. 446, e Ac. TRL de 23-09-2021 (Proc. 3597/20.5T8CSC.L1-2).

²⁷ Cf. arts. 2006.º e 2007.º CC e 384.º e 386.º, n.º 1, CPC. Estou e continuarei a abstrair-me das hipóteses contempladas nos arts. 555.º, n.º 2, e 931.º, n.º 9 (n.º 7 antes da Lei n.º 3/2023, de 16-01), CPC.

Tratando-se de fixar alimentos a prestar por um dos cônjuges ao outro, ninguém contesta que cumpre atender, a um tempo, às necessidades de quem os pede e às possibilidades de quem houver de prestá-los²⁸ ou, como se lê no n.º 1 do artigo 2004.º, que os alimentos a fixar devem ser «proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los»; mas não existe o mesmo consenso quanto a saber como devem ser avaliadas as necessidades do alimentando.

Há muito quem sustente que, havendo separação de facto, não se trata unicamente do indispensável para prover ao sustento, habitação e vestuário do cônjuge alimentando, mas antes do necessário/adequado para lhe ser assegurado o padrão de vida, o nível socioeconómico, que ambos os cônjuges tinham definido quando havia comunhão de vida entre eles, naturalmente com acertos justificados face à nova situação e se tal for compatível com as possibilidades do demandado, que podem diminuir em virtude da separação, por este passar a suportar despesas que não tinha quando viviam ambos em «economia comum». A remissão do artigo 2015.º para o 1675.º, e não para os 2016.º e 2016.º-A, pretenderá precisamente significar, ou melhor, significar também, que a medida das necessidades a ponderar é aquela²⁹.

Haverá porventura quem defenda ter o cônjuge alimentando apenas direito a receber o indispensável para viver com dignidade, com o que é essencial para tanto, mas não mais, ainda que o obrigado pudesse prestar-lhe mais. E há quem, com uma perspectiva de «alcance intermédio», sustente que ele tem direito ao que permita não apenas garantir-lhe o necessário para sobreviver, mas lhe proporcione uma «situação razoável», «acima do limiar da sobrevivência», mas «abaixo do padrão de vida» que tinha³⁰. Seria, no fundo, o mesmo direito que teria, se o tivesse, uma vez divorciado ou separado de pessoas e bens, hipóteses em relação às quais a lei prescreve expressamente: «O cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio» (2016.º-A, n.ºs 3 e 4). A diferença residiria em não se considerar aplicável o princípio da auto-subsistência (2016.º, n.º 1), do qual decorre ser o direito a alimentos conferido somente a título excepcional e precário.

²⁸ Sendo certo que, se de contribuição para os encargos da vida familiar se tratasse, o dever de ambos os cônjuges contribuiria teria de ser aferido «de harmonia com as possibilidades de cada um» (1676.º, n.º 1).

²⁹ Neste sentido, para citar apenas dois de entre muitos contributos doutrinários, cf. F. PEREIRA COELHO e G. de OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 356-357, e DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 454-455. Quanto a jurisprudência, cf., *v.g.*, Acs. STJ de 08-02-2000, in *CJ – Acs. STJ*, Ano VIII, Tomo 1, pp. 74 s. (com sobeja citação de doutrina e jurisprudência), de 07-05-2009 (Proc. 5385/07.5TBALM.S1) e de 04-11-2010 (Proc. 995/07.3TBCTB.C1.S1), Ac. TRP 15-12-2005 (Proc. 0534542) e os seguintes Acs. TRL: de 29-10-2009 (Proc. 6931/07.0TCLRSL.L1-6), de 25-02-2010 (Proc. 517/07.6TBAMD.L1-8), de 14-09-2010 (Proc. 34813/09.3T2SNT.L1-1), de 09-07-2014 (Proc. 16/10.9TMLSAB.A.L1-7), de 09-06-2015 (Proc. 634/15.9T8VFX.L1-1), de 18-02-2016 (Proc. 3037/12.3TBCSC.L1-2), de 21-04-2016 (Proc. 1390/15.6T8TVD-A.L1-2) e de 23-09-2021 (Proc. 3597/20.5T8CSC.L1-2).

³⁰ Neste sentido, G. de OLIVEIRA, *Manual...*, cit., p. 155.

Para ser breve, direi somente isto: apesar dos golpes duros que o legislador desferiu na relevância jurídica do casamento, não creio que esta posição mereça vencimento; não são nem devem ser iguais «as soluções» legais desenhadas para quem está casado e vinculado pelo recíproco dever conjugal de assistência (1672.º, 1675.º e 2015.º), ainda que separado de facto (1675.º, n.ºs 2 e 3), e para quem está divorciado ou separado de pessoas e bens (1788.º, 1795.º-A, 2016.º e 2016.º-A).

3 | A imputabilidade da separação de facto

O artigo 1675.º continua a prescrever que o dever conjugal de assistência «mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges» (n.º 2) e não deixou de estatuir que, sendo a separação de facto imputável a um ou a ambos, tal dever incumbe apenas, «em princípio, ao único ou principal culpado», sem prejuízo da possibilidade de o tribunal, «excepcionalmente e por motivos de equidade», o impor ao «inocente ou menos culpado» (n.º 3).

Para alguns autores estas disposições devem ser desconsideradas, por serem incompatíveis com «as intenções básicas e claras mais importantes» da Lei n.º 61/2008. Mantê-las na letra da lei teria sido lapso manifesto do legislador, que ao intérprete cumpriria corrigir mediante «interpretação ab-rogante», pois caso contrário existiria uma «contradição insanável» no sistema jurídico, que teria assumido a «opção fundamental» de suprimir a verificação e valoração da conduta dos cônjuges para determinar e graduar a culpa da «ruptura do casamento» e, em função desta, extrair consequências negativas para o culpado ou principal culpado. Tendo a lei passado a determinar que, «independentemente do tipo de divórcio» ou de separação de pessoas e bens, «qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos» (2016.º, n.ºs 1 e 3), não seria «sustentável, sob pena de clara incoerência no sistema», que a culpa mantivesse relevância quando há mera separação de facto³¹.

É certo que o legislador, em 2008, cometeu muitos lapsos³², mas creio não ter sido lapso manter intocado o artigo 1675.º e intocado manter o 2015.º. Não seria estranho o legislador alhear-se do alegado lapso desde 2008 até hoje, apesar de, entretanto, ter alterado o Código mais de 30 vezes? Este argumento, aqui colocado em forma de pergunta, não deve naturalmente ser muito valorizado, mas também não deve ser desconsiderado

³¹ Cf. ID., *ibid.*, pp. 154-155, TÁVORA VÍTOR, *cit.*, pp. 221-223, e E. S. MOREIRA DA SILVA, *A desvalorização (?) do Instituto do casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2015, p. 102.

³² Há uns anos, para os enumerar com enquadramento sucinto, ocupei três páginas. Não tendo cabimento reproduzi-las aqui, tomo a liberdade de remeter para *O divórcio em Portugal: política, Direito e Demografia*, Vila Nova de Famalicão, Edições Húmus, 2018, pp. 136-138.

com facilidade, atenta a relevância que, no exercício da por vezes difícil tarefa de interpretação da lei, apesar de tudo cumpre reconhecer à sua *letra*, embora na verdade se procure compreender o seu *espírito*, mediante a também indispensável ponderação dos outros elementos da interpretação³³. Para desvalorizar esta observação, poderá haver quem diga que o legislador, infelizmente, não teve até hoje a preocupação de corrigir a maioria dos que não podem deixar de ser qualificados como lapsos evidentes de 2008, numerosos mas pequenos defeitos que podem ser apelidados de índole meramente formal e, por isso, ser facilmente identificados, senão pelo pobre cidadão leigo na matéria, decerto por qualquer jurista; diria então ser difícil explicar por que motivo não teria o legislador tido o cuidado de emendar o que se pretende apontar como erro substancial, quando ademais é certo não faltar quem, com base em argumentação ponderada, não o considere erro de todo. Se de erro se tratou, o que teria querido o legislador? Como se isso fosse determinante, pergunto: teria pretendido, por exemplo, alterar o n.º 2 do artigo 1675.º de forma a passar a dispor somente: «O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto»? E, por isto manifestamente não bastar, teria querido alterar também o n.º 3 do mesmo artigo para passar a preceituar: «O direito de exigir o cumprimento do dever de assistência [ou «de exigir o cumprimento da obrigação de prestar alimentos»] pode ser negado, excepcionalmente e por motivos de equidade»? Teria sido tão inábil que, embora querendo fazer estas alterações ou outras semelhantes, não conseguiu fazê-lo? De acordo com o artigo 9.º, entre o mais, cumpre «reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo» (n.º 1), que pode não corresponder ao «pensamento do legislador», «não pode (...) ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso» (n.º 2); e, quando procura fixar o verdadeiro «sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» (n.º 3).

De todo o modo, pensar no sentido da inexistência do alegado lapso não significa sequer ignorar, sem mais, o que no sentido do erro se quer porventura extrair da *Exposição de motivos* do Projecto de lei que serviu impulso à dita lei de 2008, antecedida de processo legislativo assaz acidentado, note-se³⁴. Signi-

³³ Não apenas por ser «o ponto de partida da interpretação» (9.º, n.º 1), mas por desempenhar as que podem ser designadas «função negativa» ou «de um limite» (9.º, n.º 2) e «função positiva» (9.º, n.º 3). Sobre as funções indicadas, que à letra da lei são sucessivamente atribuídas pelos três números do citado artigo, e sobre o mais a ponderar, pode ler-se por todos J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1989 (3.ª reimpressão das mais de 30 existentes), pp. 181-185 e 188-190. Para um olhar mais recente, com profusa indicação de bibliografia e jurisprudência, pode ler-se com proveito a Anotação ao artigo 9.º de T. GUERRA DE ALMEIDA, in AA.VV., *Comentário ao Código Civil: parte geral* (L. Carvalho Fernandes e J. Brandão Proença, Coords.), Lisboa, Universidade Católica Ed., 2014, pp. 45-51, *maxime* 48-51.

³⁴ Sobre o Projecto de lei n.º 509/X (3.ª), de 10-04-2008, publicado no *Diário da Assembleia da República (DAR)*, II Série-A, N.º 81, de 14-04-2008, e o aludido processo legislativo, remeto novamente para *O divórcio em Portugal...*, cit., agora para as pp. 123-133.

fica não valorizar — e não deve valorizar-se — aquela *Exposição* como se fosse uma espécie de interpretação autêntica prematura. Aliás, o que nela se lê quanto ao divórcio e quanto a alimentos entre ex-cônjuges não parece aproveitável no tocante ao dever conjugal de assistência quando há mera separação de facto, matéria à qual lá não se faz a mais leve referência³⁵. Pensar que não foi lapso revela a noção do valor que ao casamento deve ser atribuído, mesmo quando há separação de facto; e significa, em suma, reconhecer o muito sentido que tem o sistema jurídico tratar de forma diferente o que não é substancialmente igual e, por isso, não tratar quem é casado, mesmo quando separado de facto, como se estivesse divorciado (ou separado de pessoas e bens)³⁶. Para avaliar e ter «sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico» (artigo 9.º, n.º 1), no que concerne ao casamento e aos efeitos deste, importa atender aos princípios e normas respeitantes a estas matérias; não ao que é relativo ao divórcio e aos efeitos deste, como se fosse este o paradigma destinado a servir de orientação a quem interpreta normas atinentes àquelas matérias.

Admitamos, porém, por mera necessidade de raciocínio, que desde 2008 tenha passado a ser como que proibido ler a palavra *imputável* no n.º 2 do artigo 1675.º e ler no n.º 3 do mesmo artigo *único ou principal culpado e inocente ou menos culpado*, por muito grave que tenha sido, no caso a julgar, o procedimento do único ou principal causador da separação de facto³⁷. Como seria? Não se pretenderia decerto defender a aplicação do princípio da auto-suficiência (2016.º, n.º 1), mas far-se-ia apelo à justiça³⁸, ou pelo menos far-se-ia apelo à equidade³⁹, dizendo que cumpriria em cada caso ponderar se seria justo, se não seria iníquo, obrigar o cônjuge não causador da separação

³⁵ No *DAR*, cit., cf. *maxime* pp. 68, 72 e 73.

³⁶ Cf. sobretudo Ac. TRL de 24-03-2015 (Proc. 6222/14.0T8LRS-A.L1-7), também publicado in *CJ*, Ano XL, Tomo 2, pp. 94-97, e Ac. TRP de 25-02-2021 (Proc. 597/19.1T8ETR-A.P1), ao entendimento dos quais aderiu o Ac. TRL de 23-09-2021 (Proc. 3597/20.5T8CSC.L1-2). Cf. também, *v.g.*, ALMEIDA RAMIÃO, *op. cit.*, pp. 29 e 99-100, PAIS DE AMARAL, *op. cit.*, pp. 117-118, e DUARTE PINHEIRO, *op. cit.*, pp. 455-456, 464 e 582-583 (apesar falar em «corpo estranho», na p. 455, assume como vigente o n.º 3 do artigo 1675.º).

³⁷ Banir as palavras culpa, culpado e inocente foi o que em 2008 o legislador — embora ciente de que suprimir palavras dos textos não elimina a realidade nem as consequências nefastas de certos procedimentos e o que pode representar não as ter em conta — quis manifestamente fazer quanto ao divórcio e à separação de pessoas e bens «sem consentimento de um dos cônjuges», salvo para considerar indiferente a eventual existência de culpa da ruptura do casamento (1781.º, *d*); disto não pode duvidar-se, abstraindo, claro, do lapso evidente (este sim) de manter inalterada a letra dos arts. 1760.º, n.º 1, *b*), e n.º 2, 1766.º, n.º 1, *c*), e 1933.º, n.º 1, *f*), normas nas quais — apesar da eliminação das anteriormente contidas no artigo 1779.º e da revogação do n.º 2 do 1782.º e dos arts. 1783.º e 1787.º — ainda se lê «culpa» e «considerado» ou «declarado» «único ou principal culpado» do divórcio ou da separação de pessoas e bens. A ainda assim pode dizer-se que não se pretendeu erradicar a culpa, como se fosse possível fazê-lo, do âmbito da responsabilidade civil resultante da violação de deveres conjugais, quando causadora de danos ao «cônjuge lesado» (1792.º, n.º 1). Para quem atribui muita importância à citada *Exposição de motivos*, cito: «Os pedidos de reparação de danos serão, em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil, nas acções próprias; este é um corolário da retirada da apreciação da culpa do âmbito das acções de divórcio» (*DAR*, cit., p. 73, sublinhado meu).

³⁸ Em Ac. STJ de 04-11-2010 (Proc. 995/07.3TBCTB.C1.S1), observou-se: «Parece socialmente adequado e de inteira justiça que o cônjuge não culpado, ainda que tenha saído da casa por motivos imputáveis ao outro, não possa ser coercivamente compelido à prestação alimentícia a quem deu causa a tal separação». Cito este Acórdão sem desconhecer que foi proferido em caso discutido em processo iniciado em 2007, no âmbito do qual não caberia atender a alegadas ressonâncias da Lei n.º 61/2008, por o «regime» desta não ser aplicável a «processos pendentes em tribunal» (artigo 9.º da dita lei).

de facto — ou aquele cujo procedimento, eventualmente de reacção moderada a desmandos graves do outro, não deva considerar-se censurável — a prestar assistência/alimentos ao outro. Claro, o tribunal poderia impor-lho, mas «excepcionalmente e por motivos de equidade» (1675.º, n.º 3, 2.ª parte)⁴⁰. E, claro, havendo filhos a viver com ambos «em comum» (na hipótese de separação de facto sob o mesmo tecto) ou havendo filhos que somente com ele tivessem ficado, manter-se-ia obrigado a contribuir, de algum modo e «de harmonia» com as suas possibilidades, para os encargos da «vida em comum» com eles. Aliás, mesmo que com eles não tivesse ficado a viver «em comum», porventura devido a grave procedimento do outro cônjuge, teria eventualmente de continuar, de acordo com as suas possibilidades, a contribuir para o pagamento das despesas inerentes ao sustento, segurança, saúde e educação dos filhos.

Prescindir da abstracta ideia de justiça e fazer apelo à equidade para o tribunal poder julgar improcedente o pedido de alimentos feito pelo cônjuge a quem é exclusiva ou principalmente imputável a separação de facto, não será estranho mesmo para quem considera defensável, em matéria de alimentos, o tratamento dos cônjuges como se estivessem divorciados ou separados de pessoas e bens. Com efeito, quanto a «limites» a impor à «extensão da solidariedade matrimonial», à luz do n.º 3 do artigo 2016.º — norma que alude a «razões manifestas de equidade» pelas quais «o direito a alimentos pode ser negado» a ex-cônjuge ou a cônjuge separado de pessoas e bens, ainda que ele deles necessite e o outro possa prestar-lhos —, podem desde logo citar-se estas observações: «Não se pretende abrir uma averiguação exaustiva das culpas — como se diferisse o processo tradicional para este momento do pedido de alimentos; mas o tribunal que aprecia as alegações dos cônjuges saberá encontrar os casos em que parece *manifestamente* iníquo obrigar um cônjuge a prestar uma solidariedade àquele que lhe pede alimentos»⁴¹; «Na verdade, as infracções conjugais (...) podem relevar para a formação do juízo de iniquidade que justifica a *negação do pedido de alimentos*, nos termos do artigo 2016.º, n.º 3»⁴².

De olhos postos no «apelo à equidade» feito na norma citada, pode bem entender-se que exprime «um rebate de consciência ético-jurídica» do legis-

³⁹ Sendo certo que esta, como observou ANTUNES VARELA, no seu discurso sobre «Os tribunais e o sistema jurídico», in *BMJ* n.º 158, p. 21, «começa por basear-se em considerações de justiça. No processo da sua formação interferem os mesmos ingredientes que alimentam a substância da justiça (...)».

⁴⁰ Em todo o caso, a cabal aplicação do disposto no artigo 1675.º, n.ºs 2 e 3, não deve prescindir de um prévio «juízo global» semelhante ao que se entendia ser devido quando se tratava de declarar e graduar a culpa do divórcio ou da separação de pessoas e bens. Sobre tal juízo, cf. por todos F. PEREIRA COELHO e G. de OLIVEIRA, *Curso...*, cit., pp. 664-665.

⁴¹ Cf. G. de OLIVEIRA, «A nova lei do divórcio», in *LF*, Ano 7 – n.º 13 – 2010, p. 30.

⁴² Cf. ID., «Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais», in *LF*, Ano 16 – n.ºs 31-32 – 2019, p. 39.

lador de 2008 e considerar-se que, «admitir a alegação e prova de factos que permitam considerar ‘chocante’ a constituição da obrigação de alimentos», representa «afinal a relevância e a necessidade de apreciar a conduta dos cônjuges durante a comunhão de vida» e não apenas atender ao desvalor da conduta ulterior daquele que pede a prestação de alimentos⁴³. Dito de outro modo, quanto àquela relevância: «(...) apesar do desaparecimento da referência à culpa dos ex-cônjuges (...), o comportamento culposo na vigência da sociedade conjugal e a sua contribuição para a rutura do casamento pode importar a denegação do direito a alimentos ao requerente, mesmo que fique demonstrado que esse sujeito se encontra numa situação de necessidade»⁴⁴. Por outras palavras: «Trata-se da necessidade de permeabilidade e de adaptação da ordem jurídica aos seus fundamentos ético-sociais. Na apreciação global das circunstâncias do caso concreto, a culpa na rutura da relação conjugal continua, por isso, através da implementação valorativa daquele conceito indeterminado, a desempenhar algum papel (...) no âmbito da obrigação de alimentos»⁴⁵.

Quanto à mesma norma, ao conceito indeterminado nela contido e ao que pretendo sublinhar aqui, saliento ainda esta passagem de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: «Embora se tivesse procurado eliminar a apreciação da culpa como factor relevante da atribuição de alimentos (...), consideramos que a ideia de culpa, na vertente da responsabilidade ou contributo do cônjuge carecido de alimentos para a degradação e ruptura do casamento, não será totalmente alheia à densificação da referida cláusula geral ou conceito indeterminado»⁴⁶.

Uns anos antes de 2008, foram tecidas considerações interessantes sobre o problema de fundo que pode gerar a opção por um Direito da Família alheado da relevância da culpa, embora especialmente no tocante ao divórcio e às consequências deste, e sobre a equidade como meio de a culpa manter alguma relevância, permitindo obter a «melhor realização possível dos custos pessoais e patrimoniais (...) do divórcio», «para as partes envolvidas e para a sociedade, em geral»; foi expressiva a crítica então feita à visão em que se baseiam «os sistemas *no fault*», uma visão «irrealista, desumana

⁴³ Cf. R. LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 44-45. Há observações da A. em forma de perguntas por mim entendidas como afirmações.

⁴⁴ R. TEIXEIRA PEDRO, in AA.VV., *Código Civil Anotado* (A. Prata, Coord.), Vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, p. 926.

⁴⁵ M.^a J. R. C. VAZ TOMÉ, in AA.VV., *Código Civil Anotado*. Livro IV..., cit., p. 1116.

⁴⁶ Cf. Ac. STJ de 03-03-2016 (Proc. 2836/13.3TBCSC.L1.S1); revogou Ac. TRL de 15-09-2015 (Proc. 2836/13.3TBCSC.L1.1) por considerar que este «não fez uma leitura global e integrada» dos factos provados, quando cumpriria atender a «todo o passado comum dos cônjuges». Para apontar apenas mais 2 acórdãos, reveladores desta questão, cito: Ac. STJ de 31-01-2023 (Proc. 242/12.6TMLS.B.L1.S1); revogou Ac. TRL 21-06-2022 (242/12.6TMLS.B.L1-7) por considerar necessária a ponderação das condutas de ambos os cônjuges (violação de deveres conjugais por um e outro), que entendeu (a meu ver mal) não ter sido feita pela Relação.

e esterilizada, sanitária, uma visão na qual as emoções que natural e necessariamente acompanham» os processos em causa são encaradas «como emoções negativas, incorrectas e, portanto, a eliminar»⁴⁷.

Claro, é grande a virtude da equidade, como meio precioso para realizar em cada caso a justiça, fim primordial do Direito, mas pode e deve temer-se o absolutismo da equidade, pela incerteza e insegurança que é susceptível de gerar, se não houver de todo o cuidado prévio de delinear, em abstracto, prudentes critérios de justiça com referência aos quais a equidade seja chamada a intervir, complementarmente, para evitar ou atenuar inconvenientes que a pura abstracção da norma poderia acarretar. Sem este cuidado, a sua virtude pode perder-se e acabar por não servir verdadeiramente o fim que visa alcançar. Com mais eloquência, houve quem exaltasse a equidade como «fonte permanente de *justiça*», alertando, todavia, para a conveniência de ter presentes os inconvenientes do seu «emprego amplo» sem qualquer âncora e concluindo no sentido de ser prudente o sistema jurídico «definir, com acerto e com suficiente precisão, os limites dentro dos quais o julgador pode recorrer» à equidade, caso em que «Equidade e justiça, longe de se destruírem, (...) passam a constituir *grandezas complementares* ao serviço do direito, cada qual com sua função própria»⁴⁸.

Expostos entendimentos que me parecem acertados e que creio reforçarem a posição de quem considera inteiramente aplicável o prescrito nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1675.º, resta-me apenas espaço para, antes das devidas conclusões, dedicar meia dúzia de parágrafos a outro problema.

4 | O ónus da prova nas causas relativas ao dever conjugal de assistência

Se um dos cônjuges exigir judicialmente ao outro a devida, mas alegadamente não prestada, contribuição para os encargos da vida familiar, creio não haver dúvida de que lhe incumbe alegar e provar: o facto de estar casado com o demandado (sem ter havido separação de pessoas e bens); factos que permitam determinar quais são os encargos da vida familiar; factos que permitam verificar a origem dos rendimentos ou proventos (do demandado) dos quais pretende receber directamente a importância pretendida; e factos que permitam concluir no sentido da necessidade e razoabilidade do mon-

⁴⁷ Cf. E. Dias COSTA, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 145-146. Sobre «penas patrimoniais que», «em caso de divórcio», tinham «lugar como mecanismos» fundados «na realização da equidade entre os cônjuges», cf. R. LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 383 e 405 ss.

⁴⁸ Cf. ANTUNES VARELA, «Os tribunais e o sistema jurídico», cit., *maxime* pp. 24-25 e 30-31.

tante pedido⁴⁹. Para aquela exigência não ser julgada procedente, total ou parcialmente, o demandado terá obviamente de alegar e provar o que obsta à procedência total ou parcial do pedido, designadamente que não tem (deixou de ter) a possibilidade de contribuir ou que não é necessário/razoável o montante pedido⁵⁰. E, quem entende que, havendo separação de facto, o cônjuge autor/requerente apenas pode (em qualquer caso) pedir judicialmente que o outro seja condenado a prestar-lhe alimentos, dirá que o demandado, quanto ao pedido, poderá defender-se mediante a simples alegação e prova de que ambos estão separados de facto e, direi, estão-no por causa que lhe não é imputável ou não lho é exclusiva ou principalmente (342.º, n.º 2).

Se, havendo separação de facto, um dos cônjuges pedir judicialmente que o outro seja condenado a prestar-lhe alimentos (de que necessita e que este outro pode prestar-lhe), o problema do ónus da prova, se for analisado unicamente com referência à questão de ser pertinente apurar a quem é exclusiva ou principalmente imputável a separação, compreende-se melhor se compararmos as disposições relevantes da versão de 1996 do Código com as que lhe sucederam em virtude da Reforma de 1977. Em todo o caso, é conveniente notar previamente o óbvio: dizer que, no caso a apreciar, há separação de facto, conceito jurídico, é na verdade concluir que esta existe, conclusão necessariamente assente em factos alegados e provados.

Na versão de 1966, quanto ao dever conjugal de assistência, o n.º 2 do artigo 1673.º preceituava: «Estando os cônjuges separados de facto, só aquele a quem não for imputável a separação pode exigir o cumprimento do dever de assistência»; e o n.º 3 do mesmo artigo dispunha: «Mantém-se, todavia, em relação a ambos este dever, se a separação resultou de acordo e não teve como causa facto imputável a um deles». Operada a Reforma de 1977, as normas pertinentes à mesma matéria passaram a ser as do n.º 2 e n.º 3, 1.ª parte, do artigo 1675.º, que volto a citar: «O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges»; «Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado».

No domínio da vigência das normas de 1966, a jurisprudência entendia que, havendo separação de facto, impendia sobre o cônjuge autor/requerente o ónus da prova de factos que permitissem concluir no sentido de a separação não lhe ser imputável, quer alegasse ser imputável ao outro quer alegasse não ser imputável a qualquer deles, por estar em causa a exigência de demonstrar factos constitutivos do seu invocado direito à prestação ali-

⁴⁹ Quanto ao casamento é evidente, por estar em causa uma obrigação compreendida no dever conjugal de assistência (arts. 342.º, n.º 1, 1672.º, 1675.º, n.º 1, e 1676.º, n.º 1, todos do CC e artigo 5.º, n.º 1, do CPC); o mais tem adicionalmente em conta o preceituado no artigo 992.º, n.º 1, CPC, lido em consonância com o disposto no actual n.º 4 (n.º 3 até 2008) do artigo 1676.º CC.

⁵⁰ Cf. arts. 342.º, n.º 2, e 1676.º, n.º 1, CC; e arts. 5.º, n.º 1, 571.º, 574.º e 576.º, n.ºs 1 e 3, CPC.

mentos pelo outro (342.º, n.º 1), a isto não obstante a dificuldade de se tratar, em ambos os casos, da prova de «um facto negativo»; na falta da prova exigível, o seu pedido devia ser julgado improcedente⁵¹.

Quanto ao mesmo problema⁵², mas agora face ao disposto nas normas provenientes de 1977, o entendimento que se considerava acertado até 2008 – e assim considera quem sustenta não ter desde então ficado prejudicada a vigência integral mesmas normas – era e é este: para não ser judicialmente condenado a prestar alimentos, o cônjuge demandado tem, além do mais, o ónus de alegar e provar factos com base nos quais possa concluir-se que a separação de facto não lhe é imputável ou não o é exclusiva ou principalmente (342.º, n.º 2); não o fazendo, deve ser julgado procedente o pedido do demandante, naturalmente se este tiver alegado e provado os factos constitutivos do direito que invocou e se ele não tiver alegado e provado outros factos que obstem à procedência do pedido⁵³. E, claro, estando em causa a aplicação do disposto no artigo 1675.º, n.º 3, 2.ª parte, aquele a quem a separação de facto é exclusiva ou principalmente imputável, mas ainda assim pretende que o outro lhe preste alimentos, tem (também) de alegar e provar factos com base nos quais o tribunal, «excepcionalmente e por motivos de equidade», possa impor ao outro tal prestação.

Acaso fosse admissível – e não deve admitir-se – a procedência da tese segundo a qual, desde 2008, ficou prejudicado o disposto nas normas do n.º 2 e n.º 3, 1.ª parte, do artigo 1675.º, dir-se-ia simplesmente que, havendo separação de facto, aquele a quem são pedidos alimentos de que o demandante carece e que ele, querendo, poderia prestar-lhe, tem o ónus de alegar e provar (342.º, n.º 2) factos com base nos quais o tribunal possa concluir que seria iníquo impor-lhe a prestação de alimentos.

⁵¹ Cf. *maxime* Ac. STJ de 30-11-1973, in *RLJ*, Ano 107.º, cit., pp. 324-325 (ou in *BMJ* n.º 231, pp. 173-175), mas cf. também, *v.g.*, Acs. STJ de 15-01-1974, in *BMJ* n.º 233, p. 204-207, e de 25-02-1981, in *BMJ* n.º 304, p. 437-438 (sem prescindir da leitura da declaração de voto de vencido, na p. 439). VAZ SERRA, na sua «Anotação», cit., p. 327, acrescentou que o pedido não deveria improceder se o demandante provasse ser a separação de facto igualmente imputável a ambos ou principalmente imputável ao demandado.

⁵² Digo o mesmo problema porque omitirei por ora no texto o geralmente dado como óbvio, com referência ao disposto no n.º 2 do artigo 1675.º (redacção de 1977), ou seja, o cônjuge que invoca judicialmente o direito à prestação de alimentos pelo o outro tem o ónus alegar e provar (342.º, n.º 1) que: é casado com o demandado; há separação de facto; necessita dos alimentos; e o outro pode prestar-lhos. De acordo com a terminologia do artigo 5.º, n.º 1, do CPC actual, são «factos essenciais que constituem a causa de pedir». O demandado, para evitar a procedência total ou parcial do pedido, pode defender-se impugnando factos alegados pelo demandante, designadamente contradizendo a necessidade deste de alimentos ou dos concretos alimentos pedidos e/ou que tenha possibilidade lhos prestar (arts. 571.º e 574.º CPC actual) e/ou alegando e provando o mais a que aludirei no texto sem citar os arts. 5.º, n.º 1, 571.º, 574.º e 576.º, n.ºs 1 e 3, CPC.

⁵³ Cf. nota anterior e, entre muitos, cf. Acs. STJ: de 16-05-2002 (Proc. 02B1306), de 16-12-2004 (Proc. 04B3872), de 09-06-2005 (Proc. 05B1196), de 07-05-2009 (Proc. 5385/07.5TBALM.S1) e de 04-11-2010 (Proc. 995/07.3TBCTB.C1.S1); Acs. TRP: de 30-05-1994, in *CJ*, Ano XIX, Tomo 3, pp. 222-224, e de 28-06-1999, in *CJ*, Ano XXIV, Tomo 3, pp. 222-224; e Acs. TRL: de 22-05-2001, in *CJ*, Ano XXVI, Tomo 3, pp. 95-96, de 29-10-2009 (Proc. 6931/07.0TCLRS.L1-6) e de 25-02-2010 (Proc. 517/07.6TBAMD.L1-8). Os citados Ac. STJ de 2002 e Acs. TRP são elucidativos quanto ao antes e depois de 1977 (ainda presente, creio). Quanto a jurisprudência mais recente, que aponto em separado por respeitar a processos iniciados depois de 2008, cf. Acs. TRP: de 10-04-2014 (Proc. 1764/12.4TBVCD-A.P1), algo confuso quanto ao ónus da prova, e de 25-02-2021 (Proc. 597/19.1T8ETR-A.P1), preterindo III do sumário em favor da fundamentação. E cf. Acs. TRL: de 24-03-2015 (Proc. 6222/14.0T8LRS-A.L1-7) e de 18-02-2016 (Proc. 3037/12.3TBCSC.L1-2).

5 | Conclusões

Para a generalidade dos efeitos jurídicos, há separação de facto quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges, independentemente de estes residirem ou não sob o mesmo tecto e de haver ou não haver, da parte de um ou de ambos, o propósito de restabelecer tal comunhão; e assim deve entender-se quando está em causa determinar se é exigível o cumprimento do dever conjugal de assistência, quem pode exigir-lo, com base em que pressupostos e com que abrangência.

Havendo comunhão de vida entre os cônjuges, ambos permanecem obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar, naturalmente de harmonia com as possibilidades de cada um, mesmo que transitoriamente, por motivos ponderosos, não habitem ambos na residência da família. Tal como os encargos, as possibilidades de cada um dos cônjuges podem obviamente aumentar ou diminuir e, verificada esta diminuição, designadamente pela a circunstância de eles não estarem a residir sob o mesmo tecto, terão de ser feitos os acertos necessários por simultâneo aumento de despesas e decréscimo de possibilidades. Também deve entender-se que, se os cônjuges vivem separados de facto sob o mesmo tecto, subsiste uma vida doméstica *sui generis*, pelo menos uma réstia de economia comum para cujos encargos, embora porventura diferentes, ambos devem contribuir, de harmonia com as respectivas possibilidades. Se com os cônjuges que vivem deste modo *sui generis* residem filhos ou outros familiares a cargo daqueles, subsiste até vida familiar e encargos desta para os quais ambos os cônjuges devem contribuir, de harmonia com as possibilidades de cada um. Sem necessidade de considerar tantas variáveis, há argumentos ponderosos no sentido de, não obstante haver separação de facto sem qualquer espécie de «economia comum», ser exigível o cumprimento da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar.

Se o cônjuge carente de alimentos optar por os pedir, os alimentos que cumpra fixar têm naturalmente de ser proporcionados aos meios do que houver de prestá-los e às necessidades de quem os pede, mas a medida destas, com acertos justificados e se ou tanto quanto tal for compatível com as possibilidades do outro, deve ser aferida com referência ao nível socioeconómico que ambos os cônjuges consideraram adequado quando havia comunhão de vida entre eles.

As normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1675.º dizem respeito a hipóteses de existência de separação de facto, valorizam o casamento, fundam-se em prudentes critérios de justiça e concedem espaço próprio à equidade. Quem não confunde casamento com divórcio ou separação de pessoas e bens, re-

jeita a ideia de que a lei desvalorize o casamento e trate quem está casado e reciprocamente vinculado pelo dever conjugal de assistência, ainda que separado de facto, como se o não estivesse. Até na interpretação consensual da norma que, aludindo a «razões manifestas de equidade», contempla a possibilidade de negar alimentos a quem, divorciado, os pede ao ex-cônjuge, podem encontrar-se bons argumentos para considerar plenamente vigentes aquelas normas.

O cônjuge que, separado de facto, pretende exigir judicialmente alimentos ao outro, que lhos recusa apesar da sua necessidade de os receber e de ele lhos poder prestar, não tem, como teve outrora, de alegar e provar factos com base nos quais possa concluir-se que a separação de facto não lhe é imputável. Tem, sim, de alegar e provar que: é casado com o demandado; há separação de facto; necessita dos alimentos que pede; e o outro pode prestar-lhos. O demandado, por seu turno, para não ser judicialmente condenado a prestá-los, pode impugnar os factos alegados por aquele, designadamente contradizendo a alegada necessidade de alimentos ou dos concretos alimentos pedidos e/ou que tenha possibilidade os prestar, o que terá de provar. Todavia, tem o ónus de alegar e provar factos com base nos quais possa concluir-se que a separação de facto não lhe é imputável ou não o é exclusiva ou principalmente. Na falta desta prova deve ser julgado procedente o pedido do outro, naturalmente se este outro tiver alegado e provado os factos constitutivos do direito que invocou e se ele não tiver alegado e provado outros factos que obstem à procedência do pedido deduzido contra si. E se estiver em causa o pedido de alimentos deduzido pelo cônjuge a quem a separação de facto é única ou principalmente imputável, tem este, além do mais, de alegar e provar factos com base nos quais possa concluir-se que o tribunal, excepcionalmente e por motivos de equidade, deve condenar o outro a prestar-lhos, obviamente se este tiver meios para os prestar. •



DIREITOS PESSOAIS FAMILIARES E SANÇÃO NO DIREITO MATRIMONIAL: A INDEMNIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PROVOCADOS PELA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS E A JURIDICIDADE DESSES MESMOS DEVERES



Rosa Cândido Martins

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra,
Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra

Clique para assistir.



1 | Introdução

O tema do painel, que tenho a honra de partilhar com o Senhor Prof. Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho e a Senhora Prof.^a Doutora Rita Lobo Xavier, não é consensual na doutrina nem na jurisprudência e assume significativa relevância prática e teórica. Creio que, por conseguinte, se encontra plenamente justificada a opção de o trazer para o debate neste I Colóquio de Direito da Família do Supremo Tribunal de Justiça.

Trata-se de saber como se deve ler o disposto no artigo 1792.º, n.º 1 do Código Civil, na redacção que lhe deu a Lei n.º 61/2008, 31 de Outubro. Por outras palavras, importa determinar se a diferente redacção do artigo em causa permite que, após o divórcio, recaia sobre um dos ex-cônjuges a obrigação de indemnizar o outro por danos não patrimoniais por este sofridos, em virtude da violação culposa de deveres especificamente conjugais.

O problema que agora convoca reflexão — a que anda associada a discussão da juridicidade dos direitos e deveres pessoais conjugais — pressupõe uma resposta a uma questão prévia: a de saber se, em face da enorme transformação da realidade da família, o Direito da família é ainda, hoje, verdadeiro Direito. Dito de outro modo, saber se, por força da influência dos fenómenos sociológicos da individuação e da privatização das relações familiares — que provocaram o “retraimento do Direito” na regulação destas relações e o reforço da auto-regulação e auto-composição na gestão dos conflitos que nelas se geram — o Direito civil da família, no que respeita às relações pessoais entre os seus membros, não é mais do que uma mera for-

ma de ordenação social orientada por desígnios morais e éticos.

Dediquei-me já a essa questão e concluí que, apesar da importância dos sentimentos, da ética, da moral, do costume e, por vezes, da religião nas questões familiares, o Direito da família é verdadeiro Direito¹. Resumidamente, as suas normas visam, tal como as normas dos outros ramos de Direito civil, a prevenção e resolução de conflitos entre as pessoas, neste caso, os membros da família. Acresce que as normas do Direito da família exibem igualmente, uma “função profiláctica”, pois almejam, por um lado, estimular a adopção de determinados comportamentos — que se têm por convenientes —, associando-lhes uma vantagem, e, por outro lado, desincentivar outros comportamentos — julgados inconvenientes—, associando-lhes uma desvantagem ou uma sanção². Entendo, assim, que os direitos e deveres, que emergem das relações jurídico-familiares pessoais, devem ser perspectivados como verdadeiros direitos e deveres jurídicos. É, pois, desta compreensão que parto.

2 | Os direitos familiares pessoais

Os direitos familiares pessoais apresentam uma “estrutura peculiar”, em razão da sua diferente natureza em relação aos demais direitos subjectivos³. Com efeito, os direitos e deveres pessoais familiares ostentam características bem diferentes dos direitos obrigacionais⁴, dos direitos reais⁵ e, até mesmo dos direitos de personalidade, e estão, por conseguinte, sujeitos a um regime jurídico distinto destes outros direitos.

Os direitos familiares pessoais são geralmente concebidos pela doutrina como poderes funcionais⁶ ou direitos-deveres⁷. Com tal classificação quer-se tornar claro que os direitos familiares pessoais não se reconduzem à categoria de direitos subjectivos em sentido restrito nem à categoria de direitos potestativos. Na verdade, os direitos familiares pessoais não se adaptam à noção de direito subjectivo⁸ porque neles não sobressai a liberdade de actuação do seu titular, mas sim a sua vinculação ao modo de exercício exigido

¹ Cf. R. Cândido Martins, *A Família entre o público e o privado: A perspectiva metodológica da autonomia relacional na análise do regime jurídico do casamento*. Coimbra: Almedina. 2020.

² Cf. P. Malaurie; H. Fulchiron, *La famille*, Paris: Defrénois. 4.^a ed., 2011, 20, 23-24.

³ Cf. Antunes Varela, *Direito da família: Vol. 1*. 5.^a ed. Lisboa: Petrony, 1999. 20 e 78-79.

⁴ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso de Direito da Família. Vol. I, Introdução. Direito Matrimonial*. 5.^a ed. Colab. Rui Moura Ramos. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. 178.

⁵ Cf. Antunes Varela, *Direito da família*, 80.

⁶ Cf. M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1994, 99; F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*. 179 e ss.

⁷ Adoptando esta outra expressão, *vide*, Antunes Varela, *Direito da família*. 77 e ss.

⁸ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*, 179 180; J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família contemporâneo*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. 64 65 e J. Matos Antunes Varela, *Direito da família*, 77, 80.

pela função do direito⁹. Os direitos pessoais familiares são exercidos tendo em vista a protecção do interesse de uma pessoa diferente do seu titular¹⁰. Com efeito, os direitos familiares pessoais não são exercidos se, como, quando e na medida em que o seu titular entender, mas se, como, quando e na medida em que o interesse que tutelam o determinar. A não ser assim, o seu titular infringe um dever jurídico e, portanto, é passível de sanções¹¹.

2.1. Os direitos pessoais dos cônjuges como direitos subjectivos *sui generis*

A qualificação dos direitos pessoais dos cônjuges como poderes funcionais, em minha opinião¹², não traduz a verdadeira essência destes direitos no âmbito da relação conjugal¹³. No contexto das relações pessoais entre os cônjuges, a funcionalização do direito de um deles ao interesse do outro parece não se mostrar compatível nem com a igualdade de direitos (e deveres) dos cônjuges (art. 1671.º, n.º 1, CCiv), nem com a reciprocidade de tais direitos (e deveres) (art. 1672.º CCiv). Assim, o cônjuge titular do direito não está vinculado ao seu exercício; nem tão pouco está obrigado a exercê-lo no interesse do outro cônjuge; nem sequer o modo e a medida do exercício do direito têm de corresponder ao interesse do outro. Todavia, o cônjuge ao exercer o seu direito “tem de proceder de forma a criar, manter e aprofundar os laços de comunhão de vida com o outro”¹⁴. Na verdade, não se pode arredar completamente da caracterização dos direitos pessoais dos cônjuges a ideia de função. O direito de um dos cônjuges, embora não esteja funcionalizado ao interesse do outro cônjuge, está funcionalizado ao interesse da comunidade conjugal¹⁵. Prova disso é a referência legal a estes direitos em termos de

⁹ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*, Vol. I, 180.

¹⁰ Colocando em questão a dissociação entre a titularidade de tais poderes-deveres e a titularidade do interesse que eles servem, e conseqüentemente, a relevância do conceito de “interesse” na noção de direito subjectivo em sentido amplo, vide A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil: Vol. I. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral*. 4.ª ed. reformul. e actual. Coimbra: Almedina, 2017, 910.

¹¹ Cf. C. A. Mota Pinto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4.ª ed. (por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora. 2005. 179. Referem-se aqui a inibição das responsabilidades parentais e a remoção do tutor.

¹² No mesmo sentido, vide Antunes Varela, *Direito da família*. 80.

¹³ Ao contrário do que acontece nas relações entre pais e filhos menores de idade, no contexto das responsabilidades parentais. De facto, os pais devem exercer as responsabilidades parentais tendo como critério orientador o interesse do filho, que tem de ser previamente avaliado segundo os parâmetros do respeito pelos seus direitos fundamentais. Assim, os pais estão obrigados a exercer os direitos-deveres, que integram as responsabilidades parentais se, quando, como e na medida em que o interesse do filho o ditar. Cf. R. Martins, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008 185-192. A não observância de o exercício das responsabilidades parentais assim pré-ordenado é objeto de uma reação negativa por parte da ordem jurídica. Na verdade, a própria Constituição da República Portuguesa entende que o não cumprimento de os deveres fundamentais dos progenitores para com os seus filhos conduz, sempre mediante decisão judicial, à separação destes dos seus pais. No plano do Direito (civil) da família, encontramos a inibição e a limitação das responsabilidades parentais (arts. 1915.º e 1918.º CCiv), que se poderão encarar como uma espécie de “sanção” para o não cumprimento dos deveres dos pais. Todavia, nem a inibição e limitação se restringem às situações de incumprimento com culpa, nem abrangem todas as hipóteses de violações dos deveres dos pais para com os filhos menores de idade, que devem poder merecer a tutela do direito. Assim, muito embora a lei não o preveja expressamente já se discutia a possibilidade de indemnizar os danos não patrimoniais do filho que não viu a sua paternidade biológica ser reconhecida juridicamente pelo pai que dela tinha consciência — como defende desde há muito Guilherme de Oliveira — bem como o dano não patrimonial resultante da não declaração da maternidade pela mãe biológica quando esta sabia que era a mãe, e começa a discutir-se a reparação dos danos provocado pelo abandono afectivo.

¹⁴ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 392.

¹⁵ Num sentido semelhante, vide R. V. A. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 580.

deveres, como forma de salientar a dimensão comunitária da relação conjugal¹⁶. Nesta linha de pensamento, creio que os direitos pessoais conjugais devem ser entendidos como direitos subjectivos *sui generis*, pois são direitos especiais que a lei atribui aos cônjuges com vista à realização da “plena comunhão de vida”, que consubstancia a essência da relação matrimonial (art. 1577.º CCiv)¹⁷.

2.2. Os direitos pessoais dos cônjuges e a “plena comunhão de vida”

O Código Civil refere-se à relação entre os cônjuges como uma “plena comunhão de vida” e a disciplina da relação matrimonial pelo Direito procura espelhar as características que, segundo a consciência ético-jurídica de uma certa comunidade, tal “plena comunhão de vida” deve revestir¹⁸. Assim, uma relação que implique uma “plena comunhão de vida” — firmada na responsabilidade, na solidariedade, na confiança, no cuidado e no respeito mútuos — reclama a existência de determinados direitos e deveres.

Tendo em consideração o significado e o alcance que a “plena comunhão de vida” implica — quer sobre a pessoa quer sobre o património dos cônjuges —, a lei exige que os nubentes traduzam juridicamente, através da celebração do contrato de casamento, o compromisso espiritual de aceitação dos recíprocos direitos e deveres pessoais, que constituem o conteúdo¹⁹ da relação matrimonial e que, de um ou de outro modo, se reconduzem à ideia de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672.º CCiv)²⁰.

2.3. A particular natureza da relação entre os cônjuges e a necessidade de uma tutela especial dos seus efeitos no plano pessoal

A natureza singular da relação entre os cônjuges e, conseqüentemente, dos direitos e dos deveres pessoais que surgem no contexto de tal relação deve ser considerada pelo legislador no momento em que fixa a disciplina da relação matrimonial (os seus efeitos pessoais e patrimoniais) bem como quando determina o regime da sua extinção. Na verdade, a proximidade existencial entre os cônjuges não pode deixar de influenciar a disciplina jurídica dos seus direitos e deveres no plano pessoal e patrimonial. Assim, não sendo os

¹⁶ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 65, R. Lobo Xavier, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. 8.

¹⁷ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 392.

¹⁸ Cf. R. Valpuesta Fernández, “Capítulo II: Derecho de familia”. In Díez Picazo Giménez, Gema (coord.), *Derecho de familia*. Thomson Reuters - Civitas: Navarra, 2012, 312 e M. Teixeira de Sousa, *O regime jurídico do divórcio*. Coimbra: Almedina, 1991. 37.

¹⁹ Cf. J. Matos Antunes Varela, *Direito da família*, 181.

²⁰ Assim, se compreende, aliás, a preocupação do legislador ordinário em garantir que o consentimento dos nubentes seja livre e esclarecido e em que as suas declarações de vontade traduzam, sem margem para dúvidas, a perfeita compreensão e absoluta aceitação daqueles direitos e deveres. Com vista a tal fim, o legislador impõe a publicidade da cerimónia de casamento (art. 1615.º CCiv), a atualidade da declaração de vontade de cada um dos nubentes nessa cerimónia (art. 1617.º CCiv), a adopção de determinadas formalidades, de acordo com o disposto no Código Civil e no Código de Registo Civil (arts. 1615.º CCiv e 153.º e ss. CRegCiv) para o casamento civil. Além disso, a lei afirma a ligação incindível entre a vontade de celebrar casamento e a aceitação de todos os seus efeitos legais, nomeadamente, a aceitação dos direitos e deveres conjugais, não permitindo a sua modificação por mútuo acordo nem no momento do casamento, nem em momento anterior ou posterior (arts. 1618.º, n.º 1 e 2, 1699.º, n.º 1, b, CCiv).

cônjuges estranhos entre si, as regras gerais do Direito das obrigações, do Direito das coisas e da tutela dos direitos de personalidade não se ajustam completamente à relação que entre eles se estabelece.

Não estamos perante indivíduos isolados, mas perante dois adultos numa relação de intimidade. Ora, as relações de intimidade normalmente são muito benéficas para as pessoas nelas envolvidas, mas também podem criar dependências, vulnerabilidades e desequilíbrios de poder. A consciência de que nessas relações pode haver lugar à opressão de uma pessoa pela outra, explorando egoisticamente as suas fragilidades²¹, tanto a nível pessoal como patrimonial — pondo em perigo a sua dignidade, a sua integridade moral e física, a sua autonomia pessoal e financeira — impõe a aplicação de regras especiais pensadas para este contexto. Mais ainda, a aplicação das regras gerais acima mencionadas às circunstâncias específicas da relação entre os cônjuges — indiferentes à ideia de compromisso e de confiança, de responsabilidade, solidariedade e cuidado que a entretecem — levaria a situações de injustiça intolerável. Com efeito, ao não submeter tal relação a mecanismos de correcção das desigualdades de facto entre os cônjuges (sobretudo, económico-financeiras) e dos desequilíbrios de poder que elas geram não se garantiria o respeito pela dignidade da pessoa humana, nem pelo direito ao desenvolvimento da personalidade de ambos os cônjuges, desprotegendo o cônjuge mais frágil.

3 | A natureza jurídica dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges

3.1.O seu conteúdo moral, ético ou social

Assumido o carácter especial dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges, importa, agora, perguntar pela sua natureza jurídica.

Os direitos e deveres pessoais dos cônjuges apresentam um conteúdo que, de algum modo, se pode caracterizar como moral²², ético ou social, o que leva alguns autores a sustentar que se trata de uma “categoria dogmática diferente do dever jurídico”²³ ou que tais direitos e deveres têm uma “duvidosa índole jurídica”²⁴.

Como já referi acima, os direitos e deveres conjugais mais não são do que a interpretação, levada a cabo pelo legislador, dos critérios pelos quais se deve orientar a relação entre os cônjuges, de acordo com a consciência ético-jurídica de uma comunidade, num determinado estado civilizacional. Creio que este fundo moral e ético dos direitos e deveres dos cônjuges não

²¹ Cf. J. Herring, *Relational autonomy and Family Law*. Cham [etc.]: Springer, 2014. 50.

²² Caracterizando os deveres pessoais familiares como “verdadeiros deveres morais”, vide J.M. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*: Vol. I. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 206.

²³ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, *Deveres conjugais*, 64.

²⁴ Cf. C. Pamplona Corte Real; J. Silva Pereira, *Direito da família. Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008, 28 e 82.

exclui a sua natureza jurídica.

Apesar disso, e, antes de me ocupar da questão sob um ponto de vista estritamente técnico-jurídico, creio justificar-se uma outra aproximação ao problema da juridicidade dos direitos e deveres pessoais conjugais. A disciplina da relação entre os cônjuges, no plano pessoal, faz-se através do reconhecimento de direitos e da imposição de deveres, que assentam nos valores da dignidade da pessoa humana, da justiça, da igualdade, da responsabilidade, da solidariedade e do cuidado. Na verdade, o respeito daqueles direitos e o cumprimento daqueles deveres conduz à criação das condições propícias, no seio da relação matrimonial, para garantir o desenvolvimento da personalidade de cada um dos cônjuges, na dimensão de “protecção da integridade da pessoa”²⁵, que o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade integra (art. 26.º, n.º 1. CRP)²⁶. Ora, se assim é, as normas que consagram os direitos familiares pessoais dos cônjuges não derivam apenas da moral, da ética ou dos usos sociais; pelo contrário, ancoram em alguns dos valores e princípios basilares do Estado de direito democrático e social, no estado civilizacional em que nos encontramos. Tal fundamento, em meu entender, concorre no sentido do reconhecimento de natureza jurídica àquelas normas e aos direitos e deveres que elas consagram.

Cingindo-me, agora, ao aspecto mais técnico-jurídico da questão, devo começar por dizer que o problema, porém, não é novo, nem surgiu com a eliminação da culpa na apreciação das causas de divórcio e na determinação dos seus efeitos pela Nova Lei do Divórcio. Já há muito tempo que se vem discutindo a “fragilidade da garantia” dos direitos pessoais dos cônjuges. Assunto a que voltarei mais à frente.

Todavia, a tese da negação da juridicidade dos deveres conjugais adensou-se desde a Lei 61/2008, de 31 de Outubro. Há autores²⁷ que afirmam que o casamento deixou de se poder compreender como um negócio jurídico do qual resultam direitos e deveres jurídicos para os cônjuges, por se ter alterado profundamente o regime jurídico da sua dissolução por divórcio.

Tal afirmação não colhe, a meu ver. A mudança do regime jurídico do divórcio não se repercutiu na noção de casamento. Na verdade, mantém-se o texto do artigo 1577.º do Código Civil, que afirma que o casamento é um contrato que vincula juridicamente os cônjuges aos direitos e deveres que dele resultam (art. 1618.º, n.º 1, CCiv).

É de realçar ainda que a referida lei deixou intocada toda a regulação relativa à constituição da relação matrimonial, *v.g.* não alterou as regras

²⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. I.* Coimbra: Coimbra Editora. 4.ª ed. rev. 2007. 403.

²⁶ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*, 408.

²⁷ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, “Deveres conjugais”. 65

quanto aos requisitos de fundo — consentimento e capacidade — nem quanto às formalidades da celebração do casamento. Acresce que as normas que regulam os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento também não foram objecto de modificação²⁸. Aliás, a lei não suprimiu sequer o elenco dos deveres pessoais dos cônjuges previsto no artigo 1672.º do Código Civil, nem retirou a esta norma o seu carácter imperativo (arts. 1618.º, n.º 2 e 1699.º, n.º 1, b), CCiv).

O que significa, em minha opinião, que a lei continua a perspectivar a relação matrimonial como relação especialmente importante, não só a nível privado, para os cônjuges, mas também para a sociedade e até mesmo para o Estado. A disciplina do casamento não sofreu, portanto, alterações significativas que permitam concluir no sentido de se ter operado uma mudança da concepção de casamento pelo legislador.

A dúvida quanto à natureza jurídica dos direitos pessoais familiares dos cônjuges tem surgido a propósito da (im)possibilidade de reacção pela ordem jurídica em face da violação culposa de tais direitos ou, de outra perspectiva, do incumprimento culposamente de tais deveres, que não tem agora relevância autónoma como causa de divórcio nem como factor de determinação dos seus efeitos patrimoniais.

3.2. A reacção da ordem jurídica à violação dos direitos e ao incumprimento dos deveres conjugais

É habitual afirmar-se que as normas que consagram os direitos e deveres pessoais dos cônjuges são normas sem sanção jurídica, ou seja, são normas cujo desrespeito não conduz a uma reacção por parte da ordem jurídica e que, por conseguinte, integram a categoria das *leges imperfectae*²⁹. Na verdade, parece não haver uma sanção organizada no âmbito do Direito da família para a não observância dessas normas. Além disso, não parece ser possível, dado o carácter pessoalíssimo dos comportamentos que tais normas visam induzir, aplicar-lhes os mecanismos de reacção próprios do Direito das obrigações relativamente à não realização da prestação devida imputável ao devedor, entre outros: a realização coactiva da prestação — através da acção de cumprimento e da acção de execução, bem como através da acção de execução específica —; o direito de resolução do contrato por

²⁸ Com a excepção do artigo 1676.º, n.º 2, do Código Civil, que foi reformulando no sentido de eliminar a presunção de renúncia de um dos cônjuges ao direito de exigir uma compensação pela sua contribuição, na medida em que esta excedesse a parte que lhe competia, para os encargos da vida familiar; sendo agora um crédito de compensação expressamente reconhecido ao cônjuge que contribuiu para tais encargos, de um modo consideravelmente superior, renunciando de modo excessivo à satisfação dos seus próprios interesses, com prejuízos patrimoniais importante. Cf. G. Oliveira, A nova lei do divórcio. *Lex Familiae*, 7/13 (2010) 19-20.

²⁹ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”. In *Estudos de Direito da família: 4 movimentos em Direito da família*. Coimbra: Almedina, 2020. 129. *Leges imperfectae* seria a designação a dar às normas a cuja violação não correspondesse qualquer espécie de sanção. Cf. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, 96.

incumprimento.

Parece, assim, poder concluir-se que o incumprimento de um dever pessoal por um dos cônjuges constituiria uma infracção sem qualquer significado jurídico.

No entanto, como afirma Baptista Machado, “uma infracção ao direito não pode ser juridicamente irrelevante”³⁰. Deste modo, a violação de um dos direitos pessoais dos cônjuges não pode deixar de ter consequências jurídicas³¹. Na verdade e, recorrendo uma vez mais ao ensino de Baptista Machado, o sistema jurídico “é necessariamente auto-referido, e, através dessa auto-referência, tende a manter a sua unidade e integridade, reagindo com os seus mecanismos e ‘movimentos’ próprios a qualquer violação dessa mesma integridade”³². Cumpre, assim, averiguar como o sistema jurídico reage às violações dos direitos pessoais dos cônjuges.

3.2.1. O divórcio como sanção?

Será ou poderá ser o divórcio uma sanção para o cônjuge que violou culposamente os deveres conjugais? Julgo que a dissolução do casamento por divórcio não é hoje, após a Lei 61/2008, uma sanção para a violação dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges³³, nem nunca verdadeiramente o foi³⁴.

De facto, mesmo quando a “violação culposa dos deveres conjugais” constava do catálogo das causas de divórcio³⁵, a extinção da relação matrimonial em que este se saldava podia beneficiar o “cônjuge culpado ou principal culpado”, por ser este o único ou o mais interessado na extinção da relação.

O mesmo, porém, creio que não se podia dizer dos efeitos patrimoniais do divórcio, que visavam “punir” patrimonialmente³⁶ o cônjuge culpado ou principal culpado pelo fracasso do casamento. Com efeito, este último não podia receber, na partilha conjugal, mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos — o que poderia representar uma diminuição substancial na sua meação, se tivesse celebrado casamento segundo o regime da comunhão geral —; tinha de restituir todos os benefícios recebidos em vista do casamento ou em con-

³⁰ Cf. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, 133.

³¹ Neste sentido, vide G Oliveira, “Responsabilidade civil”, 129.

³² Cf. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, 133-134.

³³ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, Curso, 718; H. E. Hörster, A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: A doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?). *Scientia Iuridica*. 44/253-255. (1995). 116-117.

³⁴ Em sentido contrário, vide J. Matos Antunes Varela, *Direito da família*, 370.

³⁵ Antes da Lei 61/2008, de 31 de Outubro.

³⁶ Neste sentido se pronunciava igualmente Jorge Duarte Pinheiro, sustentando que “as consequências negativas do divórcio associadas à declaração de culpa do cônjuge, no divórcio com causas subjectivas, integram inequivocamente uma forma indirecta de pressão externa, embora moderada, com vista ao cumprimento dos deveres matrimoniais pessoais”. Cf. J. Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, 571.

sideração do estado de casado; e tinha de indemnizar o cônjuge inocente pelos danos não patrimoniais por este sofridos pela dissolução do casamento por divórcio.

3.2.1.1. O novo regime do divórcio após a Lei n.º 61/2008, 31 de Outubro

Ora, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio eliminar a culpa como fundamento autónomo para o pedido de divórcio unilateral: “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”. A culpa deixou, conseqüentemente, de ser objecto de determinação e declaração pelo juiz para decretar o divórcio. Passou a vigorar exclusivamente o “princípio da ruptura” da vida em comum. Em conformidade, apenas se admite o divórcio fundado numa das quatro causas objectivas enunciadas no artigo 1781.º do Código Civil, a saber: a “separação de facto por um ano consecutivo”; a “alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano, e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”; a “ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano”; e “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”³⁷.

Do mesmo modo, a culpa deixou de ser um elemento a considerar na determinação dos efeitos patrimoniais do divórcio. Na verdade, a partilha dos bens do casal (art. 1970.º CCiv) e a restituição de benefícios (art. 1791.º CCiv) não têm por referência um juízo sobre a culpa dos cônjuges e, por conseguinte, não consubstanciam, agora, uma penalização para o cônjuge que tenha contribuído em maior medida para o divórcio. A partilha dos bens do casal e a restituição de benefícios constituem, hoje, segundo creio, simples desvantagens que a lei impõe aos ex-cônjuges pelo próprio facto do divórcio. Além disso, assentando o regime jurídico do divórcio no princípio da ruptura, o artigo 1792.º do Código Civil deixou de prever a indemnização por danos não patrimoniais causados a um dos cônjuges pelo facto da dissolução do casamento por divórcio. Tal obrigação de indemnização só subsiste, como excepção, nos casos em que o divórcio é pedido com base na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge (arts 1781.º, b), e 1792.º, n.º 2, CCiv), “por força de escrúpulos compreensíveis”³⁸.

³⁷ Cf. G. Oliveira, A nova lei do divórcio. *Lex Familiae*, 7/13 (2010). 6.

³⁸ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 127 R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio. In Gonçalves, Luís Couto [et al.] (coord.) Estudos de homenagem ao Professor Heinrich Ewald Hörster. Coimbra: Almedina, 2012, 506-507.

3.3. Uma verdadeira ausência de sanção?

As alterações legislativas mencionadas levaram a uma “transfiguração” do regime jurídico do divórcio em Portugal, cujas repercussões foram tais, que parecia poder concluir-se que a violação culposa dos deveres conjugais não tinha tecnicamente sanção³⁹, ou seja, não desencadeava qualquer reacção da ordem jurídica.

Não acompanho tal conclusão. Julgo que as violações de direitos e deveres conjugais não são de todo ignoradas pela ordem jurídica. Tais violações são infracções que devem ser acompanhadas de um juízo de ilicitude, reconduzindo-se à categoria de “ilícito conjugal”⁴⁰. Um tipo de ilícito especial, em virtude da especialidade da relação entre os cônjuges e das características próprias dos seus direitos e deveres pessoais. Deste modo, a violação dos direitos e deveres conjugais tem consequências jurídicas. Estas consequências, porém, não se identificam com as sanções que se aplicam à violação dos direitos de crédito ou à violação dos direitos da personalidade. São consequências diferentes que, em face da especialidade da relação entre os cônjuges, assumem, em minha opinião, um carácter sancionatório⁴¹.

Com efeito, e em primeiro lugar, os comportamentos em que se traduzem tais violações integram o conjunto de factos que, uma vez provados, mostram a ruptura definitiva da vida em comum (art. 1781.º, d), CCiv)⁴²; em segundo lugar, tais comportamentos não podem deixar de ser ponderados pelo julgador para fundamentar a negação do direito a alimentos, por razões manifestas de equidade (art. 2016.º, n.º 3, CCiv)⁴³; em terceiro lugar, no que toca ao cumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar, a lei prevê a possibilidade de um dos cônjuges, perante o incumprimento deste dever pelo outro, se dirigir a tribunal, exigindo o seu cumprimento forçado, ou seja, pedindo que “lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro” que, no entender do tribunal, configure a medida da sua contribuição para os encargos da vida familiar (art. 1674.º, n.º 4, CCiv); em quarto lugar, quando o não cumprimento dos deveres conjugais se traduzir simultaneamente num acto que viole um

³⁹ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*, 408.

⁴⁰ Cf. R. Lobo Xavier, *Recentes alterações*, 24.

⁴¹ Num sentido semelhante, defendendo que “se a lei indica os deveres de direitos recíprocos dos cônjuges como conteúdo inalterável do casamento, tal indicação não pode deixar de supor a actuação do Direito nos momentos patológicos da relação, principalmente por ocasião da sua dissolução”. Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”. In Gonçalves, Luís Couto [et al.] (coord.), *Estudos de homenagem ao Professor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. 509.

⁴² Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 501; J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 526; G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 129.

⁴³ No sentido de afirmar a revelância do comportamento dos cônjuges, em particular da violação dos deveres conjugais por parte de um deles para negar o direito a alimentos, vide R. Lobo Xavier, *Recentes alterações*, 44. Sustentando também a relevância do facto do não cumprimento de um dever pessoal dos cônjuges, vide G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 129.

direito de personalidade do outro cônjuge, a resposta da ordem jurídica a tal comportamento, quer no plano da responsabilidade civil quer no plano da responsabilidade penal, não poderá deixar de assentar num juízo de especial censurabilidade, tendo em consideração a proximidade existencial em que os cônjuges se encontram, por força da “plena comunhão de vida” em que radica o casamento⁴⁴.

A meu ver, a ordem jurídica continua a reagir, mesmo depois da chamada Nova Lei do Divórcio, de um modo específico às infracções que as violações dos direitos conjugais representam, fazendo-lhe corresponder consequências jurídicas.

Além disso, a lei permanece atenta à relação entre os cônjuges, designadamente, à reparação de situações de injustiça ou desigualdade entre eles que podem redundar na vulnerabilidade e na dependência de um deles, deixando-o desprotegido após o divórcio. Assim, o legislador procurou corrigir a desigualdade patrimonial provocada pelo casamento entre os cônjuges, consagrando um direito a um crédito de compensação⁴⁵. Este crédito deve ser pago, no momento do divórcio, ao cônjuge que tenha contribuído de forma consideravelmente superior para a vida em comum e que tenha renunciando de modo excessivo à satisfação dos seus interesses próprios, em particular, dos seus interesses profissionais, com prejuízos patrimoniais importantes (art. 1676.º, n.º 2, CCiv)⁴⁶. Na mesma linha, a lei veio admitir, pela primeira vez, de modo expresse, a possibilidade de um dos cônjuges pedir a reparação dos danos que o outro lhe tenha causado, nos termos gerais da responsabilidade civil (art. 1792.º, n.º 1, CCiv)⁴⁷.

3.4. A indemnização por danos não patrimoniais causados pelo outro cônjuge

Como acabei de referir, a Lei 61/2008 consagrou explicitamente o direito de um dos cônjuges, após o divórcio, pedir uma indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelo outro, na constância do casamento.

Este direito à reparação de danos não patrimoniais nada tem que ver com a anterior previsão de uma obrigação de indemnização a cargo do côn-

⁴⁴ Exemplo disto é a qualificação nos crimes de homicídio e de ofensa à integridade física quando praticados contra o cônjuge (arts. 132.º, n.º 2, b), e 145.º, n.º 2, CP) e a previsão de um tipo legal de crime específico de violência doméstica (art. 152.º CP). Do mesmo modo, a especial relação entre os cônjuges não poderá deixar de “qualificar” as violações de direitos da personalidade destes num contexto de uma acção de indemnização por violação de tais direitos. Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 129-130.

⁴⁵ Cf. Guilherme de Oliveira, Linhas gerais da reforma do divórcio. *Lex Familiae*. 5/10 (2008).67.

⁴⁶ Cf. Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio: contributo para a compreensão de um sistema bimodal*. Coimbra: Almedina, 2020.

⁴⁷ Creio que estas afirmações facilmente se inferem do texto da exposição de motivos do projecto de lei n.º 509/X onde se declara que “[n]ão pode significar esta elisão [da culpa] que se desprotejam situações de injustiça ou desigualdade. Nas consequências do divórcio está prevista a reparação de danos bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.”

juge declarado único ou principal culpado com vista a reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento por divórcio, que referi acima. Tal possibilidade está definitivamente arredada, e bem, em harmonia com a não previsão de qualquer obrigação de indemnização, tendente a reparar os danos não patrimoniais causados ao cônjuge de boa-fé pela invalidação do casamento, nos casos de anulação ou declaração de nulidade a cargo do cônjuge de má-fé.

Resta, porém, saber, quais os danos não patrimoniais que a obrigação de indemnizar prevista no preceito referido visa reparar. A resposta a tal questão está intrinsecamente ligada com a posição que se adopte relativamente à “fragilidade da garantia” dos direitos e deveres especificamente conjugais. Assim, importa traçar em termos gerais a evolução do tratamento que a “fragilidade da garantia” tem merecido pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

3.4.1. A evolução da doutrina da fragilidade da garantia: da sua absoluta necessidade à sua negação

A doutrina da fragilidade da garantia dos direitos pessoais familiares estava inicialmente associada à ideia de que se devia preservar a paz e a harmonia familiar⁴⁸, evitando a intromissão do Estado nos assuntos familiares, nomeadamente, na relação entre os cônjuges. Rejeitava-se a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil, em particular a obrigação de indemnizar, como sanção prevista na lei para os casos de violação dos direitos pessoais familiares⁴⁹. Entendia-se que, de outro modo, se abririam “amplamente aos tribunais as portas do santuário familiar”⁵⁰. Aceitava-se, de alguma forma, a ideia de uma espécie de imunidade conjugal⁵¹.

Perante a injustiça a que esta solução levava, a doutrina e jurisprudência foram colocando em causa a fragilidade da garantia dos direitos pessoais familiares. A ideia de que o casamento não anula a individualidade dos cônjuges e de que, na regulação da relação matrimonial, a lei não deve esquecer que estes são igualmente titulares de direitos fundamentais como

⁴⁸ Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 92.

⁴⁹ De acordo com Pereira Coelho, devia acolher se uma interpretação restritiva das regras gerais da responsabilidade civil, quando em causa estivessem violações de direitos pessoais dos cônjuges. Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*. 183. No mesmo sentido, vide M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 99, em especial, nota 3. Afirmando que a violação de direitos pessoais familiares não gera uma obrigação de indemnização do outro membro da família, vide J. M. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 206-207. Defendendo que “os direitos pessoais familiares (dever de respeito entre os cônjuges, dever de cooperação, etc.) não estão sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos que é a possibilidade de o credor exigir do devedor o seu cumprimento e (ou) obter deste uma indemnização”, vide D. Leite de Campos, *Lições de Direito da família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1997, 141.

⁵⁰ Cf. F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito da família: Vol. I. Direito matrimonial*. Coimbra: Atlântida Editora, 1965. 21.

⁵¹ Sobre o princípio da imunidade interconjugal no sistema de *common law* e nos sistemas jurídicos da Europa continental, vide A. Cerdeira, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 17 40.

os outros cidadãos foram sendo cada vez mais aceites. Na verdade, começou a ganhar terreno o entendimento de que não se pode excluir a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil como tutela da violação dos direitos e deveres conjugais pessoais, quando tal violação se traduzisse, concomitantemente, na violação de um direito de personalidade do cônjuge lesado. Passou, assim, a admitir-se que o cônjuge lesado podia recorrer a uma acção de indemnização, nos termos gerais, pedindo que fossem reparados os danos não patrimoniais e patrimoniais por ele sofridos, em virtude de actos ilícitos e culposos praticados pelo outro⁵².

Mas a quebra do “dogma” da fragiliidade da garantia não se ficou por aqui. A doutrina e a jurisprudência⁵³ estenderam o recurso às regras da responsabilidade civil aos casos em que os danos não patrimoniais sofridos por um dos cônjuges resultavam tão simplesmente da violação de direitos e deveres conjugais pessoais⁵⁴. Nas palavras de H. E. Hörster, “do facto de duas pessoas estarem casadas não pode resultar nunca um menos de responsabilidade, mas antes e apenas um mais de responsabilidade entre elas”⁵⁵. Ou, como afirmou Jorge Duarte Pinheiro, “a celebração do casamento não cria uma *área de excepção*”⁵⁶. Por conseguinte, vários autores passaram a defender que a violação culposa de um direito pessoal dos cônjuges — a que não corresponda, simultaneamente, uma violação de um direito de personalidade deste — devia também dar lugar a uma obrigação de indemnização⁵⁷, pelos danos não patrimoniais causados, que pela sua gravidade merecessem a tutela do direito (art. 416.º CCiv). No entanto, o pedido da reparação desses danos teria de ser formulado numa acção comum, a propor em momento posterior à dissolução da relação matrimonial por divórcio⁵⁸.

⁵² Cf. H. E. Hörster, A respeito. 116; D. Leite de Campos, Lições, 141-142; A. Cerdeira, *Da responsabilidade civil*, 112; A. Cerdeira, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977: Vol. I: Direito da família e das sucessões*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 605. Ainda sobre este assunto, procurando fazer um resumo das posições doutrinárias e jurisprudenciais, vide E. Dias Costa, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005, 118-120.

⁵³ Veja-se a jurisprudência indicada por Rute Teixeira Pedro. Cf. R. Teixeira Pedro, A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação da juridicidade dos deveres conjugais? *Cadernos de Direito Privado*. 61 (2018). 46

⁵⁴ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*. 184; C. M. Araújo Dias, Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e familiares): possibilidade de indemnização ou fragilidade da garantia? *Scientia Iuridica*. 49/286 288 (2000) 360. Vejam-se os exemplos de violação de deveres conjugais que H. E. Hörster apresenta. Cf. H. E. Hörster, A respeito. 117.

⁵⁵ Cf. E. Hörster, A respeito. 115.

⁵⁶ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 760.

⁵⁷ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*. 184. Cf. E. Hörster, A respeito. 117; A. Cerdeira, *Da responsabilidade civil*, 175. Propondo um sistema de reacção à violação dos direitos pessoais dos cônjuges que conjugasse a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil com as regras especiais do Direito da família quanto aos efeitos patrimoniais do divórcio, vide J. Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 660-661.

⁵⁸ Pereira Coelho chegou mesmo a avançar a subsunção da reparação de danos patrimoniais e não patrimoniais provocados pela violação dos direitos e deveres conjugais à hipótese da norma do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, mesmo que o divórcio ou não tivesse ainda sido pedido. Cf. Francisco Manuel Pereira Coelho, *Curso de Direito da família*. [políc.] Coimbra: J. Abrantes, 1986; 112 113; Francisco Manuel Pereira Coelho, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”. In *Reforma do Código civil*. Lisboa: Instituto da Conferência. Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1981. 48.

Admitia-se, assim, sem reservas, o recurso ao artigo 483.º do Código Civil, como mecanismo de tutela dos direitos e deveres dos cônjuges⁵⁹, negando-se por completo a alegada fragilidade da garantia, na medida em que o instituto da responsabilidade civil é um “instituto geral de todo o Direito privado”⁶⁰.

Era este o estado da questão à data da entrada em vigor da Lei 61/2008, de 31 de Outubro.

3.4.3. A nova versão da doutrina da fragilidade da garantia dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges ou a afirmação da sua juridicidade?

Volto a referir que a Lei 61/2008, de 31 de Outubro deu uma nova redacção ao artigo 1792.º do Código Civil, não consagrando a anterior obrigação de indemnização por danos não patrimoniais sofridos pela dissolução do casamento por divórcio, a cargo do cônjuge culpado ou principal culpado. Tal obrigação de indemnização já estaria afastada⁶¹, à luz dos desígnios da nova Lei⁶².

O artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil prevê actualmente 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”. Estão em causa agora danos, não patrimoniais e patrimoniais, causados durante a convivência em comum, que serão reparados segundo as regras gerais da responsabilidade civil, no contexto de uma acção autónoma da acção de divórcio, a propor nos tribunais comuns. Até aqui a redacção da norma não deixa dúvidas.

No que respeita, porém, a saber qual o recorte do âmbito objectivo da referida obrigação de indemnização, o preceito em análise tem merecido interpretações diferentes e opostas num renovado debate acerca da “fragilidade da garantia” dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges.

3.4.3.1. A nova versão da doutrina da fragilidade da garantia e a questionável natureza jurídica dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges

Guilherme de Oliveira e Francisco de Brito Pereira Coelho vieram defender a tese da evidente e reforçada fragilidade da garantia dos direitos e deveres

⁵⁹ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 394-395; J. Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 678-679 e 680; C. M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 2008, 22.

⁶⁰ Mantendo a sua posição, António Menezes Cordeiro já sustentava, antes da Lei 61/2008, que “os danos que ela [a responsabilidade civil] vai apagar são os desencadeados por supressões ocorridas em qualquer disciplina civil, desde o Direito da personalidade ao das sucessões”. Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado*, 982.

⁶¹ Cf. H. E. Hörster, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”. In Sottomayor, Clara; Almeida, Maria Teresa Féria de (coords). *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*. Coimbra: Coimbra Editora: 2010, 105-106; R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 508; M. Miranda Barbosa, Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento, *Lex Familiae*. 10/20 (2013), 78-79; e G. OLIVEIRA, “Responsabilidade civil”, 126-127.

⁶² Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 509.

personais conjugais que não beneficiam (não beneficiaram, nem nunca poderiam ter beneficiado) de uma tutela jurídica normal⁶³, colocando em causa a sua juridicidade⁶⁴.

Na verdade, Francisco de Brito Pereira Coelho sustenta que a Lei 61/2008, ao abolir a culpa, operou uma Reforma profunda do regime jurídico do divórcio, que teve significativas repercussões no casamento, a saber: a perda da sua “carga vinculativa” e a “desqualificação dos deveres especificamente conjugais”⁶⁵, em termos de lhes ser negada a sua juridicidade. Com efeito, de acordo com o autor, o legislador, em 2008, assumiu uma “opção *substantiva de fundo*”, que postula a recompreensão do casamento, enquanto contrato gerador de direitos e deveres⁶⁶, e que a interpretação do artigo em apreço não pode deixar de levar em conta⁶⁷.

Guilherme de Oliveira, nesta mesma linha, afirma a influência das modernas tendências sociológicas em matéria de regulação das relações de intimidade entre adultos — como o “retraimento do Direito” para regular tais relações, a “privatização” da sua disciplina e o reforço dos valores da autonomia e liberdade de cada um dos cônjuges, reflectido na preocupação com a tutela dos seus direitos fundamentais, em especial, com o direito ao desenvolvimento da personalidade, na sua dimensão de liberdade de acção, quanto à definição do conteúdo e à manutenção da relação — nas soluções adoptadas pela Lei 61/2008⁶⁸. Sustenta ainda o autor que a Lei visou não só tornar mais fácil o divórcio, mas também visou tornar o casamento um “contrato mais frágil do que os contratos vulgares de índole patrimonial”⁶⁹. Efectivamente, a Reforma eliminou o divórcio com base na violação culposa de deveres conjugais⁷⁰ — desvalorizando os específicos direitos e deveres que resultam do casamento —, consagrou o princípio da ruptura — admitindo apenas o pedido de divórcio com fundamentos objectivos —, e abandonou a intenção de penalizar o cônjuge — a quem se ficou a dever, em maior ou menor grau, o divórcio — na partilha dos bens (art. 1790.º CCiv), na perda de benefícios (art. 1791.º CCiv) e na atribuição do direito a alimentos (art. 2016.º CCiv)⁷¹. Por conseguinte, segundo o autor, não está em conformidade com o espírito da Reforma a previsão de uma obrigação de indemnização dos danos não patrimoniais causados pela violação culposa dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. Guilherme de Oliveira defende, assim, que o

⁶³ Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 120.

⁶⁴ Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 127-130 e F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 147/ 4006 (2017). 64.

⁶⁵ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais. 65

⁶⁶ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais. 63.

⁶⁷ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais. 59-60.

⁶⁸ Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 120.

novo texto do n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil só pode ser lido no sentido de permitir, ao abrigo das regras gerais da responsabilidade civil extracontratual, um pedido de indemnização, numa acção intentada nos tribunais comuns, pelos danos sofridos por um dos cônjuges, em razão da violação de direitos absolutos⁷².

Francisco de Brito Pereira Coelho partilha deste entendimento e alega que “a eliminação da relevância da culpa no quadro actual do divórcio *importaria a mesma eliminação da relevância da culpa* da violação de deveres conjugais, *rectius*, a impossibilidade de atribuir ao cônjuge lesado qualquer indemnização por violação de tais deveres”⁷³.

Para ambos os autores, a indemnização prevista na referida disposição legal nada tem que ver com o específico estatuto conjugal e, portanto, com os danos causados pela violação de direitos e deveres pessoais dos cônjuges. Sustenta ainda Guilherme de Oliveira que a Reforma de 2008 teve, por um lado, o propósito de “abandonar uma garantia dos deveres conjugais que fosse especificamente talhada pelo direito matrimonial” e, por outro lado, a intenção de “acentuar formalmente a tutela geral contra as violações de direitos da personalidade que se cumulassem com as violações de deveres conjugais”⁷⁴. Francisco de Brito Pereira Coelho reforça esta ideia e argumenta que a norma em análise tem por fim “*confinar* a indemnização aos danos resultantes de violações de direitos da personalidade”, ou seja, aos direitos de que “os cônjuges já eram titulares, *antes e independentemente do casamento*”⁷⁵. Para justificar ser esta a única interpretação possível da norma do n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil, o autor socorre-se dos vários elementos da interpretação jurídica.

No que respeita ao elemento gramatical, Francisco de Brito Pereira Coelho consente que tal preceito, ao utilizar a expressão “nos termos gerais

⁶⁹ Cf. G. de OLIVEIRA, Linhas gerais da reforma do divórcio. *Lex Familiae*. 5/10 (2008), 64.

⁷⁰ Como já ficou dito, os direitos e deveres pessoais dos cônjuges assumem um carácter especial, em virtude da relação que entre eles se estabelece. Sendo que tal especialidade justifica a sua não identificação com os direitos de crédito. Na verdade, tal como referi atrás, não é possível exigir judicialmente o seu cumprimento, nem promover a sua execução específica perante a sua violação. Em certa medida, o divórcio com base na violação culposa dos deveres conjugais funcionava como mecanismo de resolução do contrato de casamento, em caso de incumprimento dos deveres que o casamento impõe. Por outras palavras, a violação daqueles direitos e deveres deixou, assim, de ter consequências resolutórias. Deu-se uma desvalorização dos direitos e deveres especificamente conjugais, que os afastou ainda mais da categoria dos direitos de crédito. O que sugere, no pensamento Francisco de Brito Pereira Coelho, a sua não juridicidade, como explicitarei adiante.

⁷¹ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 120.

⁷² Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 120.

⁷³ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais. 56.

⁷⁴ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 118; F. M. de Brito Pereira Coelho, “Os factos no casamento e o direito na união de facto”. In Oliveira, G. de (coord.) *Textos de Direito da família para Francisco Manuel Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. 87 88. No mesmo sentido, vide C. P. Corte Real, “Relance crítico sobre o Direito da família português”. In Oliveira, G. de (coord.) *Textos de Direito da família para Francisco Manuel Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. 123 124;

⁷⁵ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais. 60.

da responsabilidade civil”, é susceptível de ser interpretado de dois modos diferentes⁷⁶. A interpretação que, no seu entender, melhor se adequa ao espírito da Nova Lei do Divórcio é a da remissão para as regras da responsabilidade extracontratual quanto à reparação de danos provocados por actos ilícitos, cometidos por um cônjuge contra o outro, e dos quais tenha resultado a violação de direitos absolutos deste último, independentemente da sua qualidade específica de cônjuge, desconsiderando a relação especificamente conjugal e os direitos e deveres que dela emergem⁷⁷.

Para confortar esta leitura, o autor convoca igualmente o elemento histórico, e remete para o Projecto de Lei n.º 509/X, que esteve na base da Lei 61/2008, e que, de acordo com o autor, encara a reparação de danos entre cônjuges como um mecanismo de eliminação de “situações de injustiça”, criadas durante a relação matrimonial ou por causa dela, e de “evitar a desprotecção” de “direitos humanos” dos cônjuges⁷⁸. Não permitindo, desta forma, outra leitura senão aquela que restringe a reparação de danos aos que decorrem da violação de direitos da personalidade dos cônjuges, sem considerar essa sua específica condição.

Francisco de Brito Pereira Coelho invoca o elemento teleológico e o elemento sistemático. Com efeito, o novo regime jurídico do divórcio afastou intencionalmente o elemento da culpa não só como causa de divórcio, mas também como critério de determinação das suas consequências jurídicas⁷⁹. No âmbito dos efeitos do divórcio, teve o legislador o propósito de não associar qualquer consequência patrimonial desvantajosa à violação culposa dos deveres emergentes da relação conjugal. Por conseguinte, seria “sistematicamente incompatível” admitir a relevância da culpa na reparação de danos em virtude daquela violação⁸⁰. Além disso, o autor nota que a lei remete as acções de indemnização com este fundamento para os tribunais comuns e não para os tribunais de família e menores. Tal solução reflecte a opção do legislador de submeter à apreciação dos tribunais comuns apenas os “ilícitos ‘comuns’”, aqueles que se traduzam em violações de “direitos ‘comuns’”, como os direitos de personalidade, e não “os ‘ilícitos’ especificada-

⁷⁶ Perante as dúvidas que a interpretação da norma do artigo 1792.º, n.º 1 do Código Civil tem suscitado, Guilherme de Oliveira defende que o texto devia ser objecto de uma correcção literal, passando a dizer que “O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual e nos tribunais comuns”. Sustenta também o autor que, em alternativa a tal correcção, devia ser aditado ao artigo 1672.º, que enuncia os deveres pessoais dos cônjuges, um outro número com a seguinte formulação: “A violação dos deveres conjugais pessoais que constitua, simultaneamente, uma lesão dos direitos da personalidade dá ao lesado o direito a ser reparado nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual”. Por fim, e na ausência das soluções que propõe, sugere uma interpretação restritiva do preceito em causa. Cf. G. de Oliveira, “Responsabilidade civil”, 130-132.

⁷⁷ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais, 60.

⁷⁸ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais, 61.

⁷⁹ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais, 61.

⁸⁰ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, Deveres conjugais, 62. No mesmo sentido, vide P. Távora Vítor, “Anotação ao artigo 1792.º do Código Civil”. In Sottomayor, Clara, Código Civil Anotado: Livro IV. Direito da Família. Coimbra: Almedina, 2020, 572.

mente conjugais”, aqueles que resultam da violação dos direitos e deveres conjugais. Se assim não fosse, não haveria razão para que não fossem estes últimos conhecidos pelos tribunais de família e menores, que são tribunais de competência especializada⁸¹. Conclui, assim, o autor que os direitos e deveres pessoais conjugais não gozam de tutela indemnizatória, pois a “ausência de ‘vinculação’” dos direitos e deveres conjugais, no contexto do novo quadro legal, não é compatível com a ressarcibilidade dos danos provocados pela sua violação⁸².

Na perspectiva de Guilherme de Oliveira e Francisco de Brito Pereira Coelho, as “violações meramente endofamiliares”⁸³ ficam privadas de consequências indemnizatórias e, por conseguinte, os deveres pessoais conjugais ficam cada mais distantes da categoria de deveres jurídicos.

Francisco de Brito Pereira Coelho parte da nova fragilidade da garantia dos deveres pessoais dos cônjuges para lhes negar juridicidade ou, por outras palavras, para os afirmar como “uma categoria dogmática diferente do dever jurídico”⁸⁴.

Guilherme de Oliveira, por seu turno, levanta igualmente a dúvida quanto à natureza jurídica de tais deveres e, apesar de afirmar que a sua violação “não deixa de ter relevo jurídico” — referindo-se às consequências que a lei ainda lhe associa — deixa a questão em aberto⁸⁵.

Já entendi ser esta a melhor interpretação a dar à norma do artigo 1792.º, n.º 1 do Código Civil, embora reconhecendo como jurídicos os direitos e deveres pessoais dos cônjuges, por considerar não ser esta [a reparação dos danos causados pela violação dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges] a única reacção da ordem jurídica aos ilícitos conjugais⁸⁶. Todavia, a importância do reconhecimento de juridicidade aos direitos familiares pessoais dos cônjuges obrigou-me a repensar a minha posição em face desta questão controvertida, distanciando-me, neste ponto, da comunicação oral que proferi.

3.4.3.2. O fim da doutrina da fragilidade da garantia dos direitos conjugais com a admissibilidade da reparação de danos não patrimoniais causados pela violação culposa de tais direitos e a afirmação da sua juridicidade

A nova formulação do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, ao dispor que “[o] cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo

⁸¹ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, *Deveres conjugais*, 61.

⁸² Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, *Deveres conjugais*, 63.

⁸³ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 118.

⁸⁴ Cf. F. M. de Brito Pereira Coelho, *Deveres conjugais*, 64.

⁸⁵ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 129-130.

⁸⁶ Cf. R. Cândido Martins, *A Família entre o público e o privado*, 420 e ss.

outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”, foi recebida por Heinrich Ewald Hörster⁸⁷, Jorge Duarte Pinheiro⁸⁸ e Cristina Araújo Dias⁸⁹ como o fim da doutrina da fragilidade da garantia dos direitos pessoais conjugais.

Heinrich Ewald Hörster, Rita Lobo Xavier⁹⁰, Jorge Duarte Pinheiro⁹¹, Cristina Araújo Dias⁹² e Rute Teixeira Pedro⁹³ defendem que a nova versão do preceito em causa veio admitir expressamente, na linha do que vinha defendendo a doutrina e a jurisprudência, a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil como mecanismo de tutela dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges. Com efeito, o texto do artigo 1792.º, n.º1, do Código Civil não afasta a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais causados por um cônjuge ao outro, em virtude de um ilícito especificamente conjugal. A versão actual do preceito “aponta no sentido da afirmação da ressarcibilidade, sem proclamação de circunscrições ou condicionamentos”⁹⁴. No entanto, o elemento gramatical não tem, neste caso, um peso decisivo, pois acolhe outro entendimento completamente distinto.

É necessário, assim, para fazer valer uma interpretação diferente, seguir um caminho idêntico àquele que seguiram os autores que defendem a posição contrária, buscando apoio nos vários elementos da interpretação⁹⁵. Só deste modo, a meu ver, se pode construir uma argumentação segura no que toca à efectiva garantia dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges.

Assim, quanto ao elemento sistemático, Rute Teixeira Pedro invoca uma leitura diferente das implicações que as mudanças no regime jurídico do divórcio estabelecidas pela Lei 61/2008 tiveram no conceito de casamento e na sua disciplina legal. Entende que permanece na lei a mesma compreensão em relação ao contrato de casamento e aos direitos e deveres que dele emergem para os cônjuges⁹⁶. Rita Lobo Xavier⁹⁷, nesta mesma linha, já defendia que a “irrelevância do ilícito conjugal culposos” para efeitos de requerer o divórcio e de determinar as suas consequências não colidia com o carácter contratual do casamento e do seu efeito gerador de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges. Afirmava ser difícil aceitar a “completa irrelevância do ilícito culposos conjugal”⁹⁸ e sustentava que este deveria fundamentar a reparação dos danos que dele adviessem, pois “quem se acolhe a uma instituição jurídica como o casamento, espera que o Estado tutele o investimento que representa o cumprimento dos deveres ligados à comu-

⁸⁷ Cf. H. E. Hörster, “A responsabilidade civil” 109-110.

⁸⁸ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 333

⁸⁹ Cf. C. M. Araújo Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”. In *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Vol. I. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade Católica Editora, 2011, 406.

nhão de vida”⁹⁹.

Quanto a mim, é ainda necessário sublinhar que é a própria Lei 61/2008 que vem, pela primeira vez e de forma explícita — repito — afirmar a resarcibilidade dos danos não patrimoniais, nos termos gerais da responsabilidade civil, no âmbito das consequências do divórcio. Afastando, deste modo, quaisquer dúvidas quanto à interpretação restritiva do artigo 483.º do Código Civil, para abranger os danos causados pelo incumprimento de deveres especificamente conjugais. Na verdade, se o legislador tivesse querido afastar este modo de tutela dos direitos pessoais dos cônjuges, devia ter optado por outra arrumação sistemática do artigo em causa e devia ter sido mais claro na sua redacção¹⁰⁰, pois já era comumente aceite que o casamento não podia representar uma limitação aos direitos de personalidade de cada cônjuge¹⁰¹.

Cumpre igualmente trazer à liça a Exposição de Motivos do Projecto 509/X, que pode ser lida em termos diametralmente opostos aos que alicerçam a posição contrária. Com efeito, e como já disse, afirma-se que o abandono do divórcio unilateral com fundamento na culpa “[n]ão pode significar (...) que se desprotejam situações de injustiça ou desigualdade. Nas consequências do divórcio está prevista a reparação de danos bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar.” A exposição de motivos não parece querer restringir a reparação de danos àqueles que derivem de direitos absolutos de que os cônjuges sejam titulares antes e independentemente do casamento. Além disso, pode ler-se que “[a]s discussões sobre culpa, e também sobre danos provocados por actos ilícitos, ficam alheias ao processo de divórcio” e, ainda, que “os pedidos de reparação de danos serão, em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil, nas acções próprias; este é um corolário da retirada da apreciação

⁹⁰ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 507- 509; Cf. R. Lobo Xavier, *Recentes alterações*, 24.

⁹¹ Cf. J. Duarte Pinheiro, *O Direito da família*, 394 395 e, J. Duarte Pinheiro, *O núcleo*, 678 679 e 680.

⁹² Cf. C. M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 2008, 20-21.

⁹³ Cf. R. Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil*, 58.

⁹⁴ Cf. R. Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil*, 58.

⁹⁵ Cf. R. Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil*, 58 e ss.

⁹⁶ Cf. R. Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil*, 59.

⁹⁷ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 501.

⁹⁸ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 509.

⁹⁹ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 510.

¹⁰⁰ Guilherme de Oliveira fala em má opção sistemática do legislador de 2008 e, para esclarecer dúvidas quanto ao que pretendeu, propõe uma nova redacção. Na falta de intervenção legislativa nesse sentido, avança com uma interpretação restrita no sentido de apenas sere admitida a reparação de danos resultantes da violação de direitos absolutos dos cônjuges. Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 130-131.

¹⁰¹ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 509.

da culpa do âmbito das acções de divórcio”. Assim, da Exposição de Motivos decorre que a reparação de danos deverá ser pedida em acção autónoma nos tribunais comuns e não nos tribunais de família e menores, o que determina apenas uma transferência de competência para a decisão desta questão, não se podendo inferir qualquer intenção de circunscrever o âmbito da indemnização prevista aos danos que correspondam a violações de direitos da personalidade, impedindo a reparação dos danos resultantes de violações de deveres conjugais¹⁰². A consideração do elemento histórico reforça, portanto, uma interpretação ampla do n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil.

Importa, por último, atentar no elemento teleológico. Já ficou dito várias vezes que o objectivo da Reforma foi eliminar a culpa como fundamento de divórcio e torná-la irrelevante no âmbito dos efeitos patrimoniais do divórcio, abandonando o sistema do “divórcio-sanção”, num movimento de retraimento do Direito relativamente ao fracasso das relações entre cônjuges, procurando desdramatizar e facilitar o divórcio. Assim, partindo da autonomia e da liberdade de cada um dos cônjuges, ancoradas no seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, a lei passou a permitir o divórcio unilateral fundado na ruptura definitiva da vida em comum, de acordo com as causas determinadas das alíneas a), b), e c) do artigo 1781.º do Código Civil, encurtando os prazos exigidos para a sua verificação, sem deixar de fora outras situações — que não as previstas nas alíneas anteriores — de ruptura da vida em comum, alargando os fundamentos com a previsão da causa indeterminada prevista na alínea d) do mesmo artigo. O mesmo aconteceu quanto ao divórcio por mútuo consentimento, na medida em que a lei deixou de exigir os chamados “requisitos de responsabilidade”¹⁰³ para que este divórcio sem causa revelada possa ser decretado.

Esta intenção do legislador de facilitar a saída de um casamento, que já não satisfaz pelo menos um dos cônjuges, podia não se concretizar pelo facto de o cônjuge que quer o divórcio ser obrigado a indemnizar o outro por danos causados com a violação culposa de direitos e de deveres conjugais. Com efeito, a reparação desses danos poderia ser entendida como um obstáculo à saída do casamento, representando uma consequência patrimonial desavatajosa, uma “sanção pecuniária”, que teria na sua base um juízo de culpa sobre o comportamento de um dos cônjuges. A liberdade de pedir o divórcio, fundada no direito ao desenvolvimento da personalidade, ficaria, assim, coarctada¹⁰⁴.

Compreendo esta argumentação. Não me parece, porém, que a obriga-

¹⁰² Neste sentido, *vide* R. Teixeira Pedro, A responsabilidade civil, 60-61.

¹⁰³ Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*. 684.

¹⁰⁴ Cf. G. Oliveira, “Responsabilidade civil”, 122, 134.

ção de indemnização por danos pela violação de deveres conjugais seja incoerente ou inconsistente com o regime jurídico do casamento e do divórcio. Na verdade, e, em primeiro lugar, a protecção do direito ao desenvolvimento da personalidade de um dos cônjuges — traduzida na ausência de previsão de mecanismos que pudessem condicionar a liberdade de pedir o divórcio — não pode colocar em causa o respeito pela personalidade do outro cônjuge, nem o direito deste ao desenvolvimento da sua personalidade. A relação conjugal não anula os direitos de personalidade de nenhum dos cônjuges nem a sua liberdade de acção¹⁰⁵, enquanto refracção da liberdade de auto-conformação da sua personalidade. Todavia, o direito ao desenvolvimento da personalidade não pode ser encarado como um direito de liberdade abstracta e ilimitada¹⁰⁶. Por conseguinte, a liberdade de pedir o divórcio não é absoluta, nem pode levar à desconsideração dos danos não patrimoniais que o comportamento de um dos cônjuges deu origem. Em segundo lugar, o constrangimento da liberdade de pedir o divórcio não resulta, directamente, da aplicação do regime da responsabilidade civil para reparar danos não patrimoniais causados por um comportamento ilícito e culposo de um dos cônjuges, que se reconduz a uma violação dos deveres conjugais; resulta sim, da vinculação a tais deveres, por ele livremente assumida, no momento da celebração do casamento¹⁰⁷. Em terceiro lugar, a lei continua a prever direitos e deveres pessoais dos cônjuges e a tê-los como “conteúdo inalterável”¹⁰⁸ da relação matrimonial expressão da “plena comunhão de vida”. Assim, a consagração de tais direitos e deveres comporta a apreciação dos comportamentos dos cônjuges que redundem no seu incumprimento, em termos de os considerar ilícitos e culposos, de modo a fundar a reparação dos danos não patrimoniais que tenham provocado e que mereçam a tutela do direito¹⁰⁹.

Em suma, a reparação de danos não patrimoniais causados pela violação de direitos e incumprimento de deveres conjugais, segundo as regras gerais da responsabilidade civil extracontratual, é admissível à luz de uma leitura razoável da lei (de acordo com os vários elementos da interpretação).

4. Conclusão

Os direitos e deveres conjugais, como direitos e deveres jurídicos especiais que são, assumem características próprias. Não ostentam a mesma garantia dos outros direitos subjectivos, mas a sua violação e incumprimento

¹⁰⁵ Com excepção da sua liberdade sexual. Cf. F. M. Pereira Coelho; G. Oliveira, *Curso*, 401.

¹⁰⁶ Cf. P. Mota Pinto, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. In AAVV, *Portugal Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 162.

¹⁰⁷ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 509 e R. Teixeira Pedro, A responsabilidade civil, 60.

¹⁰⁸ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 510.

¹⁰⁹ Cf. R. Lobo Xavier, “Direito ao divórcio”, 510.

não é de todo irrelevante para o Direito, que os protege e sanciona de vários modos. Um desses modos é, como penso ter ficado demonstrado, a reparação dos danos não patrimoniais causados por ilícitos conjugais, nos termos gerais da responsabilidade civil, ao abrigo do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil.

A juridicidade dos direitos e deveres pessoais conjugais sai reforçada com esta conclusão. Todavia, em meu entender, não depende dela. A natureza jurídica de tais direitos e deveres resulta, em primeiro lugar, do conceito de casamento que a lei portuguesa continua a adoptar. O casamento enquanto relação permanece definido como uma “plena comunhão de vida” a que os nubentes, voluntária e livremente, aderem ao assumirem o compromisso jurídico de respeitarem e cumprirem os direitos e os deveres que a lei não deixou imperativamente de lhes atribuir. Assim, a negação da juridicidade dos direitos e deveres conjugais não se pode retirar da Reforma do regime jurídico do divórcio que se inspirou nas tendências sociológicas que referi inicialmente.

O Direito da família *de iure condito* vai resistindo às incursões dos ideais liberais a que a sociedade parece lentamente ir aderindo e, de *iure condendo*, deve continuar a fazê-lo, para que a família possa continuar a cumprir as suas funções como “elemento fundamental da sociedade” (art. 67.º CRP). Nas palavras de Guilherme de Oliveira — referindo-se em concreto à propagação dos ideais do liberalismo na regulação dos direitos e deveres pessoais dos cônjuges — o Direito da família deve ter “a ambição de promover mais intensamente a manutenção de uma boa convivência, para fomentar o desempenho das funções que a comunidade precisa de ver satisfeitas para garantir a sustentabilidade da vida em sociedade, e para minorar a vulnerabilidade humana; por outro lado, é imperioso reparar as desvantagens causadas por uma intimidade que se tenha transformado numa oportunidade” para um dos cônjuges “explorar” o outro¹¹⁰. •



¹¹⁰ Cf. G. Oliveira, *Manual de Direito da Família*. 2.ª ed. Colab. Rui Moura Ramos. Coimbra: Almedina, 2021. 143.



CRÉDITO COMPENSATÓRIO E ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO



Paula Távora Vítor
Professora Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Centro de Direito da Família

Clique para assistir.



1 | Introdução

Os alimentos pós-divórcio e o crédito compensatório foram os dois institutos eleitos pela reconfiguração do regime do divórcio operada pela Reforma de 2008 como os dois polos do sistema de resposta às condições económicas adversas que surgem associadas à dissolução do casamento. Na verdade, estes são os mecanismos que, no ordenamento jurídico português, têm como propósito central responder àquelas situações de desfavor patrimonial que o divórcio tornou visíveis¹.

Apesar desta identificação unitária do seu fim e de poderem ser adequadamente inseridos no âmbito dos efeitos patrimoniais da dissolução do casamento, estes mecanismos assumem uma natureza de contornos dificilmente apreensíveis, marca-os um apelo por se deixarem apreender por diferentes classificações e a atual ambição de se convocarem para contextos para além do matrimonial.

De facto, a compreensão dos alimentos pós-divórcio e do crédito compensatório resulta não só da forma como o *divórcio* é configurado no nosso ordenamento jurídico, mas do próprio entendimento da *relação matrimonial*; estes institutos são um evidente fruto da intersecção das dimensões *patrimoniais*, mas também pessoais do casamento, e as respostas que pretendem dar são reclamadas também no âmbito das *relações informais*. Estas são as ideias que pretendo explorar neste texto.

¹ O texto que ora se publica corresponde à comunicação proferida no I Colóquio de Direito da Família, co-organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Centro de Direito da Família, no dia 23 de março de 2023. O tema sobre que versou tinha sido já objeto da minha investigação de doutoramento, que foi publicada em “Crédito Compensatório e Alimentos Pós-divórcio”, Coimbra, Almedina, 2020. Ao longo deste texto, seguirei de perto ou transcreverei partes desta obra.

2 | Os regimes dos alimentos pós-divórcio e do crédito compensatório são resultado do entendimento do divórcio e do casamento

O regime do crédito compensatório e dos alimentos pós-divórcio é resultado direto das alterações estruturais operadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que pretendeu abandonar definitivamente um modelo de direito da família punitivo neste campo, assente na avaliação das condutas dos cônjuges e na declaração de culpa, à qual associavam as consequências do divórcio. Esta Reforma pretendeu introduzir um divórcio livre de peias — ainda que não livre de fundamento — que correspondesse a uma projecção idealizada da autonomia conjugal e da realização individual dos cônjuges.

Tal não significou, todavia, adotar em toda a sua pureza um modelo do *clean break* — o necessário corte total das relações entre os cônjuges, viabilizado por soluções, no plano das consequências, que dessem espaço imediato à independência futura, ignoraria que a realidade do divórcio raramente é de recomeço sem passado — principalmente quando existam filhos do casal, mas também, tantas vezes, para os cônjuges. E, portanto, não foi o *clean break*, mas o reconhecimento das situações de carência económica e de desigualdade que o casamento potenciou ou que o divórcio consolidou que imperou no regime dos dois institutos que nos ocupam.

Se tal não tivesse sucedido, significaria desconsiderar as desigualdades de facto criadas pelo projeto comum do casamento (que, por vezes, se refletem no período pós-matrimonial com o cuidado dos filhos) e aceitar como normal ou incontestável que um cônjuge saísse beneficiado da relação conjugal, enquanto o outro sofreria as consequências das escolhas realizadas, sem que o direito interviesse.

3 | Os regimes dos alimentos pós-divórcio e do crédito compensatório são fruto da interseção das dimensões pessoais e patrimoniais do casamento

Em primeiro lugar, no que diz respeito aos alimentos, poder-se-á invocar que o legislador não ignorou noções que ainda persistem de solidariedade familiar, não abandonando a resposta à carência económica às forças de uma solidariedade social (cada vez mais) contida. Esta não é, todavia, uma

opção tão consentânea com *l'air du temps*.

De facto, a Reforma de 2008 — que adotou um puro sistema *no-fault*², de base única do divórcio rutura — poderia ter entendido eliminar manifestações de solidariedade pós-conjugal, nomeadamente os alimentos entre ex-cônjuges, no quadro de um divórcio que se quer mais livre.

E, na verdade, a obrigação de alimentos na sequência do divórcio tem sido objeto de acesa controvérsia acerca dos seus fundamentos e, em última análise, da sua própria subsistência, desde há várias décadas, no plano internacional. Mas a Reforma de 2008 entendeu mantê-la; não renunciou a este instrumento clássico, no entanto, tornou-se impossível entendê-lo nos mesmos termos.

Todavia não foi só o seu regime positivado que sofreu importantes alterações, relacionadas em parte com a eliminação da declaração da culpa, mas o entendimento do instituto e de normas já anteriormente positivadas pode também ser alvo de novas leituras. É certo que, temos hoje um regime que não abandonou a sua função alimentar, de resposta à necessidade de um cônjuge mais frágil do ponto de vista económico. Tendo-se eliminado qualquer referência à culpa, atualmente qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, “independentemente do tipo de divórcio” (artigo 2016.º, n.º 2, do Código Civil). O alimentando e o alimentante despem as vestes de inocente e culpado e encontram-se simplesmente na qualidade de necessitado e de habilitado a prover, nos termos gerais. Isto significa que a obrigação de alimentos pós-divórcio comunga matricialmente do quadro de pressupostos da obrigação alimentar comum — o binómio constituído pelas necessidades do alimentando e pelas possibilidades do obrigado — mas em que a situação de “necessidade” do alimentado se assume como pressuposto central desta: a finalidade da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges é suprir uma carência, assumindo, desta forma, natureza alimentar. Persiste, assim, uma ideia de solidariedade, o fundamento tradicional dos regimes alimentares³.

² A expressão foi primeiramente adotada nos Estados Unidos da América, onde o primeiro Estado a adoptar o *no-fault divorce* foi a Califórnia com o *California Family Law Act* de 1969, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1970. Neste contexto, é historicamente marcante a crítica endereçada por Weitzman ao funcionamento do princípio da auto-suficiência no Estado pioneiro do *no-fault divorce*, a Califórnia. Weitzman critica os resultados produzidos pela sua consagração que, segundo a sua análise, se teriam traduzido na grande queda das pensões de alimentos das mães com filhos a cargo, motivada por uma preocupação dos tribunais californianos em proteger o rendimento do ex-marido. Segundo a Autora, na base destas decisões judiciais estaria o propósito de incumbir com “iguais” responsabilidades de sustento homens e mulheres, esquecendo-se que as diferentes capacidades de ganho e as responsabilidades parentais depois do divórcio tornam esse fardo muito desigual. Lenore J. Weitzman, *Alimony: Its Premature Demise and Recent Resurgence in the United States*. In *Economic Consequences of Divorce - The International Perspective*. M. M. (eds. Lenore J. Weitzman. Oxford, Clarendon Press, 1992) 247-262, 252 e 253.

³ A ideia de solidariedade, o fundamento tradicionalmente invocado para os regimes alimentares (L. P. Moitinho de Almeida, Os Alimentos no Código Civil de 1966, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1968, 92-127., 94), tem sido alvo de contestação no contexto dos alimentos pós-divórcio. Na verdade, nos restantes casos de obrigação alimentar familiar, esta solidariedade funda-se no vínculo que existe entre os sujeitos daquela relação jurídica, mas nos alimentos pós-divórcio, a “solidariedade familiar”, como é geralmente reconhecido, assume a feição de “solidariedade pós-conjugal”.

Na verdade, a ideia de solidariedade que está na base dos alimentos pós-divórcio é uma *solidariedade post factum finitum*, pós-conjugal (J. P. Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores) “Versus” o Dever de Assistência dos Pais Para Com os Filhos (Em Especial Filhos Menores)*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 167, nota 214) E estes alimentos, não obstante serem um efeito jurídico novo, produzido na

Mas o acesso a estes alimentos é hoje marcado por uma maior exigência, é filtrado pela reclamação de auto-suficiência dos cônjuges. Há que compreender tais modificações no quadro de um divórcio que se quer precisamente mais livre e face ao qual se torna cada vez mais difícil sustentar, com base apenas num critério de necessidade, uma obrigação assente numa relação extinta.

Não será de estranhar, portanto, que assistamos a releituras do princípio da solidariedade e que ampliam o seu sentido, de forma a incluírem dimensões que mais facilmente se identificam com uma ideia de responsabilidade. E, de facto, a ideia de responsabilidade parece ser o fundamento que se apresenta em maior consonância com o novo regime do divórcio e mais apto a fundar as suas consequências, que já não assentarão na anterior qualidade de ser cônjuge, o *status*, mas sim na real relação (*Realbeziehung*) entre os cônjuges⁴.

Daí que, embora a obrigação de alimentos não tivesse sido substituída no ordenamento jurídico português pelos mecanismos de carácter *praeter* alimentar que vieram tomar o lugar dos alimentos pós-conjugais em sistemas da nossa órbita jurídica, como as prestações compensatórias do modelo franco-espanhol⁵, seja importante equacionar se estes também não devem servir uma lógica compensatória.

A ideia de que o fundamento para os alimentos pós-conjugais não deve ser encontrado num “abstracto elo de solidariedade” não é nova entre nós. Já a encontrávamos na sequência da Reforma de 1977, reclamada por ‘MARIA DE NAZARETH LOBATO DE GUIMARÃES’, que avançara na defesa de que aqueles teriam “por base considerações muito mais concretas, verdadeiras causas específicas (...) de prestação de alimentos”⁶. No entanto, face à letra da lei e ao conceito de casamento e de divórcio então vigentes, era difícil avançar com a generalização de tal ideia.

Estas considerações, todavia, podem ser mais sustentadas face ao re-

sequência da extinção da relação conjugal, são resultado da “eficácia póstuma do vínculo matrimonial”, um “efeito ultra-activo do casamento” (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 à realidades familiares do século XXI?, in E Foram Felizes para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, (coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 172). Ora, para justificar a sua persistência, é necessário enraizá-los num fundamento suficientemente forte, ainda mais tendo em conta a excecionalidade que se lhes reconhece. Ou seja, é necessário reconhecer a especial intensidade inerente à relação conjugal – que implica uma plena comunhão de vida – e as consequências que daí advêm a fundar a produção destes efeitos. Todavia, a ideia de um “prolongamento do dever mútuo de socorro e auxílio” (Pereira Coelho, *Curso de Direito de Família*, vol. I, Tomo 2.º, Direito Matrimonial, Unitas, Coimbra, 1970, 357 e 358) ou do surgimento de uma obrigação que venha desempenhar a sua função, não é facilmente sustentável atualmente, face a uma relação matrimonial cuja vocação de perpetuidade se encontra claramente enfraquecida, no quadro de um divórcio facilitado.

⁴ A expressão é de Ingeborg Schwenzer, que intitula a sua *Habilitationsschrift*, *Vom Status zur Realbeziehung*. Baden-Baden, Nomos, 1987.

⁵ A *prestation compensatoire* dirige-se à compensação da “disparidade que a rutura do casamento criou nas condições de vida respetivas” dos cônjuges, visando atenuar a queda do nível de vida e substituir a *pension alimentaire* (Philippe Malaurie, Hughes Fulchiron, *La Famille*, 4. Ed., Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2011, 322). A *compensación* do artigo 97 do Código Civil espanhol pressupõe a existência de um desequilíbrio económico de um dos cônjuges em relação ao outro, produzido pela separação ou divórcio, e que implique que tenha piorado a sua situação económica, face à do casamento. LaCruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Familia, 4. Ed., Dykinson, Madrid, 2010, 104.

⁶ Maria de Nazareth Lobato de Guimarães Alimentos, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Conselho Geral, Instituto da Conferência, 1981, 171-2177, 196.

gime que resultou da Reforma de 2008. Apesar de esta não ter procedido a uma recharacterização do direito a alimentos, abandonando a centralidade da necessidade e adotando uma perspectiva puramente compensatória, o pressuposto da necessidade pode e deve ser recompreendido no seio do novo regime. E a chave para esta nova leitura pode ser encontrada na nova versão do artigo 2016.º-A, no seu elenco de fatores modeladores do binómio necessidades do alimentando/possibilidades do alimentante, as “circunstâncias que influ[e]m sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta” (artigo 2016.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil). São, portanto, fatores densificadores também do pressuposto central da necessidade.

Uma análise destes fatores, nomeadamente naqueles que podem desempenhar um papel na génese da situação de necessidade, permite-nos fazer uma distinção essencial: (i) entre a necessidade que não tem uma ligação genética com o casamento (como a que resulta da “idade” ou da “saúde” dos cônjuges) (ii) e a necessidade que deriva do (ou é aprofundada pelo) casamento, que deriva da efetiva comunidade, do facto de a vida comum no casamento ter conformado as situações individuais de cada um dos cônjuges, de modo a que um tenha ficado economicamente desfavorecido *em virtude do funcionamento da relação conjugal*, ou das responsabilidades conjuntas (mormente parentais) que se assumam após o casamento – e aqui encontramos a “colaboração prestada à economia do casal” e também “o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns”. Estes são os dois fatores com maior relevância para sustentarem uma necessidade *derivada da relação* e se habilitarem a justificar uma vertente compensatória da obrigação de alimentos.

De facto, ainda que a verificação do pressuposto da *necessidade* se bastasse com uma determinação asséptica quanto à sua génese – pelo que haverá que averiguar sempre da existência de uma situação de maior ou menor *carência* –, tal como GUILHERME DE OLIVEIRA lembra, o reconhecimento de uma intenção compensatória depende do que se entende por *necessidade*⁷. Esta assume uma natureza plástica em função dos fatores que a determinam.

Pode, assim, sustentar-se que, quando associados a determinados fatores geradores da necessidade, os alimentos pós-conjugais persistem na sua função original (*i.e.*, *puramente assistencial e com fundamento solidário*), mas quando a génese ou o aprofundamento da necessidade estão ligados à própria *relação entre os cônjuges*, os alimentos podem assumir algumas *colorações compensatórias*, fundadas numa ideia de responsabilidade — o que se pode concretizar, nomeadamente, ao nível do montante da prestação de alimentos.

⁷ Guilherme de Oliveira, Dois numa só carne, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 3, Ano 2, 2005, 11.

A recusa de alteração radical de paradigma do ponto de vista dos alimentos pós-divórcio — é ainda a necessidade que os determina — não significou, assim, quero crer, indiferença relativamente a acolher considerações compensatórias ligadas às situações de carência económica. Mas o legislador foi mais longe e a consciência de que, com a dissolução do casamento, se tornam visíveis assimetrias económicas entre os cônjuges, potenciadas pelo casamento, que não se traduzem forçosamente em situações de necessidade e que fornecem um fundamento diverso para reclamar prestações de diferente índole ao ex-cônjuge, motivou a criação da nova figura do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2, do Código Civil.

O crédito compensatório aparece como um mecanismo enxertado na regulação do dever conjugal de contribuição para os encargos da vida familiar. Emerge do comportamento contributivo de um cônjuge, que extravasa de forma pronunciada a medida estabelecida pela lei e que, portanto, em virtude das renúncias efetuadas para levar a cabo tais contribuições, é causador de “prejuízos patrimoniais importantes” para o cônjuge prestador.

A sua natureza é alvo de controvérsia doutrinária. Duas perspetivas, principalmente, têm um forte apelo, à luz do nosso sistema, para iluminar a lógica subjacente ao crédito compensatório — a da responsabilidade civil⁸ e a do enriquecimento sem causa⁹.

O ponto de partida de ambas é muito próximo — nos dois casos, entende-se que um dos cônjuges sofreu as desvantagens de ter realizado sobre-contribuições e para o outro fluíram benefícios destas.

Não é difícil detetar a razão desta coincidência. Na verdade, ganho e perda podem ser configurados como duas faces da mesma moeda¹⁰. De facto, é a assunção do cuidado dos filhos e da gestão doméstica por um, ou a colaboração que presta na profissão do outro, ou ainda a disponibilização que faz dos seus bens, que permitem ao outro prosseguir a carreira e obter maiores rendimentos.

E, de facto, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil aproximam-se em muitos momentos. Ao nível das funções assumidas, podemos considerar que ambos têm na mira “repor um equilíbrio que se rompeu”, traduzindo, neste sentido, ideias de reparação em sentido amplo e de justiça comutativa¹¹.

⁸ Paula Távora Vítor, *Crédito Compensatório e Alimentos Pós-divórcio*, Coimbra, Almedina, 2020, 186 ss. e Guilherme de Oliveira, *Dois numa só carne*, 10.

⁹ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 200957, Maria João Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais*, 190 e Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, 437 e 442

¹⁰ A expressão é de Tone Sverdrup, que caracteriza desta forma o “modelo de contribuição”. Tone Sverdrup, *Compensating Gain and Loss in Marriage: a Scandinavian Comment on the ALI Principles*. In *Reconceiving the Family - Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of the Family Dissolution*. e. R. F. Wilson). Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 482 e 483.

¹¹ Quem o diz é Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, 249 e 250.

Todavia, entendo que o legislador português escolheu (e é um caso de escolha político-legal, porque não há verdadeiramente uma resposta única) tratar o problema do ponto de vista da perda. Centrou-se na situação do lesado, não do beneficiado, e preferiu apoiar-se no passado e na forma como se desenrolou o casamento, em vez de se focar no futuro e nos benefícios que sobreviveram ao divórcio¹². Não está em causa eliminar o enriquecimento, mas ressarcir o dano¹³. E não é indiferente a opção por uma ou outra solução¹⁴. É que, embora ganho e perda sejam duas faces da mesma moeda, nem sempre têm a mesma extensão¹⁵. Pense-se no diferente significado final que pode ter beneficiar do património ou da capacidade de ganho acrescida de um (o beneficiado) ou compensar a capacidade de ganho perdida do outro (o lesado).

O caminho da responsabilidade civil permite que o crédito compensatório venha a ser concedido ao cônjuge requerente sem que este se sujeite ao risco de o seu consorte não ter efetivamente obtido uma valorização patrimonial à custa da sua contribuição. Tal opção afasta-o, no entanto, da possibilidade de participar dos incrementos que se deram na esfera do outro cônjuge, possibilitados pelos seus esforços contributivos¹⁶.

4 | As respostas que os alimentos pós-divórcio e o crédito compensatório pretendem dar são reclamadas também no âmbito das relações informais de casal e ambicionadas no contexto da união de facto.

Carência económica no termo de uma relação de casal e assimetrias económicas potenciadas pela relação vivida não são fenómenos privativos da dissolução do casamento. Tanto no casamento como na união de facto, po-

¹² Fosse o âmbito das contribuições subjacentes ao nosso crédito compensatório mais limitado e poderíamos aderir, mais do que parcialmente, às conclusões de Krauskopf, para quem há duas perspectivas para considerar o papel do cuidador: a do “capital humano” (objeto da atenção do American Law Institute) e a do “income sharing”, advogada por June Carbone. Joan M. Krauskopf, Comments on Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community, *Houston Law Review* Vol. 31, 1994-1995, 424.

¹³ Sobre o confronto entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, v. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, Vol. II, Tomo III, Coimbra, Almedina, 219 e 220. É certo que também se pode falar em “dano” por referência à ideia de empobrecimento sem que haja confusão com a responsabilidade civil. Francisco Manuel Pereira Coelho, O enriquecimento e o dano, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XV, Outubro-Dezembro, n.º 4 e Ano XVI, Janeiro-Junho, n.ºs 1-2: Ano XV (315-369) e ano XVI 1968 e 1969, 358 ss. e Menezes Cordeiro, *Tratado*, 227. Júlio Gomes, aliás, chega a dispensar a existência de “dano” no enriquecimento sem causa. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 392 e ss.

¹⁴ Júlio Gomes recusa a construção que configura “o enriquecimento sem causa uma forma mitigada de responsabilidade” e que, deste modo, acaba por ver na obrigação de restituir “a obrigação de indemnizar o dano (o empobrecimento) sofrido por outrem, até ao limite do enriquecimento obtido pelo agente graças à sua conduta danosa”. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento*, 855.

¹⁵ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral* - Vol. I, 10.ª Ed., reimp. da edição de 2000, Coimbra, Almedina, 2004, 503.

¹⁶ Não está posta de parte, todavia, a possibilidade de o instituto do enriquecimento sem causa operar autonomamente naquilo que não fique a coberto do instituto do crédito compensatório. A tal não obsta a regra do carácter subsidiário do enriquecimento sem causa (artigo 474.º do Código Civil) - regra que, aliás, é contestada - v. Menezes Cordeiro, *ibid.*, 251. Na verdade, embora se pretenda que a ação de enriquecimento sem causa seja o *último recurso* ao dispor do empobrecido, haverá situações em que a pretensão à restituição do enriquecimento sem causa pode ter interesse especial para o lesado. A Doutrina decanta estas possibilidades no confronto com o instituto da responsabilidade civil, mas podemos perguntar-nos se, face ao crédito compensatório, não se justificará admitir recurso à ação de enriquecimento se aquele direito prescreveu.

demos estar perante o mesmo tipo de comportamentos contributivos e de renúncias feitas em função da relação vivida¹⁷. Tanto no fim do casamento como da união de facto podem sobrevir situações de necessidade económica para um dos membros do casal. Esta perceção não foi alheia ao processo legislativo e não é, certamente, alheia à nossa jurisprudência.

Quando o protolegisador de 2010 preparava a Reforma da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, entendeu incluir no Decreto n.º 349/X, que esteve na base das alterações legislativas ao regime da união de facto (lei n.º 23/2010, de 30 de agosto), no seu artigo 5.º-A, n.º 4, que o tribunal, excecionalmente, por motivos de equidade, concedesse a um dos membros da união de facto o direito a uma compensação pelos prejuízos económicos graves resultantes de decisões de natureza pessoal ou profissional por ele tomadas em favor da vida em comum, na previsão do carácter duradouro da união.

Não pode deixar de se detetar na solução proposta reminiscências do crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2 do CC. Os regimes não são totalmente sobreponíveis nos seus pressupostos, mas em ambos os casos tem-se em vista compensar (i) “prejuízos patrimoniais importantes” (artigo 1676.º, n.º 2 do CC)/ (ii) “prejuízos económicos graves” (artigo 5.º-A, n.º 4, do Decreto n.º 349/X); resultantes de (i) renunciar “de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional” (artigo 1676.º, n.º 2 do CC)/ (ii) “decisões de natureza pessoal ou profissional por ele tomadas, em favor da vida em comum” (artigo 5.º-A, n.º 4, do Decreto n.º 349/X).

A norma do artigo 5.º-A, n.º 4, do Decreto n.º 349/X – e a sua lógica de resposta à *compensação de prejuízos* (à perda e não à restituição do ganho) – não veio a ser acolhida no regime reformado da união de facto, mas a realidade das situações que a motivaram e a necessidade de criar soluções que lhe respondam convoca o esforço dos tribunais, que apenas encontram institutos gerais – alheios à lógica familiar – como é o caso do enriquecimento sem causa. E o próprio Supremo Tribunal de Justiça já enveredou por este caminho ao compensar, invocando este fundamento, a prestação de trabalho doméstico¹⁸.

O recurso à figura do enriquecimento sem causa para responder a desequilíbrios patrimoniais surgidos no seio da união de facto não é novo na nossa jurisprudência¹⁹. Para que o enriquecimento sem causa seja apto a sustentar este tipo de pretensão, há que analisar o preenchimento dos seus

¹⁷ Já o escrevi em “A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.01.2021 – a consideração do trabalho doméstico na união de facto”, em <https://observatorio.almedina.net>, que aqui também sigo de perto.

¹⁸ É particularmente emblemático o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.01.2021 (proc. 1142/11.2TBCL.1.G1.S1).

¹⁹ Vejam-se, entre outros, os Acs. STJ de 09.03.2004, proc. 04B111, e de 31.05.2011, proc. 122/09.2TBVFC-A.L1.S1, o Ac. TRL de 31.03.2009, proc. 10917/2008-7, e o Ac. TRC 23.02.2011, proc. 656/05.8TBPCV.C1.

pressupostos (artigo 437.º do Código Civil). Teremos de estar perante (i) o enriquecimento de um dos membros da união de facto, que terá obtido uma vantagem patrimonial²⁰; (ii) a ausência de causa justificativa para tal enriquecimento²¹, e; (iii) e o facto de o enriquecimento se dar à custa do outro membro da união de facto, existindo um nexo entre a vantagem que um obteve e o sacrifício suportado pelo outro²². Todavia, não é difícil encontrar decisões nas quais os nossos Tribunais têm dificuldade (ou manifestam resistência) em ver preenchidos os pressupostos do instituto²³.

Ora, é verdade que a lógica do enriquecimento sem causa tem sido invocada para fundar os pagamentos compensatórios, em diferentes contextos²⁴. Também entre nós, como vimos, encontramos Doutrina a inclinar-se neste sentido para caracterizar o crédito compensatório do artigo 1676.º, n.º 2 do Código Civil²⁵. Na verdade, quando se afirma que estes pagamentos existem quando a outra parte obteve um benefício à custa do outro, é isto que está subjacente. Não considero, todavia, ser essa a natureza nem do artigo 1676.º, n.º 2, nem da proposta avançada para a união de facto pelo artigo 5.º-A, n.º 4, do Decreto n.º 349/X, uma vez que ambas se centram na *compensação de prejuízos* (na perda) e não no *enriquecimento* (no ganho)²⁶. É verdade que o ponto de partida destas duas perspetivas é próximo: ganho e perda podem ser configurados como *duas faces da mesma moeda*, como já afirmámos. Todavia, ao abordar esta matéria no campo familiar, o legislador português escolheu tratar o problema do *ponto de vista da perda*, centrando-se na situação do lesado, não do beneficiado – não eliminar o enriquecimento, mas ressarcir o dano²⁷.

Já pensar numa obrigação de alimentos pós-rutura da união de facto não encontra apoio nem no regime desta relação (o artigo 2020.º do Código Civil foi pensado para o contexto da morte do membro da união de facto),

²⁰ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral* - Vol. I, 10.ª Ed., reimp. da edição de 2000, Coimbra, Almedina, 2004, 477 e 478.

²¹ A ausência de dever análogo ao dever conjugal de assistência tem sustentado esta ideia, no entanto, existe uma materialidade que decorre da caracterização da união de facto como “comunhão de leito, mesa e habitação”, que exige que se ponham recursos em comum (comunhão de mesa). É uma das manifestações de viver em “condições análogas às dos cônjuges”. Ainda assim, a nossa jurisprudência (cf. cf. Ac. STJ 24.10.2017, proc. 3712/15.0T8GDM.P1.S1, ou Ac. STJ 06.07.2011, proc. 3084/07.7TBPTM.E1.S) tem amiúde defendido que estamos perante o cumprimento de uma obrigação natural, o que afastaria a obrigação de restituir. Noutra sede, assistimos ao afastamento da existência de “causa significativa” fundado no facto de a relação de união de facto ter terminado e, portanto, estarmos perante *causa finita* (cf. Ac. TRL 18.12.2012 (8762/08.0TBCSC.L1-7).

²² João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 493.

²³ Cf. o Ac. STJ de 31.03.2009, proc. 09B652, o Ac. TRL 18.12.2012, proc. 8762/08.0TBCSC.L1-7, o Ac. STJ 24.10.2017, proc. 3712/15.0T8GDM.P1.S1). Noutros casos, assistimos aos tribunais a procurarem solução ao abrigo de outras figuras (veja-se, no Ac. TRC 25-05-2010, proc. n.º 64/03.5TBTBU. C1, a remissão para os princípios respeitantes à liquidação das sociedades de facto).

²⁴ Vejam-se, neste sentido, os marcos jurisprudenciais do caso *Mahoney v. Mahoney* [453 A. 2d 527 - NJ: Supreme Court 1982] e do caso *Pyeatte v. Pyeatte*, 661 P. 2d 196 - Ariz: Court of Appeals, 1st Div., Dept. B 1982, na jurisprudência norte-americana.

²⁵ Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio*, 55 e 56, 57, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio*, 190.

²⁶ Paula Távora Vítor, *Crédito Compensatório e Alimentos Pós-divórcio*, 186.

²⁷ Paula Távora Vítor, *Crédito Compensatório e Alimentos Pós-divórcio*, 187.

nem no regime geral do Direito das Obrigações. Se pensarmos que, tradicionalmente, os alimentos pós-divórcio puramente alimentares vão encontrar a sua base na ideia da existência de *pós-efeitos da relação matrimonial*, de prolongamento do dever conjugal de assistência²⁸, no fundo, de *projeção institucional do casamento*, de um direito que deriva de um *status* passado – ter sido cônjuge do obrigado – a natureza diferente do casamento e da união de facto parece tornar-se impeditiva. Todavia, assistimos a uma evolução do direito da família que tende a desligar-se do *status*, que vai para além do contrato e que procura fundar-se na relação real e, neste contexto, não é descabido pensar futuramente em alimentos de cariz compensatório (porque, por exemplo, se agrava a carência económica por se assumirem responsabilidades – parentais – próprias de ambos) também no termo da união de facto.

Em suma, todas estas considerações acerca das soluções configuráveis, no termo da união de facto, para responder à carência económica e às assimetrias económicas que emergem da relação vivida denunciam a necessidade sentida pelo Direito da Família contemporâneo de uma *regulamentação mais densificada* das relações que tradicionalmente se encontravam nas suas franjas e que têm assumido uma importância crescente e, na ausência da qual, os tribunais apenas se poderão eventualmente socorrer (de forma não satisfatória) de institutos de direito comum. •



²⁸ F. M. Pereira Coelho, Curso, 1970, 357 e 358.

DEVERES CONJUGAIS: DA FRAGILIDADE DA GARANTIA À FRAGILIDADE DO CASAMENTO*



Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho
Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Clique para assistir.



RESUMO: No presente texto afirmamos o nosso entendimento de que os designados deveres conjugais (os deveres listados no artigo 1672.º do Código Civil com essa mesma designação) não devem ser vistos como verdadeiros *deveres* jurídicos, como verdadeiros vínculos jurídicos, mas apenas como os comportamentos *esperados* no quadro da comunhão de vida que se inicia com o casamento, os comportamentos em que se exprime essa comunhão de vida, e que os cônjuges normalmente adotarão, mas apenas adotarão, evidentemente, *enquanto* durar essa comunhão. Teremos pois aqui uma categoria dogmática *diversa* do dever jurídico. Procuramos de seguida fundamentar tal entendimento na ideia, que supomos exata, de que após a Reforma de 2008 passou a ser difícil descortinar nos deveres conjugais qualquer marca característica de um verdadeiro e próprio dever jurídico, tanto no plano das consequências *indemnizatórias* do seu incumprimento como no das correspondentes consequências *resolutórias* (quer dizer, em matéria de divórcio). No que se reporta em especial às consequências *indemnizatórias*, e apesar de não ser essa a orientação porventura dominante na nossa jurisprudência, designadamente no Supremo Tribunal de Justiça, expomos a nossa leitura do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil no sentido de que tal disposição, quando admite a reparação dos danos não patrimoniais sofridos por um dos cônjuges, não pode estar a referir-se aos danos resultantes da violação dos “direitos” (relativos) *especificamente conjugais*, adquiridos *com o casamento*, mas tão simplesmente aos danos resultantes da violação de direitos de que os cônjuges são titulares *independentemente da sua qualidade de cônjuges* – como sucede expressivamente com os seus direitos de personalidade. Semelhante leitura assenta sobretudo na observação dos trabalhos preparatórios que antecederam a Reforma de 2008 e em considerações de ordem sistemática e racional – estas em redor da ideia de que não se compreenderia que o legislador de 2008, ao mesmo tempo que passa a *desconsiderar* por completo a

culpa para efeitos de divórcio, viesse, num movimento contraditório, *manter* ou até porventura *reforçar* o relevo da mesma culpa para efeitos de eventuais pretensões indemnizatórias.

Na parte final do texto não deixamos de observar que, todavia, haverá porventura que fazer *distinções* dentro dos diversos direitos consagrados no artigo 1672.º do Código Civil, e reconhecer, pelo menos em relação àqueles direitos que não integram o núcleo pessoal da relação conjugal, a existência, no nosso sistema, de *algum* grau de sancionamento – algumas manifestações de coercibilidade ou “juridicidade”.

SUMÁRIO:

1. Os (chamados) deveres conjugais não como verdadeiros deveres jurídicos mas como uma diversa categoria dogmática;
2. Fundamentação
 - a) ausência de consequências “resolutórias”;
 - b) ausência de consequências “indemnizatórias”: interpretação do artigo 1792.º do Código Civil;
3. Necessidade de distinção, todavia, entre os vários (chamados) deveres conjugais.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; Deveres conjugais; Danos não patrimoniais; Divórcio

1 | No debate em torno da natureza jurídica dos denominados deveres (pessoais) matrimoniais e das possíveis expressões jurídicas da opção tomada a tal respeito – debate travado hoje entre nós, com alguma vivacidade, entre os autores e na jurisprudência, designadamente do nosso Supremo Tribunal de Justiça –, tenho vindo a subscrever a posição, que mantenho, segundo a qual os designados deveres conjugais – e refiro-me aos deveres listados no artigo 1672.º do Código Civil com essa mesma designação de *deveres conjugais* – não devem ser vistos como verdadeiros *deveres* jurídicos, como verdadeiros vínculos jurídicos, mas apenas como os comportamentos

* Faço aqui quatro observações introdutórias. Em primeiro lugar, decidi dar ao presente texto o título que então indiquei para a intervenção por mim proferida – no quadro do painel que tinha como tema-base “Direitos pessoais familiares e sanção no direito matrimonial” – no Colóquio de Direito da Família, realizado no Supremo Tribunal de Justiça no dia 23 de Março de 2023. Em segundo lugar, não deixo aqui de exprimir – como na ocasião expressei – o meu reconhecimento, às Entidades promotoras do referido Colóquio, pelo convite que me foi endereçado para aí intervir, como não deixo também de acrescentar – como na altura acrescentei – a “inconfidência” de que, na conversa informal em que a Doutora Rosa Martins amavelmente me transmitiu o referido convite, juntou um pouco a ideia de que eu estaria ali também como *representante* uma certa posição doutrinária no debate sobre a natureza jurídica dos denominados deveres (pessoais) matrimoniais, “compromisso” este (explícito ou implícito) que procurei respeitar... Em terceiro lugar, optei por manter exatamente o texto que serviu de base a essa minha intervenção, sem lhe acrescentar agora qualquer conteúdo suplementar (nem sequer qualquer referência bibliográfica). Não deixo porém de registar – e é esta uma quarta observação – que alguns passos do presente texto seguem, muito de perto, trechos de dois artigos da minha autoria, quais sejam: *Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações*, in «Textos de Direito da Família – para Francisco Pereira Coelho» (coordenação de Guilherme de Oliveira), Coimbra, 2016; e *Deveres conjugais e responsabilidade civil: estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges (Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2016 – Processo n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1)*, in «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Ano 147º, n.º 4006, Coimbra, 2017.

esperados no quadro da comunhão de vida que se inicia com o casamento, os comportamentos em que se exprime essa comunhão de vida, e que os cônjuges normalmente adotarão, mas apenas adotarão, evidentemente, *enquanto* durar essa comunhão. Não se tratando de deveres jurídicos, teremos portanto aqui uma categoria dogmática *diversa* do dever jurídico – o nome que se dê a essa categoria dogmática é o menos importante...

E isto que digo resulta não apenas de uma posição de *jure constituendo*, do entendimento – que é o meu – de que o casamento deve representar sobretudo um espaço em que os sujeitos *livremente* visam a sua realização pessoal, emocional, afetiva, mas também da verificação, *de jure condito*, após a Reforma de 2008, de que esses (denominados) deveres se acham hoje *esvaziados* das normais características de uma obrigação verdadeira e própria. Das *faculdades* em que se analisa o *direito de crédito*, no regime geral das obrigações – as faculdades de exigir o cumprimento, de promover a execução específica, de indemnização em caso de incumprimento, de uso da *exceptio* ou do *commodum*, de transmitir ou reemitir o crédito, de resolver o contrato por incumprimento, etc. –, poucas ou nenhuma estão presentes nos deveres (ou nos “créditos”) conjugais. Tomando aquelas que serão porventura as duas principais dessas faculdades – a de indemnização em caso de incumprimento e a de resolução do contrato também em caso de incumprimento – direi pois, como tenho vindo a dizer, que, após a Reforma de 2008, passou a ser difícil descortinar nos deveres conjugais qualquer marca característica de um verdadeiro e próprio dever jurídico, tanto no plano das consequências *indemnizatórias* do seu incumprimento como no das correspondentes consequências “*resolutórias*” (quer dizer, em matéria de divórcio).

2 | a) No plano dos possíveis efeitos – diria – “*resolutórios*” do incumprimento dos deveres conjugais, hoje, após a Reforma de 2008, e como é sabido, a “violação culposa dos deveres conjugais” deixou de constituir fundamento de divórcio. É certo que pode dizer-se que, sendo agora irrelevante a *culpa*, a violação dos deveres conjugais continuaria ainda a relevar enquanto *manifestação* de uma possível *ruptura definitiva* do casamento, nos termos da al. d) do artigo 1781.º do Código Civil. Ora, é verdade que a não adoção dos comportamentos a que se reportam os “deveres” enumerados no artigo 1672.º constitui um sinal ou uma manifestação da ruptura do casamento, justamente porque esses comportamentos, como atrás disse, serão a expressão mais fiel do que será uma comunhão de vida. E isto aceito – todos aceitamos.

Já tenho dificuldade em aceitar que, como já li, a culpa passaria todavia agora a relevar “como elemento de avaliação do preenchimento do conceito de ruptura definitiva do casamento”, como que havendo uma “*transferência*” da questão da culpa “para esse juízo de avaliação e concretização” do referido conceito legal. Suponho, porém, que aquilo que relevará neste contexto é não tanto ou não propriamente a “culpa” – a qual *pressupõe* um dever cuja violação seja susceptível de um juízo de imputação subjectiva, *pressuposto este que justamente se acha aqui por provar* –, mas a simples *voluntariedade* na adopção de comportamentos contrários àquilo que seria uma “plena comunhão de vida”, e *voluntariedade* com o significado de o agente *pretender marcar*, de alguma forma, *uma posição de “ruptura”*. Assim entendida, a *voluntariedade* dos comportamentos “de ruptura” de um dos cônjuges – *não propriamente a sua “culpa”*, insisto – naturalmente que algum significado deverá ter dentro do conjunto de factos que permitirão demonstrar a existência de uma situação de “ruptura definitiva do casamento”, apta a fundar um pedido de divórcio. Mas, em qualquer caso, repito, não está em causa – *não tem de estar em causa* – a violação de um qualquer dever jurídico: para se produzir a referida consequência jurídica é perfeitamente dispensável a categoria do dever jurídico...

b) A violação dos denominados “deveres conjugais” não tem portanto consequências *resolutórias*. E também não tem, no meu juízo, consequências *indemnizatórias*: a não adopção dos comportamentos a que se reporta o nosso artigo 1672.º não gera, não pode gerar quanto a mim, uma obrigação de indemnização (pressupondo-se naturalmente que haveria danos (não patrimoniais) susceptíveis de reparação). Bem sei que não é este o entendimento de muitos (alguns ou alguma(s) dos quais estão sentado(a)s a esta mesa); bem sei, do mesmo modo, que não é essa a orientação porventura dominante na nossa jurisprudência, designadamente neste Tribunal Superior; e bem sei, fundamentalmente, que temos no Código Civil uma disposição como o artigo 1792.º, n.º 1, aliás introduzido pela Reforma de 2008, que estabelece precisamente 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.” Sei tudo isto. Simplesmente, e centrando-me agora no artigo 1792.º, *não vejo* que esta disposição legal, apesar da *secura* e da aparente clareza do seu texto, tenha tido o propósito de *afirmar* a reparação aos danos resultantes da violação de *quaisquer* direitos (absolutos ou *relativos*: tanto os direitos absolutos como são os direitos de personalidade, como os direitos relativos resultantes do casamento, os “cré-

ditos” “contratuais” só adquiridos com o casamento); penso, *pelo contrário*, que o que o legislador de 2008 quis foi, *inversamente, confinar* a indemnização aos danos resultantes de direitos de personalidade – de direitos de que os cônjuges já eram titulares, *antes e independentemente do casamento*. É o que procurarei fundamentar de seguida.

No que se reporta ao elemento *gramatical*, reconheço que são *duas* as interpretações possíveis da expressão “nos termos gerais da responsabilidade civil” presente no texto do n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil. Pode, numa primeira interpretação, entender-se que, registando-se danos resultantes da violação de direitos subjectivos do cônjuge lesado – quer os os seus direitos (*absolutos*) de personalidade quer os direitos *relativos* constituídos com a celebração do contrato de casamento –, *em qualquer dos casos* tais danos seriam indemnizáveis. A lei, quando se referiu aos “termos gerais da responsabilidade civil”, estaria a pensar, pois, tanto nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual *como nas de responsabilidade civil contratual*. Procedendo os danos da ofensa a direitos de personalidade *ou do incumprimento dos deveres especificamente conjugais*, num caso como no outro se produziriam as consequências indemnizatórias próprias. *Mas pode também entender-se* – e é esta a leitura para que me inclino, considerados os restantes elementos interpretativos, que a seguir indicarei – que a lei, ao empregar a expressão “nos termos *gerais* da responsabilidade civil”, estaria justamente a pensar, sim, no regime *geral* da responsabilidade civil (*extracontratual*), *independentemente da qualidade específica* dos sujeitos (independentemente da sua qualidade de *cônjuges*) e, por conseguinte, das suas *específicas* vinculações *contratuais* (sendo pois desconsiderada a *relação especificamente conjugal*, e os direitos “relativos” nela inscritos).

Ora, este (segundo) entendimento parece, justamente, ser aquele que resulta da consideração quer do elemento *histórico* quer do elemento *sistemático* – e, evidentemente, da ponderação (devidamente integrada no conjunto de soluções da lei) da *ratio* do preceito.

Desde logo, pelas sugestões tiradas dos *trabalhos preparatórios*, é essa a interpretação que se afigura mais em conformidade com o pensamento legislativo – é o que parece resultar da leitura da exposição de motivos que acompanha o Projecto de Lei n.º 509/X (Partido Socialista), o qual esteve na base da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro). Aí, de facto, quando se procura fundamentar a reparação de danos (como uma das “consequências do divórcio”) entre ex-cônjuges, é indicada a eventual existência de “situações de

injustiça”, o propósito de “evitar a desprotecção”, e muito especificamente a eventualidade de ocorrência de “violação dos direitos humanos, designadamente a violência doméstica” – afigurando-se pois que o legislador de 2008 teria na mira, muito exactamente, os danos resultantes da violação de *direitos de personalidade*, e *nunca* os eventuais danos não patrimoniais procedentes de condutas como a infidelidade ou a ausência de coabitação, as quais consubstanciam *apenas* violações de *deveres contratuais*. Bem sei que o elemento histórico da interpretação tem o valor que tem, mas julgo que aqui não pode pura e simplesmente ser ignorado, tanto mais que está aqui em causa uma opção legislativa de fundo.

Mas é também essa a interpretação que melhor se harmoniza, “*sistematicamente*”, com a outra solução contida no mesmo artigo 1792.º, nº 1 – que é a de as acções indemnizatórias aí permitidas deverem correr nos tribunais comuns (e não nos tribunais de família e menores). O que só pode significar que os ilícitos aí apreciados serão certamente os ilícitos “*comuns*” – os ilícitos (e os danos por eles produzidos) correspondentes à violação de direitos “*comuns*” como sejam fundamentalmente os direitos de personalidade – e *não* os “*ilícitos*” *especificamente conjugais*, pois que a apreciação judicial destes justificar-se-ia já que fosse da competência de tribunais de competência especializada.

E, por último, é essa interpretação que melhor se harmoniza também com o (relevantíssimo) dado *sistemático* da eliminação da culpa no plano do divórcio – a supressão da culpa como fundamento do divórcio e como critério de determinação dos seus efeitos –, no sentido de que não se compreenderia que o legislador de 2008, ao mesmo tempo que passa a *desconsiderar* por completo a culpa – e, acrescento já, o próprio “*ilícito*” representado pela “*violação de deveres conjugais*” – para efeitos de divórcio, viesse, num movimento contraditório, não apenas *manter* mas até porventura *reforçar* o relevo da mesma culpa para efeitos de eventuais pretensões indemnizatórias.

Ora, não parece – não me parece – que a eliminação da culpa em matéria de divórcio seja *sistematicamente compatível* com a manutenção da relevância da mesma culpa para efeitos de responsabilidade civil *por violação dos deveres especificamente conjugais* (apenas a estes nos reportamos). Como é que seria compatível? Mais: em apoio desta ideia repararemos aliás que a Reforma de 2008 eliminou a relevância da culpa não apenas enquanto causa de divórcio *mas igualmente como critério de determinação dos seus efeitos*. Na definição quer do modo de realização da partilha (artigo

1790.º do Código Civil), quer do destino dos “benefícios” recebidos ou a receber por um dos cônjuges (artigo 1791º do Código Civil), quer dos critérios de atribuição de um direito a alimentos a prestar após o divórcio (artigos 2016.º e 2016.º-A do Código Civil), em todos estes pontos de regime a culpa deixou de funcionar como critério de atribuição de direitos ou de alocação de “enriquecimentos”. Visivelmente, pois – vou dizê-lo por outras palavras –, o legislador *não quis* que à violação culposa dos deveres conjugais fossem associadas quaisquer consequências patrimoniais desvantajosas – *não quis* que o cônjuge “respondesse” nesse plano dos efeitos patrimoniais do divórcio (em matéria de partilha, de perda das liberalidades recebidas, de alimentos), pelo que não se compreende, *sob pena de incoerência do sistema*, que ele venha agora “responder” no plano da responsabilidade civil comum.

O artigo 1792.º, n.º 1, quando admite a reparação dos danos não patrimoniais sofridos por um dos cônjuges, não pode portanto estar a referir-se aos danos resultantes da violação dos “direitos” (relativos) *especificamente conjugais*, adquiridos *com o casamento* – os direitos que cabem naquilo que designaríamos de “*estatuto matrimonial*” dos cônjuges. Não pode estar a referir-se a isso – mas naturalmente tem de referir-se a alguma coisa, tem de ter algum conteúdo. Referir-se-á certamente, como já fui explicitando, à indemnização por danos resultantes da violação de direitos de que os cônjuges são titulares *independentemente da sua qualidade de cônjuges* – como sucede expressivamente com os seus direitos de personalidade, direitos que integram não o estatuto matrimonial dos cônjuges mas o seu “*estatuto não matrimonial*” (ou o seu *estatuto “pessoal”* genérico). E, neste plano, percebe-se precisamente que a lei quisesse deixar claro que o casamento *não desprotege os cônjuges*, que *mantêm* integralmente os seus direitos de personalidade – o seu “estatuto pessoal” genérico, repito – e as correspondentes pretensões indemnizatórias. Seria precisamente esse o alcance do n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil; e *só com tal alcance*, pois, será esta disposição *compatível* com o regime do divórcio instituído em 2008.

Esta, pois, sublinho, a *opção substantiva de fundo* que a Reforma de 2008 veio exprimir. Diversamente da “velha” doutrina da fragilidade da garantia, esta “nova fragilidade” é antes uma *fragilidade do próprio casamento* e da sua “*carga vinculativa*”, assente em razões “internas” ligadas à *natureza* mesma do casamento e dos comportamentos em que se exprime a comunhão de vida, pelo que a ressarcibilidade, que suporia a prática de um *ilícito matrimonial* que efectivamente deixou de existir, se torna agora de todo incompatível com este novo “sistema”. E tal opção substantiva de fun-

do, que resulta aliás de modo claro da exposição de motivos que acompanha o Projecto de Lei que esteve na base da Lei n.º 61/2008, suponho que *não pode* por conseguinte *ser ignorada* agora pelo aplicador do direito (salvo o devido respeito...).

Aqui chegado, assim tirada a conclusão de que os denominados deveres conjugais não terão hoje verdadeiramente a natureza de deveres *jurídicos* – porque, repito mais uma vez, à sua violação não se acham associadas quaisquer consequências sancionatórias, nem resolutórias nem indemnizatórias –, podemos estranhar que o artigo 1672.º continue a designá-los de deveres. É verdade. Mas parece-me que o facto de o Código Civil manter esta referência explícita aos “deveres” dos cônjuges, mesmo após a Lei 61/2008, é em si mesmo desprovido de significado: a Reforma empreendida em 2008 teve fundamentalmente por propósito proceder a uma alteração das regras do divórcio ou conexas com o divórcio, deixando praticamente intocadas as regras e princípios gerais relativos aos efeitos do casamento; e o artigo 1672.º deve, como é óbvio, ser interpretado no quadro do sistema em que se inscreve (podendo pois mudar de sentido em função das mudanças registadas nesse sistema) e por conseguinte à luz da nova concepção do casamento e do divórcio que penso que se deve entender como resultando da Reforma de 2008.

3 | Por último, faço apenas uma concessão. Tenho vindo a falar dos denominados “deveres” conjugais enumerados no artigo 1672.º como se fossem todos iguais – todos tivessem a mesma natureza, as mesmas características, o mesmo grau de “juridicidade”. Ora, não é assim – não é exatamente assim. A coabitação e a fidelidade integram o *núcleo* da relação conjugal, constituem a expressão por excelência do que seja uma comunhão de vida matrimonial, e por isso quanto a elas valem irrestritamente as considerações que fiz. Mas o mesmo não sucede certamente com o respeito, a cooperação e a assistência. E quanto a estes três “deveres” matrimoniais não deixo de reconhecer que há já no sistema algum sancionamento – algumas manifestações de coercibilidade ou “juridicidade”, aliás apontadas por autores que eu situaria neste meu campo. Manifestações essas que no fundo traduzirão a existência efetiva dessas *diferenças* entre os vários deveres matrimoniais.

Por um lado, há direitos que, apesar de serem correntemente arrumados dentro dos deveres pessoais dos cônjuges, efectivamente têm um conteúdo também ou sobretudo *patrimonial*. Refiro-me exatamente aos de-

veres de cooperação e (sobretudo) de assistência. Aqui, a lei estabelece explicitamente alguns mecanismos de sancionamento ou coerção em relação a um dever como o de assistência, na sua dupla face de dever de contribuir para os encargos da vida em comum e de dever de alimentos. Mas julgo, neste caso – e tanto no que se refere ao dever de contribuição para aqueles encargos como no que se refere à obrigação de alimentos, se e na medida em que esta tiver autonomia em face daquele dever de contribuição –, que, além de, como disse, se tratar de direitos de conteúdo fundamentalmente patrimonial, estão aí em causa interesses gerais, merecedores de alguma medida de protecção *independentemente* de qualquer vinculação *matrimonial*. Senão veja-se.

Ou estamos perante a expressão de um princípio geral de equilíbrio na repartição dos encargos relativos a uma vida em comum, que é um princípio que resulta de uma ideia básica de justiça. Refiro-me p. ex. ao artigo 1676.º, n.º 4, que estabelece que “Não sendo prestada a contribuição devida [para os encargos da vida familiar], qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar”). Ora isto nada tem a ver com a tutela de um direito especificamente matrimonial, que se reporte ao núcleo da relação matrimonial ou à vinculação especificamente matrimonial – tem a ver apenas com o tal princípio geral de repartição de encargos, princípio que pode encontrar aliás outras expressões fora do casamento, noutros contextos contratuais ou convivenciais.

Ou então, na hipótese da exigência do crédito de compensação do artigo 1676.º, n.ºs 2 e 3, estamos não perante uma manifestação de qualquer vínculo matrimonial, mas (“inversamente”) perante a *liquidação* do casamento, o *fecho das contas* do casamento, com a necessária correcção de empobrecimentos patrimoniais que do casamento tenham resultado, sendo este (o princípio da remoção de empobrecimentos injustificados) um princípio geral do nosso direito, como as sabe, e que portanto, novamente, nada tem a ver com uma qualquer vinculação especificamente matrimonial.

Ou ainda, tratando-se da obrigação alimentar, temos um direito que representa por assim dizer uma protecção complementar dos direitos à vida e à “sobrevivência”, ou seja, direitos que estão também para lá da relação matrimonial e do seu núcleo.

Por outro lado, e agora em relação aos deveres matrimoniais indiscutivelmente *pessoais*, reconheço também que o dever de respeito, na medida em que consista num dever *reforçado* de cada cônjuge se abster de lesões

dos direitos de personalidade do outro cônjuge, parece encontrar alguma expressão sancionatória no sistema. E refiro-me exatamente às expressões *penais*: o homicídio e as ofensas à integridade física a cônjuge (artigos 132.º e 145.º do CP) são punidos com penas agravadas; e os maus tratos a “cônjuge” são também referidos no âmbito do crime de violência doméstica (artigo 152.º), entre outras hipóteses, aí referidas, de maus tratos dirigidos contra outras pessoas. Mas também aqui julgo que esse “efeito qualificador” se fundará não em qualquer vinculação matrimonial, mas apenas numa *relação (material) de proximidade*, com o que isso implica em termos de relação (material) de confiança, de posição (material) de aptidão para cuidar – como aliás se comprova pela existência de muitas outras hipóteses, previstas naquelas disposições, em que há o mesmo efeito qualificador.

Em conclusão: a Reforma de 2008 traz-nos uma *opção substantiva de fundo* quanto ao próprio modo de juridicamente olhar para o casamento – um casamento agora *frágil*, que é o que for, que cessará quando cessar, e que nessa conformidade se acha despojado de qualquer “*carga vinculativa*”, pelo menos no que se refere ao *núcleo* do relacionamento pessoal entre os cônjuges. •



ILÍCITO CONJUGAL CULPOSO E RESPONSABILIDADE CIVIL – os danos causados pelo cônjuge ou ex-cônjuge e o direito de exigir uma reparação



Rita Lobo Xavier
Professora Catedrática da Faculdade de Direito,
Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Introdução: a injustificada associação entre o fim do «divórcio-sanção» e a impossibilidade de reparação dos danos não patrimoniais causados pela violação culposa dos direitos-deveres conjugais 2. O casamento como contrato *sui generis* e a especificidade do ilícito conjugal 3. A Jurisprudência 4. A norma do n. 1º do artigo 1792.º do CC e sua interpretação 5. Conclusões.

1 | Introdução: a injustificada associação entre o fim do «divórcio-sanção» e a impossibilidade de reparação dos danos não patrimoniais causados pela violação culposa dos direitos-deveres conjugais

Antes de iniciar a minha intervenção, cumprimento o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o Senhor Conselheiro Henrique Araújo, congratulando-me pela organização deste I Colóquio de Direito da Família que nos convoca para reflexões sobre temáticas de grande relevo, agradecendo o amável convite para nele participar. Cumprimento também a Senhora Doutora Paula Távora Vítor, Presidente do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, prestando homenagem ao seu Fundador, o Senhor Doutor Guilherme de Oliveira, sem cuja orientação e generosidade, não estaria aqui hoje. Saúdo também, muito reconhecidamente, a Senhora Vice-presidente do Supremo Tribunal de Justiça que preside a este painel, a Senhora Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, a «primeira», a tantos títulos, os colegas da mesa e todos os presentes.

¹ Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Centro de Estudos e Investigação em Direito, Portugal; <https://orcid.org>.

Quando me foi endereçado o honroso convite para proferir uma comunicação neste Colóquio – o que me deu grande satisfação pela manifestação visível de boa colaboração entre instituições académicas e Tribunais – disseram-me que o painel tinha um tema e o encargo de nele sustentar uma posição. Assim, prescindindo de repetir a descrição das posições dos ilustres conferencistas que me precederam, sublinhando quase exclusivamente os traços fundamentais da minha opinião, porventura com excessivo entusiasmo e veemência.

Na minha opinião, ao contrário do que foi sustentado pelas intervenções anteriores, o fim da modalidade do «divórcio-sanção» e da averiguação da culpa no fracasso do casamento, operado há quase quinze anos, pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, não tem porque estar forçosamente associado à impossibilidade de reparação de danos causados pela violação culposa dos deveres especificamente conjugais⁽²⁾. Houve quem afirmasse, perentoriamente, que o objetivo da intervenção legislativa foi apenas o de tutelar as violações de direitos entre os cônjuges que fossem simultaneamente direitos de personalidade «como se os cônjuges fossem cidadãos quaisquer», objetivo de que, embora credível, não se encontra qualquer vestígio nos trabalhos preparatórios^{3/4}. Algumas decisões de Tribunais superiores limitam-se a reproduzir tal doutrina, muitas vezes, inexplicavelmente, sem contemplar a eventual congruência de posições diferentes⁵.

² Lamentavelmente, na 5.ª Edição de *Curso de Direito da Família, Volume I – Introdução Direito Matrimonial* de PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA foi introduzido o seguinte parágrafo: «A Lei n.º 61/2008 pretendeu esclarecer, no artigo 1792.º, que há lugar para o recurso às regras da responsabilidade civil; porém, ao eliminar o divórcio por violação dos deveres conjugais e toda a relevância da culpa, deixou os deveres conjugais sem garantia. A responsabilidade civil que o artigo 1792.º menciona é apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado; é, pois, a responsabilidade extracontratual». Esta afirmação é feita sem qualquer fundamentação e totalmente em contradição com o que o Senhor Doutor FRANCISCO PEREIRA COELHO sempre defendeu: que não se poderia ver no divórcio uma sanção para os deveres conjugais e que a evolução recente tinha eliminado os obstáculos à aplicação das regras da responsabilidade civil extracontratual à violação dos deveres conjugais (*Curso de Direito da Família, Volume I – Introdução Direito Matrimonial*, 4.ª edição, 2008, pp. 155-156). Trata-se apenas, isso sim, da opinião de GUILHERME DE OLIVEIRA, como é afirmada em «A nova lei do divórcio» in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro/Junho de 2010, pp. 5 e ss.; «Linhas gerais da Reforma do Divórcio» in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, Julho/Dezembro de 2009, pp. 8 e ss.; «Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais» in «Lex Familiae», *Revista portuguesa de Direito da Família*, ano 16, n.º 31-32, 2019, p. 21. A opinião confluyente de FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO pode ler-se em «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 147.º, n.º 4006, 2017 (54-67).

³ Pena é que, por vezes, se tente desconsiderar aqueles que não pensam desse modo – ainda em maioria, felizmente –, designando-os como um grupo de pessoas que «não acompanhou a última fase da evolução do regime (sic)» (cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.03.2021 (Processo n.º 4195/19.1T8ALM.L1-2; relator Nelson Carneiro), p. 12).

⁴ Quanto às diferentes opiniões na doutrina sobre o tema, cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR, «Anotação ao artigo 1792.º do Código Civil» in SOTTOMAYOR, Clara (coord.), *Código Civil, Livro IV – Direito da Família*, Anotado 2.ª Ed., Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2022, pp. 576-577. O agrupamento dos autores em «correntes doutrinárias» tem alguma utilidade, basicamente escolar. No entanto, o resultado de tal opção é sempre empobrecedor, na medida em que envolve a simplificação dos argumentos e das nuances diferenciadoras, muitas vezes incorrendo na distorção da visão originária de cada autor, como aconteceu, infelizmente, comigo.

⁵ Por exemplo, o citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.03.2021 (Processo n.º 4195/19.1T8ALM.L1-2; relator Nelson Carneiro).

2 | O casamento como contrato *sui generis* e a especificidade do ilícito conjugal

Para outra corrente doutrinal, onde, geralmente, sou incluída, os pedidos de indemnização podem fundar-se na violação de deveres conjugais⁶. Gostaria de explicitar que, ao contrário do que, por vezes, me é imputado⁷, nunca sustentei a «aplicação do regime da responsabilidade contratual» no contexto da reparação dos danos não patrimoniais por violação dos deveres conjugais, na medida em que não está em causa uma obrigação em sentido técnico, nem um dever geral de conduta, mas um tipo de ilicitude específico, previsto fora do Livro do Direito das Obrigações⁸. Sempre me referi a um «ilícito conjugal» e enquadro a eventual obrigação de reparação dos danos não patrimoniais provocados pelo cônjuge na responsabilidade civil extracontratual⁹.

Do meu ponto de vista, a suposta «sentimentalização» do casamento e a facilitação do divórcio não tem de corresponder à condescendência com a falta de cumprimento dos compromissos assumidos pelo contrato de casamento. A eliminação do «divórcio-sanção» não tem por que estar associada à eliminação ou enfraquecimento da tutela ou da juridicidade dos direitos-

⁶ RITA LOBO XAVIER *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais* (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro), Coimbra, Almedina, 2009, p. 24; «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*, 2013 (499-514), pp. 509-510; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª Edição, Gestlegal, Coimbra, 2020, pp. 463, 466; LEITE DE CAMPOS, *As relações de associação – o Direito sem direitos*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 61; CRISTINA MANUELA ARAÚJO DIAS, «Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 1792.º do Código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento» in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 389 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil como (derradeira?) manifestação da juridicidade dos deveres conjugais? – Ac. do STJ de 12.05.2016; Proc. n.º 2325/12.3TVL.SB.L1.S1 (Anotação), in *Cadernos de Direito Privado* n.º61, 2018 (33-62); MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Família e Responsabilidade Civil: Uma Relação Possível? Brevíssimo Apontamento», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 20, Julho/Dezembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 79-80; «Reflexões a propósito do casamento - a necessidade de interpretação conforme aos princípios como instrumento de salvaguarda da coerência intrasistémática e do cumprimento da intencionalidade jurídica da solução predisposta pelo artigo 1792.º CC», RLJB, ano 4, n.º 1, 2018, p. 948.

⁷ Cfr. PAULA TÁVORA VÍTOR, «Anotação ao artigo 1792.º do Código Civil», cit., p. 576.

⁸ Cfr. «Direito ao divórcio, deveres recíprocos dos cônjuges...», cit., p. 509. Veja-se, sobretudo, o que escrevi em publicação com data de 2012: «Aliás, mesmo que o entendimento maioritário viesse a fixar-se na interpretação de que a obrigação de indemnizar se fundará na primeira variante de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, restringindo-se à ofensa de direitos subjetivos absolutos, penso que os tribunais terão de ter presente a especificidade da relação que ligava os cônjuges no momento da prática do facto ilícito culposo. Na apreciação do facto ilícito, da culpa, do dano e na própria fixação do montante da indemnização segundo a equidade (artigo 496.º, n.º 4 do Código Civil) não poderá deixar de ser tida em consideração a particular comunhão de vida a que os cônjuges estavam obrigados, o que levará necessariamente à acomodação do Direito comum». A nota de rodapé foca, precisamente, a relação entre o lesado e o lesante e os pressupostos gerais da responsabilidade civil extracontratual. De seguida, limito-me a antecipar a probabilidade de se irem retomar, no futuro, outras disputas, levantadas no domínio da lei anterior, a propósito da responsabilidade civil por danos não patrimoniais causados por factos ilícitos culposos e coloco algumas questões sobre o debate que surgirá, levantando problemas, em jeito de interrogação («Direito ao divórcio, deveres recíprocos dos cônjuges...», cit., pp. 508-512). De resto, a própria distinção entre as duas formas clássicas de responsabilidade civil – extracontratual e contratual – sempre teve uma relevância sobretudo didática, conceptual e expositiva, pelo que, há muito tempo que a prática e a ciência jurídicas encontram soluções para os problemas concretos fora destas categorias algo artificiais (por todos, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 541). O que interessa, para o problema que me preocupa, é a identificação dos factos constitutivos da obrigação de indemnizar que terão de ser alegados como integrante da causa de pedir na ação proposta pelo cônjuge ou ex-cônjuge lesado, em que este invoque o direito a ser reparado pelo dano não patrimonial sofrido. E, concretamente, quanto ao pressuposto da «ilicitude», sustento que a norma do artigo 483.º, n.º 1, abrange a forma específica do ilícito conjugal, isto é, o caso da antijuridicidade envolvida pela conduta do cônjuge que viola os direitos-deveres conjugais.

⁹ Cfr. «Direito ao divórcio, deveres recíprocos dos cônjuges...», cit., p. 509.

-deveres conjugais¹⁰. Essa ideia assenta no axioma, então divulgado, de que na contemporaneidade o casamento seria encarado apenas como um «acordo sentimental» negando-se-lhe a natureza jurídica dos direitos-deveres assumidos pelos cônjuges no ato fundador do casamento. Não é essa, nem nunca foi, a minha opinião¹¹. Apesar de o ilícito conjugal culposos já não ser fundamento do divórcio e ter perdido relevância na ponderação das suas consequências patrimoniais, o casamento continua a ser um negócio jurídico gerador de direitos e deveres entre os cônjuges (artigo 1672.º CC), que representam a concretização da plena comunhão de vida a que se vinculam, nos seus vários e inesgotáveis aspetos. A dimensão afetiva não é o núcleo fundador do casamento como instituição jurídica, mas sim a vontade de assumir os direitos e deveres conjugais, que, aliás, são recordados aos nubentes na cerimónia civil do casamento (artigo 155.º, n.º 1, d), do Código do Registo Civil (CRC)) e de cujo conhecimento, por parte dos nubentes que pretendam celebrar casamento civil sob forma religiosa, o conservador se deve assegurar (artigos 146.º, n.º 5, e 147.º, n.º 1, f) do CRC)¹².

Os direitos-deveres especificamente conjugais, como os de fidelidade, coabitação e cooperação, bem como aqueles direitos-deveres que assumem um especial significado entre os cônjuges, como o dever de respeito pela personalidade do outro cônjuge (inclui uma vertente positiva e deve ser encarado com conteúdo reforçado ou acrescido) são concretizados consensualmente em cada relação e esta concretização vai evoluindo de acordo com as circunstâncias de cada casal. É certo que o cumprimento efetivo de alguns direitos-deveres conjugais não pode ser imposto aos cônjuges pela via de uma autoridade exterior ao casal. Essa imposição poderá ser incompatível com a natureza de tais direitos-deveres ou pressupor ou implicar a rutura da relação conjugal. Contudo, se a lei indica os direitos-deveres dos cônjuges como conteúdo inalterável do contrato de casamento, tal indicação também permitirá a formulação de juízos sobre os seus comportamentos

¹⁰ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 571.

¹¹ 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), pp. 501-502; «Conceito essencial de casamento e sistema matrimonial português - evolução legal e oportunidade disruptiva» in *Albuquerque et al. (Eds) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Universidade Católica Editora, Porto, 2022 (717-748), pp. 736-737. ROSA CÂNDIDO MARTINS continua também a afirmar a natureza contratual do casamento (*A Família entre o Público e o Privado, A Proposta Metodológica da Autonomia Relacional na Análise do Regime Jurídico do Casamento*, Almedina, 2020, p. 435).

¹² Note-se que o critério de juridicidade dos direitos-deveres conjugais não reside na possibilidade de ser sancionado o seu incumprimento ou de serem imposto o seu cumprimento coercivo. Sobre o conceito de casamento, salientando o consentimento matrimonial como ato fundador do casamento como negócio jurídico, cfr. RITA LOBO XAVIER, «Conceito essencial de casamento...», cit., p. 728. Sublinhe-se que, nos termos da alínea b) do número 1 do artigo 1699.º do CC, os nubentes não podem alterar os direitos ou deveres, quer parentais quer conjugais, e, se o fizerem, tais cláusulas consideram-se como «não escritas» (artigo 1618.º, n.º 2). Analisando, criteriosamente e desenvolvidamente, o direito fundamental «de não contrair casamento» que a Constituição portuguesa implicitamente confere, como «dimensão ou vertente negativado direito de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1 CRP), NUNO DE SALTER CID afirma que «a lei deve assegurar que os indivíduos compreendem e querem as implicações jurídicas profundas do estado de casado, sob pena de violação daquele direito» («Sobre o direito de não contrair casamento» in *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra Editora, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 281).

quanto ao incumprimento daqueles deveres, por ação ou por omissão, bem como a reparação dos danos não patrimoniais daí resultantes¹³. Parece-me assim completamente descabida e injustificada a afirmação fantasiosa de que o conceito de casamento teria sofrido uma «metamorfose» em virtude da alteração do regime do divórcio, correspondendo talvez apenas a uma declaração isolada e particular, que distorce a realidade normativa¹⁴.

3 | A Jurisprudência

A maioria da jurisprudência continua a constituir um dos cônjuges ou ex-cônjuges na obrigação de reparar o outro pelos danos não patrimoniais que lhe causou, em virtude da prática de ato ilícito conjugal culposos.

Merece ser destacada, em particular, a situação decidida pelo Acórdão do STJ de 12-05-2016 (Proc. n.º 2325/12.3TVLSB.L1.S1; relator: Tomé Gomes), em que o ex-marido foi condenado a pagar à ex-mulher, a título de danos não patrimoniais, a indemnização de 15.000,00 €, acrescida de juros de mora, à taxa anual de 4%, desde a citação. Na fundamentação deste Acórdão, embora se mencione a posição de alguns autores no sentido de que a abolição do «divórcio-sanção» teria implicado o fim da tutela direta da violação dos deveres conjugais pessoais por via do instituto da responsabilidade civil, reforça-se que a jurisprudência continua a admitir a reparação dos danos não patrimoniais causados que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, nos termos do artigo 496.º, n.º 1, do CC.

Na situação decidida pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-11-2015 (Proc. n.º 360/14.6TBCTB.C1; relator: Jorge Arcanjo), após o divórcio por mútuo consentimento, a Autora veio reclamar do ex-marido uma indemnização por danos não patrimoniais, em virtude de este haver mantido uma relação extraconjugal de que a mulher só veio a tomar conhecimento depois do divórcio, deduzindo o pedido de que fosse condenado a pagar-lhe a quantia de 1.300,00€, pela violação dos deveres conjugais de fidelidade e respeito. Embora, na primeira instância, tivesse sido rejeitada a pretensão indemnizatória, tendo o Réu sido absolvido do pedido, com fundamento no abuso do direito, por conduta contraditória, no Acórdão do STJ pode ler-se que a «Lei n.º 61/2008 de 31/10 (que aprovou o novo regime do divórcio) alterou a redacção do artigo 1792.º do CC, acabando com a chamada “teoria da fragilidade da garantia”, pelo que a violação dos deveres

¹³ RITA LOBO XAVIER, «Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges... » cit. p. 510.

¹⁴ Cfr. o Acórdão do STJ de 23.02.2021 (Proc. n.º 3069/19.0T8VNG.P1.S1; Relatora: Maria João Vaz Tomé). Como não podia deixar de ser, GUILHERME DE OLIVEIRA aplaude esta decisão, fundamentada exclusivamente nos objetivos dos autores do projeto da reforma do divórcio e numa das suas afirmações mais famosas que «ninguém deve permanecer casado contra sua vontade» («Contribuições jurisprudenciais para o desenvolvimento do Direito da Família», in A Revista, n.º 2, Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 2022, pp. 50-51).

conjugais pode implicar uma situação de responsabilidade civil extracontratual reforçando a actual norma que o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro, nos termos gerais da responsabilidade civil». Assim, considerou-se não constituir abuso do direito «o facto de a Autora, após o divórcio por mútuo consentimento, reclamar judicialmente uma indemnização do Réu (ex-marido), por danos não patrimoniais, em virtude de este haver mantido uma relação extraconjugal, mas que a Autora só veio a tomar conhecimento depois do divórcio». Na verdade, para haver conduta contraditória seria necessária a «comprovação de que a Autora, ao optar pelo divórcio por mútuo consentimento, já soubesse da relação extraconjugal do Réu e do nascimento da filha, em plena vigência do casamento», o que manifestamente não tinha sido o caso.

Noutra situação, tendo ficado provado que a mulher tinha violado, de um modo grave e reiterado, os deveres de fidelidade e respeito para com o marido e que este, ao inteirar-se da situação, sentiu profundo desgosto e sofrimento, o Tribunal da Relação de Lisboa negou àquela o direito a alimentos por aplicação do artigo 2016.º, n.º3 (a primeira instância tinha fixado uma pensão de alimentos a favor da ex-mulher no valor de 450 € (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21-6-2022 (processo n.º 242/12.6TMLS.L1-7; relatora: Isabel Salgado). Finalmente, num caso de lesão à integridade psíquica da Autora, causada pela descoberta de uma relação extraconjugal mantida pelo cônjuge, da qual nascera uma criança que fora apresentada à família como futura “afilhada”, foi-lhe atribuída uma indemnização no valor de 20 000,00 € porque violou, de forma grave e especialmente censurável, os deveres conjugais de fidelidade e respeito (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 29-09-2020 (processo n.º 288/18.0T8SNT.L1-7; relatora: Maria da Conceição Saavedra).

4 | A norma do n.º 1 do artigo 1792.º do CC e sua interpretação

A grande alteração introduzida pela reforma de 2008 no artigo 1792.º foi, com efeito, na norma do n.º 1 que determina 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». No entanto, o artigo 1792.º do CC deve ser lido no seu conjunto, não se restringindo às alterações introduzidas na norma do n.º 1. O n.º 2 deste artigo estabelece que «[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 ação

de divórcio» (artigo 1792.º, n.º 2). Nesta norma, admite-se um caso excepcional de responsabilidade por factos lícitos¹⁵. O direito ao divórcio é um direito potestativo irrenunciável, constitucionalmente protegido (artigo 36.º, n.º 2 da CRP). No entanto, ter-se-á entendido que a continuação de uma vida em comum, naquelas circunstâncias, representaria «um sacrifício inexigível», mesmo em face dos deveres de socorro e auxílio mútuo a que ambos se comprometeram pelo casamento. O direito de reparação apenas se constitui a favor do cônjuge-réu, quando o divórcio é requerido com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum (artigo 1781.º, a)). O pedido deve ser deduzido, em reconvenção, na própria ação de divórcio, sob pena de preclusão.

Quanto ao disposto no n.º 1, a doutrina e a jurisprudência interrogam-se sobre o sentido da formulação «Nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns». Como ficou dito, a divergência doutrinal surge sobretudo quanto à questão de serem ou não reparáveis os danos resultantes da violação dos direitos-deveres conjugais.

Como dados objetivos correspondentes às finalidades da reforma haverá que ter em consideração o propósito de retirar do contexto do divórcio, por regra, a apreciação dos factos ilícitos culposos como fundamento de divórcio e a sua ponderação para determinar as suas consequências, designadamente, patrimoniais. «Nos termos gerais da responsabilidade civil» deverá assim ser interpretado no sentido de que se tratará de uma ação autónoma de responsabilidade civil, isto é, que o pedido não será deduzido na ação de divórcio. Não restam dúvidas de que o cônjuge lesado tem de propor uma ação autónoma (da ação de divórcio) com esse objeto (dedução do pedido de reparação de danos causados pelo outro cônjuge, devendo os factos que constituem a causa de pedir corresponder à *factispécie* prefigurada no instituto da responsabilidade civil. Estando em causa uma ação declarativa de condenação deverá ser proposta nos tribunais judiciais comuns (na medida em que, não se tratando de uma ação de estado, como o é ação de divórcio, mesmo que o tribunal de comarca competente esteja desdobrado em juízos de competência especializada segundo a matéria, deverá ser proposta num Juízo Cível e não num Juízo de Família e Menores¹⁶).

Contudo, nada permite retirar da norma a irrelevância do ilícito conju-

¹⁵ Era esta o entendimento de PEREIRA COELHO na correspondente norma anterior («Divórcio e separação judicial de pessoas e bens» in Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Instituto da Conferência, Lisboa, 1981 (27-53); RITA LOBO XAVIER, «Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges...», cit., p. 507.

¹⁶ Artigos 80.º, n.ºs1 e 2, 81.º, n.º3 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei de Organização do Sistema Judiciário -LOSJ).

gal culposo no âmbito da responsabilidade civil¹⁷.

Com efeito, quanto ao elemento histórico, importa começar por destacar que a doutrina tradicional da fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais tinha sustentado durante longos anos a posição segundo a qual as regras gerais da responsabilidade civil não teriam aplicação no contexto da violação dos deveres familiares pessoais. Contudo, já muito antes da reforma de 2008, a doutrina e a jurisprudência tinham evoluído no sentido do reforço da garantia dos direitos-deveres dos cônjuges¹⁸. Muitas das objeções tradicionais¹⁹ à tutela ressarcitória dos danos sofridos por um dos cônjuges ou ex-cônjuges resultantes da violação culposa dos deveres conjugais por parte do outro, já tinham sido superadas.

No que respeita ao elemento sistemático, repare-se que a norma do n.º 2 do artigo 1792.º do CC é duplamente excecional: quanto à cumulação de um pedido de divórcio com um pedido de indemnização; e quanto à reparação de danos causados pela dissolução do casamento, em que apenas é admitido o pedido deduzido pelo cônjuge réu, no caso de divórcio com fundamento na alínea c) do artigo 1781.º CC. Sendo assim, podemos concluir que a norma do n.º 1 do mesmo artigo enuncia o regime-regra da «reparação de danos», conforme a epígrafe do artigo, assumindo o seu conteúdo carácter residual quanto a outros pedidos²⁰.

Considerando agora o elemento teleológico, parece certo que a partir dos objetivos gerais da Reforma não é possível concluir pela eliminação da reparação dos danos não patrimoniais causados pela violação culposa dos direitos-deveres conjugais, uma vez que esta não implica a reintrodução do

¹⁷ Note-se que o elemento gramatical – o texto – «é o ponto de partida da interpretação (BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 182). Tem uma função «negativa», afastando «aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer “correspondência” ou ressonância nas palavras da lei» (ob. e loc. cit.) e uma função «positiva», dando mais forte apoio a um dos sentidos possíveis que corresponda ao «significado mais natural e directo das expressões usadas» do que aos que «só caberão no quadro verbal da norma de uma maneira forçada, contrafeita» (ob. loc. cit.).

¹⁸ O elemento histórico não se limita aos chamados «trabalhos preparatórios» e «fontes da lei», compreende também a evolução anterior do instituto ou regime em causa (por todos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit. p. 184). Cfr. PEREIRA COELHO E GUI-LHERME DE OLIVEIRA, *Curso ...*, cit., 2.ª Edição, p. 176; 3.ª edição, pp. 202-203; 4.ª edição, 2008, pp.156-157; HEINRICH EWALD HÖRSTER, «A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)» in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLIV, n.º 253/255, Braga, Universidade do Minho, janeiro – junho de 1995, ISSN: 0870-8185, pp. 113 e ss. e «A Responsabilidade Civil entre os cônjuges» in *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, Coordenação de Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Fêria de Almeida, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Outubro de 2010, ISBN: 978-972-32-1852-7, pp. 91 e ss; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 672-677 e *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª Edição, Gestlegal, 2020, pp. 72; RITA LOBO XAVIER, *Ensinar Direito da Família*, Porto, 2008, Publicações Universidade Católica, p. 29 e «O “estatuto privado” dos membros da união de facto» in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, 2015, n.º 338 (281-314), p. 295.

¹⁹ Designadamente, a questão da negação do carácter jurídico aos direitos-deveres conjugais, a especificidade das «sanções» próprias do Direito da Família (cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 533, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 562).

²⁰ O elemento sistemático «compreende a consideração das outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma interpretada, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto da lei)» e também o «lugar sistemático, que compete à norma interpretada, assentando «no postulado da coerência intrínseca de todo o ordenamento jurídico» (por todos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit. p. 183).

princípio da culpa no divórcio²¹. Como já tive ocasião de afirmar, o eventual propósito da eliminação do «divórcio-sanção» não tem porque estar associado à eliminação ou enfraquecimento da tutela ou juridicidade dos direitos conjugais. Sendo muito discutida, antes da reforma, a questão de saber se o pedido de ressarcimento dos danos causados pela violação culposa dos deveres conjugais invocada como causa do divórcio poderia ser deduzido em cumulação com o pedido de divórcio e se o juiz poderia autorizar tal cumulação, seria natural que a questão ficasse claramente resolvida. No entanto, não é possível retirar da nova norma qualquer conclusão quanto à irrelevância do ilícito conjugal culposo no âmbito da responsabilidade civil, concretamente, para efeitos da reparação de danos daí decorrentes.

Por outro lado, a valorização do eventual propósito dos autores do projeto de reforma no contexto dos chamados «trabalhos preparatórios» nunca prevalecerá sobre um dos sentidos possíveis da norma, na medida em que não pode prescindir-se do respeito pela legitimação democrática da mesma. Num Estado de Direito, o princípio da separação de poderes ilumina a interpretação da norma, limitando a fixação do seu sentido a um daqueles que dela possam decorrer.

A tentativa de fazer corresponder à referência aos Tribunais «comuns» a afirmação de que está em causa um ilícito «comum», para afastar a relevância jurídica da violação culposa dos deveres conjugais para efeitos de responsabilidade civil constitui uma argumentação forçada e em desespero de causa. Por outro lado, a violação culposa dos deveres conjugais sempre poderá ser um elemento a ponderar no contexto de eventual pedido de fixação de pensão de alimentos entre ex-cônjuges, para fundar a sua exclusão com fundamento em razões de equidade (artigo 2016.º, n.º 3).

O facto de o dano resultar da violação de um direito que decorre da relação conjugal, pareceria impor o seu eventual enquadramento no paradigma da responsabilidade contratual. No entanto, estará em causa a responsabilidade civil aquiliana, nos termos da norma do artigo 483.º, pelo que a obrigação de indemnizar dependerá da verificação dos pressupostos do facto voluntário, ilícito, imputação do facto ao agente, do dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano²².

Com efeito, o casamento é um contrato *sui generis*, de natureza familiar e não obrigacional²³. O casamento é «um contrato», mas não no sentido em que é fonte de obrigações em sentido técnico, nem o seu cumprimento cor-

²¹ O elemento teleológico na interpretação jurídica consiste na averiguação da *ratio legis*, o fim visado com a norma, a solução que a norma exprime, a opção que traduz na ponderação dos diversos objetivos e interesses possíveis em presença (cfr., por todos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, cit., pp.182-183).

²² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 522.

²³ Cfr. PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso ...cit.*, 4ª Edição, pp. 196-197 e 198.

responde a deveres de prestar, nem dará origem a responsabilidade «contratual» pelo não cumprimento, *lato sensu*, de deveres relativos próprios das obrigações²⁴. Não está em causa a violação de uma obrigação em sentido técnico, nem um dever geral de conduta, mas um ilícito específico, não previsto fora do Livro do Direito das Obrigações, como acontece com outros tipos de ilicitude. Tratar-se-á de um dano não patrimonial, pelo que só fará surgir uma obrigação de reparar se forem alegados e provados factos de onde resulte que «pela sua especial gravidade merecem a tutela do direito» (artigo 496.º, n. 1º)²⁵.

5 | Conclusões

Há quem atribua valor decisivo, no contexto dos «trabalhos preparatórios», às opções concretamente anunciadas na «exposição de motivos» que apresenta o Projeto de Lei que esteve na origem da reforma, subscrito por alguns deputados eleitos pelo Partido Socialista e baseado num estudo de dois conceituados especialistas portugueses na área da Família, Guilherme de Oliveira (Professor de Direito) e Anália Torres (Professora de Sociologia). A verdade, porém, é que o facto de se ter proclamado na época que a lei deveria acompanhar as tendências contemporâneas da «sentimentalização» do casamento, ignorou a realidade portuguesa, o conteúdo legal do casamento e as relações típicas dos cônjuges, em contra corrente com a consciência axiológico-jurídica contemporânea²⁶.

A pretensão de se atribuir um peso determinante ao projeto e às palavras dos autores do estudo em que aquele se baseou é tal que, por vezes, é invocado quase com foros de interpretação «autêntica», esquecendo-se a importância de cotejar as proclamações e propostas com as fórmulas que acabaram por ser consagradas. Uma das afirmações muitas vezes repetidas é a frase segundo a qual «ninguém deve permanecer casado contra sua vontade», frase que, em si mesma, nada significa em face da modalidade de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, com fundamento numa causa prevista na lei (artigos 1733.º e 1781.º). Com efeito, na falta de acordo entre os cônjuges, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges só pode ser decretado com fundamento numa das causas previstas no artigo 1781.º do CC e, no caso da separação de facto por um ano consecutivo, essa duração integra a causa de pedir, devendo ser alegada na petição inicial e devendo

²⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações Em Geral*, cit. p. 522.

²⁵ Como serão, por exemplo, o dano do sofrimento derivado da desconsideração social ou da imputação de paternidade não correspondente à verdade biológica.

²⁶ Como, aliás, já tinha feito notar em *Recentes Alterações...* cit. p. 8.

encontrar-se demonstrada quando da prolação da sentença, podendo o tribunal tomar em consideração os factos ocorridos depois da propositura da ação. Tal possibilidade foi por mim sugerida há muito tempo, ainda antes do início da vigência do Código de Processo Civil de 2013²⁷.

O intento de interpretar a norma num sentido que não cabe em nenhum dos seus sentidos possíveis, tal como acabou por ficar consagrada, contrasta também com o princípio da dignidade da pessoa e com a garantia constitucional do casamento. De facto, a pessoa está no centro de todo o sistema jurídico e da própria teoria da hermenêutica jurídica.

A constitucionalização do Direito da Família e a consideração da pessoa ao mesmo tempo impõem o reconhecimento da pessoa e a sua tutela pelo Estado nas relações privadas familiares, projetam a tutela ressarcitória a novos âmbitos²⁸. O artigo 36.º n.º 1, da CRP, ao reconhecer um direito fundamental a contrair casamento²⁹, é, simultaneamente, uma norma de garantia institucional do Casamento³⁰. Do conjunto das disposições constitucionais resulta que a Família e o Casamento constituem “garantias institucionais”, estando o legislador ordinário impedido de as eliminar ou de alterar as suas características essenciais. A tutela constitucional da Família e do Casamento não se esgota assim na tutela da liberdade e autonomia individual dos seus membros, envolvendo também a tutela da sua dimensão institucio-

²⁷ «Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges ...» cit., pp. 502-503. A aplicação tempestiva desta solução dispensaria o discurso feito no Ac. STJ de 23.02.2. Sobre alterações no conceito do casamento que, em rigor, não se verificaram, para sustentar um resultado semelhante (Proc. n.º 3069/19.0T8VNG.P1.S1; Relatora: Maria João Vaz Tomé). Questão controvertida é a de saber se o tribunal não poderá decretar o divórcio fundamentando a sentença mediante a integração dos factos alegados e provados numa hipótese prevista em alínea do artigo 1781.º diferente daquela que foi indicada pelo autor na petição inicial como manifestando a rutura do casamento. Sobre esta questão, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-01-2022 (Proc. n.º 749/21.4T8CSC.L1-6; Relator: Eduardo Petersen Silva), com cujo resultado concordo plenamente. Tratava-se de uma ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge em que, frustrada a tentativa de conciliação e ordenada a notificação da Ré para contestar, veio a mesma fazê-lo, alegando logo no artigo 1.º da contestação que “(...) a separação entre as partes é efetiva e, embora não fosse essa a pretensão da Ré, definitiva, pelo que inexistem razões para que não seja decretado o divórcio entre as partes (...)». Na contestação a Ré formulou ainda pedidos reconventionais, de restituição, pelo Autor, de valor monetário tendo em vista resolver a questão da divisão dos bens que as partes têm em propriedade; de condenação do Autor a pagar-lhe a compensação prevista no artigo 1676º, n.º 2, do Código Civil; e de fixação de alimentos pelo Autor e em benefício da Ré. Finalmente, a Ré concluiu a sua contestação, requerendo: «a) Atendendo à verificação dos pressupostos para o decretamento do divórcio, e perante a real possibilidade que a Ré antevê de ser o presente divórcio convalidado em divórcio por mútuo consentimento, ser agendada nova tentativa de conciliação para esse fim; (...)». Foi proferido despacho que indeferiu o pedido demarcação de nova tentativa de conciliação “por falta de fundamento legal”, dispensou a audiência prévia nos termos do artigo 593º do CPC, e seguidamente saneou os autos, não admitindo os dois primeiros pedidos reconventionais e indeferindo o pedido de fixação de alimentos, fixando ainda à ação o valor de €30.000,01, e passando a conhecer do mérito, decidiu a final julgar improcedente a ação intentada pelo Autor e não decretar o divórcio entre Autor e Ré. O Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que, no caso *sub judice*, resultou claro da petição inicial que a causa de pedir consistiu na deterioração irreversível da sua relação conjugal, razão pela qual aí requereu que fosse decretado o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge com fundamento na rutura definitiva do seu casamento pelo que, para além de decretar o divórcio entre as Partes, com fundamento na al. d) do artigo 1781.º do Código Civil, por isso mesmo ter sido expressamente requerido, o Tribunal a quo deveria ainda, nos termos do disposto no artigo 1789.º, n.º 2, do Código Civil, ter feito retroagir os efeitos do divórcio, quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, à data da separação, isto é, a 02-12-2020, sendo certo que a Recorrida, ao nunca ter contestado esse facto, reconheceu tacitamente essa como sendo a data em que a separação de facto ocorreu.

²⁸ Sobre a entrada na Família dos valores constitucionais da igualdade, democracia e da dignidade da pessoa humana, no sentido de que cada pessoa vale por si, não podendo ser instrumentalizada, cf. RITA LOBO XAVIER, «Cumprir a Constituição na Família: tendências desconformes na interferência estadual», in *Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa - Impacto e evolução*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017, p. 156.

²⁹ Cfr. PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...* cit., p. 132.

³⁰ O mesmo acontece com o n.º 7, quanto à instituição da Adoção (autores e ob. cit., p. 154).

nal³¹. É um facto que a pressão individualista se estendeu muito para além dos espaços clássicos do direito a casar-se e do direito a procriar, configurando-se como concretizações de um poder quase absoluto de conformação e expressão da liberdade de cada um³². A Família parece ser agora um mero reflexo da liberdade e da autodeterminação de cada pessoa, uma criação de cada indivíduo no livre exercício dos seus direitos. Tais direitos não se exercem perante outrem, nem carecerão da autorização de ninguém, nem do reconhecimento ou da certificação por parte da sociedade ou do Estado, mas deverão ser encarados em termos de pura afirmação de poderes subjetivos. Contudo, a defesa dos direitos individuais de uns não deve anular os direitos de outros³³. Será contraditório invocar os direitos da pessoa e, simultaneamente, a especificidade do compromisso conjugal, designadamente, de fidelidade e de cooperação, para excluir a sua juridicidade e a possibilidade da reparação dos danos não patrimoniais resultantes da sua violação. Do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa decorre a garantia do casamento e o direito fundamental de contrair casamento³⁴. Não pode deixar assim de se entender que os direitos-deveres a que os cônjuges se obrigam são constitucionalmente protegidos. Constituirá um ato ilícito conjugal, o ato praticado por um dos cônjuges violador do direito-dever de fidelidade, coabitação, cooperação, respeito e assistência, pelo que, alegados e provados tais factos e os restantes pressupostos da responsabilidade civil aquiliana, o cônjuge ou ex-cônjuge lesante deve ser obrigado a reparar os danos não patrimoniais dele resultantes que, pela sua gravidade mereçam a tutela do Direito.

Trata-se de danos que resultam do incumprimento de uma específica obrigação de comunhão de vida juridicamente assumida entre os cônjuges³⁵. •



³¹ RITA LOBO XAVIER, «Cumprir a Constituição...», cit., pp-156-157.

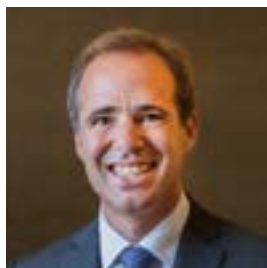
³² Sobre esta questão, mais desenvolvidamente, cfr. RITA LOBO XAVIER, «O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à Família» in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (MOTA, Helena e Guimarães, Maria Raquel), Almedina, Coimbra 2016 (841-860); «Questões atuais de Direito da Família, in PINTO, Helena Rebelo; SARDICAsé Miguel (coords.) - *Família Essência e Multidisciplinaridade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. Cap. 5 (103-119); «Direito a constituir família, discurso da igualdade de direito das pessoas com orientação homossexual e a perspetiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» in AMARAL, Maria Lúcia (org.), in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol II, Edições Almedina, Coimbra 2016 (469-490).

³³ Sobre as releituras das normas constitucionais relativas à Família na perspetiva da prevalência da tutela dos direitos individuais sobre as incumbências de proteção da instituição, verificando que todo o percurso da intervenção legislativa no âmbito das relações familiares tem sido marcado mais recentemente pelo reforço das interpretações individualistas e pelo progressivo esbatimento das normas de proteção institucional ou, dito de outro modo, pela prevalência da tutela dos direitos individuais sobre as incumbências de proteção da Família, cfr. RITA LOBO XAVIER, «Cumprir a Constituição...», cit., pp. 162-165.

³⁴ E, implicitamente, o direito de não contrair casamento «cfr. NUNO DE SALTER CID, «Sobre o direito de não contrair casamento», cit. *passim*.

³⁵ Como ficou dito, o casamento não é um contrato de natureza obrigacional, não conferindo direitos de prestação, nem direitos sobre a pessoa, realiza uma união de pessoas, uma comunhão de vida entre duas pessoas.

RECONHECIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS ESTRANGEIRAS DE DIVÓRCIO — O NOVO REGULAMENTO BRUXELAS II-TER



Afonso Patrão
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra
Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional

Clique para assistir.



RESUMO: Começou, na apresentação, por distinguir-se o *reconhecimento de decisões judiciais em sentido próprio* do reconhecimento que ocorre por *via indirecta*, através das regras de conflitos de leis.

Enumerados os sistemas possíveis de reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras, deu-se conta da vigência simultânea, em Portugal, de diversos métodos de reconhecimento — associada ao carácter subsidiário do sistema autónomo do Código de Processo Civil e à pluralidade de fontes jurídicas nesta matéria (leis especiais, Convenções Internacionais e Regulamentos da União Europeia).

De seguida, a comunicação centrou-se no sistema de reconhecimento contido no Regulamento Bruxelas II-ter (Regulamento UE 2019/1111), identificando as muito ligeiríssimas diferenças face ao seu predecessor no quadro do reconhecimento de sentenças em matéria matrimonial.

Assim, sublinhou-se que o Regulamento plasma um sistema de reconhecimento *automático* das decisões judiciais *constitutivas* (de divórcio e de separação judicial), embora não abranja as decisões negativas (que não decretam o divórcio).

Por fim, analisaram-se os fundamentos que podem basear um pedido de *recusa de reconhecimento* e analisou-se a bondade da regra de reconhecimento mesmo nos casos em que a competência jurisdicional haja sido fixada com base nas regras processuais internas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado; Reconhecimento de sentenças estrangeiras; Divórcio; União Europeia.





QUESTÕES EM TORNO DA REVISÃO E CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA EM MATÉRIA DE DIREITO MATRIMONIAL, POR CONTRAPOSIÇÃO AO SEU RECONHECIMENTO AUTOMÁTICO, SEM MAIS FORMALIDADES, DECORRENTE DA APLICAÇÃO DOS REGULAMENTOS (EU)



Luís Espírito Santo
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO:

1. O regime das acções de revisão e confirmação de sentença estrangeira e a afirmação do princípio da estabilidade das relações jurídicas internacionais.
2. O controlo do mérito da sentença estrangeira (embora sem novo julgamento) no caso de a sentença ser proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, quando o resultado da acção seria mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse, por hipótese, aplicado o direito material português, quando fosse este o direito a aplicar com fundamento nas normas de conflitos previstas nos artigos 25.º a 65.º do Código Civil (denominado privilégio da nacionalidade), bem como a necessidade de aferir da manifesta incompatibilidade do resultado nela vertido com as normas e princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português.
3. Ónus de prova da verificação dos requisitos previstos no artigo 980.º do Código de Processo Civil.
4. Aplicação do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de Maio de 2000, que entrou em vigor em 1 de Março de 2001 e veio a ser revogado pelo Regulamento 2201/2003, de 27 de Novembro, o qual, por sua vez, veio a ser revogado pelo artigo 1º do Regulamento n.º 2019/1111, de 25 de Junho de 2019. Reconhecimento automático em Portugal, independentemente de qualquer formalidade, de divórcio proferido por Estado membro da União Europeia.
5. Caracterização do conceito de Ordem Pública Internacional do Estado Português. Den-sificação e exemplificação.
6. Direito Canónico.
7. Consequências do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2022, de 19 de Outubro, respeitante à escritura pública declaratória da união estável.

PALAVRAS-CHAVE: Acções de revisão e confirmação de sentença estrangeira; Controlo do mérito; Sistema de delibação; Privilégio da nacionalidade; Normas e princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português; Ónus de prova; Regulamento n.º 2019/1111, de 25 de Junho de 2019; Direito Canónico; Acórdão de Uniformização de Jurisprudência; Escritura pública declaratória da união estável.

A presente intervenção tem por objecto a análise, necessariamente breve, de um conjunto de situações integradas no âmbito do direito matrimonial em que uma sentença proferida por um tribunal estrangeiro necessitou, para poder produzir os seus efeitos no ordenamento jurídico nacional, de prévia revisão e confirmação por parte de tribunal português, neste caso o Tribunal da Relação competente (artigo 979.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), sem estar portanto em causa o seu reconhecimento automático, e sem mais formalidades, por força dos Regulamentos Europeus vigentes nesta matéria (mais concretamente o vigente Regulamento n.º 2019/111 do Conselho da União Europeia, de 25 de Junho de 2019).

Estamos, pois e basicamente, perante a aplicação dos normativos que se compreendem nos artigos 978.º a 985.º do Código de Processo Civil.

Focaremos, assim, a nossa atenção, em determinados pontos que, a nosso ver, concorrem para a afirmação dos princípios orientadores que a nossa lei acolhe neste domínio.

Elegemos os seguintes vectores fundamentais de análise:

1. Características do processado;
2. Poderes, limites e especificidades da actuação do Tribunal da Relação;
3. Situações casuísticas em que o Supremo Tribunal de Justiça definiu regras ou princípios relevantes perante as controvérsias jurídicas concretas que lhe foram suscitadas;
4. Algumas outras decisões judiciais conexas com o tema;
5. Conclusões.

Passemos à sua análise:

1 | Características do processado

A regra geral que vigora no julgamento dos processos de revisão e confirmação de sentença estrangeira é a de que não deve o Tribunal da Relação nacional intrometer-se substantivamente no conhecimento do mérito do enquadramento jurídico adoptado na sentença revidenda, bem como na análise crítica da factualidade que lhe serve de fundamento.

Como se compreende está em causa o princípio da estabilidade das relações jurídicas internacionais que poderia ser gravemente colocado em crise

se fosse exigido ao interessado a instauração de novo processo judicial, agora junto do tribunal nacional em cujo ordenamento pretende que venham a ser produzidos os efeitos jurídicos já determinados na sentença estrangeira, abrindo a porta à possibilidade de prolação de decisões contraditórias e à frustração de posições já antes adquiridas e consolidadas no plano jurídico e prático.

Estamos, portanto, no domínio da confiança e da defesa da certeza e segurança das posições já consolidadas no seio de outras ordens jurídicas, protegendo os interesses daqueles que, no exercício da sua liberdade de circulação, se cruzam num mundo cada vez mais caracterizado por valores, olhares e formas de estar culturalmente díspares e que vêm sendo partilhados por um grande número de pessoas que se reúnem, convivem e congregam fora dos seus países de origem.

O que significa que a decisão revidenda, tendo sido proferida à luz do ordenamento jurídico próprio e perante os órgãos nacionais competentes, é para valer no ordenamento jurídico português, sem que se justifique a sua reapreciação de fundo (seguindo o princípio da extraterritorialidade das jurisdições nacionais).

É o denominado sistema de delibação, assente na revisão puramente formal da sentença revidenda, que se restringe, em princípio e à partida, à apreciação da sua regularidade formal ou extrínseca.

(Sobre este ponto *vide*, entre muitos outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2011 – relator Paulo Sá –, proferido no processo n.º 87/10.5YRLSB.S1, e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 2008 – relator Fonseca Ramos – proferido no processo n.º 08A352).

Importa, porém, salientar duas importantes ressalvas que atenuam esta qualificação do nosso sistema como puramente formal, aproximando-o de certa forma de um sistema misto, com características próprias do sistema de delibação e vertentes em que se impõe, como realidade incontornável, o controlo do mérito da sentença revidenda (mas não um novo julgamento, note-se).

A primeira das ressalvas respeita ao denominado privilégio da nacionalidade (em rigor da aplicação da lei nacional mais favorável), previsto no artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, segundo o qual: se a sentença estrangeira tiver sido proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, a impugnação à revisão e confirmação da sentença estrangeira pode ainda fundar-se na circunstância do resultado da acção ser-lhe mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse, por hipótese,

aplicado o direito material português, quando fosse este mesmo direito português o aplicável com fundamento nas normas de conflitos previstas nos artigos 25.º a 65.º do Código Civil.

Conforme referem Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Sousa, in “*Código de Processo Civil Anotado. Volume II, Processo de execução, processos especiais e processo de inventário*”, Almedina 2020, a página 432:

“Este regime implica um controlo de mérito, cabendo ao Tribunal da Relação apreciar os factos dados como provados na sentença revidenda e o direito aplicável sem que isso signifique proceder a um novo julgamento. Este fundamento de oposição tem que ser arguido pela parte enquanto excepção, não sendo de conhecimento oficioso”.

Trata-se aqui da chamada **doutrina da unilateralidade, na sua versão da unilateralidade atenuada**, o que significa precisamente que a competência do tribunal de origem é limitada pela competência exclusiva dos tribunais do Estado de reconhecimento.

A segunda tem a ver com a necessidade de verificar materialmente da compatibilidade entre o resultado do que foi decidido na sentença estrangeira e as normas ou princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português, obrigando o Tribunal da Relação a desenvolver também a sua actividade em termos de controlo do mérito da solução perfilhada na decisão revidenda.

Tal incompatibilidade tem de ser, conforme impõe a alínea f) do artigo 980.º do Código de Processo Civil, manifesta, o que bem revela o seu cariz absolutamente excepcional quanto a servir de fundamento à recusa da revisão e confirmação, encontrando-se em linha com o disposto no artigo 22.º do Código Civil, segundo o qual “*Não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português*”.

(Sobre este tema *vide* o interessante acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Fevereiro de 2003 – relator Oliveira Barros –, proferido no processo n.º 03B206, em que se admitiu a possibilidade de revisão e confirmação de uma sentença de divórcio proferida por Tribunal de Glasgow, Escócia, instruída apenas com o “*extract decree of divorce*” limitada à afirmação de que foi proferida a decisão final de divórcio, sem custas, sendo esse o teor único da sentença proferida nesses casos pelos tribunais escoceses, não existindo outro documento, ou outro tipo de desenvolvimento. Considerou o Supremo Tribunal de Justiça que não se verifica manifesta violação à ordem pública portuguesa e que esse era o único documento que certificava o

divórcio (nos termos do sistema jurídico que o decretou), apenas impondo à requerente que fizesse prova documental idónea do registo em Portugal do seu casamento – cuja dissolução pretendia ver confirmada.

Sobre a circunstância de o objecto da sentença estrangeira a rever dever ser a decisão em si e não os respectivos fundamentos – que podem mesmo nem sequer dela constar – *vide* igualmente o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Julho de 2011 – relator Marques Pereira –, proferida no processo n.º 999/09.1YRLSB.S1.

No próprio sistema regra de deliberação existem condicionantes impostas por lei para o reconhecimento, por esta via, da sentença proferida por tribunal estrangeiro.

Ou seja, o Tribunal da Relação nacional poderá ter que atestar da autenticidade e genuinidade dos documentos apresentados pelo requerente (sentença e documentos que a acompanham); da compreensibilidade do texto apresentado como documento a rever; do trânsito em julgado à luz das regras vigentes no ordenamento estrangeiro no qual a decisão foi proferida; da não violação da competência exclusiva dos tribunais portugueses; da inexistência de litispendência ou caso julgado que afecte tribunal português, nos casos em que o tribunal estrangeiro não tenha prevenido a jurisdição; da salvaguarda dos princípios da igualdade e do contraditório, com especial ênfase para a garantia da regularidade da citação do Réu; da inexistência de incompatibilidade com princípios da ordem pública internacional do Estado Português (artigos 980.º, alíneas a) a f), do Código de Processo Civil).

É naturalmente assegurada, em termos dos princípios da igualdade e do contraditório, a possibilidade de oposição por parte do requerido ao pedido de revisão e confirmação de sentença estrangeira (artigo 981.º do Código de Processo Civil).

Há lugar, após os articulados, a alegações por parte do Ministério Público, requerente e requerido, que são realizadas por escrito, (artigo 982.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

O julgamento segue as regras gerais da apelação (basicamente abertura de vistos aos Juízes Desembargadores Adjuntos e subsequente prolação de acórdão, sendo frequente a decisão em termos singulares ao abrigo do disposto no artigo 656.º do Código de Processo Civil (artigo 982.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Da decisão do Tribunal da Relação há revista para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 985.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Ao Ministério Público assiste legitimidade para recorrer, ainda que não seja parte principal, nos casos de competência do tribunal estrangeiro com

recurso a fraude ou com violação da competência exclusiva dos tribunais portugueses; violação dos princípios do contraditório ou da igualdade das partes, com especial ênfase para a falta de regularidade na citação do Réu; violação dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português (artigo 985.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Diga-se, por fim, que não carece de confirmação ou revisão a sentença estrangeira que se destine apenas a servir de meio de prova, sujeito à apreciação do julgador, e não a produzir efeitos próprios no ordenamento jurídico interno (artigo 978.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Neste último caso, não está em questão o reconhecimento do efeito constitutivo ou o trânsito em julgado (positivo ou negativo) da decisão estrangeira, mas tão somente a sua utilização meramente instrumental na fase instrutória de um outro processo pendente em tribunal nacional.

2 | Poderes, limites e especificidades da actuação do Tribunal da Relação

Nos processos de revisão e confirmação de sentença estrangeira o Tribunal da Relação funciona enquanto tribunal de 1.ª instância, na qual os feitos são introduzidos em juízo pelo(s) interessado(s).

Ao Juiz Desembargador relator cabe, portanto, assegurar a correcta e escorreita tramitação dos autos, que revestem a natureza de acção declarativa de simples apreciação (o objecto da lide é tão somente o de verificar se a decisão estrangeira reúne todos os requisitos legalmente impostos para produzir efeitos em Portugal).

A decisão singular que seja proferida pelo Juiz Desembargador relator, ao abrigo do disposto nos artigos 652.º, n.º 1, alínea c) e 656.º do Código de Processo Civil – como é frequente acontecer –, não admite recurso imediato de revista para o Supremo Tribunal de Justiça (que não conhece, via de regra de decisões singulares – com excepção da reclamação prevista no artigo 643.º do Código de Processo Civil).

É necessário que sobre tal decisão singular incida um acórdão em Conferência, por via da reclamação prevista no artigo 652.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, para a parte interessada poder ulteriormente recorrer de revista nos termos gerais (artigo 652.º, n.º 5, alínea b), do Código de Processo Civil).

Questões que nesta sede se podem suscitar:

1.^a Distribuição do ónus de prova entre o requerente e o requerido

Conforme resulta do disposto no artigo 984.º do Código de Processo Civil, neste tipo de acções não compete ao requerente o ónus de prova sobre a verificação dos requisitos previstos nas alíneas b) a e), do artigo 980.º do Código de Processo Civil (trânsito em julgado; inexistência de fraude ou competência exclusiva dos tribunais portugueses; inexistência de litispendência ou caso julgado; observância dos princípios da igualdade das partes e do contraditório).

Será antes ao requerido que incumbe demonstrar que tais requisitos não se verificam, na medida em que lei os presume, salvaguardando sempre e obviamente a possibilidade de o Tribunal, oficiosamente, pela análise que fará dos autos, vir a apurar da sua não verificação – o trânsito em julgado da sentença revidenda (à luz das regras do ordenamento em que foi proferida); a competência exclusiva dos tribunais portugueses ou a verificação de fraude à lei na provocação da competência do tribunal estrangeiro); questões de litispendência ou caso julgado desde que fundadas em causas afectas a tribunal português, quando o tribunal estrangeiro não haja prevenido a jurisdição; a violação dos princípios basilares da igualdade e do contraditório, com especial ênfase para a regularidade da citação do Réu.

Já no que concerne à prova da compreensibilidade da decisão e da autenticidade do documento que a consubstancia (alínea a) do artigo 980.º do Código de Processo Civil), bem como no que diz respeito à inexistência de ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português (alínea f) do artigo 980.º do Código de Processo Civil), atenta a sua especial importância, competirá ao requerente o ónus da sua demonstração em juízo, sem prejuízo da verificação oficiosa que o Tribunal da Relação terá que desenvolver no sentido de saber se concorrem, ou não, no caso as condições indicadas nesta alínea.

(Sobre esta matéria, *vide* o esclarecedor acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 2005 – relator Oliveira Barros –, proferido no processo n.º 05B4168).

2.^a Possibilidade de impugnação da matéria de facto fixada na sentença revidenda

Esta questão que se prende com a reanálise através de juízo autónomo dos factos fixados na sentença revidenda foi apreciada no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 2021 (relator Tibério Silva), proferido

no processo n.º 78/19.3YRLSB.S1.

Tratava-se nesse caso de uma acção para revisão e confirmação de uma sentença proferida pelo ordenamento jurídico suíço que havia decretado o divórcio entre os cônjuges e regulado o exercício das responsabilidades parentais relativamente às filhas menores do casal.

No ponto 5 da sentença afirmava-se a certificação e tradução da sentença conforme documento intitulado “*Apostille (Convention de la Haya du 5 Octobre 1961)*”.

Entendia o recorrente que o documento em causa não era um documento autêntico, nem cópia autenticada, nem se encontrava apostilhado.

O que se encontrava apostilhado não era a sentença revidenda mas apenas uma tradução desta.

Pelo que, a este propósito, se pedia que o Supremo Tribunal de Justiça revogasse este ponto 5 da fundamentação, uma vez que, segundo o recorrente, a lei conferia-lhe poderes para alterar a decisão de facto, devendo neste domínio ser garantido um duplo grau de jurisdição.

É claro que este raciocínio padecia de um vício notório.

A garantia do duplo grau de jurisdição reporta-se a decisões proferidas no âmbito do mesmo ordenamento jurídico, não podendo ter por referência uma decisão judicial proferida no âmbito de um ordenamento jurídico externo.

Sobre esta matéria, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça esclareceu, com toda a pertinência, que:

- Embora o Tribunal da Relação actue enquanto 1.ª instância, a lei qualifica a impugnação da sua decisão como de revista (artigo 974.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Logo, a apreciação da matéria de facto estaria, à partida, arredada dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos gerais dos artigos 674.º, n.º 3 e 682.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

- Não obstante isso, nos termos do artigo 980.º, alínea a), do Código de Processo Civil, poderia o Supremo Tribunal de Justiça oficiosamente apreciar a matéria da autenticidade do documento apresentado, abordando nessa sede, a matéria suscitada.

3.ª Matéria da competência exclusiva dos tribunais portugueses

Dispõe o artigo 980.º, alínea c), 2ª parte, que uma das condições para a revisão e confirmação da sentença estrangeira é a de que “*não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses*”.

Esta previsão normativa está directamente relacionada com o artigo

63.º do Código de Processo Civil, na qual se prevê, na sua alínea a):

“Os tribunais portugueses são exclusivamente competentes em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis situados em território português (...).”

Sobre a questão da competência da sentença estrangeira para determinar a transferência da titularidade de bens sítos em Portugal, no âmbito de decisões em matéria matrimonial, *vide* o interessante acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Janeiro de 2005 (relator Lucas Coelho), proferido no processo n.º 04b3808.

Afirmando a reserva de jurisdição dos tribunais portugueses, quando em sede incidental, a sentença estrangeira (EUA) determinou o destino de bens imóveis sítos em Portugal, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2001 – relator Araújo de Barros –, proferido no recurso n.º 3862/00, publicado na Colectânea de Jurisprudência/STJ, Ano IX, tomo I, páginas 133 a 135 (conclui-se neste aresto que “(...) inevitável é entender que a sentença que, em acção de divórcio, define a situação patrimonial entre os cônjuges, dispondo sobre a situação jurídica de direitos reais sobre bens imóveis sítos em Portugal, alterando o status quo desses bens e atribuindo a um dos cônjuges um direito pessoal de gozo sobre o imóvel sito em Portugal, conflitua necessariamente com a reserva de jurisdição dos tribunais portugueses, mostrando-se insusceptível de revisão”).

4.º Alcance do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de Maio de 2000, que entrou em vigor em 1 de Março de 2001 e veio a ser revogado pelo Regulamento 2201/2003, de 27 de Novembro, o qual veio a ser revogado pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 2019/1111, de 25 de Junho de 2019

Aplicando qualquer um destes Regulamentos, em processo de divórcio proferido num Estado membro da União Europeia a decisão proferida por tribunal estrangeiro é automaticamente reconhecida em Portugal, independentemente de qualquer formalidade.

Sobre este ponto, dir-se-á esquematicamente, relativamente ao afastamento da necessidade de revisão e confirmação de sentença estrangeira, incluindo a sua exequibilidade nos termos do disposto no artigo 706.º, n.º 1, do Código de Processo Civil:

1.º - O Regulamento n.º 1347/2000, do Conselho da União Europeia de 29 de Maio, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal, entrou em vigor em 1 de Março de 2001.

O seu artigo 42.º, n.º 1, referente ao direito transitório aplicável, dis-

punha que:

“As disposições do presente regulamento apenas são aplicáveis às acções judiciais, actos autênticos e transacções celebradas em tribunal no decurso de um processo, posteriormente à respectiva entrada em vigor”.

E acrescentava o n.º 2: *“Todavia, as decisões proferidas após a data da entrada em vigor do presente regulamento na sequência de acções intentadas antes dessa data são reconhecidas e executadas em conformidade com o disposto no capítulo III se a competência do tribunal se fundava em regras conforme com as previstas, quer no título II, quer numa convenção em vigor entre o Estado-Membro de origem e o Estado-membro requerido aquando da instauração da acção”.*

Não obstante as dúvidas que esta formulação naturalmente suscita, é possível concluir-se que tal Regulamento é aplicável às decisões proferidas desde 1 de Março de 2001, desde que a competência do tribunal resulte do artigo 2.21.º do Regulamento.

2.º - O Regulamento (UE) n.º 2201/2003, do Conselho da União Europeia, de 27 de Novembro de 2003, revogou o Regulamento n.º 1347/2000, do Conselho da União Europeia de 29 de Maio.

Este novo Regulamento entrou em vigor em 1 de Agosto de 2004, mas só se tornou efectiva a sua aplicação em 1 de Março de 2005.

Dispõe o respectivo artigo 64.º, n.º 1:

“1. As disposições do presente regulamento são aplicáveis apenas às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores à sua data de aplicação, prevista no artigo 72.º

2. As decisões proferidas após a data de aplicação do presente regulamento, na sequência de processos instaurados antes dessa data, mas após a data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas nos termos do capítulo III do presente regulamento, se a competência do tribunal se fundava em normas conformes com as previstas no capítulo II do presente regulamento, no Regulamento (CE) n.º 1347/2000 ou numa convenção em vigor entre o Estado-Membro de origem e o Estado-Membro requerido aquando da instauração do processo.

3. As decisões proferidas antes da data de aplicação do presente regulamento, na sequência de processos intentados após a data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas nos termos do capítulo III do presente regulamento, desde que se trate de divórcio, de separação ou de anulação do casamento ou de uma decisão relativa à responsabilidade parental de filhos comuns no âmbito de uma acção de natureza matrimonial.

4. As decisões proferidas antes da data de aplicação do presente regulamento, mas após a data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, na sequência de processos instaurados antes da data de entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1347/2000, são reconhecidas e executadas nos termos do capítulo III do presente regulamento, desde que se trate de uma decisão de divórcio, de separação, de anulação do casamento ou relativa à responsabilidade parental de filhos comuns no âmbito de uma acção de natureza matrimonial, e se a competência do tribunal se fundava em regras conformes com as previstas no capítulo II do presente regulamento, no Regulamento (CE) n.º 1347/2000 ou numa convenção em vigor entre o Estado-Membro de origem e o Estado-Membro requerido aquando da instauração do processo”.

Ou seja, este Regulamento estabelece, como regra, a sua aplicação às acções instauradas após 1 de Março de 2005.

Porém, prevê o mesmo Regulamento a sua aplicação retroactiva a decisões proferidas anteriormente, mas que o tenham sido em data posterior à entrada em vigor do Regulamento n.º 1347/2000, do Conselho da União Europeia de 29 de Maio, ou seja, após 1 de Março de 2001 (em processos instaurados antes dessa data, portanto), desde que a competência do tribunal de origem tenha sido fixada em critérios conformes com esse Regulamento.

3.º - O Regulamento (UE) n.º 2019/1111, do Conselho da União Europeia, de 25 de Junho de 2019, revogou o Regulamento n.º 2201/2003, do Conselho da União Europeia, de 27 de Novembro de 2003.

Este novo Regulamento entrou em vigor em 22 de Julho de 2019, sendo aplicável na sua generalidade a partir de 1 de Agosto de 2019.

Dispõe o respectivo artigo 105.º, n.º 2:

“O presente regulamento é aplicável a partir de 1 de agosto de 2022, com exceção dos artigos 92.º, 93.º e 103.º, que são aplicáveis a partir de 22 de julho de 2019.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável nos Estados-Membros em conformidade com os Tratados”.

No que respeita ao direito transitório, estabelece o artigo 100.º deste novo Regulamento:

Disposições transitórias

“1. O presente regulamento é aplicável apenas às acções judiciais intentadas, aos atos autênticos formalmente exarados e aos acordos registados em 1 de agosto de 2022 ou numa data posterior.

2. O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 continua a ser aplicável às decisões proferidas em acções judiciais intentadas, aos atos autênticos exarados

e aos acordos que se tornaram aplicáveis no Estado-Membro em que foram celebrados antes de 1 de agosto de 2022 e que sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação do referido regulamento”.

Sobre o Regulamento n.º 2019/1111, do Conselho da União Europeia de 25 de Junho de 2019, cumpre deixar registadas as seguintes notas:

1. Este Regulamento aplica-se em matéria civil ao divórcio, à separação e à anulação do casamento (artigo 1.º, n.º 1, alínea a), mas não aos efeitos patrimoniais resultantes da dissolução do vínculo conjugal, nem às causas do divórcio, bem como às decisões que rejeitam a dissolução do vínculo conjugal (*vide* considerando 9).
2. O artigo 3.º do Regulamento permite um amplo alargamento dos critérios de atribuição de competência, sendo alternativos entre si e não hierarquizados, o que promove a corrida à abertura do processo com vista à fixação e prevenção, deste modo, da competência internacional (o denominado *forum shopping*) – *vide* artigos 19.º e 20.º do Regulamento.
3. A recusa de uma decisão de divórcio, separação ou anulação do casamento apenas pode ter por base:
 - a) a manifesta incompatibilidade com a Ordem Pública do Estado-Membro (artigo 38.º, alínea a);
 - b) a ausência de conhecimento do acto introdutório da instância (por citação ou notificação) da parte revel, em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa, a não ser se tiver estabelecido que aceitou a decisão de forma inequívoca (artigo 38.º, alínea b);
 - c) a sua incompatibilidade com outra decisão proferido anteriormente, entre as mesmas partes, no Estado-Membro requerido (artigo 38.º, alínea c);
 - d) a sua incompatibilidade com a decisão proferida anteriormente noutro Estado-Membro ou num país terceiro entre as mesmas partes, desde que a primeira decisão reúna as condições para ser reconhecida no Estado-Membro requerido.

3 | Situações casuísticas em que o Supremo Tribunal de Justiça definiu regras ou princípios relevantes perante as controvérsias jurídicas concretas que lhe foram suscitadas

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Abril de 2018 (relator José Rainho), proferido no processo n.º 137/17.7YRPRT.S1.

(que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2017, em que foi relator o Desembargador Aristides de Almeida)_

Factos:

Sentença proferida por tribunal francês (Tribunal da Relação de Paris) em 25 de Outubro de 2007, transitada em julgado, na sequência do pedido de divórcio, em que o aí cônjuge Réu foi condenado a pagar à A. as seguintes verbas:

- € 170.000,00 a título de prestação indemnizatória (artigo 270.º do Código Civil Francês), destinada a compensar o prejuízo decorrente da disparidade nas condições de vida que a ruptura do casamento provocou.
- € 10.000,00, a título de indemnização por, sendo a culpa do divórcio partilhada, haver prejuízo específico independente do prejuízo resultante da ruptura do casamento, nos termos do artigo 1382.º do mesmo Código Civil.
- € 8.000,00, a título das despesas causadas pela demanda, nos termos do artigo 700.º do Código de Processo Civil Francês.

A A. instaurou no Tribunal de Aveiro acção em que pediu a declaração de exequibilidade judicial ou executoriedade do Acórdão da Relação de Paris de 25 de Outubro de 2007, a qual foi julgada improcedente com o fundamento de não se estar perante um caso de reconhecimento ao abrigo dos Regulamentos 44/2001 de 22 de Dezembro de 2000 e 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, nem ao abrigo das Convenções de Bruxelas ou de Lugano, sendo que a sentença para ser exequível em Portugal teria que ser objecto de revisão e confirmação, o que formou caso julgado.

Principais questões suscitadas pelo requerido/recorrente:

1.^a – Não aplicação da lei material portuguesa que era imperativamente aplicável neste caso, face à norma de conflitos em causa, uma vez que a requerente e o requerido são ambos cidadãos portugueses (privilégio da nacionalidade).

2.^a – Ofensa dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

Fundamentos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

1.º – Quanto à condenação nas despesas da demanda (no valor de € 8.000,00), o Supremo Tribunal de Justiça entendeu serem aplicáveis os Regulamentos (CE) n.ºs 1347/2000 e 2201/2003, relativos à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em ma-

téria de responsabilidade parental, o que afasta o procedimento de revisão e confirmação.

Neste ponto, esclareceu-se que, mesmo tendo entrado em juízo o processo francês em 1991, é-lhe aplicável o Regulamento 2201/2003, com entrada em vigor em 1 de Agosto de 2004.

Nos termos do n.º 4 do artigo 64.º pretendeu-se que o novo Regulamento fosse aplicado às decisões de divórcio (e logicamente às decisões sobre custas indexadas ao processo de divórcio) subsequentes à entrada em vigor do Regulamento n.º 1347/2000, proferidas em processos instaurados anteriormente a essa mesma entrada em vigor.

Por maioria de razão, o Regulamento n.º 2201/2003 será aplicável a decisões posteriores à sua entrada em vigor e proferidas em processos instaurados anteriormente à entrada em vigor do Regulamento n.º 1347/2000, como é o caso.

Acrescenta ser irrelevante que a legislação francesa não integre o dito montante de € 8.000,00 formalmente no conceito de custas do processo (não distingue entre custas e despesas não incluídas nas custas).

Alude para este efeito, ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de Abril de 2008 (relator Telles Pereira), proferido no processo n.º 225-C/1998.C1, que desenvolve com particular pertinência esta temática.

2.º – O acórdão do STJ aborda a questão do privilégio da aplicação nacional invocado pelo recorrente ao abrigo do disposto no artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Decidiu, a este propósito, que o tribunal francês não tinha de aplicar ao caso a lei portuguesa, embora segundo a norma de conflitos portuguesa fosse atendível a lei nacional das partes – artigos 52.º, n.º 2 e 55.º, n.º 1, do Código Civil.

Esta estatuição apenas vincula os tribunais na ordem jurídica portuguesa e não os tribunais estrangeiros que estão vinculados às normas de conflitos impostos pelo seu próprio ordenamento.

O que pode suceder é a recusa de revisão e confirmação da sentença estrangeira caso se entenda dever aplicar-se a regra do artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, reconhecido que se encontre o preenchimento da sua previsão normativa.

3.º – Foi levantada a questão de que o resultado da decisão em causa é incompatível com a Ordem Pública Internacional do Estado Português.

O acórdão do STJ respondeu quanto a esta matéria:

Primeiro, caracterizou a Ordem Pública Internacional do Estado Português como *“normas e princípios absolutamente imperativos que formam os*

quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social e que, nessa medida, são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos”.

Debruçando-se sobre o caso concreto, considerou:

- Nem tudo o que diz respeito às relações de família tem que ser visto como inserível no domínio da ordem pública (apenas são susceptíveis de tal qualificação as normas que asseguram a liberdade de constituição de família, a igualdade entre os cônjuges, a manutenção do regime jurídico pessoal dos cônjuges, a estabilidade das relações patrimoniais fixadas, a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento).
- Não integram o referido domínio da Ordem Pública Internacional do Estado Português as normas que regulam aspectos acessórios da relação de família, do divórcio, da organização do poder paternal ou do modo de substituição deste.
- Quanto à condenação na quantia de € 10.000,00, a título de indemnização por, sendo a culpa do divórcio partilhada, haver prejuízo específico independente do prejuízo resultante da rutura do casamento, nos termos do artigo 1382.º do mesmo Código Civil:

O STJ considerou inexistir qualquer incompatibilidade manifesta com as normas ou princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português.

O resultado obtido pela decisão do tribunal francês está em linha com dois institutos triviais na ordem jurídica nacional: o da responsabilidade civil por facto ilícito e culposo (artigo 483.º do Código Civil) e o da prestação de alimentos ao ex-cônjuge (artigo 2009.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil).

Também neste ponto, o recorrente voltou a invocar o privilégio da nacionalidade constante do artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

O STJ considerou a este propósito que *“o recorrente tinha razão em parte”*. Vejamos:

A norma de conflitos aplicável é a do artigo 52.º, n.º 1, do Código Civil, segundo a qual: *“(não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade) as relações entre os cônjuges são reguladas pela lei nacional comum”* (sendo neste sentido irrelevante que tenham residência comum em França).

Por outro lado, o Regulamento (EU) 1259/2010 do Conselho da União Europeia de 20 de Dezembro de 2010 (que criou uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial) entrou em vigor em data posterior à data em que foi proferido o acórdão recorrido e não é aplicável às matérias aqui em discussão (apenas ao divórcio e separação judicial).

E sublinha o acórdão que, para efeitos do n.º 2 do artigo 983.º do Código de Processo Civil interessa atender quer à decisão tomada quer aos seus fundamentos (ou seja, há aqui revisão de mérito e não apenas externa e formal).

Porém, o mesmo acórdão do STJ concluiu que não lhe competia controlar a regularidade, proficiência ou suficiência da decisão revidenda quanto à matéria de facto, pelo que a sua análise deve circunscrever-se à factualidade apresentada na decisão, cumprindo simplesmente conhecer do tratamento jurídico a que os factos ali expostos deviam ser submetidos segundo o direito português (vigente ao tempo em que foi tomada a decisão e não ao direito actual).

E assim sendo, relativamente à condenação na quantia de € 10.000,00, a título de indemnização pelo prejuízo moral e material infligido pelo recorrente à mulher – distinto do originado pela dissolução do casamento – não existe diferença relevante face à aplicação do direito material português (artigos 483.º, 494.º e 562.º a 566.º do Código Civil).

Logo, se a questão em causa tivesse sido regulada pelo direito material português não é seguro que o recorrente tivesse obtido uma decisão mais favorável.

Logo, o STJ confirmou a sentença revidenda neste ponto.

- Quanto à condenação na quantia de € 170.000,00 a título de prestação indemnizatória (artigo 270.º do Código Civil Francês), destinada a compensar o prejuízo decorrente da disparidade nas condições de vida que a ruptura do casamento provocou.

O STJ considerou que se trata de uma prestação que não tem correspondência formal exacta no direito português, não assentando na culpa mas na equidade, servindo o propósito de garantir independência material aos cônjuges após o termo do casamento.

É determinada em função das necessidades e possibilidades dos cônjuges, tendo semelhanças com o regime de prestação de alimentos ao ex-cônjuge prevista nos artigos 2003.º, n.º 1, e 2009.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil.

Contudo, perante a lei nacional portuguesa o ex-cônjuge só teria normalmente direito a uma tal prestação de alimentos se não tivesse culpa no divórcio ou não tivesse a maior culpa, nos termos do artigo 2016.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, na redacção então vigente (não prevista nos termos do actual artigo 2016.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, onde se dispõe: “*Cada cônjuge deverá prover à sua subsistência, depois do divórcio; qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio*”.

De todo o modo, o acórdão do STJ, concluindo pela maior culpa do cônjuge marido, mesmo perante a aplicação da lei portuguesa, entendeu que não se colhe nenhum facto na decisão revidenda que signifique, com suficiente conclusão, uma efectiva necessidade de alimentos por parte da ex-cônjuge mulher.

Pelo que concluiu que, se tivesse sido aplicado o direito material português aos factos provados o resultado da acção seria mais favorável ao recorrente, que não seria condenado a pagar alimentos à ex-mulher, por não se mostrar a necessidade deles, ou, no limite, teria sido condenado numa obrigação muito menos gravosa.

Pelo que concedeu, nesta parte, provimento à revista, revogando o acórdão do Tribunal da Relação na parte em que confirmou o acórdão recorrido quanto à decisão condenatória de € 170.000,00.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Março de 2021 (relatora Graça Amaral), proferido no processo n.º 2652/19.9YRLSB. S1 (que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Outubro de 2020 (relator Diogo Ravara)_

Factos:

Sentença de divórcio (consensual) proferida por tribunal brasileiro.

Foram objecto de acções próprias as questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais, transitadas antes da instauração da acção de divórcio.

Principais questões suscitadas pelo requerido/recorrente:

1. Falta de autenticidade e inteligibilidade da decisão revidenda uma vez que o acórdão se limitou a confirmar um acto processual de conteúdo ininteligível ao aceitar como decisão revidenda uma mera acta de audiência que não incorpora o acordo dos cônjuges quanto à partilha dos bens comuns.
2. Violação da Ordem Pública Internacional do Estado Português por não cumprir a regra da unicidade de decisão judicial quanto ao divórcio por mútuo consentimento e quanto à regulação das responsabilidades parentais (por não poder ser decretado o divórcio por mútuo consentimento sem que fosse simultaneamente homologado o regime de responsabilidades parentais).

Fundamentos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

1. Está satisfeito o requisito previsto na alínea a) do artigo 980.º do Código de Processo Civil quando o tribunal adquire documentalmente a certeza do acto jurídico postulado na decisão revidenda, ainda que não se encontre sob a forma de sentença em sentido próprio.

A ausência de dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença a rever tem de ser entendida nos termos referidos no n.º 2 do artigo 365.º do Código Civil, segundo o qual “*Se o documento (passado no estrangeiro) não estiver legalizado, nos termos da lei processual, e houver fundadas dúvidas acerca da sua autenticidade ou da autenticidade do reconhecimento, pode ser exigida a sua legalização*”, o que significa que relevam apenas para este efeito as dúvidas fundadas.

Sobre a compreensibilidade e inteligência da decisão, o seu alcance reporta-se ao seu conteúdo, não cabendo analisar da coerência lógica entre o segmento decisório e os fundamentos fáctico-jurídicos constantes da decisão revidenda.

2. Inexiste qualquer violação das normas e princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português, desde logo na medida em que aquando da instauração da acção de divórcio já se encontravam reguladas as responsabilidades parentais dos filhos menores do casal, através de sentença transitada em julgado.

Por outro lado, a pendência do processo visando a alteração do regime fixado quanto às responsabilidades parentais mostra-se inócua para tal efeito, pois a mera instauração da referida acção, independentemente da sua natureza (jurisdição voluntária) não afasta o regime instituído pela decisão anteriormente proferida.

Logo, a revista foi negada, confirmando-se a sentença revidenda.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 2022 (relator Rijo Ferreira), proferido no processo n.º 2127/17.6YRLSB. S1 (que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2021, em que foi relatora a Desembargadora Sónia Moura)_

Factos:

Sentença proferida por tribunal inglês, que foi caracterizada como “*acção de alimentos conjugada com um pedido de reconhecimento ou compensação*”, que determinou:

- o pagamento do Réu à A. do montante de 61.559.339,00 libras.
- o pagamento pelo Réu à A. da quantia mensal, à razão de 430.900 libras anuais.

- a transferência de todos os direitos e interesses do Réu sobre três imóveis, sendo um sítio em Londres e dois sítios em Portugal, para a titularidade da A.

Oposição do requerido fundada em:

1. Fraude no estabelecimento da competência do tribunal inglês;
2. Não foi salvaguardado um processo equitativo;
3. A desproporção do conteúdo da decisão revidenda;
4. Litispendência;
5. Violação da Ordem Pública Internacional do Estado Português, uma vez que não se mostra decretado o divórcio ou sequer demonstrada qualquer comunhão de bens.

O Tribunal da Relação negou a revisão e confirmação, na medida em que as pretensões pressupunham a existência de um divórcio eficaz no ordenamento jurídico português e tal não se verificava *in casu* (face à natureza da acção foi afastada a aplicabilidade do reconhecimento automático estabelecido no Regulamento n.º 2201/2003).

Principais questões suscitadas pelo requerido/recorrente:

1. Deve ser dado como assente o divórcio nos termos do artigo 978.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, segundo o qual “*Não é necessária a revisão quando a decisão seja invocada em processo pendente em tribunais portugueses, como simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa*”.
2. Devia o tribunal ter conhecido do divórcio “*Talaq*” (divórcio instantâneo, comum nos ordenamentos jurídicos em países islâmicos), a título incidental, ou então convidado a A. a suscitar tal incidente.
3. Ocorre abuso de direito por parte do Réu.

Fundamentos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

1. A revisão da sentença revidenda visa e tem por objecto principal regular os efeitos patrimoniais da dissolução do casamento de A. e Réu pelo divórcio.

A decisão revidenda não decretou o divórcio na acepção do Regulamento 2201/2003, susceptível de reconhecimento sem quaisquer formalidades nos termos do artigo 21.º, n.º 1.

Sem divórcio eficaz não se vislumbra a possibilidade de quaisquer efeitos patrimoniais.

Ou seja, não está em causa a simples aplicação do artigo 978.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

2. Tendo a A. nacionalidade portuguesa, o casamento e as suas vicissitudes constituem factos obrigatoriamente sujeitos a registo (artigos 1.º, n.º 1, alínea d), e 70.º, n.º 1, alíneas b) e f), da Lei n.º 37/81) e só podem ser invocados depois de registados (artigo 2.º do Código do Registo Civil) – só com o registo ganham eficácia (artigo 1669.º do Código Civil).
3. A obrigatoriedade do registo civil e a decorrente condição de eficácia dos actos a ele sujeitos são susceptíveis de integrar a Ordem Pública Internacional do Estado Português.
4. Não constando do assento de nascimento da A. e do assento de casamento averbado qualquer divórcio, A. e Ré, face ao ordenamento jurídico nacional, encontram-se ainda casados.
Logo é impossível o estabelecimento/reconhecimento dos efeitos patrimoniais de uma dissolução desse casamento que se não tem por verificada.
Trata-se de uma condição de procedibilidade da sentença para valer em Portugal, constituindo uma excepção dilatória que dá lugar à absolvição da instância.
5. Tal não inviabiliza que possa vir a ser reconhecida a dissolução do casamento, designadamente através da revisão da sentença dos Emirados Árabes Unidos que decretou o divórcio *talaq*, o que implicaria a imediata inscrição no registo civil português (artigo 7.º do Código de Registo Civil).

O acórdão do STJ decidiu pela absolvição da instância do requerido.

4 | Algumas outras decisões judiciais conexas com o tema

O Divórcio “*Talaq*”

Sobre esta matéria refere Anabela de Sousa Gonçalves in “*Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia (o Regulamento (EU) 2019/1111)*”, Editora D’ideias, Fevereiro de 2023, a páginas 45 a 46, que existe alguma indefinição em relação aos divórcios puramente privados, em que não há intervenção de qualquer autoridade pública e que, segundo a autora não estarão abrangidos pelo Regulamento.

E dá como exemplos, o divórcio judaico por entrega do *guet* (*ghet*) – divórcio que resulta da mera declaração dos interessados, perante duas tes-

temunhas e um escriba, sendo escrito à mão e lido por um rabino (ou um tribunal de três rabinos) e os divórcios islâmicos por repudição da mulher (*talaq*) – faculdade unilateral unicamente reconhecida ao cônjuge marido e que consiste na afirmação, três vezes repetida, da expressão *talaq*.

E refere em apoio dessa posição o disposto no Considerando 14, onde se pode ler: *“O presente Regulamento não deverá permitir a livre circulação de simples acordos privados. No entanto, os acordos que não sejam nem uma decisão nem um acto autêntico, mas que tenham sido registados por uma autoridade pública competente para o fazer deverão circular. Estas autoridades públicas podem incluir os notários que efectuam o registo dos acordos, mesmo quando estes exercem uma profissão liberal”*.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Novembro de 2019 (relatora Amélia Ribeiro), proferido no processo n.º 1378/18YRLSB.L1, onde se negou a confirmação da sentença revidenda por violação do princípio da igualdade e do contraditório e por ofensa manifesta aos princípios de Ordem Pública Internacional do Estado Português.

Versou sobre uma decisão do Bangladesh que analisou uma situação de declaração unilateral de divórcio proferido pelo marido perante notário (prerrogativa unicamente reservada aos homens e não às mulheres) – o *“Bayen Talaq”*.

Escreveu-se nesta decisão:

“o particularismo deste caso reside em que não se trata de uma decisão, mas sim, como se disse, de uma declaração unilateral, proferida pelo próprio requerente, perante o notário, à margem de qualquer processo judicial ou procedimento administrativo, no âmbito do qual tenha sido viabilizado o exercício do princípio do contraditório”.

“É precisamente por isso que não poderá ser reconhecida a esta declaração o mesmo conteúdo e função de uma «decisão judicial» ou de uma «declaração administrativa» passível de confirmação”.

O documento prova que o requerente (e só ele) fez a declaração de repúdio, perante o notário, sem demonstrar a observância de qualquer procedimento, sem a intervenção do cônjuge mulher e sem que tenha sido emitido qualquer juízo, ainda que de carácter homologatório, por parte da entidade administrativa responsável pelo acto. É justamente essa circunstância que, a nosso ver, coloca a pretendida revisão fora da cobertura do artigo 980.º do CPC”.

“A desconsideração total de um dos cônjuges no procedimento de divórcio, com violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas é, neste caso, passível de violar a ordem pública internacional do Estado Português, obstando a al. f) à procedência da pretensão do requerente.

Ordem pública internacional e direito material. Acontece que, poderia, até, sustentar-se que o caso dos autos convoca também o direito material”.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 2007 (relator Jorge Leal), proferido no processo n.º 10602/2005_

Sentença do Tribunal de Rabat, Marrocos.

A sentença revidenda foi confirmada.

Divórcio pelo repúdio, faculdade exclusivamente atribuída ao cônjuge marido, de efeitos imediatos, sem possibilidade de oposição.

Aliás, o cônjuge mulher poderá exercer a mesma faculdade, se autorizada pelo marido.

É revogável, pelo cônjuge marido, durante o período legalmente previsto na lei marroquina, e nem no processo que decorreu em Marrocos, nem nos presentes autos, foi manifestada qualquer oposição pelo cônjuge mulher.

Escreveu-se nesse acórdão:

“No direito marroquino, uma vez manifestada pelo marido a intenção de se divorciar, o tribunal convoca os cônjuges para uma tentativa de conciliação (artigo 81.º do Código da Família). Nessa diligência ouvem-se as partes, testemunhas e qualquer pessoa que o tribunal considere útil. Se existirem filhos, realizam-se duas tentativas de conciliação, intervaladas de 30 dias, no mínimo (artigo 82.º). Se a conciliação se revelar impossível, o tribunal fixa um montante que o marido deve depositar no prazo de 30 dias (artigo 84.º), que corresponde ao valor da pensão devida pelo período de “retiro” que se segue (viduité, Idda) e a compensação (Mout’â) que é avaliada em função da duração do casamento, da situação financeira do marido, dos motivos do divórcio e do grau de abuso verificado no recurso ao divórcio pelo marido, assim como o direito a pensão alimentar dos filhos. Se o marido não depositar a aludida quantia, considera-se que renunciou ao divórcio (artigo 86º). Reunidos os referidos pressupostos, o tribunal autoriza que o acto de divórcio seja formalizado por dois “adoul” domiciliados na circunscrição territorial desse tribunal, documento esse que depois é homologado por sentença, a qual é susceptível de recurso (artigo 88.º).

A mulher também pode divorciar-se através do procedimento acima descrito: só que, para isso, carece do consentimento prévio do marido (artigo 89.º).

O direito marroquino também admite o divórcio por razões de discórdia entre os cônjuges, que pode ser intentado por qualquer deles (artigos 94.º a 97.º) e o divórcio por outras causas, que pode ser intentado pela mulher (artigos 98.º a 113.º). Também é admitido o divórcio por mútuo consentimento (artigos 114.º a 120.º).

Como se viu, o repúdio é uma modalidade de dissolução do casamento por vontade unilateral de um dos cônjuges, que no direito marroquino apenas pode ser exercido pelo marido. Efectivamente, o repúdio por iniciativa da mulher depende do consentimento prévio do marido, pelo que é sempre a vontade do homem que prevalece. O referido regime jurídico viola o princípio da igualdade, nomeadamente entre os cônjuges, consagrado nos artigos 13.º e 36.º da Constituição da República Portuguesa e, bem assim, expressamente quanto à dissolução do casamento, no artigo 5.º do protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificado por Portugal (Decreto do Presidente da República n.º 51/90, de 27 de Setembro; o protocolo está publicado no D.R., I série, de 27.9.1990).

Segundo o artigo 5.º do Protocolo, “os cônjuges gozam de igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil, entre si e nas relações com os seus filhos, em relação ao casamento, na constância do matrimónio e aquando da sua dissolução. O presente artigo não impede os Estados de tomarem as medidas necessárias no interesse dos filhos”.

Nestes autos, não está em causa a apreciação de uma sentença que recuse à mulher um direito que é reconhecido ao homem, com a conseqüente violação do princípio da igualdade. De realçar que tanto no processo em Marrocos, como nestes autos (embora aqui a Requerida seja revel, sendo representada pelo Ministério Público), o cônjuge mulher não manifestou oposição à dissolução do casamento. Por outro lado, existe nexó manifesto entre o ordenamento jurídico aplicado e a situação regulada, atendendo à nacionalidade da mulher e à residência da Requerida à data do decurso do processo em Marrocos.

Consta da certidão junta aos autos que o repúdio era revogável, podendo assim o requerente, na versão da tradução do francês para português que consta no processo, “voltar a contrair casamento com ela [a requerida] enquanto o período de retiro legal não tiver expirado”. A versão em língua francesa do acto de repúdio, também documentada no processo, refere que se trata de “une répudiation unique, première et révocable, pouvant ainsi la reprendre en mariage tant que sa période de retraite légale n’ait expiré”.

Efectivamente, nos termos do artigo 123.º do Código da Família marroquino, e em harmonia aliás com a tradição muçulmana, o divórcio emergente de repúdio por iniciativa do marido é revogável, salvo se tiver sido antecedido de dois divórcios (repúdios) sucessivos. Ao contrário do que dá a entender a aludida tradução para português, não se trata de voltar a contrair casamento, acto que supõe a celebração de um novo contrato matrimo-

nial, mas simplesmente de retomar os anteriores laços matrimoniais, por força da vontade do marido. Tal situação de reversibilidade do divórcio não só é desconhecida no nosso direito como, por depender da exclusiva vontade do cônjuge marido, atenta contra o princípio da igualdade entre os cônjuges e contra a dignidade do ser humano, base fundamental da República Portuguesa (artigo 1.º da Constituição da República). Porém, a faculdade de revogar o repúdio deve ser exercida durante o período de retiro (viduité) – artigo 124.º), o qual inicia-se a partir da data do divórcio e prolonga-se durante três períodos intermenstruais completos (artigos 129.º e 136.º, n.º 1). Expirado esse prazo, o divórcio torna-se definitivo (artigo 125.º).

Ora, resulta dos autos que o Requerente deixou expirar o prazo para exercer a faculdade de revogar o repúdio, pelo que, na ordem jurídica marroquina, a dissolução do matrimónio é definitiva. A sentença revidenda não tem, pois, a virtualidade de conduzir a um estado incompatível com a nossa ordem jurídica, ou seja, o resultado da decisão a rever não colide com a barreira da ordem pública internacional do Estado Português, cujos limites foram delimitados pelo legislador nacional em termos assinaladamente restritos.

Assim, não há obstáculos à pretendida revisão da sentença”.

Decisão singular do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Abril de 2020 (relator Pedro Martins), proferido no processo n.º 405/19.3YRLSB_

Sentença proferida no Qatar que decretou o divórcio e procedeu à regulação das responsabilidades parentais.

O fundamento do divórcio foi o facto do cônjuge requerido permanecer cristão, apesar do Tribunal do Qatar lhe ter concedido prazo para a sua conversão ao Islão, quando o cônjuge requerente se converteu ao islamismo (o que não sucede se um dos cônjuges se converter a qualquer outra religião que não o Islão e o outro cônjuge mantiver crente ao Islão).

Trata-se, no fundo, de uma incompatibilidade resultante da diferença entre credos professados pelos cônjuges.

Neste caso, o requerido declarou aceitar o divórcio, não se opondo a este. Considerou na decisão singular que:

“no caso dos autos, não se está apenas perante um caso de o ex-marido, que não está revel, não ter deduzido oposição, mas sim de ele ter vindo dizer expressamente que não iria contestar a pretensão da ex-mulher, o que tem o significado inequívoco de aceitar a sentença de divórcio do Tribunal do Qatar (apesar de ter dito “não será contestada de momento”, pois que ele foi advertido, na citação, de que na falta de oposição, encontrando-se observados todos os requisitos exigidos pelas disposições combinadas dos artigos 980.º

e 984.º do CPC, o Tribunal concederá a revisão). Alias, como a requerente demonstrou, o próprio requerido pediu o divórcio em Portugal e o processo só não foi em frente porque o Tribunal português achou-se incompetente para o efeito porque os cônjuges viviam no Qatar. Visto que se entende que, nestas circunstâncias, a violação do princípio da igualdade que está na base do fundamento do divórcio concedido não implica que o reconhecimento da sentença conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português, não interessa analisar ainda outros dois motivos que poderiam levar ao mesmo resultado (da confirmação da sentença), (...) como seria (i) o caso de se apurar que, no caso concreto, se verificava algum dos motivos que são, segundo o Direito material português, fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges” e (ii) a situação internacional não tenha laços significativos com o Estado português. Posto isto, a revisão pedida é necessária (artigo 978.º do CPC)”.

O AUJ n.º 10/2022, de 19 de Outubro

Segmento uniformizador:

“A escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do Código de Processo Civil”.

Cumpre salientar que nada obstará à revisão e confirmação da sentença proferida por tribunal brasileiro que se limita a homologar a escritura declaratória da união estável.

Neste sentido, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2022 (relatora Catarina Serra), proferido no processo n.º 276/21.0YRPRT.S1.

Privilégio da nacionalidade (artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil). Ofensa à Ordem Pública Internacional do Estado Português

O acórdão do Tribunal de Coimbra de 3 de Março de 2009 (relator Jorge Arcanjo), proferido no processo n.º 237/07.1YRCBR., decidiu-se que:

“A partilha de bens comuns do casal, feita em acção de divórcio, proferida por tribunal estrangeiro, na qual se atribui a um dos cônjuges, sem qualquer contrapartida, um bem imóvel comum situado em Portugal, viola a ordem pública internacional do Estado Português.

Porque, segundo o direito substantivo português, o resultado da decisão, no que concerne à partilha dos bens do casal, seria inquestionavelmente mais favorável ao requerido [visto que, por força do princípio da imutabilidade do regime de bens, a partilha sempre teria que respeitar a regra da metade, logo o imóvel, sendo bem comum, jamais poderia ser atribuído em propriedade exclusiva à requerente sem qualquer contrapartida económica (tornas), existe obstáculo ao reconhecimento com fundamento no privilégio da nacionalidade”.

Tratava-se de uma sentença proferida em 10 de Março de 2005 pelo Tribunal de 1ª Instância da República e Cantão de Genebra, Suíça que decidiu decretar o divórcio entre requerente e requerido; atribuir à requerente a guarda e autoridade parental das filhas menores; condenar o requerido a pagar à requerente, a título de alimentos provisórios de C... e D...; ordenar a liquidação do regime matrimonial do requerente e requerida; condenar o requerido a ceder à requerente a totalidade dos seus direitos num terreno designado “E”, situado em São Pedro do Sul (Portugal), adquirido pelos cônjuges a 28 de Setembro de 2001.

Revisão de Confirmação de sentença de nulidade de casamento proferida por tribunal eclesiástico.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Outubro de 2020 (relatora Fátima Gomes), proferido no processo n.º 14945/18.8T8PRT.S1_

Oposição fundada em:

- violação da igualdade das partes;
- ausência de trânsito em julgado;
- Ofensa da Ordem Pública Internacional do Estado Português.

Decisão de revisão e confirmação pelo Tribunal da Relação do Porto.

Fundamentação do Supremo Tribunal de Justiça

1. Dispondo o Direito Canónico de regras específicas de apoio judiciário e de prazos e procedimentos para recorrer da decisão eclesiástica de 1.ª instância (ainda que distintas das regras aplicáveis aos processos judiciais do Estado Português), aquelas devem ser aplicadas, respeitando-se assim os termos da Concordata de 2004 celebrada entre o Estado do Vaticano e Portugal.
2. São igualmente aplicados os cânones do Código Canónico relativos ao trânsito em julgado da decisão.
3. Não há, em coerência com o que se referiu, qualquer violação à Ordem Pública Internacional do Estado Português.

Foi assim reconhecida a decisão revidenda.

De referir, a este propósito, que o Regulamento n.º 2019/111, do Conselho da União Europeia de 25 de Junho de 2019, salvaguarda a aplicação do Tratado Internacional (Concordata) entre a Santa Sé e Portugal, assinado no Vaticano, em 18 de Maio de 2004, nos termos do respectivo artigo 99.º, n.º 1.

Por outro lado, qualquer decisão relativa à invalidade do casamento regulada pelo mesmo Tratado é reconhecida nos Estados-Membros, em conformidade com o disposto no artigo 99.º, n.º 2 (nos termos gerais do Regulamento, em conformidade com os seus artigos 30.º a 33.º).

5 | Conclusões

1. O regime das acções de revisão e confirmação de sentença estrangeira visa essencialmente salvaguardar o princípio da estabilidade das relações jurídicas internacionais, na medida em que a decisão revidenda, tendo sido proferida à luz do ordenamento jurídico próprio e perante os órgãos nacionais competentes, deve em princípio valer, sendo eficaz perante direito nacional português, sem que se justifique a sua reapreciação de fundo ou novo julgamento.
2. Existirá, não obstante, lugar ao inevitável controlo do mérito da sentença estrangeira, embora sem novo julgamento, no caso de a sentença ser proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, quando o resultado da acção seria mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse, por hipótese, aplicado o direito material português, quando fosse este o direito a aplicar com fundamento nas normas de conflitos previstas nos artigos 25.º a 65.º do Código Civil (denominado privilégio da nacionalidade).
3. O mesmo sucede (o inevitável controlo de mérito da decisão estrangeira) quando o Tribunal da Relação nacional tem de aferir da manifesta incompatibilidade do resultado nela vertido com as normas e princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português.
4. Nas acções de revisão e confirmação de sentença estrangeira não compete ao requerente o ónus de prova sobre a verificação dos requisitos previstos nas alíneas b) e e), do artigo 980.º do Código de Processo Civil, mas incumbe antes ao requerido demonstrar que tais requisitos não se verificam, na medida em que a lei os presume, salvaguardan-

do sempre e obviamente a possibilidade de o Tribunal, oficiosamente, pela sua análise que fará dos autos, vir a apurar da sua não verificação. Já no que concerne à prova da compreensibilidade da decisão e da autenticidade do documento que a consubstancia, bem como no que diz respeito à inexistência de ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, é ao requerente que compete o ónus da sua demonstração em juízo, competindo ao Tribunal da Relação a sua análise oficiosa nos termos do artigo 984.º do Código de Processo Civil.

5. Aplicando o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de Maio de 2000, que entrou em vigor em 1 de Março de 2001 e veio a ser revogado pelo Regulamento 2201/2003, de 27 de Novembro, o qual, por sua vez, veio a ser revogado pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 2019/1111, de 25 de Junho de 2019, em processo de divórcio proferido num Estado membro da União Europeia a decisão proferida por tribunal estrangeiro é automaticamente reconhecida em Portugal, independentemente de qualquer formalidade.
6. Pode caracterizar-se o conceito de Ordem Pública Internacional do Estado Português como o conjunto de “normas e princípios absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social e que, nessa medida, são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos”. Densificando o conceito, pode afirmar-se que:
 - a) Nem tudo o que diz respeito às relações de família tem que ser visto como inserível no domínio da ordem pública (apenas são susceptíveis de tal qualificação as normas que asseguram a liberdade de constituição de família, a igualdade entre os cônjuges, a manutenção do regime jurídico pessoal dos cônjuges, a estabilidade das relações patrimoniais fixadas, a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento).
 - b) Não integram o referido domínio da Ordem Pública Internacional do Estado Português as normas que regulam aspectos acessórios da relação de família, do divórcio, da organização do poder paternal ou do modo de substituição deste.
 - c) Inexiste violação das normas e princípios da Ordem Pública Internacional do Estado Português, quando a instauração da ac-

ção de divórcio aconteceu quando já se encontravam reguladas as responsabilidades parentais dos filhos menores do casal, através de sentença transitada em julgado, sendo discutível se constitui um princípio de ordem pública internacional do Estado Português a unicidade da decisão de divórcio com a inerente regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores do casal.

d) A obrigatoriedade do registo civil e a decorrente condição de eficácia dos actos a ele sujeitos são susceptíveis de integrar a Ordem Pública Internacional do Estado Português.

7. Dispondo o Direito Canónico de regras específicas de apoio judiciário e de prazos e procedimentos para recorrer da decisão eclesiástica de 1.^a instância (ainda que distintas das regras aplicáveis aos processos judiciais do Estado Português), aquelas devem ser aplicadas, respeitando-se assim os termos da Concordata de 2004 celebrada entre o Estado do Vaticano e Portugal, sendo igualmente aplicáveis os cânones do Código Canónico ao trânsito em julgado da decisão.
8. Não obstante o entendimento perfilhado no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2022, de 19 de Outubro, a escritura pública declaratória da união estável (do ordenamento jurídico brasileiro) é passível de ser objecto de revisão e confirmação depois de homologada por tribunal brasileiro. •

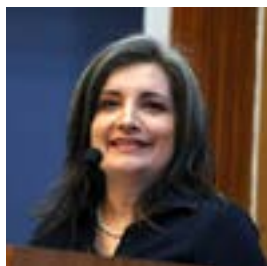
Lisboa, 23 de Março de 2023

Luís Espírito Santo.





UNIÃO ESTÁVEL: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA



Débora Brandão
Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo

Clique para assistir.



RESUMO: Este artigo trata da abordagem social, legislativa, doutrinária e jurisprudencial brasileira no tocante à união estável, sua origem e mudanças sofridas no decorrer dos anos até o seu conceito atual, suas características e seus efeitos pessoais, sociais e patrimoniais. Trata ainda de seu reconhecimento formal, dos direitos dos companheiros e de sua extinção e consequências. Analisa também questões polêmicas que tangenciam a união estável, como o contrato de namoro, as uniões paralelas e a bigamia. Por fim, expõe a peculiaridade das relações humanas na multitude das diferenças entre as pessoas em suas realidades, e entende que as tentativas de se igualarem institutos com história e funções diferentes, ignoram estas e transformam opção em obrigação. Para sua criação, usaram-se leis, doutrinas e jurisprudência brasileiras em análise qualitativa de dados.

PALAVRAS-CHAVE: união estável; casamento; entidades familiares; contrato de namoro; uniões paralelas.

¹ Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Coordenadora e Professora do curso de especialização em Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Professora nos cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Supervisora acadêmica e professora no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito (EBRAD). Advogada e mediadora.

1 | União estável no direito brasileiro: reflexões jurídicas sobre sua aproximação com o casamento

1.1. Explicação necessária

Esta autora entende que deve haver diferença jurídica entre união estável e casamento, assim como Flávio Tartuce, Mário Luiz Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira entre outros civilistas. Apesar de parte da doutrina sustentar que ambos possuem os mesmos efeitos, defende-se que tecnicamente é um equívoco.

Não há qualquer razão para dois institutos produzirem os mesmos efeitos jurídicos e nem para que uma pessoa busque ter os mesmos efeitos do casamento se ela pode se casar.

Ora, se a Constituição Federal (CF) prevê que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento é porque ela entende que a produção de efeitos não pode ser a mesma, porque são institutos diferentes apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter conferido em julgado de 2017², a equiparação dos efeitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, ao decidir como inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil (CC), com todo o respeito, equivocadamente.

Com efeito, o texto constitucional, ao reconhecer a união estável como entidade familiar deixou claro que o fez apenas para fins de proteção do Estado (artigo 226, §3º, CF/88), não significando isto equiparação com o casamento, tanto que o constituinte manifestou, expressamente, o desejo que a lei facilite a sua conversão em matrimônio. Por óbvio não se converte o que já é igual e a Constituição não contém termos ou expressões inúteis, máxima exegética que convém lembrar³.

Ora, a união estável deve ser livre e, se os companheiros desejam a produção de algum efeito, que pactuem em escritura pública de união estável, caso contrário, deveriam compartilhar a vida e quando decidissem por não mais viverem juntos, cada qual deveria seguir sua vida adiante sem qualquer comunicação patrimonial.

Trata-se de ter coerência sistêmica e um pouco de coragem para fazer com que a população regularize sua vida pessoal do ponto de vista jurídico.

Imagine-se que A era casado com B, tiveram filhos, e se separam de fato. Então B iniciou união estável com C, porque a lei reconhece esta possibilidade, e com ela teve filhos. Igualmente, separou-se de fato, ingressando em outra relação estável com D.

² STF, Recurso Extraordinário (RE) 878.694/Minas Gerais (MG), j. 16.04.2015.

³ DELGADO, Mário Luiz; BRANDÃO, Débora. *União estável ou casamento forçado?*. in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Coords.). *Direito civil: estudos – coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil*. São Paulo: Blucher, 2018, p. 369-392, p. 378, No mesmo sentido, também se manifesta Rodrigo da Cunha Pereira.

Essa situação é cada vez mais comum no Brasil e o imbróglio resta aos advogados, promotores, juízes, cônjuge, companheiros sobreviventes e quem paga a conta da falta de assistência são os filhos. Há que se retornar à legalidade, ao fechamento de ciclos, à organização social e não se trata de discurso moral, e sim de organização e responsabilidade pessoal, parental e social. Temos de assumir nossas escolhas e responder por elas, não nos escondendo em omissões porque não tivemos a capacidade de nos deparar com o desgaste do rompimento e com o dever de amparo de quem de nós depende. Explicada a premissa do pensamento desta autora, passa-se à análise do instituto da união estável de acordo com a legislação vigente, reafirmando que é necessário que se estabeleça a diferença dos institutos e, consequentemente, de seus efeitos.

1.2. Da invisibilidade à legalidade

Pessoas vivendo com outras maritalmente sem a solenidade e efeitos conferidos pelo casamento sempre existiram⁴.

No Brasil, anteriormente à CF/88, a união estável era conhecida como concubinato ou união livre⁵.

René Savatier⁶ já afirmava que a união livre tinha como objetivo rejeitar o vínculo matrimonial para não assumirem os conviventes compromissos recíprocos.

No Brasil, a solução para as pessoas que não queriam casar-se ou estavam separadas de fato era essa porque o casamento era indissolúvel. Como não podiam casar-se novamente, passavam a viver juntos como se casados fossem.

Começou-se a procurar o reconhecimento de algum direito quando as relações concubinárias se dissolviam por vontade do homem e a mulher ficava totalmente desprotegida, com crianças para cuidar, sem qualquer possibilidade de pleitear em juízo qualquer direito em face do concubino porque até a ação de investigação de paternidade era vedada de ser proposta em face do homem casado. Como não havia casamento, nenhum regime de bens poderia ser aplicado para resguardar eventual direito à mulher.

A primeira decisão de que se tem notícia indenizou, corajosamente, a concubina por serviços domésticos prestados⁷. Pode parecer absurdo, mas historicamente foi bastante emblemático porque tecnicamente o pedido era

⁴ Capítulo elaborado com base no artigo *Análise constitucional da equiparação da união estável ao casamento: uma projeção sobre a liberdade democrática na escolha das configurações familiares*, da autora, para apresentação em Congresso perante a Universidade Carlos III, em janeiro de 2018, Madri.

⁵ Um dos grandes estudiosos do tema foi Edgard de Moura Bittencourt, cujas obras são de leituras obrigatórias, especialmente *Concubinato*. 2.^a ed. São Paulo: LEUD, 1988.

⁶ *Traité de la responsabilité civile en droit française*. 2 ed. Paris: Librairie générale du droit, 1951, p. 160.

⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça (JTJ) 253/226.

juridicamente impossível e o juiz de direito concedeu a indenização para que a concubina recebesse algo, diante de tamanha injustiça.

Aos poucos, alguns direitos começaram a ser reconhecidos, como a inscrição da concubina como dependente para fins previdenciários e tributários.

A Súmula 380 do STF, em 1964, foi editada a afirmar que: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Note-se que não havia qualquer conotação familiar, tão somente o entendimento de que entre os concubinos poderia haver sociedade de fato, sendo a questão resolvida em vara cível. Outro ponto relevante era a possibilidade de partilhar os bens adquiridos pelo esforço comum porque não havia, praticamente, mulher que trabalhasse fora. Aliás, isso era mal visto. Então essa súmula teve pouquíssima efetividade no início de sua vigência. Após, passou-se a entender que o esforço comum deveria ser presumido diante do esforço e devoção da mulher no cuidado com a família e com o lar. A Súmula 380 do STF foi aplicada aos concubinatos entre pessoas desimpedidas para o casamento.

A grande mola propulsora para a união estável em nosso país foi a Lei do Divórcio pois permitia que os casados se divorciassem apenas uma vez. Num país onde o casamento era indissolúvel e as pessoas passaram a poder romper a prisão de uma vida infeliz em virtude do casamento, arriscar novo casamento seria correr grande risco de uma sentença de morte depois de ter sido salvo da prisão perpétua. Assim, iniciaram-se discursos pró união livre, união estável, etc.

Porém, se a lei permitisse quantos divórcios fossem necessários, não haveria razão para se conferir direitos aos companheiros porque a grande vantagem da união estável é justamente a possibilidade de poder conviver e deixar de conviver no momento em que não mais se desejar porque, se os efeitos do casamento eram queridos, bastava optar pelo casamento.

Álvaro Villaça Azevedo, um dos grandes estudiosos brasileiros do tema no século XX, classificou o concubinato em puro e impuro, para se referir às uniões sem impedimentos matrimoniais e as com impedimentos matrimoniais, ou seja, adúlteras ou incestuosas.

Mas o encaminhamento legislativo brasileiro foi outro, culminando com o reconhecimento da união estável, na CF/88, artigo 226, § 3.º. Alterou-se o nome, de concubinato para união estável a fim de colocar uma pá de cal no preconceito que rondava a expressão concubinato.

Foi necessário um grande acordo para o reconhecimento da união estável como entidade familiar porque havia resistência, tanto à aprovação da

própria união estável, como à possibilidade de, com ela aprovar-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual o texto previu expressamente *homem e mulher*, ou seja, consignando uma cláusula geral de exclusão.

Aliás, como não houve regulamentação até a Lei n. 8.971/94, que cuidou dos alimentos e direitos sucessórios, a Súmula 380 do STF continuou sendo aplicada. Logo em seguida, a Lei n. 9.278/96 foi mais ousada, pois trazia em sua epígrafe a pretensão de regulamentar o artigo 226, § 3º da CF. Ambas as leis foram revogadas com o advento do CC/02.

Por fim, o CC/02 trouxe a regulamentação da união estável para seu texto, no Título III, após o Direito Pessoal de Família, que é o Título I e o Direito Patrimonial de Família, que é o Título II.

2 | Conceito e características

A CF/88, no artigo 226, § 3º reconheceu a união estável como entidade familiar entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Portanto, trata-se de uma das modalidades de entidades familiares estabelecidas constitucionalmente, ao lado da família formada pelo casamento e da família monoparental. Gênero: entidade familiar, espécie: união estável.

Ela é disciplinada entre os artigos 1.723 e 1.727 do CC/02.

O artigo 1.723 repetiu o conceito previsto no artigo 1.º da Lei n. 9.278/96, a saber: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁸.

As pessoas que vivem em união estável recebem o nome de companheiras. Os mesmos requisitos relativos à capacidade matrimonial aplicam-se à união estável⁹.

A união estável não tem o condão de alterar o estado civil como o casamento. Assim, uma pessoa em união estável continua solteira.

Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Carolina B. Teixeira sustentam que

[...] o estado civil reflete a posição da pessoa, com a gama de relações jurídicas da qual faz parte, perante a sociedade. Se a finalidade precípua do estado é esta, não há razões para negar a atribuição de um estado familiar para a união

⁸ Não se fará qualquer menção à possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo uma vez que o tratamento jurídico conferido para homossexuais e heterossexuais é exatamente o mesmo. Desde a ADI n.º 4.222 e a ADPF n.º 132 julgadas pelo STF em 05.05.2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a união estável entre pessoas homossexuais recebe o mesmo tratamento jurídico.

⁹ O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) autoriza a união estável entre pessoas com deficiência mental (artigo 6º, D). Outro dado importante, é que, da mesma forma que o CC não permite casamento entre adolescentes menores de 16 anos, a união estável também não pode produzir efeitos, ainda que ocorra no mundo dos fatos. No entanto, este é um dos grandes desafios, a produção e concretização de políticas públicas efetivas para proteção da infância e adolescência.

¹⁰ *A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável*. in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controversas no direito de família e sucessões**. Série grandes temas de direito privado – Vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 261-271, p. 267-268.

estável. Não há dúvidas de que seria aguçar, ainda mais, o paradoxo já existente quanto à positivação da união estável, mas também refletiria a situação jurídica vivida pelos sujeitos da relação¹⁰.

Acrescentam ser de todo

[...] conveniente a atribuição de um estado civil à união estável, com a finalidade de conferir maior segurança às relações jurídicas estabelecidas, tendo como sujeitos desta relação pessoas que vivem em união estável. Embora saibamos que tal fato se consubstancia em um paradoxo, ele tem um escopo protetivo e garantidor, de modo a validar o exercício da liberdade dos sujeitos¹¹.

Com todo respeito, a criação de um estado civil para a união estável só confirmaria o paradoxo sobre o qual estamos refletindo, pois estar-se-ia formalizando e solenizando uma relação de fato, buscada por aqueles que, *a priori*, não desejavam se submeter aos laços oficiais do casamento.

Essas situações que adjetivamos de perplexas constituem importante fonte geradora de insegurança jurídica. As interpretações díspares e, muitas vezes *contra legem*, produzem julgamentos desconexos e confusos que não garantem a mínima estabilidade das relações jurídicas¹².

Isso implica em consequências juridicamente importantes porque se tem um sistema jurídico que quer igualar efeitos jurídicos a todo o custo, mas somente para beneficiar os companheiros e nunca para lhes conferir o mesmo tratamento jurídico dos casados quando há imposição de ônus, como por exemplo, a necessidade de outorga conjugal, que seria chamada de outorga convivencial ou companheiril, se um deles almejasse vender imóvel de sua propriedade (artigo 1.647, I do CC) ou a imposição do regime de separação obrigatória entre companheiros maiores de 70 anos (artigo 1.641, II do CC).

As pessoas que estão impedidas de casar também não podem viver em união estável, porque os impedimentos previstos no artigo 1.521 do CC aplicam-se à união estável por força do artigo 1.723, § 1º, primeira parte, do CC.

“Já a infração de impedimento à união estável, que se constitui não como ato mas sim a partir de situação fática (ato-fato jurídico), é apreciada no plano da eficácia, pois gera ineficácia jurídica”¹³.

Assim, não pode haver união estável entre os ascendentes e descendentes, qualquer que seja a espécie de parentesco biológico, civil (adotivo, socioafetivo, etc); entre os afins em linha reta (enteado e madrasta, sogro e

¹¹ *A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável*. in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e sucessões**. Série grandes temas de direito privado – Vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 261-271, p. 269.

¹² DELGADO, Mário Luiz; BRANDÃO, Débora. *União estável ou casamento forçado?*. in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Coords.). **Direito civil: estudos – coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 369-392, p. 387.

¹³ LÓBO, Paulo. *Direito civil*. V. 5, 9.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 104.

nora, etc) ou entre irmãos, sejam bilaterais ou unilaterais.

O mesmo artigo 1.723, § 1º, segunda parte, do CC, estabelece que o impedimento previsto no inc. VI do artigo 1.521 (não podem casar as pessoas casadas) não incidirá, se a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. Ela está impedida de se casar, mas pelo texto do artigo supra-mencionado pode viver em união estável.

É um dispositivo bastante festejado por parte da doutrina¹⁴, apesar de respeitando sempre as opiniões divergentes, parece que o artigo fomenta o citado não fechamento de ciclos que permite com que as famílias vivam o verdadeiro caos quando um dos companheiros falece.

Sustentamos que não se deveria reconhecer união estável estando um deles ou ambos impedidos para o casamento, até porque o comando constitucional afirma que deve ser facilitada sua conversão em casamento e, como reconhecer efeitos jurídicos à nova entidade familiar se a anterior ainda não foi devidamente dissolvida? O Direito deve reconhecer os fatos da vida mas não colaborar para a instabilidade humana e familiar. Não há nada que impeça de se reconhecer a união estável assim que o divórcio for reconhecido, até porque é direito potestativo e comumente declarado nas ações de divórcio, como um dos capítulos da sentença, logo no início.

Esta autora, desde a publicação de artigo na Revista dos Tribunais de novembro de 2002 v. 805, ano 91, aponta que a parte final deste § 1.º é inconstitucional.

Maria Helena Diniz¹⁵ sustenta que os efeitos oriundos de relações estabelecidas entre pessoas separadas de fato devem ser tidas como sociedades de fato, com quem concordamos. Reitera-se o pensamento de que o brasileiro precisa cuidar de sua prole, do bem estar de seus ex-companheiros, precisa exercer responsabilidade social, familiar e parental como já dito em outros momentos.

No entanto, não é esse o entendimento que vem prevalecendo e uniões estáveis sucessivas vêm sendo reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente.

As causas suspensivas previstas no artigo 1.523 do CC não impedem o reconhecimento da união estável. A dúvida que surge diz respeito ao regime de bens que será aplicado a essas uniões, assunto que será abordado quando se discorrer sobre os efeitos patrimoniais.

¹⁴ Nesse sentido, LÓBO, Paulo. *Direito civil*. V. 5, 9.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 104, “[...] o direito rendeu-se à realidade da vida, dada a frequência com que as pessoas que se separam do cônjuge iniciarem outro relacionamento, antes da conclusão do divórcio”.

¹⁵ *Curso de direito civil brasileiro*. V. 5, 33.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 368.

Para concluir, incidem as mesmas regras dos impedimentos matrimoniais para a união estável, mas causas suspensivas não.

3 | Elementos caracterizadores

Os elementos que compõem o conceito de união estável estão previstos no artigo 1.723 do CC e ainda geram bastante dúvidas para o enquadramento da relação.

São eles: convivência entre duas pessoas, publicidade, continuidade, durabilidade, objetivo de constituição de família.

Para configurar união estável deve haver a convivência entre duas pessoas humanas, excluindo-se qualquer possibilidade de casamento ou união estável a três, conhecido como poliamor¹⁶ porque no Brasil vigora o regime monogâmico¹⁷.

A convivência deve ser pública, do conhecimento de todos que com eles convivem. Devem, também, tratar-se como companheiros na esfera privada e pública.

Se conviverem, presentes todos esses elementos, mas secretamente, não restará configurada a união estável.

A continuidade e a durabilidade são elementos que envolvem o aspecto temporal. A união estável deve ser contínua, ininterrupta, dotada de estabilidade. Portanto, ela não pode ser reconhecida se o casal passa tempo juntos, separam-se e, posteriormente, retomam o relacionamento porque aí não há estabilidade. Ela envolve durabilidade: a união estável tem de ser estável a

¹⁶ O CNJ proibiu a lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva no Brasil, Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 26.06.2018. Esse fato veio à tona porque houve, no Estado de São Paulo a formalização de união estável poliafetiva, por escritura pública no Tabelionato de Notas, em Tupã. O CNJ afirmou que permitir a escrituração, que é dotada de fé pública, implica no reconhecimento dos direitos assegurados pela lei aos companheiros. Por sua vez, os atos cartorários devem ser harmonizados ao sistema jurídico vigente, o que está disposto em lei, que não permite a união poligâmica, diante do princípio monogâmico. A questão é por demais complexa. SIMÃO, José Fernando. *Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária?*. 2013. **Centro de Investigação de Direito Privado**: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 (2013), nº 1, ISSN: 2182-7567, pp. 821-836. Disponível em: www.cidp.pt. Acesso em: 03.01.2024, sustentou, à época dos fatos, haver nulidade absoluta por ilicitude do objeto (art. 166, II do CC), por fraudar norma imperativa que impede tais uniões entre mais de duas pessoas, caso contrário o art. 235 do Código Penal deveria ser revogado. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 383, sustenta que a monogamia não está expressa na legislação como princípio da união estável, parecendo haver maior liberdade nesses relacionamentos e, portanto, não haveria afronta à ordem pública ou prejuízo a justificar a nulidade. A análise deve partir do conceito de entidade familiar e quais os efeitos que gerará a composição de uma entidade familiar. As entidades familiares devem se submeter à fidelidade? Fidelidade é gênero ou lealdade é gênero? O casado deve ser fiel e o companheiro apenas leal? O que se entende por estes verbetes? Se se entende que não se exige fidelidade do companheiro, mas tão somente lealdade, no sentido de dizer a verdade, é de se admitir relacionamentos com outras pessoas durante a união estável. Haveria entidade familiar que admitiria relações poligâmicas no Brasil? A jurisprudência e a doutrina chancelarão todas as formas de realidade sociais? Esta autora pensa que não. O contrassenso, na opinião desta autora, reside neste ponto: se a união estável é uma entidade familiar e a doutrina, pelo menos parte dela, almeja que os efeitos sejam equiparados aos dos cônjuges, como permitir a não observância da monogamia? A lei deve conter freios sociais para o próprio resguardo da sociedade. Isso não quer dizer que não haja relacionamentos entre três ou mais pessoas. O que se afirma é que não se pode exigir que a lei reconheça o relacionamento atribuindo-lhe direitos como para casados e companheiros. É imperioso que se repense a união estável para que ela volte a ser uma união livre e, se os companheiros desejarem algum efeito jurídico, que procurem a formalização.

¹⁷ Recentemente houve grande repercussão na imprensa de um casamento realizado por uma mulher consigo própria, chamado de casamento so-logâmico. Tanto um quanto o outro necessitam de duas pessoas para que haja relacionamento. É bom que se reafirme que a união estável deve ser reconhecida entre duas pessoas humanas.

ponto de durar algum período. Nesse ponto, é importante consignar que não há lapso temporal mínimo exigido em lei. Nunca houve, a bem da verdade.

Zeno Veloso aponta que a união estável não se configura quando os companheiros passam a morar juntos, mas há “uma sucessão de fatos e de eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência *more uxorio*, a notoriedade, enfim, a soma de fatores subjetivos e objetivos que, do ponto de vista jurídico, definem a situação”¹⁸.

Aliás, nesse sentido é a antiga Súmula 382 do STF que já previa que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato e, portanto, à da união estável. Os companheiros podem residir em locais diferentes e mesmo assim manter a união estável. Portanto, constata-se como é árduo o trabalho para a identificação da união estável.

É bastante comum as pessoas acharem que relacionamentos longevos configuram união estável, o que não é verdade¹⁹.

Doutrina e jurisprudência têm se referido à expressão “namoro qualificado” quando o namoro se estendeu no tempo, mas sem qualquer objetivo de constituição de família, de vivência de um estado familiar, das responsabilidades e compromettimentos familiares, apenas dividindo a moradia, circunstancialmente, por exemplo, enquanto estudam²⁰.

Nesse sentido, elucidativa a lição de Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

[...] A confusão que pode surgir entre namoro e união estável, no entanto, ocorre nas relações em que há observância das regras morais impostas pela sociedade. São aqueles relacionamentos duradouros, com convivência contínua do casal, em que há fidelidade mútua, pelo menos na aparência, em que ambos se apresentam na sociedade como namorados. A doutrina divide o namoro simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui sequer um de seus requisitos básicos. [...] Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Tra-

¹⁸ *Código civil comentado*. V. XVII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 117 e 115.

¹⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. Na inicial, a autora afirmou que manteve com o demandado namoro que perdurou por dez anos. Os namoros, mesmo prolongados e privando as partes de vida íntima como sói ocorrer atualmente, são fatos da vida não recepcionados pela legislação civil e, por isso, não ensejam efeitos jurídicos, seja durante ou após o fim do relacionamento. Somente as relações jurídicas que surgem pelo casamento ou pela constituição de uma união estável asseguram direitos pessoais e patrimoniais. SOCIEDADE DE FATO. Não caracterizada também qualquer contribuição para formação do patrimônio, descabida indenização sob tal fundamento. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO. Os sentimentos que aproximam e vinculam homem e mulher por vezes se transformam e até mesmo acabam, nem sempre havendo um justo motivo para explicar o seu fim. A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono, entre outros sentimentos, são custos da seara do humano. Fazendo parte da existência pessoal não constituem suporte fático a autorizar a incidência das normas que dispõem sobre a reparação pecuniária. Possibilidade de indenização somente surgiria se restasse caracterizado por um ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes. A simples dor moral resultante da ruptura, entretanto, não é indenizável. Ao fim, não estando caracterizado qualquer instituto jurídico reconhecido pelas normas de direito de família, o pedido indenizatório para recomposição patrimonial de eventuais gastos feitos pela autora deverá ser analisado em ação própria, a partir das regras e princípios gerais da teoria da responsabilidade civil. Negaram provimento, à unanimidade” (TJRS, 7ª Câm. Cív., Ap. Cível n. 70008220634, j. 14.04.2004).

²⁰ Como no exemplo mencionado no STJ, 3.ª Turma, REsp. 1.454.643/RJ, j. 03.03.2015.

ta-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes entre ambos, o que os diferencia é o objetivo precípua de constituir família – presente na união estável e ausente no namoro qualificado. [...] Assim, para a constituição de união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família, vivendo nesse sentido como se casado fosse, isso significa dizer que deve haver assistência moral e material recíproca irrestrita, esforço conjunto para concretizar sonhos em comum, participação real nos problemas e desejos do outro etc. No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita²¹.

Também não é porque estão noivos que se configura a união estável. Há a intenção de constituir família mas não naquele momento e sim, quando se casarem.

Todos estes elementos são objetivos. O elemento subjetivo é o objetivo de constituir família.

Carlos Roberto Gonçalves expõe lição preciosa neste sentido:

O requisito em apreço exige a efetiva constituição de família, não bastando para a configuração da união estável o simples *animus*, o objetivo de constituí-la, “já que, se assim não fosse, o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável”²².

Os companheiros devem agir como se casados fossem, tratando-se com amor, afeto e trejeitos característicos dos casais e assim serem reconhecidos.

Se o casal vive junto mas não quer constituir família, e tão somente compartilham relações sexuais, sem exclusividade, deveres de assistência, cuidado, etc., não haverá união estável.

4 | Início da união estável

A união estável é caracterizada, desde sua gênese, pela informalidade, a

²¹ *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371-374.

²² *Direito civil brasileiro*. V. 6, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 623.

união pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família é suficiente. Ela se manifesta pela simples comunhão fática de vida, ou seja, o casal passa a conviver pautado sob estes elementos acima descritos, independentemente de vida sob o mesmo teto, contrato escrito ou qualquer outra providência. Porém, desde 1996, a legislação brasileira permite contrato de convivência firmado na esfera privada ou a escritura pública de união estável, lavrada em qualquer Tabelionato de Notas do país. Não há forma especial prescrita em lei e o registro da união estável é facultativo.

O Provimento n.º 37 de 2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece que as sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução união estável, as sentenças de extinção de união estável, bem como as escrituras públicas de união estável e os distratos, ficarão registrados no Livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede ou no 1.º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio. No entanto, de acordo com o artigo 5.º do Provimento, os efeitos patrimoniais decorrentes da escritura pública de reconhecimento ou extinção produzirá efeitos entre os companheiros, não prejudicando terceiros que não tiverem participado da escritura pública, portanto, não é oponível *erga omnes*. Da mesma forma, os contratos de convivência levados a registro no Cartório de Títulos e Documentos.

Eis aí mais uma aproximação do instituto com o casamento pois, aquilo que era para ser exclusivamente do mundo dos fatos, passou a ser formalizado.

Explica Antônio Carlos Mathias Coltro²³ que a união estável se configura “[...] a partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade”.

O marco inicial da união estável está no mundo dos fatos, mas ainda que seja lavrado um contrato de convivência ou uma escritura pública de união estável, estes não fazem prova absoluta da sua existência.

A prova da união estável que originariamente se dava por meio de testemunhas e documentos (como fotos, contrato de aluguéis, bilhetes amorosos, etc.)²⁴, passou a admitir a escritura pública. De acordo com a Escada Pontiana, o instrumento contratual foi redigido, portanto, existe; é válido, se observados todos os requisitos legais (apesar das críticas aqui expostas), mas não gozará de eficácia enquanto não for constituída a união pelo convívio público, contínuo, duradouro e com o objetivo de se constituir família.

²³ *A união estável: um conceito?* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19-44, p. 37.

²⁴ Aliás, atenção às redes sociais porque os tribunais vêm reconhecendo como mais um elemento de prova o status de casado no Facebook. Vide Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), 3.ª Câmara (Câm.). Cível (Cív.), Apelação (Ap.) Cív., 2016.003419-6, j. 26.04.2016.

É interessante notar que um relacionamento pode avançar e se caracterizar numa união estável ou não, ficando no plano do namoro ou encontros eventuais. Isso vai depender da presença dos demais elementos caracterizadores da união estável, donde se conclui que a verificação da presença da união estável só pode se dar com ela em curso. Ao contrário do casamento, cuja prova é documental e anterior.

A propósito da comprovação do início do relacionamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁵ não reconheceu como prova a data de início do relacionamento gravado em alianças trocadas entre os companheiros, e com razão, porque a união estável faz-se na caminhada diária.

Recentemente, o Provimento n.º 141/202 do CNJ permitiu o reconhecimento e a dissolução de união estável por termo declaratório, perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, de modo a conferir efeitos jurídicos perante terceiros, desde que os companheiros estejam de acordo e não haja declaração de união estável anterior. A dissolução, em caso de haver filhos incapazes ou nascituros, deverá ser feita judicialmente. O conteúdo do contrato de convivência também é importante porque deve prever o estatuto patrimonial que regerá a vida do casal. Não pode haver declarações retroativas, como por exemplo, definição da data do início da união estável – que deverá ser provada, quando necessário –, e nem cláusulas atribuindo ou suprimindo direitos e deveres contrários à moral, aos bons costumes e à lei vigente, uma vez que estes já estão disciplinados no CC. Nesse sentido, o STJ²⁶ manifestou-se, a nosso ver, acertadamente. No entanto, Flávio Tartuce e Rolf Madaleno sustentam haver retroatividade.

A extinção da união estável também não precisa de outros elementos, a não ser a cessação da vida em comum. Da mesma forma que a união estável não se inicia por se firmar um contrato de convivência ou uma escritura pública de união estável, ela não se extingue por conta da lavratura de um distrato, de uma escritura pública de dissolução de união estável, ou da propositura de ação judicial de extinção de união estável, uma vez que tudo deve se dar no plano dos fatos. A formalização é importante em relação a eventuais efeitos pessoais e patrimoniais.

5 | Principais efeitos decorrentes da união estável

Os efeitos pessoais da união estável previstos no artigo 1.724 do CC, especialmente no que concerne aos direitos e deveres recíprocos entre com-

²⁵ Rel. Min. Nancy Andrighi, em novembro de 2018, número do processo sob sigilo de Justiça.

²⁶ STJ, Agravo (Ag.) em Recurso Especial (REsp) 1.244.894/Santa Catarina (SC) 2018/0027461-8, j. 26.06.2018; STJ, 3.ª Turma, REsp. 1.383.624/MG, j. 02.06.2015.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 6. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 651.

panheiros.

O primeiro deles é o dever de lealdade. A grande questão envolve o conceito de lealdade e se ele é gênero ou espécie de fidelidade.

Para Carlos Roberto Gonçalves, lealdade é gênero e fidelidade espécie²⁷. Anderson Schreiber afirma que:

Diversamente da fidelidade conjugal, atrelada aos princípios do matrimônio e à exclusividade que lhe é inerente, a lealdade se apresenta como noção mais flexível, que se exprime na transparência, coerência e consistência da pessoa em relação aos ideais comuns. Trata-se de um compromisso com a concepção de união mantida pelos próprios envolvidos. Não implica, necessariamente, a exclusividade que a fidelidade conjugal exige²⁸.

Flávio Tartuce²⁹ sustenta que lealdade é diferente de fidelidade e, portanto, cabe mais liberdade entre os companheiros, inclusive com a inserção de cláusula no contrato de convivência de não dever de fidelidade, e afirma ser salutar o sistema valorizar a pluralidade das famílias.

Para esta professora, de fato, lealdade não é sinônimo de fidelidade, é um conceito mais flexível, amplo. Na sistemática jurídica atual, entendendo-se a união estável como entidade familiar, com efeitos pessoais e patrimoniais que gera, o dever de fidelidade se impõe. No entanto, há que se repensar a disciplina jurídica da união estável porque não mais se justifica, diante da desigualdade que impõe a CF/88 e da inexistência da limitação de divórcios que havia no passado.

O dever de respeito é fruto da primeira década do reconhecimento da união estável porque como não havia direitos e deveres previstos em lei, os companheiros, quando cortejam outra mulher diante de suas companheiras, afirmavam que não lhes deviam respeito porque não eram casados. Lamentável. Quando a lei precisa prever que é dever respeitar, sinal de que pouco restou.

O dever de respeito consiste em considerar a individualidade e não ofender os direitos de personalidade do outro companheiro, vedado o emprego de palavras ofensivas ou gestos indecorosos³⁰. Acrescentamos, também, as atitudes.

A assistência deve ser moral e material, cuidando um do outro para que nada lhe falte, seja no cuidado emocional, quanto econômico. Também é importante que se aponte o dever de cuidado espiritual, conforme já foi

²⁸ *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. Schreiber Advogados. Disponível em: www.schreiber.adv.br. Acesso em 03.01.2024

²⁹ *Direito civil*, v. 5, 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 385.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 6, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 635.

mencionado quando se analisou o casamento.

Por fim, os companheiros têm o dever de guarda, sustento e educação dos filhos menores e incapazes. Como se apontou, a lealdade é o ponto dissonante.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que o dever de coabitação não é indispensável à caracterização do concubinato em virtude da não obrigatoriedade da vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*³¹.

Parece, aqui, haver algum equívoco porque o companheirismo pressupõe sim a vida como marido e mulher, a vida como casal, inclusive com a satisfação sexual. O que ocorre é que o casal pode, internamente, regular-se de maneira a não mais terem relações. A confusão se dá por conta do duplo significado da coabitação, que implica na convivência *more uxorio*, conjugalmente, debaixo do mesmo teto (essa desnecessária) e o débito conjugal (esse necessário). Ora, ninguém estabelece relação conjugal, de ordinário, para não manter relações sexuais e o mesmo vale para a união estável. É condição de existência a plenitude de vida e não simples dever que repercute no plano eficaz.

Além dos efeitos pessoais, há que consignar que há o efeito social de se inserir numa família, quando se está vivendo em união estável.

O regime supletivo aplicado aos casados é o mesmo que foi escolhido pelo legislador para os companheiros, a comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do CC).

É supletivo porque prevalecerá o contrato escrito entre os companheiros para a estipulação do regime que lhes aprouver. Na falta de um contrato escrito é que se deve lançar mão do regime de comunhão parcial de bens, suprimindo a falta de escolha por parte dos companheiros.

O STJ fixou entendimento sobre repercussões patrimoniais entre companheiros na Jurisprudência em Teses, edição 50, a saber: “7) São incommunicáveis os bens particulares adquiridos anteriormente à união estável ou ao casamento sob o regime de comunhão parcial, ainda que a transcrição no registro imobiliário ocorra na constância da relação”.

Esse tribunal foi chamado a se pronunciar porque havia o entendimento de que a propriedade se constitui pelo registro. Ocorre que, se os bens foram adquiridos anteriormente e quitados haveria enriquecimento sem causa, outro entendimento.

³¹ *Direito civil brasileiro*. V. 6, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 636.

6 | Direitos dos companheiros

A união estável confere aos companheiros o direito ao sobrenome reciprocamente, aos alimentos oriundo do dever de mútua assistência e sucessórios.

O direito ao sobrenome é disciplinado na Lei de Registros Públicos (LRP), artigo 57, § 2.º. Há discussão doutrinária acerca da vigência da LRP acerca deste tema. Esta autora entende que a norma continua vigente porque é especial, recebendo releitura à luz da CF/88 no que concerne à igualdade entre companheiros e companheiras, sem a necessidade de pedido porque é direito de personalidade, que se exerce independentemente da vontade alheia³².

O direito aos alimentos é previsto no artigo 1.694 do CC. Ainda sobre a ação de alimentos é importante ressaltar que o companheiro que tem prova pré-constituída da união estável pode ingressar diretamente com a ação pelo rito especial da Lei n.º 5.478/68, que é mais rápido.

Os direitos sucessórios são os mais palpitantes, uma vez que o RE 878.694/MG, julgado pelo STF em 2017, declarou inconstitucional o artigo 1.790, do CC.

A partir desse julgado, os companheiros passam a ter o mesmo regime jurídico dos casados, ou seja, o do artigo 1.829 do CC.

Flávio Tartuce³³ afirma que a equiparação é somente para fins sucessórios, de modo que para o Direito de Família, as diferenças persistem. Ana Luiza Naves e Anderson Schreiber³⁴ têm sustentado que a equiparação cabe no que concerne às normas de solidariedade (alimentos, regime de bens e sucessórias), como já expressado anteriormente.

Assim, ingressa-se em juízo com ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, pelo procedimento comum do artigo 334 do Código de Processo Civil (CPC), perante vara cível porque não se trata de entidade familiar. Ao contrário.

7 | Extinção

A extinção da união estável consensual pode se dar extrajudicialmente ou judicialmente.

Se os companheiros estiverem concordes acerca do término da união estável e não houver nascituros ou filhos incapazes, observados os requisitos legais, é possível que a extinção da união estável se dê extrajudicialmente

³² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*. V. 4. São Paulo: Método, 2005, p. 100, com quem concordamos e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V. 6, 27ª ed. Atual. por: CAHALI, Francisco José. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 299, em sentido de que não se aplica a LRP e equipara-se aos cônjuges.

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 347.

³⁴ *Sucessão do companheiro no STF*. Jusbrasil. 2016. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 03.01.2024.

por escritura pública lavrada em qualquer Tabelionato de Notas do país, sem a necessidade, portanto de homologação judicial (artigo 733 do CPC). O Prov. 37/2014 do CNJ afirma que “não é exigível o prévio registro da união estável para que seja registrada a sua dissolução, devendo, nessa hipótese, constar do registro somente a data da escritura pública de dissolução”.

Na escritura pública deverá constar, além do término da união estável, a partilha dos bens comuns, as disposições sobre alimentos entre companheiros, e o acordado acerca do nome dos companheiros. Se não quiserem dispor a respeito da partilha dos bens comuns, é possível que ela seja feita em outra oportunidade, seja extrajudicialmente, seja judicialmente.

O requisito de não haver nascituros ou filhos incapazes se deve ao fato de que, nestas situações, a intervenção do Ministério Público (MP) é obrigatória sob pena de nulidade.

A escritura pública de extinção de união estável é título hábil para qualquer ato registral e levantamento de valores depositados em instituições financeiras. É de rigor que as partes estejam assistidas por advogado ou defensor público, se não puderem pagar advogado sem que coloquem sua subsistência em risco. É possível que apenas um advogado represente os dois companheiros. É necessário que a qualificação e assinatura do patrono conste no ato notarial.

Os companheiros, que cumpram os requisitos para a escrituração extrajudicial, podem escolher a via judicial.

Quando o relacionamento termina e os companheiros estão de acordo acerca de todas as questões que envolvem este rompimento, é possível que ingressem em juízo com ação declaratória de reconhecimento e extinção de união estável, cumulada com partilha de bens. Essa ação tem cabimento quando não possuem documento declarando a existência de união estável, seja contrato de convivência, escritura pública de união estável ou sentença declaratória de união estável. Se já houver a prova da existência de união estável, a ação é de extinção de união estável.

Em ambos os casos, o fundamento jurídico reside no artigo 732 do CPC, porque é procedimento de jurisdição voluntária.

Daí, além das cláusulas já apontadas relacionadas à extinção extrajudicial, é possível que insiram cláusulas sobre a pensão para os filhos e regulamentação de guarda e visitas.

Se o MP não identificar cláusula prejudicial às partes envolvidas, manifestará favoravelmente à homologação da extinção da união estável.

Se tudo estiver em termos, o pedido será homologado por sentença, produzindo efeitos jurídicos.

Se não houver acordo, os companheiros somente poderão valer-se da ação de reconhecimento e extinção de união estável. Caso haja prova pré-constituída da existência da união estável, cabe ação de extinção de união estável. Ambas ações estão previstas no procedimento especial denominado Ações de Família, previstas no artigo 693 e ss. do CPC.

Em todas as Ações de Família, a recomendação da legislação processual civil é a solução consensual dos conflitos. Eis a razão pela qual quando o juiz de direito tomar contato com a ação, deverá analisar as questões de urgência e determinar a citação e intimação do réu para que compareça em sessão de mediação ou conciliação.

Assim, passamos às peculiaridades das questões processuais concernentes à união estável.

É possível que se ingresse em juízo após o falecimento de um dos companheiros com ação declaratória de união estável *post mortem*, que será proposta em face dos sucessores do companheiro falecido, em litisconsórcio passivo ou do espólio, representado pelo inventariante. A doutrina oscila neste ponto.

Os companheiros poderão realizar o procedimento estabelecido no CPC, artigo 732³⁵, caso queiram, mas não há qualquer obrigatoriedade porque a união estável se extingue com o fato da vida. A propositura da ação somente terá cabimento para pleitear algum direito que o outro companheiro ou herdeiro não reconheça. Aqui, porém, e mais uma vez, o legislador brasileiro insiste na aproximação com o instituto do casamento: para tal, basta a constatação do texto legal³⁶.

Saliente-se ainda que se, a despeito da existência desses documentos, o casal continuar convivendo de acordo com o preceituado no artigo 1.723 do CC³⁷, não haverá qualquer hipótese de se admitir a cessação da união estável.

8 | Questões polêmicas que envolvem a união estável

8.1. Contrato de namoro

O contrato de namoro tem sido uma grande sensação no Direito de Família recente, sem qualquer razão. Como já se explicou acima, a união estável é fato da vida e não pode ser afastada contratualmente, por óbvio.

Ora, contrato para dissimular união estável é nulo pois o objeto é ilícito

³⁵ Artigo 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

³⁶ Vide o Provimento n.º 37 de 2014, do CNJ.

³⁷ Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

e por se tratar de fraude à lei (artigo 166, IV e VI do CC). Ao celebrar contrato com este conteúdo, a pessoa contratante está, de antemão, renunciando direitos decorrentes da união estável.

Doutrina³⁸ e jurisprudência³⁹ manifestam-se neste sentido, com quem concordamos.

8.2. Uniões simultâneas ou paralelas

A despeito de teses existirem acerca do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, em virtude do princípio monogâmico, elas não devem prevalecer, ainda que haja o conhecimento por parte da outra pessoa, na relação triangular.

Doutrinadores, como Euclides de Oliveira⁴⁰, reconhecem a possibilidade de união estável simultânea desde que a segunda seja putativa, ou seja, o companheiro da segunda união desconhece a união, configurando a boa-fé.

Os argumentos para validar as uniões estáveis simultâneas residem no fato de que o direito está sempre atrasado diante do fato social e, por isto, muitas injustiças são cometidas porque a realidade está posta e uma das relações será protegida em detrimento da outra. Aqui há dois pontos a serem levantados. O primeiro é se a lei é endossante da vontade do povo ou de alguns, se tem a função de cancelar⁴¹ todos os fatos da vida ou, quando for o caso, funcionar como freio. O segundo é que, enquanto o Poder Judiciário acolher os fatos da vida que revelam situações sociais caóticas, na prática, nada mudará.

São raras as situações em que uma das partes não sabe da existência da outra. Com o avanço das comunicações, redes sociais, etc. é quase impossível. Por outro lado, muitas vezes as partes permanecem invisíveis porque lhes é conveniente, ou por questão econômica, vulnerabilidade emocional, etc., porque sabem que quando um falecer, o Poder Judiciário, de alguma forma, encontrará uma saída para reconhecer algum direito, prover algum recurso, o que retira a responsabilidade das pessoas pelo protagonismo de suas vidas.

Há outros doutrinadores que afirmam que a monogamia não é um princípio estatal de família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de Namoro*. Jus.com.br, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 12.07.2019.

³⁹ Há julgados que extinguiram ações pautadas em contratos de namoro por impossibilidade jurídica do pedido. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), 7.ª Câmara, Processo (Proc). 70006235287, j. 16.06.2004 e TJSP, 3.ª Câmara, Ap. 1.025.481 - Santo André, j. 28.06.2016.

⁴⁰ *União estável: do concubinato ao casamento*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2003, p. 139-40.

⁴¹ A esse respeito, apesar de toda a admiração por AZEVEDO, Álvaro Villaça. V. 19. in AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). *Comentários ao código civil*. V. 19. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258, não concordamos com o mestre quando afirma que “Não se pode legislar contra a realidade social”. Há que se legislar contra a realidade social todas as vezes que ela não for boa, que trouxer problemas sociais, que fizer com que as pessoas se tornem reféns de situações jurídicas impensadas e que, sobretudo, crianças e adolescentes sejam os mais prejudicados.

relações matrimonializadas. Aqui, duas observações: 1) se estão proibidas duas relações matrimonializadas, a sobreposição de duas uniões estáveis seria plenamente possível? 2) afirma-se que a monogamia não é princípio porque não é contemplado na CF. Porém, o princípio da afetividade também não é expresso e a mesma doutrina não discute sua inexistência.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, nossa Professora de toda uma vida, tem posição diametralmente oposta a esta autora e chama a atenção ao fato de que o direito não pode permanecer alheio à realidade⁴².

O TJRS, reconheceu triação ao invés de meação⁴³, e a partilha de pensão por morte entre cônjuge e companheira⁴⁴.

Parte da doutrina⁴⁵ entende que as uniões estáveis paralelas não passam de sociedades de fato porque um dos requisitos é a lealdade/fidelidade, o que não se apresenta nesta hipótese. Caberia, em virtude da inobservância do dever de boa-fé objetiva e do abuso do direito, a indenização por danos materiais e morais, tão somente. É a esta posição que nos filiamos, assim como o STJ, como se poderá constatar adiante.

Para Euclides de Oliveira⁴⁶, há que se reconhecer a união estável se caracterizada a boa-fé por parte do companheiro ou companheira, que desconhecia o impedimento, e aplicar analogicamente a mesma norma do casamento putativo.

Luciana Brasileiro e Maria Rita de Holanda, doutrinadoras pernambucanas da nova geração de civilistas, que se debruçam sobre essas questões, afirmam:

A monogamia não superada enquanto princípio, impõe exclusividade no relacionamento, e se aplica ao casamento e à união estável, contudo, pode ter sua densidade normativa relativizada quando o bem jurídico a ser protegido é a dignidade da pessoa, e não a instituição, sob pena de incorreremos no retrocesso da invisibilidade de fatos sociais⁴⁷.

No entanto, se se for validar essa interpretação nada muda porque não pode na teoria, mas na prática admite-se para preservar a pessoa, ou seja, nada muda, apesar de compreendermos o objetivo nobre das colegas.

⁴² *Famílias paralelas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, Jan./Dez. 2013, p.199-219. P. 205.

⁴³ TJRS, 8.^a Câ. Cív., Acórdão (Ac.) 70024804015 - Guaíba, j. 13.08.2009.

⁴⁴ STJ, 6.^a Turma. REsp 674.176, j. 17.3.2009.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 5, 33.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 439 e AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 190.

⁴⁶ *União estável: do concubinato ao casamento*. 6.^a ed. São Paulo: Método, 2003, p. 75.

⁴⁷ *A proteção da pessoa nas famílias simultâneas*. MENEZES, Joyceane Bezerra de; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de (Orgs.). *Direito Civil Constitucional: a resignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 14.

O STJ, por sua vez, rechaça esta possibilidade, a nosso ver, acertadamente. Afirma que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, uma vez que integra o conceito de lealdade. E continua:

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade⁴⁸.

Por fim, transcreve-se trecho de acórdão perfeito, oriundo do STJ, acerca do tema:

Não se está analisando a possibilidade de, no mundo dos fatos, haver mais de uma união com vínculo afetivo duradouro, com o escopo de constituição de laços familiares, o que evidentemente acontece [...]. O que se está a perquirir é se, ainda que de fato haja vínculos afetivos desse jaez, o ordenamento jurídico confer-lhes alguma proteção [...].

A tutela jurídica deve ser extraída do próprio ordenamento jurídico (dever-ser) e não dos fatos sociais (ser), muito embora o primeiro somente se revele como realidade quando de encontro com o segundo. E não é simplesmente emprestando ao direito velho o epíteto de moderno, que tal ou qual valor social estará protegido, senão mediante reformas legislativas pelos meios ordinariamente concebidos⁴⁹.

Levando-se em conta que a CF/88 adotou a pluralidade qualitativa das famílias, a diferença é fundamental. Por sua vez, a exclusividade do relacionamento sólido é condição de existência da união estável juridicamente e não faticamente.

A ciência jurídica não pode se curvar ao senso comum, à prática, quando deveria existir para fomentar o valor e a transformação social virtuosa. Reconhecer uniões estáveis paralelas seria o mesmo que reconhecer juridicamente a bigamia.

8.3. Bigamia

A bigamia é crime contra o casamento previsto no artigo 235 do Código Penal (CP). Diante do princípio da estrita legalidade, não configura o crime de bigamia a coexistência de casamento e união estável. Menos grave ainda é, à luz da lei penal, a simultaneidade de uniões estáveis.

No entanto, se a CF reconhece a família formada pelo casamento, as entidades familiares, formadas pela união estável e a família monoparental, há que se reconhecer a existência de bigamia em relação à coexistência de uniões estáveis. Mais uma vez se depara com a incoerência do sistema

⁴⁸ STJ, 3.^a Turma, REsp 1.348.458, j. 08.05.2014.

⁴⁹ STJ, 4.^a Turma, REsp. 912.926/RS, j. 22.02.2011.

jurídico estabelecendo mais vantagens à união estável.

9 | Notas conclusivas

Num mundo em que se luta pelo reconhecimento da diversidade, as relações não podem ser reducionistas a um modelo apenas. Se os institutos são diferentes, os efeitos jurídicos também deveriam ser, de modo coerente e sistêmico. Esta deveria ser a premissa.

Os companheiros, quando escolhem a união estável, optam por um regime jurídico diferente do casamento.

A disciplina constitucional, ao cogitar da conversão da união estável em casamento, deixou ao legislador ordinário não a sua regulamentação para atribuir-lhe alguns ou todos os efeitos do matrimônio, mas tão somente a disciplina dos problemas que costumam acontecer ao término da união familiar não estruturada nos moldes do casamento civil.

A orientação infraconstitucional não pode anular a liberdade daqueles que não desejam se submeter ao regime típico de casamento, sob pena de tornar ineficaz a parte final do §3º do artigo 226 da Carta Magna. Não compete ao legislador regulamentar a própria relação informal, atribuindo-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal⁵⁰.

A população, que deixou de se casar para não incorrer nos efeitos do matrimônio, hoje só pode se socorrer da ausência de relação afetiva, sentimental, ou quando muito, do namoro, sem qualquer outra pretensão de maior envolvimento.

Se é preciso termos todas as dimensões da cidadania, conforme a lição de Esther Martínez Quinteiro⁵¹, percebe-se que não se concretiza a sua dimensão civil porque a sociedade não debate, não há diálogo amplo, apenas dentro setores restritos porque, pelo estudo do Direito de Família do ponto de vista científico, a impressão é de que temos o que denominamos de “puxadinho jurídico”, a fim de acomodar os fatos, de modo que culturalmente a população e até operadores do direito acreditam que casamento e união estável são institutos idênticos.

O Brasil atual vive a ditadura do casamento forçado: qualquer pessoa que venha a se relacionar emocionalmente de maneira mais intensa, corre o risco de se ver inserida numa união estável, sem qualquer possibilidade de afastar seus efeitos indesejados – diga-se de passagem – para quem somente desejou amar. É necessário repensar o instituto da união estável. •

⁵⁰ DELGADO, Mário Luiz; BRANDÃO, Débora. *União estável ou casamento forçado?*. in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Coords.). *Direito civil: estudos* – coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018, p. 369-392, p. 379.

⁵¹ Conferência proferida na Universidad Carlos III de Madri, em 01.02.2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: De acordo com o atual Código Civil – Lei n.º 10.406, de 10-01-2002. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. V. 19. in AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil**. V. 4. São Paulo: Método, 2005.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. 2.ª ed. São Paulo: LEUD, 1988.
- BRANDÃO, Débora. Regime de bens no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita de. *A proteção da pessoa nas famílias simultâneas*. MENEZES, Joyceane Bezerra de; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de (Orgs.). **Direito Civil Constitucional**: a resignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *A união estável: um conceito?* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19-44.
- DELGADO, Mário Luiz; BRANDÃO, Débora. *União estável ou casamento forçado?* in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Coords.). **Direito civil: estudos** – coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018, p. 369-392.
- DELGADO, Mário Luiz. **O paradoxo da união estável**: um casamento forçado. Rio de Janeiro: LB, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 5, 33ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 6, 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 6, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de Namoro*. **Jus.com.br**, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 12.07.2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**, V. 6, 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Famílias paralelas*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108, Jan./Dez. 2013, p.199-219.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**. V. 5, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. V. 2, 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Euclides. **União estável**: do concubinato ao casamento. 6ª ed. São Paulo: Método, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A criação de um novo estado civil no direito brasileiro para a união estável*. in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e sucessões**. Série grandes temas de direito privado – Vol. 3. São Paulo: Método, 2005, p. 261-271.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. V. 6, 27ª ed. Atual. por: CAHALL, Francisco José. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit française**. 2 ed. Paris: Librairie générale du droit, 1951.
- SCHREIBER, Anderson. *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*. Schreiber Advogados. Disponível em: www.schreiber.adv.br. Acesso em 03.01.2024.
- SCHREIBER, Anderson. *Sucessão do companheiro no STF*. Jusbrasil. 2016. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 03.01.2024.
- SIMÃO, José Fernando. *Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária?*. 2013. **Centro de Investigação de Direito Privado**: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 (2013), nº 1, ISSN: 2182-7567, pp. 821-836. Disponível em: www.cidp.pt. Acesso em: 03.01.2024.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. V. XVII. São Paulo: Atlas, 2003.
- XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br>. Acesso em: 03.01.2024.



O VALOR DO TRABALHO DOMÉSTICO NO FIM DE UMA UNIÃO DE FACTO



João Cura Mariano
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



A união de facto como forma de constituição de uma família em que os seus membros procuram a felicidade e a realização pessoal numa perspetiva individualista, funcionando como um sistema de referências internas, baseado no compromisso privado, imune a referências externas reguladoras dos ordenamentos e institutos tradicionais, como o casamento, pode ser fonte de litígios, quando, terminada a união, se registam divergências quanto ao modo como resultou distribuído o espólio de uma vida em conjunto.

Nesse espólio, num sentido mais abrangente, poderão ser incluídas todas as contribuições de cada um dos membros da união de facto para os encargos da vida familiar, designadamente o trabalho doméstico e a educação dos filhos comuns.

Entre as pessoas que vivem em união de facto estabelece-se uma comunhão de interesses patrimoniais e contributos para a satisfação dos encargos da vida familiar que deve ter reflexo na atribuição da titularidade dos bens adquiridos durante a vida em comum, quando esta cessa.

Os problemas colocam-se quando a titularidade dos bens adquiridos durante o período da união de facto não reflete minimamente, todas as contribuições de cada um para os encargos da vida familiar.

Não devendo as regras do casamento aplicarem-se, por analogia, às relações internas da união de facto, designadamente o disposto no artigo 1676.º do Código Civil, salvaguardando o espaço de liberdade desejado e construído pelos unidos de facto, será o instituto subsidiário do enriquecimento sem causa a intervir de modo a remediar as injustiças que se evidenciem da

situação patrimonial sobrevinda ao termo da união de facto.

Neste Colóquio de Direito da Família procurei dar notícia e comentar um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que se valorizou o trabalho doméstico de uma vida, assim como a educação dos filhos, sem tradução no património daquele que assim contribuiu, em regime de exclusividade, para os encargos da vida familiar.

Lê-se nesse acórdão de 14 de janeiro de 2021 que decidiu um recurso em que se questionava se o trabalho doméstico e a educação dos filhos podiam ser incluídos nas contribuições para os encargos da vida familiar merecedores de uma compensação, defendendo-se nas alegações de recurso, com apoio em anterior jurisprudência, que estávamos perante obrigações naturais:

Se esta construção é válida quando a lide doméstica da casa onde ambos vivem e a educação dos filhos é repartida pelos dois parceiros da união de facto em proporções relativamente equilibradas, o mesmo já não sucede quando essas funções são assumidas exclusivamente ou sobretudo por um deles, verificando-se um manifesto desequilíbrio na repartição dessas tarefas.

É que, nestas situações de evidente desequilíbrio, não é possível considerar que a prestação do trabalho doméstico e os cuidados, acompanhamento e educação dos filhos correspondem, respetivamente, a uma obrigação natural e ao cumprimento de um dever, existindo uma causa para o enriquecimento resultante da desproporção na repartição de tarefas

Ora, desde há muito que a exigência de igualdade é inerente à ideia de justiça, pelo que não é possível considerar que a realização da totalidade ou de grande parte do trabalho doméstico de uma casa, onde vive um casal em união de facto, por apenas um dos membros da união de facto, corresponda ao cumprimento de uma obrigação natural, fundada num dever de justiça.

Pelo contrário, tal dever, reclama uma divisão de tarefas, o mais igualitária possível, sem prejuízo da possibilidade de os membros dessa relação livremente acordarem que um deles não contribua com a prestação de trabalho doméstico, na lógica de uma especialização dos contributos de cada um.

O exercício da atividade doméstica, por apenas, ou essencialmente por um dos membros da união de facto, sem contrapartida, resulta num verdadeiro empobrecimento deste, e a correspondente libertação do outro membro da união da realização dessas tarefas, um enriquecimento, uma vez que lhe permite beneficiar do resultado da realização dessas atividades sem custos ou contributos. Como refere Júlio Gomes, o trabalho doméstico, embora continue a ser estranhamente invisível para muitos, tem obviamente um valor económico e traduz-se num enriquecimento enquanto poupança de despesas,

ou Paula Távora Victor, o trabalho doméstico constitui uma forma de contribuir para a aquisição de bens.

Se estas ideias são de fácil e intuitiva assimilação, a sua aplicação às situações de vida com os seus múltiplos cambiantes revela esperadas dificuldades. Entre o preto e o branco, os tons de cinzento multiplicam-se e cada caso exige uma ponderação específica.

O que valem os pactos expressos ou implícitos de coabitação? As possibilidades e capacidades de cada um dos membros da união de facto devem ser tomadas em consideração na medição do valor das suas contribuições para os encargos da vida familiar? E qual é o valor do trabalho doméstico e da educação dos filhos? O do custo dos serviços prestados no mercado? O do custo do tempo para o prestador ou antes o do valor do tempo poupado para quem dele beneficiou?

Aqui ficam apenas as palavras ditas, em jeito de conversa, num dia à tarde no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça. Mais tarde, cumprindo compromisso assumido, voltarei ao tema, em palavras escritas, num pensamento, desejavelmente, mais estruturado. •







Rosa Cândido Martins

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra,
Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra

ENCERRAMENTO

Clique para assistir.



Em primeiro lugar, gostaria de me dirigir novamente aos presentes porque sem eles não teria sido possível termos uma jornada de trabalho e reflexão tão proveitosa.

Ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Henrique Araújo, que patrocinou com entusiasmo este Colóquio.

À Senhora Conselheira Fernanda Isabel Pereira que me dirigiu o repto para organizarmos este primeiro Colóquio de Direito da Família no Supremo Tribunal de Justiça, que considero ter sido um êxito a vários níveis e que, assim, me move para continuar a profícua colaboração entre o Centro de Direito da Família e o Supremo Tribunal de Justiça.

Uma palavra também a todos os Presidentes de Mesa, Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, que hoje nos honraram com a sua presença e com o seu saber.

Aos meus ilustres colegas e aos meus distintos professores, cujas intervenções representam o melhor que a Academia e, em particular, o Centro de Direito da Família, tem para oferecer no que respeita à reflexão crítica sobre o Direito da Família e a sua evolução.

À Professora Débora Brandão e ao Professor Arkadius Wudarski, que vieram de longe, o meu agradecimento profundo por terem enriquecido este

colóquio com as suas cativantes comunicações sobre a realidade familiar e a sua regulação noutras paragens.

A todos estou muito grata!

A todos os presentes que, com a vossa participação, proporcionaram um debate elevado e deram vigor a este momento em que falámos e pensámos o Direito da Família. Uma vez mais, muito obrigada.

Em segundo lugar, cumpre ainda dizer que estou especialmente orgulhosa pela realização deste Colóquio e que gostava muito que estivesse aqui presente — sei que estive a assistir remotamente —, mas gostava muito que estivesse aqui connosco, o principal responsável e impulsionador deste evento, o Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira.

Lembro igualmente um colega e amigo, o Senhor Dr. Miguel Raposo, que acreditou neste projeto de parceria entre o Centro de Direito da Família e o Supremo Tribunal de Justiça e, enquanto Juiz Assessor, tudo fez para preparar o terreno para o êxito de hoje.

Em terceiro lugar, não posso deixar de afirmar que me sinto pessoalmente muito honrada por participar neste Colóquio e muito agradecida pelo prazer imenso que tive em trabalhar na sua preparação com a Senhora Conselheira Fernanda Isabel Pereira, cujo sentido de justiça, consciência dos reais problemas da vida em família e sensibilidade me inspiraram, e com a Senhora Dra. Sandra dos Reis Luís, sempre de um cuidado e rigor inexcedíveis.

Quero deixar uma nota final. É com alguma regularidade que ouvimos dizer que o Direito da Família é o “parente pobre” do Direito. As minhas palavras são, portanto, do mais absoluto contentamento por trazê-lo ao salão nobre do Supremo Tribunal de Justiça, promovendo a discussão e a reflexão sobre esta área tão estimulante e sobretudo com o nível a que assistimos hoje. Acredito, sinceramente, que iniciativas como esta contribuem decisivamente para promover a investigação científica nesta área e para melhorar a sua aplicação, o que, naturalmente, acaba por se refletir no quotidiano e na vida das famílias e dos seus membros

Espero, assim, que esta iniciativa se repita! E cá estarei, para contribuir para que tal aconteça. •

Muito obrigada!

Rosa Cândido Martins



Fernanda Isabel Pereira
Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

ENCERRAMENTO

Clique para assistir.



Cabe-me a honra de proferir umas breves palavras no encerramento deste primeiro Colóquio de Direito da Família do Supremo Tribunal de Justiça.

Como já foi hoje referido, a organização deste colóquio insere-se numa colaboração de âmbito mais vasto do Supremo Tribunal de Justiça com o Centro de Direito da Família ao abrigo do protocolo celebrado em 17 de Maio de 2021.

E a minha presença aqui resulta do facto de ser a interlocutora designada pelo Supremo Tribunal de Justiça para dar concretização ao texto daquele protocolo.

Enquanto Juíza Conselheira Jubilada tem sido um privilégio prestar esta colaboração, que muito me honra.

Dando uma nota pessoal, não posso deixar de estar grata pela oportunidade de ter mantido esta ligação ao Direito e ao Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal onde servi e onde vivi uma experiência profissional e humana que me marcou positivamente e me enriqueceu muito.

Falar de Família é falar de um espaço de solidariedade e amor. Um espaço para caminhar de mãos dadas.

Não existe uma definição de amor, tão vastos e abrangentes são os seus domínios e os cambiantes possíveis.

Creio que o Amor é um mistério e não é susceptível de ser reduzido a uma classificação ou definição, apesar das muitas tentativas para o conseguir desde o filósofo Sócrates, para quem o amor é «um desejo de qualquer coisa que não se tem e que se deseja ter», até Camões que, na sua magnífica poesia, descreve o Amor como «fogo que arde e não se vê; dor que dói e não se sente».

O Amor é um acto de fé no outro. Baseia-se na relação de confiança e não existe sem respeito recíproco.

Respeito, em latim *respicere*, significa «olhar para», isto é, aceitar o outro com a sua individualidade, reconhecer a sua identidade singular. Não se confunde com relação de «domínio» do outro ou de «fusão» com o outro, com a inerente perda da individualidade, logo, da liberdade, quer se trate de uma relação conjugal, filial ou outra.

E quando o equilíbrio nas relações se degrada, quando as mãos se crispam, o Direito e os Tribunais são chamados a intervir, essencialmente para resolver as patologias do amor.

É, sobretudo, quando as relações afectivas se degradam e entram em ruptura, quando o amor se transforma em «desamor», ao ponto de faltarem a capacidade ou a lucidez necessárias para ser encontrada uma solução de consenso, que são chamados o Direito e os Tribunais.

Por isso, nem sempre o casamento ou a união de facto entre a vida e o Direito é feliz. Nem sempre a Lei do Direito e a Lei do Amor estão em sintonia.

Hoje, neste Colóquio, ficou bem patente esta realidade.

Ficou também evidenciada a vastidão e complexidade dos problemas e das questões a que o Direito procura dar resposta no domínio da conjugabilidade, de direito e de facto, bem como as consequências da sua ruptura, muitas vezes demasiado fácil, numa época de grande volatilidade das relações afectivas e em que dominam o efémero e a procura da felicidade no imediato.

A promoção do debate na busca conjunta de soluções para as questões abordadas pelos Excelentíssimos Oradores, num casamento ou união de facto que se quer feliz entre a Doutrina e a Jurisprudência, serão um contributo válido e inspirador no esforço de servir aqueles que procuram a Justiça.

Só com a interligação entre a Doutrina e a Jurisprudência podemos questionar e ambicionar alcançar as melhores respostas.

E a parceria entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Centro de Direito da Família visa propiciar e desenvolver esse encontro na busca de soluções que sirvam os casos concretos.

Deixamos, por isso, um sentido agradecimento aos Senhores Professores pela excelência das vossas intervenções.

Muito obrigada aos Senhores Moderadores, Senhores Juizes Conselheiros Pedro Lima Gonçalves, Maria dos Prazeres Beleza, Manuel Capelo e Graça Amaral.

Agradecemos ao Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça a disponibilização de todos os meios que permitiram a realização deste encontro, agradecimento que não podemos deixar de tornar extensivo a todo o seu Gabinete, na pessoa da Senhora Dra. Juiz Sandra dos Reis Luís, uma colaboradora inexcédível.

Uma palavra de apreço e agradecimento aos Senhores funcionários pela sua imprescindível colaboração.

Cumprimentamos o Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira, Mestre e impulsor do estudo do direito da família, que nos honrou hoje com a sua presença.

Uma saudação especial e amiga à Senhora Professora Doutora Rosa Cândido Martins, que em nome do Centro do Direito da Família contribuiu para a organização deste Colóquio com o seu empenho, saber e inteira disponibilidade.

Agradecemos a todos os que se deslocaram a este Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça quer presencialmente, quer virtualmente. Sem a vossa presença este Colóquio não teria sentido. Esperamos que tenha correspondido às vossas expectativas.

Muito mais haveria para dizer, numa área tão rica como a do Direito da Família das Crianças e dos Jovens. Estes não ficaram esquecidos. Haverá outras oportunidades. •

Muito obrigada







SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

