

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

■ Coleção Formação Contínua ■

Casamento



União de facto: questões da jurisdição civil

Jurisdição Civil e Processual
Civil e Comercial

novembro 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ



O século XXI deu continuidade às alterações sociológicas ao nível da família, que o século XX começou a extremar.

A família mudou, tornou-se mais informal e mais afectiva, desestruturou formas e conceitos, mas sem deixar de ser o centro da vida das pessoas.

Tudo isto, ligado à volatilidade dos tempos, à busca quase insana do prazer consumista (também de sentimentos), à fragilidade da felicidade que no dia a dia se procura conquistar, ao individualismo egoísta.

É neste contexto que surgem as novas formas de família.

Aquelas que obrigam à mudança das leis para acompanhar a evolução da sociedade.

Aquelas que implicam a previsão de novos contratos, a consagração de novos direitos e deveres.

O Casamento e a União Facto navegam por estas águas e levaram a que a Jurisdição Civil do Centro de Estudos Judiciários organizasse uma Acção de Formação para reflectir sobre estas duas realidades no que concerne às várias vertentes em que ele afecta os Tribunais desta área, actualizando, com uma visão atenta à evolução doutrinária e jurisprudencial, o enquadramento e domínio de questões relativas aos regimes jurídicos do casamento e da união de facto (em especial na sua vertente patrimonial), examinando a jurisprudência do Tribunal Constitucional no que respeita ao confronto entre os regimes do casamento e da união de facto, analisando e aprofundando os temas da responsabilidade civil entre cônjuges e das sociedades entre cônjuges, sistematizando matérias respeitantes à união de facto (nomeadamente no que tange ao enriquecimento sem causa, à aquisição da nacionalidade portuguesa e à protecção sucessória) e, reconhecendo a vertente adjectiva da operacionalidade dos regimes de bens do casamento, inventariando e estudando o seu relevo na acção executiva.

Fica um especial agradecimento à Juíza Conselheira Ana Paula Boularot, aos Juízes de Direito Nuno Lemos Jorge e José Henrique Delgado de Carvalho, à Procuradora da República Irene Espinheira Oliveira e aos/às Professores/as Alexandre Soveral Martins (Universidade de Coimbra), Rute Teixeira Pedro (Universidade do Porto), Cristina Dias (Universidade do Minho) e Rossana Martingo Cruz (Universidade do Minho), pelo esforço feito e pela colaboração sempre pronta e de qualidade de excelência com o Centro de Estudos Judiciários e a formação de magistrados/as.

Este é mais um e-book da Colecção "Formação Contínua" que, nesta matéria, passará – por certo – a ser uma referência dentro da Comunidade Jurídica.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Casamento & união de facto – questões da jurisdição civil

Jurisdição Civil, Comercial e Processual Civil:

Estrela Chaby – Juíza de Direito e Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Ana Rita Pecorelli – Procuradora da República e Docente do CEJ

Patrícia Helena Costa – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Emília Melo e Castro – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Elisabete Assunção – Juíza de Direito e Docente do CEJ

Carlos Fraga Figueiredo – Procurador da República e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2019/2020:

Casamento & União de facto: questões da jurisdição civil - 12 e 13 de dezembro 2019 ([programa](#))

Conceção e organização:

Docentes da Jurisdição Civil, Comercial e Processual Civil do CEJ

Intervenientes:

Nuno Lemos Jorge, Juiz de Direito, AATRIC – Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional.

Cristina Dias, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Rossana Martingo Cruz, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Alexandre de Soveral Martins, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e investigador do Instituto Jurídico da mesma instituição

Ana Paula Boularot, Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Irene Espinheira Oliveira, Procuradora da República

Rute Teixeira Pedro, Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

José Henrique Delgado de Carvalho, Juiz de Direito

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 18/11/2020	

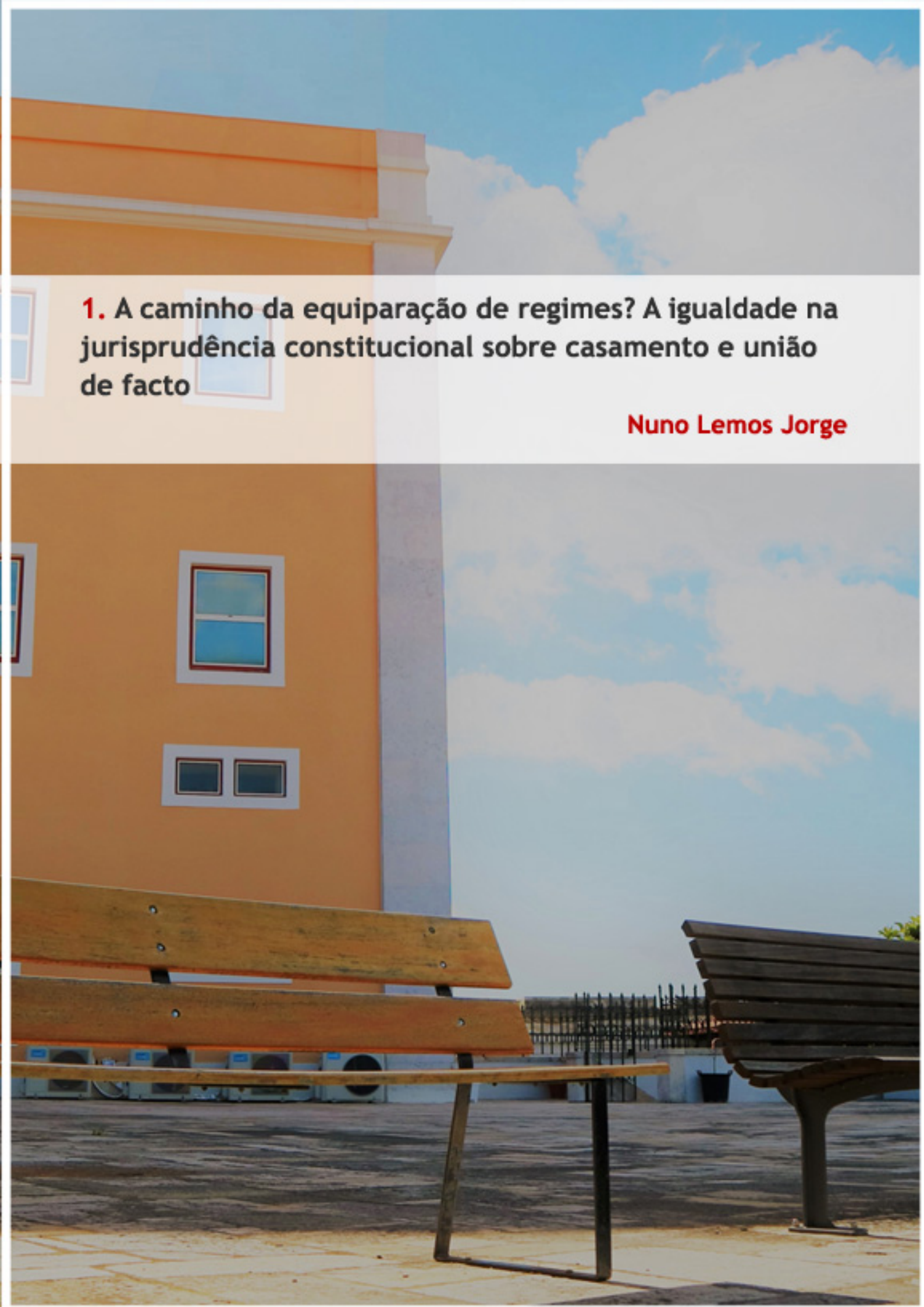
Casamento & união de facto

– questões da jurisdição civil –

Índice

1. A caminho da equiparação de regimes? A igualdade na jurisprudência constitucional sobre casamento e união de facto Nuno Lemos Jorge	9
2. Responsabilidade civil entre os cônjuges: uma análise do artigo n.º 1792.º do Código Civil Cristina Dias	37
3. União de facto: a pertinência do registo, a problemática da separação de pessoas e bens e a contagem do prazo de convivência Rossana Martingo Cruz	65
4. Sociedades entre cônjuges Alexandre de Soveral Martins	85
5. União de facto - questões patrimoniais Ana Paula Boularot	99
6. Acção de reconhecimento da união de facto para aquisição de nacionalidade portuguesa Irene Espinheira Oliveira	113
7. Da proteção sucessória do unido de facto Rute Teixeira Pedro	133
8. Estatuto processual do cônjuge do executado (artigos 740.º a 742.º, 786.º e 787.º nCPC; e 1689.º a 1697.º, 1730.º e 1789.º Código Civil) José Henrique Delgado Carvalho	165

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. A caminho da equiparação de regimes? A igualdade na jurisprudência constitucional sobre casamento e união de facto

Nuno Lemos Jorge

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A CAMINHO DA EQUIPARAÇÃO DE REGIMES? A IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL SOBRE CASAMENTO E UNIÃO DE FACTO

Nuno Lemos Jorge*

- 1. Nota prévia
- 2. Jurisprudência mais relevante
 - Em matéria de arrendamento
 - Em matéria fiscal
 - Em matéria de danos reflexos – artigo 496.º, n.º 2, do cpc
 - Em matéria de pensões de sobrevivência
 - Em matéria de apoio judiciário
 - Em matéria de pensões por acidentes de trabalho
 - Outros acórdãos (com relação indirecta)
 - Linhas gerais da jurisprudência
 - Vídeos da intervenção

1. Nota prévia

Na leitura do resumo de jurisprudência que se segue, deve ter-se em mente que a função do Tribunal Constitucional não passa por se substituir aos restantes tribunais na interpretação do direito infraconstitucional, mas apenas verificar se as normas que esses tribunais aplicaram, *com o sentido com que foram por eles aplicadas*, são ou não inconstitucionais. Pode ler-se, a este propósito, no Acórdão n.º 86/2007 (entre inúmeros outros com o mesmo sentido): *«Como este Tribunal tem repetidamente afirmado, não está em causa, no controlo da constitucionalidade a que procede, a qualificação do “melhor direito” (e a “desqualificação” do “pior direito”) em si mesmo, isto é, o juízo sobre qual seria a solução mais conveniente ou que melhor concilia todos os interesses em presença. Tal é missão do legislador. Ao Tribunal Constitucional compete apenas um controlo de constitucionalidade, ou seja, ajuizar sobre a questão de saber se uma solução ou dimensão normativa viola normas ou princípios constitucionais: não, neste sentido, avaliar o “melhor direito”, mas apenas dizer o “nã o direito”, porque incompatível com a Constituição da República (cf. os seus artigos 3.º, n.º 3, 204.º, 223.º, n.º 1, e 277.º, n.º 1)»*.

2. Jurisprudência mais relevante

EM MATÉRIA DE ARRENDAMENTO

Acórdão n.º 359/91: declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no Diário da República, I Série, de 28 de Maio de 1987, por força da violação do princípio da não discriminação dos filhos, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910359.html>)

* Juiz de Direito, AATRIC – Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional.

Esse Assento interpretou as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil no sentido de que não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores.

As normas em causa eram, à data, as seguintes:

“Artigo 1110.º

(Incomunicabilidade do arrendamento)

1. Seja qual for o regime matrimonial, a posição do arrendatário não se comunica ao cônjuge e caduca por sua morte, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.
2. Obtido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, podem os cônjuges acordar em que a posição de arrendatário fique pertencendo a qualquer deles.
3. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento, e quaisquer outras razões atendíveis; estando o processo pendente no tribunal de menores, cabe a este a decisão.
4. A transferência do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, por efeito de acordo ou decisão judicial, deve ser notificada oficiosamente ao senhorio.”

Havia algumas questões analisadas no Acórdão às quais não se fará referência (designadamente, quanto à possibilidade de fiscalização abstracta dos assentos e inconstitucionalidade por omissão).

Quanto à questão a apreciar, as principais razões do Tribunal Constitucional foram, em síntese, as seguintes:

- O artigo 36.º, n.º 4, da CRP dizia (e diz) que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
- Com a referida norma, há discriminação para os filhos menores nascidos de uniões de facto aos quais é concedido um tratamento de desfavor em relação aos filhos nascidos do casamento.
- Citando o Professor Pereira Coelho (anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Junho de 1985, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 120.º, n.º 3756, pp. 81 e 82), o Tribunal entendeu que «também não parece decisivo o argumento (...) de que o interesse dos filhos, sendo meramente indirecto, não justificaria a atribuição de direito de arrendamento ao progenitor não arrendatário. Não só os filhos beneficiam imediatamente da atribuição de direito de arrendamento ao progenitor a quem ficam confiados, como poderão vir a suceder no direito de arrendamento por morte desse progenitor».
- E concluiu o Tribunal Constitucional: «Aliás, em última análise, a decisão sobre a matéria impugnada há-de situar-se, não já no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano do interesse dos filhos que, por força daquele preceito constitucional, não podem conhecer tratamento discriminatório derivado do facto de os respectivos progenitores serem ou não casados, mostrando-

se assim irrelevante a argumentação que, pelo facto de a lei civil proibir a aplicação analógica de normas excepcionais, acaba por não rejeitar aquela discriminação».

– **Em suma, entendeu-se que houve violação da norma constitucional que proíbe a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, mas não que houve violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) por necessidade de equiparação entre o casamento e a união de facto.**

*

Este Acórdão do Plenário dividiu o Tribunal 7-6 e alguns votos de vencido evidenciam outros pontos de vista.

Voto de vencido do Conselheiro Messias Bento

«A irrelevância do interesse dos filhos menores nascidos fora do casamento (ou melhor: a insensibilidade ou indiferença do legislador perante esse interesse) — em contraste com a relevância do interesse dos filhos menores de pais casados que, entretanto, se divorciaram ou separaram judicialmente — para o efeito de atribuição do direito ao arrendamento da habitação familiar, é, pois, uma consequência mediata, um mero efeito reflexo, da disciplina jurídica da transmissão do contrato de arrendamento — e não uma solução jurídica que o legislador assuma visando a definição do estatuto da filiação. Do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil resulta, é certo, uma diferença de tratamento entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do casamento. Tal diferença de tratamento não assenta, porém, no diferente nascimento de uns e de outros, mas antes no facto de, num caso, se ter posto termo à comunhão de vida dos pais por divórcio ou separação judicial e, no outro, tal ter acontecido por haver desaparecido o consenso em que essa vida em comum assentava. Quer dizer: as situações em confronto são a da família conjugal e a da família natural, que o mesmo é dizer da família assente no casamento, a que o divórcio pôs termo ou que a separação judicial interrompeu, e a família nascida de uma união de facto, que os parceiros decidiram terminar. Dizendo ainda de outro modo: o confronto é entre a rutura da vida conjugal e a da vida para-conjugal, e não entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do casamento».

Com isto, concluiu que não devia ter sido convocado o parâmetro do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição. Teria de ser, no seu entender, o parâmetro da protecção da família, mas aí se encontraria a dificuldade decorrente de a família natural não ter de ter o mesmo tratamento da família conjugal.

Acrescenta: «Dizendo de outro modo: submeter ao estatuto do casamento quem, justamente, não quis assumir compromissos matrimoniais, sim e tão-só estabelecer uma comunhão de vida assente exclusivamente no consenso e destinada, por isso mesmo, a só durar enquanto esse consenso persistir, significaria violar a liberdade dos membros da comunidade natural assim constituída. Trata-se, com efeito, de uma comunidade que se baseia na liberdade dos seus fundadores e que, por isso mesmo, tem como características

fundamentais a espontaneidade, a desregulação e uma aversão radical à ideia de «jurisdicização».)»

Concluiu, por fim, que não há violação do princípio da igualdade.

Voto de vencido do Conselheiro Bravo Serra

«[A]s citadas normas têm somente campo de aplicação quanto aos casos de dissolução do casamento por divórcio e de interrupção da sociedade conjugal por separação judicial de pessoas e bens, não estando prevista, fora desses casos, a atribuição do «direito» ao arrendamento da casa de morada de família».

Voto de vencido da Conselheira Assunção Esteves

Entende que a norma impugnada no recurso apenas indirectamente podia atingir os direitos dos filhos. «Não se trata (...) de pôr em causa o princípio da aplicabilidade directa das normas sobre direitos fundamentais (Constituição da República, artigo 18.º, n.º 3) mas de negar a possibilidade de inferir uma estatuição normativa que não está em directa relação com a força de injunção do princípio contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República».

Este entendimento teve consequências em jurisprudência a jusante.

V. acórdão n.º 1221/96: *julgou inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República, a norma do n.º 1 do artigo 1793.º do Código Civil na interpretação segundo a qual o regime nela previsto não é aplicável às situações de cessação de união de facto, se constituída esta more uxorio, havendo filhos menores nascidos dessa união. (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961221.html>)*

Teor do preceito impugnado: «pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal».

Seguiu, no essencial, o Acórdão n.º 359/91, atrás referido, e tornou claro que afasta a tese, ali minoritária, que não atende ao interesse meramente indirecto.

– «Está em causa, face ao artigo 36.º, n.º 4, da CRP, cuidar de assegurar que o interesse dos filhos menores nascidos fora do casamento não deixa de integrar um dos vetores do critério a utilizar pelo julgador na determinação da casa de morada da família. Até porque o artigo 1793.º é uma norma aberta à densificação do seu conteúdo através das decisões jurisprudenciais, necessário será que estas tenham presente aquele interesse».

– «E não se objecte que o artigo implica, na medida em que reportado aos efeitos do divórcio, o status institucional adquirido pelo casamento. A valorização meramente formal desse argumento operaria uma discriminação reflexa quanto aos filhos nascidos fora do matrimónio, pois, como já se observou, o seu interesse na manutenção da

residência familiar não poderia ser atendido sempre que o poder paternal fosse atribuído ao progenitor não proprietário da casa de morada da família».

– Este Acórdão teve um voto de vencido do Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, remetendo, no essencial, para o voto de vencido do Conselheiro Messias Bento no Acórdão n.º 359/91, atrás referido.

Acórdão n.º 286/99: julgou inconstitucionais, por violação do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, as normas dos artigos 42.º, n.º 1, e 46.º do Decreto-Lei n.º 18/88, de 21 de Janeiro, na medida em que excluem da preferência nelas estabelecida os professores que, sendo pais de filhos menores, mas não casados, convivam em condições idênticas às dos cônjuges e coabitem com aqueles filhos.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990286.html>)

Tratava-se de normas relativas às preferências conjugais na colocação dos professores.

Embora não estejamos já em matéria de arrendamento, esta decisão acaba por ser, de certo modo, um seguimento do Acórdão n.º 359/91, como, de resto, resulta dos seus fundamentos. Em suma, o Tribunal Constitucional entendeu o seguinte:

- A norma em causa espelha uma preocupação constitucional: a protecção da família (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).
- O interesse dos filhos pode configurar-se como um objectivo indirecto do legislador.
- A circunstância de não estar em causa directamente a definição do estatuto dos filhos não impede, porém, que o interesse dos filhos seja considerado na interpretação e aplicação das normas em causa.
- Por outras palavras, os filhos de pessoas que vivem em união de facto não devem ser discriminados (privados do convívio com os seus pais) em relação a filhos de pessoas unidas por matrimónio, em consequência de uma interpretação restritiva das normas que estabelecem a preferência conjugal nos concursos para colocação de professores do ensino público.

Esta decisão contou com 2 votos de vencido.

O Conselheiro Paulo Mota Pinto entendeu que não existia, no caso, sequer, a conexão com o interesse dos filhos que podia, para alguns, prefigurar-se no artigo 1110.º do Código Civil.

EM MATÉRIA FISCAL

Acórdão n.º 57/1995: não declarou a inconstitucionalidade de diversas normas do Código do IRS e legislação conexas.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950057.html>)

Estavam em causa diversas projecções do regime do IRS, mas para o que interessa à comunicação, discutia-se se havia desigualdade ao estabelecer um regime diferente para

contribuintes casados e não casados, designadamente quanto a atender aos rendimentos globais do agregado familiar (e não ao rendimento individual de cada um dos cônjuges isoladamente considerado) relativamente a casados não separados.

O TC considerou que não. Entendeu, em suma, o seguinte:

- A Constituição protege a família, mas «a sua aplicação exclusiva às pessoas unidas pelo casamento não é arbitrária, já que, em face da Constituição, à família fundada no matrimónio e à união de facto não é reconhecido idêntico relevo jurídico, mesmo quando se considere que o conceito constitucional de família abrange também as uniões sem vínculo matrimonial».
- «De resto, havendo liberdade de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), não seria razoável impor às pessoas, que, consciente e voluntariamente não quiseram unir-se matrimonialmente, o regime jurídico pensado para as famílias fundadas no casamento, que elas até poderão considerar inconveniente».
- «O estabelecimento para os contribuintes solteiros ou em situação de união de facto de uma dedução à coleta do IRS ligeiramente mais elevada do que para os contribuintes casados e não separados judicialmente de pessoas e bens visa atenuar as desigualdades que advêm para aqueles dois grupos de contribuintes da aplicação do splitting, já que os primeiros, estando sujeitos ao regime de tributação separada, não usufruem das vantagens oferecidas, em geral, por aquela técnica».
- «Também são diferentes as condições dos contribuintes casados e dos contribuintes que vivem em uniões não fundadas no casamento. Estes encontram-se numa situação precária e não vinculativa à luz do Direito; aqueles estão ligados por um vínculo duradouro, em princípio perpétuo, proveniente do casamento. Como escreve Rui Machete (cfr. Parecer, p. 31), não se podem comparar as famílias constituídas pelo casamento com as uniões de facto, pois trata-se de realidades bem diferentes: «as uniões de facto são realidades puramente voluntaristas com grande vocação para a instabilidade, dificilmente apreensíveis pelo direito, enquanto o casamento tem, em princípio, estabilidade e constitui uma instituição querida e protegida pelo ordenamento. Não pode utilizar-se como ponto de referência algo de lábil e contingente como a união de facto».
- Esta decisão teve um voto de vencido, centrado na união de facto, do Conselheiro Guilherme da Fonseca. Ali se ponderou:

«A discriminação positiva da família fundada no casamento contraria os propósitos do legislador constituinte, com o retrato aberto que ele imprimiu à instituição jurídica da família.

E, se é assim, tal solução é arbitrária, porque materialmente infundada, sem qualquer fundamento razoável, o que envolve violação do artigo 13.º da Constituição, na rota das decisões dos tribunais constitucionais alemão, italiano e espanhol referenciadas no acórdão [cfr. a Revista de Direito e Economia, n.º 3, 1997, pp. 493 e seguintes, aí se referindo, a dado passo: «É esta discriminação de cônjuges que constituíram uma família à base de um casamento que se não considera compatível com uma Constituição em que o princípio da

igualdade (jurídica) bem como ambições igualitárias ocupam um lugar de relevo»]. Pois que, na perspectiva da igualdade fiscal e no aspecto da uniformidade dos impostos, mostra-se ferida esta uniformidade, na medida em que se não obedece a critério idêntico para todos os contribuintes (uns porque são casados e não separados judicialmente de pessoas e bens, beneficiam da tributação conjunta e da técnica do splitting, os demais ficam excluídos desse benefício).

Não pode, pois, ir buscar-se o fundamento do casamento e a sua caracterização como «vínculo duradouro, em princípio perpétuo», para ver diferenças relativamente à união de facto. É que esta não é já a «situação precária» de que fala o acórdão — tão precário também pode dizer-se que é o casamento que pode dissolver-se com o divórcio —, é antes a opção daqueles que, por razões aceitáveis seguem outro tipo de coabitação e de vinculação, originando igualmente direitos e deveres jurídicos (cfr., por exemplo, o direito às prestações, no âmbito da protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social constante do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, regulamentado no Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro, e que o recente projecto de lei n.º 457/VI, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português, pretende substituir em termos mais amplos — cfr. Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 5, de 11 de Novembro de 1994)».

– Em suma, uma vez mais, o Tribunal Constitucional não acolheu uma ideia de igualdade (artigo 13.º da Constituição) no sentido da equiparação entre o casamento e a união de facto.

EM MATÉRIA DE DANOS REFLEXOS – ARTIGO 496.º, N.º 2, DO CPC

Acórdão n.º 275/2002: julgou inconstitucional, por violação do artigo 36º, n.º 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do n.º 2 do artigo 496º do Código Civil, na parte em que, em caso de morte da vítima de um crime doloso, exclui a atribuição de um direito de "indenização por danos não patrimoniais" pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020275.html>)

Esta decisão contou com dois votos de vencido, apoiados na declaração de voto do Conselheiro Bravo Serra, a qual se centrou, em suma, no seguinte:

- Há uma «opção tomada pelas pessoas envolvidas na convivência, em que, de um lado, o casal se sujeita aos ónus, direitos e obrigações advindas do contrato de casamento e, de outro, o casal não intenta ficar submetido a tal sujeição».
- Logo, é possível o tratamento diferenciado, à partida.
- «[O] direito atribuído pela norma em apreço ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens não pode ser perspectivado como um direito que tenha de ser imposto constitucionalmente em nome da protecção da família (outros membros da família próxima não têm essa protecção)».

– Tratamento igual não é constitucionalmente imposto, pelo que não se trata de arbítrio ou desproporção.

Acórdão n.º 86/2007 (também Acórdão n.º 87/2007): não julgou inconstitucional a norma do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil, na parte em que exclui o direito a indemnização por danos não patrimoniais da pessoa que vivia em união de facto com a vítima mortal de acidente de viação resultante de culpa exclusiva de outrem.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070086.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070087.html>)

Teve de fazer alguma demarcação do Acórdão n.º 275/2002. Fê-lo da seguinte forma:

– «[N]o Acórdão de 2002, não se considerou inconstitucional a norma do artigo 496.º, n.º 2, na interpretação então questionada, por violação do princípio da igualdade» (no fundo, afirmando que não é igual assumir e não assumir direitos e obrigações por via do casamento – v. Acórdãos n.ºs 195/2003, 159/2005 – em suma, o legislador pode estabelecer diferenças), mas antes, e apenas, «por violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição conjugado com o princípio da proporcionalidade» (desprotegendo a família não fundada no casamento na sequência do homicídio doloso).

– Foi importante a falta de justificação para o tratamento diferente: «não podia proceder, nem a justificação da solução do artigo 496.º, n.º 2, consistente na necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, nem a que valoriza a necessidade de uma solução certa, já que a expectativa do lesante de se não ver confrontado com um número não definido de pretensões indemnizatórias não merece protecção e que o titular do direito à compensação se encontra perfeitamente determinado».

– Se é verdade que para a noção constitucional de família também releva a “família não fundada no casamento”, e que isso gera para o legislador “um dever de não desproteger, sem uma justificação razoável”, verdade é também que este entendimento, não implica qualquer equiparação geral do regime da família fundada no casamento e da família não assente no matrimónio.

– «Considerando que a morte de uma pessoa é um evento lesivo susceptível de causar danos não patrimoniais a um círculo alargado de pessoas, a delimitação dos possíveis titulares da compensação por danos não patrimoniais (próprios) em caso de morte da vítima obedeceu, fundamentalmente, já a uma razão de certeza, evitando-se a multiplicação indeterminada de pretensões indemnizatórias em consequência da morte, já à conveniência em evitar que o lesante por mera culpa se visse asoberbado por pretensões indemnizatórias deduzidas por um número alargado, ou mesmo ilimitado, de pessoas, com as quais não poderia contar».

– O legislador goza de uma considerável margem de discricionariedade na delimitação, no artigo 496.º, n.º 2, do círculo das pessoas que podem pedir indemnização por morte da vítima.

– «Reconhece-se a necessidade de limitar as pretensões indemnizatórias, por razões de certeza, que se pode revelar procedente para lesões que se verificam com uma frequência diária, e sem qualquer relação prévia entre lesante e

lesado (diversamente do que acontecia com a lesão provocada pelo homicídio no caso do Acórdão n.º 275/2002). Sem tal limitação, os prejuízos não patrimoniais resultantes da morte poderiam ser invocados frequentemente, e “por vezes por um número considerável de pessoas, com o resultado de o responsável ter que pagar quantia avultadíssima ou com o de a cada um dos prejudicados se dar uma importância tão diminuta que seria praticamente nula”» (nas palavras citadas de Vaz Serra, “Reparação do dano não patrimonial”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, pp. 69-111, especialmente 96-98).

– Atribuiu-se, ainda, relevância à expectativa do lesante de se não ver assoberbado com um número não definido de pretensões indemnizatórias. Na verdade, afirmou-se, no caso decidido pelo Acórdão n.º 275/2002, que «não merece certamente tutela o eventual interesse do homicida doloso em se eximir à compensação de todos os danos que provocou com o homicídio».

A decisão contou com 2 votos de vencido.

– Um deles, do Conselheiro Mário Araújo Torres, pelo carácter taxativo da enumeração das pessoas com direito a reparação por danos não patrimoniais derivados da morte de outrem (agravada pelo estabelecimento de classes de precedência), sem previsão da possibilidade de o tribunal, em casos especiais, uma vez efectivamente comprovada a existência desses danos, com gravidade merecedora da tutela do direito, reconhecer o direito a reparação a terceiros. (Logo, «não especificamente por considerar constitucionalmente intolerável qualquer diferenciação de tratamento entre casados e unidos de facto».)

– Outro, da Conselheira Maria Fernanda Palma, entendendo que devia ser seguido o mesmo entendimento do Acórdão n.º 275/2002, porque a situação é semelhante e não há protecção constitucional de protecção das seguradoras, nem a diferença entre casamento e união de facto se projecta no que está em causa.

O entendimento do Acórdão n.º 86/2007 foi reiterado pelo Acórdão n.º 210/2007 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070210.html>)

Acórdão n.º 624/2019: não julgou inconstitucional a norma contida no artigo 496.º do Código Civil, interpretado no sentido de que o unido de facto que convivia com a vítima, em situação estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges, não tem direito a indemnização por danos não patrimoniais, em caso de lesão corporal grave do outro membro da união de facto. (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190624.html>)

Aqui, o Tribunal estava com a tarefa mais facilitada, face ao Acórdão n.º 86/2007.

Realçou, ainda, o seguinte:

– Alguns autores com maior abertura à consideração da ressarcibilidade dos danos reflexos não expressamente previstos na lei, encontram obstáculos à inclusão do membro da união de facto.

- Há assinaláveis diferenças substanciais entre os regimes do casamento e da união de facto, que comprometem os termos de comparação de que se poderia partir para um juízo de violação do princípio da igualdade.
- No caso de lesão corporal, pelo menos, uma lesão atenuada (face ao dano morte), cujo sacrifício – para quem considerar a posição do membro da união de facto não directamente lesado carecida de tutela indemnizatória por via das exigências daquela norma constitucional – representará uma restrição objectivamente menos desequilibrada do que aquela que foi apreciada no (e não censurada pelo) Acórdão n.º 86/2007.

EM MATÉRIA DE PENSÕES DE SOBREVIVÊNCIA

Acórdão n.º 195/2003: não julgou inconstitucional a norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, na parte em que faz depender a atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social, a quem com ele convivia em união de facto, de todos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil. (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030195.html>)

A pensão de sobrevivência é atribuída ao cônjuge sobrevivente. A norma também previa a sua atribuição ao membro sobrevivente da união de facto, mas com diferentes condições: a união tinha de ter subsistido pelo menos dois anos e atribuição apenas podia ocorrer se o sobrevivente não pudesse obter alimentos nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º do Código Civil (aos familiares mais próximos).

[...]

Artigo 2009.º

(Pessoas obrigadas a alimentos)

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

- a) O cônjuge ou o ex-cônjuge;
- b) Os descendentes;
- c) Os ascendentes;
- d) Os irmãos;

(...)

[...]

A questão passa, no fundo, por saber se aqui falta um fundamento razoável para a distinção de regimes. O Tribunal Constitucional concluiu, em suma, o que se segue.

- Não há imposição constitucional, em geral, por força do princípio da igualdade, de um mesmo tratamento para cônjuges e pessoas que vivem em união de facto (ainda que há mais de dois anos).
- «Ora, numa certa perspectiva pode, é certo, admitir-se que uma certa caracterização da situação de união de facto, pela sua duração e por outras circunstâncias por

exemplo, a existência de filhos comuns) a aproxima da situação típica dos cônjuges. No caso, porém, a exigência de uma convivência há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges serve apenas para caracterizar de forma mínima a situação de união de facto que poderá ser juridicamente relevante, para lhe serem reconhecidos – embora, segundo o Código Civil, em medida bastante limitada e muito distinta da relação entre os cônjuges – alguns efeitos jurídicos».

– «Diversamente do que acontece com a relação matrimonial, em que um acto revestido de uma forma jurídica solene marca a criação de uma nova relação jurídica, no caso da convivência entre pessoas não casadas, justamente por estar em causa uma situação de união de facto, o tempo mínimo de convivência é considerado relevante pelo legislador para o efeito de reconhecimento de efeitos jurídicos».

– «O problema não pode, pois, ficar resolvido logo com a mera invocação da existência de uma convivência há mais de dois anos, em condições análogas às dos cônjuges. Antes está, precisamente, em saber se uma situação de união de facto, assim caracterizada, pode ser tratada de forma diversa do casamento, para o efeito em causa».

– «Existem diferenças importantes, que o legislador pode considerar relevantes, entre a situação de duas pessoas casadas, e que, portanto, voluntariamente optaram por alterar o estatuto jurídico da relação entre elas – mediante um “contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”, como se lê no artigo 1577.º do Código Civil –, e a situação de duas pessoas que (embora convivendo há mais de dois anos “em condições análogas às dos cônjuges”) optaram, diversamente, por manter no plano de facto a relação entre ambas, sem juridicamente assumirem e adquirirem as obrigações e os direitos correlativos ao casamento».

– *Citando o Acórdão n.º 14/2000:*

«(...) de harmonia com o nosso ordenamento (ainda suportado constitucionalmente), o regime das pessoas unidas pelo matrimónio confrontadamente com a união de facto não permite sustentar que nos postamos perante situações idênticas à partida e, conseqüentemente, que requeiram tratamento igual.»

– «Ora, um dos pontos em que o tratamento jurídico diverso entre ambas as situações pode relevar é, justamente, o das condições, ora em causa, para o reconhecimento do direito à pensão de sobrevivência no caso da união de facto».

– «Importa, aliás, recordar que, por exemplo, quem vive em situação de união de facto também não é herdeiro (nem legitimário, nem legítimo) do de cujus com quem convivia, apenas tendo um direito a exigir alimentos da herança, se não os puder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º, n.º 1, alíneas a) a d) do Código Civil. E, se é certo poder sustentar-se que os fundamentos e a natureza dos direitos à pensão de sobrevivência e a alimentos são distintos, não pode deixar de notar-se o paralelo entre a situação sucessória do convivente em união de facto – reduzida ao referido direito a exigir alimentos da herança – e a situação decorrente da norma em causa, quanto à condição questionada para atribuição da pensão de sobrevivência».

– «Nem esta diferenciação de tratamento pode considerar-se destituída de fundamento razoável ou arbitrária, nem, por outro lado, se baseia num critério que

tenha de ser irrelevante, considerando o efeito jurídico visado».

– «Na verdade, trata-se, aqui, tal como na distinção da posição sucessória do cônjuge e do convivente em união de facto, justamente de um daqueles pontos do regime jurídico em que o legislador trata mais favoravelmente a situação dos cônjuges, não só visando objetivos políticos de incentivo ao matrimónio – enquanto instituição social que tem por criadora de melhores condições para assegurar a estabilidade e a continuidade comunitárias –, mas também como reverso da inexistência de um vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução, entre as pessoas em situação de união de facto».

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000014.html>)

Logo, o Tribunal Constitucional não considerou existir violação do artigo 13.º da CRP.

– «Também não há violação do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade. Não se está perante uma exclusão de plano, e em abstracto, do direito do convivente, por contraposição ao direito do cônjuge, e antes (...) conceder também protecção, pela extensão de prestações na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, “às pessoas que se encontrem na situação prevista no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil”. Mesmo o condicionamento da pensão à impossibilidade de obter alimentos (nos termos da norma em causa e do citado artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 1/94) representa, ainda, a prova, justamente, da necessidade de protecção da pessoa em causa, por não a poder obter dos seus familiares directos».

– Nos votos de vencido, entendeu-se que o tratamento diverso não é razoável, mas situou-se o parâmetro violado no artigo 36.º, n.º 1, da CRP, não no artigo 13.º).

Acórdão n.º 88/2004: julgou inconstitucional a norma que se extrai dos artigos 40.º, n.º 1, e 41.º, n.º 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência no funcionalismo público, quando interpretada no sentido de que a atribuição da pensão de sobrevivência por morte de beneficiário da Caixa Geral de Aposentações, a quem com ele convivia em união de facto, depende também da prova do direito do companheiro sobrevivente a receber alimentos da herança do companheiro falecido, direito esse a ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º do Código Civil.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040088.html>)

A questão é semelhante à do Acórdão n.º 195/2003, com a diferença de não se tratar de norma do regime geral da Segurança Social, mas dos funcionários públicos.

Afasta-se do Acórdão anterior com os seguintes argumentos:

– «Ainda que se admita que o princípio da igualdade não pressupõe, necessariamente, uma imposição constitucional de, em todas as situações, dar um mesmo tratamento aos cônjuges e aos que vivem em união de facto, a questão de constitucionalidade ora

colocada não fica automaticamente resolvida».

– «Não se pode ter por adquirido que da distinção entre “constituir família” e “contrair casamento” (artigo 36.º, n.º 1, da CRP), bem como da protecção devida à família “como elemento fundamental da sociedade” (artigo 67.º, n.º 1, da CRP) resulte necessariamente, para o legislador, uma obrigação de reconhecer e proteger a união de facto estável e duradoura, em termos rigorosamente idênticos aos da família baseada no casamento».

– No entanto, pode questionar-se se esta solução respeita as exigências do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

– Os fundamentos e a natureza dos direitos a alimentos e à pensão de sobrevivência são diversos.

– «O direito a alimentos resulta de relações familiares ou para-familiares e visa fazer face a uma situação de necessidade do alimentando. O direito à pensão de sobrevivência, por seu turno, tem por base descontos obrigatoriamente realizados, ao longo da vida profissional (durante um período mínimo), pelo funcionário público entretanto falecido, sendo relevantes, para a determinação do montante da pensão, não só o montante da contribuição, mas também o período contributivo. Além disso, a pensão de sobrevivência é paga por uma entidade pública, para a qual obrigatoriamente descontam os funcionários públicos, e o seu objectivo é compensar parte da perda dos rendimentos determinada pela morte do beneficiário da Caixa Geral de Aposentações».

– «O direito à pensão de sobrevivência é, por isso, autónomo e independente de um direito a alimentos, quer à custa dos próprios familiares, quer à custa da herança de um companheiro falecido».

– «A atribuição do direito a uma pensão de sobrevivência surge, assim, mais do que como consequência do reconhecimento de uma necessidade de protecção da família, fundada no artigo 67.º da Constituição, como corolário do direito à segurança social, previsto no artigo 63.º também da Constituição, com ligações à dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e ao princípio do Estado de Direito (artigo 2.º). E mesmo que se entendesse que tais princípios não imporiam, necessariamente, a consagração de um mecanismo como a pensão de sobrevivência, certo será que tal mecanismo se pode considerar neles fundado».

– «Considerando que o direito de constituir família (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição) não é apenas produto do casamento, mas pode também resultar de uma situação de união de facto estável e duradoura (nos termos que o legislador, dentro da sua liberdade de conformação, fixa), é, no mínimo, duvidoso que o condicionamento do direito à pensão de sobrevivência, tal como fixado na interpretação normativa que é objecto do recurso possa ser considerado um instrumento adequado e aceitável para a prossecução de eventuais objectivos políticos de protecção ou incentivo ao casamento. Ao invés, não deixaria, se assim fosse utilizado, de lhe ser aplicável a crítica de que poderia conduzir a uma perversão mercantilista da instituição casamento. Por outro lado, não sendo o “unido de facto” herdeiro do de cujus, mais difícil se revela sustentar aquele condicionamento».

Concluiu, pois, por uma violação desproporcional do direito previsto no artigo 36.º, n.º 1, da CRP.

Acórdão n.º 159/2005: não julgou inconstitucional a norma do artigo 41.º, n.º 2, 1.ª parte, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, na interpretação segundo a qual a titularidade de pensão de sobrevivência em caso de união de facto depende de o companheiro do falecido estar nas condições do artigo 2020.º do Código Civil, isto é, de ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º, n.º 1, alíneas a) a d), do mesmo Código.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050159.html>)

Retoma, no essencial, as considerações do Acórdão n.º 195/2003.

- Reitera que não há violação do princípio da igualdade.
- «Não é só para o companheiro sobrevivente que existem condições específicas para ser reconhecido o direito à pensão: o ex-cônjuge ou cônjuge separado de pessoas e bens só dela beneficia se tiver sido casado com o beneficiário pelo menos um ano e se na data da morte tiver direito a uma pensão de alimentos; os pais e os avós têm de estar “a cargo” do contribuinte à data da morte para terem direito a pensão, etc.. E a pensão cessa quando os titulares do direito obtiverem outras fontes de rendimento. Apenas ao cônjuge não são exigidas condições adicionais, pois os cônjuges estão ligados por específicos deveres de solidariedade patrimonial – o dever de assistência e, na constância do casamento, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar (artigos 1672.º e 1675.º do Código Civil). Diversamente, a união de facto não implica forçosamente, por opção das partes, deveres patrimoniais, ou uma geral solidariedade patrimonial, admitindo-se mesmo que quem vive em união de facto continue a ter direito a alimentos do ex-cônjuge ou, até, mantenha uma pensão de sobrevivência (e podendo, mesmo ser este o motivo para continuar na situação de união de facto, e não casar). Recorde-se, aliás, que os próprios diplomas que introduziram medidas de protecção das pessoas que vivem em união de facto (Leis 135/99, de 28 de Agosto e 7/2001, de 11 de Maio) não obrigaram os membros da união de facto a deveres de assistência recíprocos ou a deveres de alimentos em caso de ruptura, ou, sequer, alteraram os preceitos do Código Civil sobre alimentos em caso de morte».

É evidente o choque entre a decisão tomada no Acórdão n.º 88/2004, por um lado, e nos Acórdãos n.ºs 195/2003 e 159/2005. **A jurisprudência acabou por estabilizar no sentido destes últimos (ou seja, no sentido da não inconstitucionalidade).**

Assim, o sentido dos Acórdãos n.ºs 195/2003 e 159/2005 foi retomado pelo Acórdão n.º 233/2005 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050233.html>).

O Acórdão n.º 159/2005 foi, depois, confirmado pelo Acórdão n.º 614/2005, do Plenário (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050614.html>).

A mesma orientação foi seguida nos **Acórdãos n.ºs 640/2005, 644/2005, 705/2005, 707/2005, 517/2006 e 523/2006.**

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050640.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050644.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050705.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050707.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060517.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060523.html>)

Numa situação semelhante, mas relativamente a pessoas separadas de pessoas e bens que viviam em economia comum, v. **Acórdão n.º 26/2007.**

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070026.html>)

Mais tarde, **Plenário, no Acórdão n.º 651/2009**, decidiu não julgar inconstitucionais as normas do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 322/90 e do artigo 3.º do Decreto-Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro, quando interpretadas no sentido segundo o qual o direito à atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário, a quem com ele convivia em união de facto, depende de o interessado estar nas condições do artigo 2020.º do Código Civil, isto é, ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º, n.º 1, alíneas a) a d) do mesmo Código.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090651.html>)

Uma vez mais, o Tribunal ficou dividido, 7-6.

Houve várias declarações de voto que remeteram para as considerações do para o Acórdão n.º 88/2004.

Voto de vencido do Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro

– «Não se descortina justificação para que um direito desta natureza seja fortemente restringido, com base unicamente na forma pela qual o sujeito titular dos rendimentos à custa dos quais ele se formou constituiu família. Na verdade, a tese que fez vencimento conduz a que prestações contributivas idênticas possam ter, para este efeito, contrapartidas muito distintas, com fundamento numa conduta do trabalhador em nada relacionada com o domínio laboral, conduta não só legítima como reconhecida digna de tutela enquanto modo de criação de uma família. E não pode olvidar-se que a atribuição de uma pensão ao companheiro do trabalhador cuja actividade gerou a sua aquisição é ainda uma forma de retribuição dessa actividade, representa ainda um benefício de que ele próprio goza, desde logo pela desoneração de eventuais iniciativas aforradoras (com o concomitante decréscimo de rendimento disponível), com vista a assegurar, por vias privadas, a sobrevivência do parceiro da união de facto».

– «É certo que não estamos perante a denegação, pura e simples, da pensão de sobrevivência, mas do seu condicionamento à verificação de pressupostos específicos, não exigidos quando o sobrevivente é o cônjuge. Simplesmente, esses pressupostos são tão apertados que se traduzem numa muito significativa restrição de exercício, que

contende com o princípio da proporcionalidade. Mais ainda. Ela importa uma verdadeira mutação de natureza, transformando uma posição que, para o cônjuge, representa um firme direito jurídico- público, perante o Instituto de Solidariedade e Segurança Social, numa pretensão de cunho assistencialista, de carácter subsidiário, dependente da prévia invocação e prova de uma situação de necessidade, de satisfação inviável por um património privado – pretensão a exercer, aliás, por forma pouco condizente com a preservação da coesão da família que, enquanto instituto, e independentemente da sua forma de criação, é objecto directo da tutela constitucional (artigo 67.º da CRP)».

Na sequência do Acórdão n.º 651/2009, pode ver-se, ainda, o Acórdão n.º 66/2010. (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100066.html>)

Acórdão n.º 522/2006: julgou inconstitucional, por violação do princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 1 da CRP), a norma constante do trecho final do artigo 41.º, n.º 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, na parte em que determina que “a pensão de sobrevivência será devida a partir do dia 1 do mês seguinte àquele em que [tal pensão tenha sido] reque[rida]”.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060522.html>)

– Já não se trata de saber em que condições pode ser atribuída a pensão de sobrevivência, mas sim de saber se pode haver distinção entre o regime geral e o regime dos funcionários públicos quanto ao momento a partir do qual a pensão é calculada.

– A questão da igualdade não se colocava, pois, entre casamento e união de facto, mas sim entre união de facto com beneficiário do regime geral e união de facto com beneficiário funcionário ou agente da administração pública.

– «É questão com a qual o Tribunal Constitucional já foi confrontado, mas relativamente à qual nunca chegou a tomar posição. A prévia apreciação da conformidade constitucional da primeira parte do artigo 41.º, n.º 2, sempre tem funcionado como obstáculo a que o Tribunal se pronuncie sobre a questão (logicamente subsequente) do momento a partir do qual a pensão era devida».

– «Está em causa, nos termos em que a decisão recorrida coloca a questão e sempre no quadro geral da união de facto, relacionar a situação daqueles que, tendo adquirido o direito a auferir uma pensão de sobrevivência por morte do respectivo cônjuge de facto, se diferenciam, tão só, pela circunstância de essa pensão se gerar por morte de um funcionário ou agente da Administração Pública (situação em causa no presente recurso), ou por morte de um beneficiário do denominado Regime Geral da Segurança Social».

– «No primeiro caso, definido judicialmente o direito à pensão, é a mesma devida, nos termos da norma em apreciação, desde o dia 1 do mês seguinte àquele em que tal pensão foi requerida. No segundo caso, gerado no âmbito do Regime Geral, a mesma pensão – ou seja, a pensão adquirida com base em pressupostos de facto substancialmente idênticos – é devida, nos termos do artigo 6.º do Decreto

Regulamentar n.º 1/94, de 18 de Janeiro, se requerida nos seis meses posteriores ao trânsito da decisão judicial que reconheça tal direito, “[...] a partir do início do mês seguinte ao do falecimento do beneficiário [...]”».

– O Tribunal concluiu, em suma, pela falta de justificação para a distinção, fazendo apelo, também, a uma ideia de unificação do sistema de Segurança Social. Ou seja, concluiu por violação do artigo 13.º da CRP (mas, uma vez mais, sem qualquer relação com uma eventual aproximação entre o casamento e a união de facto).

Este juízo de inconstitucionalidade foi reiterado pelos Acórdãos n.ºs 195/2007, 233/2007, 298/2007, 484/2007, 575/2007.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070195.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070233.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070298.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070484.html>)

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070575.html>)

A declaração de inconstitucionalidade da referida norma com força obrigatória geral consta do Acórdão n.º 313/2008.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080313.html>)

Acórdão n.º 134/2007: não julgou inconstitucional a norma dos artigos 40.º, n.º 1, e 41.º, n.º 2, ambos do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79, de 25 de Junho, na interpretação segundo a qual aí se faz depender a titularidade do direito à pensão de sobrevivência, em caso de união de facto, da prova pelo companheiro sobrevivente da impossibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070134.html>)

Há uma diferença face aos anteriores. Nas palavras do Acórdão, «ao passo que as soluções normativas objecto de anterior sindicância não conduzem, nos seus próprios termos, à recusa de que o direito à pensão de sobrevivência e o direito a alimentos a partir da herança possam desenvolver-se em paralelo, numa relação de autonomia ou independência recíproca (apenas implicam a rejeição da possibilidade de qualquer um deles ser cumulado com uma prestação alimentar efectuada pelos familiares enumerados nas alíneas a) a d) do art. 2009.º do Código Civil), já a dimensão normativa aqui questionada coloca tais direitos numa relação de evidente subsidiariedade, apenas aceitando o reconhecimento daquele primeiro quando, por inexistência ou insuficiência de bens, o segundo não puder ser eficazmente exercitado».

– Reitera entendimento segundo o qual o legislador pode estabelecer regimes diferenciados para casamento e união de facto.

– «A sujeição do vínculo relacional ao modelo contratual proposto pelo ordenamento jurídico gera, assim, uma indeclinável interdependência patrimonial entre os respectivos membros, interdependência essa que, mesmo no seu limiar mínimo, se exprime, conforme acabado de ver, numa exigência de intervenção partilhada quanto à destinação de determinados bens e, de forma particularmente

consequente, nos deveres conjugais de cooperação e assistência, presentes desde o início ao termo da relação».

– «Simplesmente, ainda que um tal modo de ver as coisas seja pacificamente sustentável de um ponto de vista estritamente sociológico, o certo é que, no plano da construção jurídica, a união de facto apenas implicará uma comunhão de interesses patrimoniais se, até onde e na exacta medida em que, no exercício de uma liberdade de auto-regulação de que os unidos não prescindiram, estes assim quiserem viver a respectiva relação».

– «Por decorrência da dimensão normativa que vem questionada, o unido sobrevivente verá, assim, reconhecido o direito à pensão de sobrevivência logo que demonstre que a herança aberta por óbito do falecido companheiro não tem, pura e simplesmente, quaisquer bens ou, embora deles dispondo, estes não têm aptidão para gerar, ao menos de forma periodicamente certa e com carácter de regularidade, um valor ajustável aos critérios legalmente estabelecidos para a fixação de uma prestação alimentar».

– «Com efeito, do que se trata aqui é apenas e tão só do acesso à tutela previdencial pela mediação do contribuinte falecido e não, conforme serviria à tese que vem sufragada, do único acesso possível pelo companheiro sobrevivente ao sistema de protecção da segurança social: ainda que negado o acesso à pensão de sobrevivência, este conservará sempre o “seu” direito à segurança social, direito esse que poderá efectivar sempre e em última instância através do acesso a prestações pelo regime não contributivo da segurança social».

– «Não impondo a lei quaisquer deveres de conteúdo ou incidência patrimonial às pessoas que vivem em união de facto, esta, justamente por compatível se manter ainda com a preservação de uma autonomia patrimonial que o casamento só por si suprime, poderá não gerar qualquer relação de dependência económica entre os seus membros, mesmo que subsista por mais de dois anos. E se assim é, parece existir fundamento racional bastante para considerar que o falecimento de um dos membros da união pode não importar – ou, pelo menos, que não importará necessariamente e sempre – uma diminuição dos meios de subsistência daquele que lhe sobrevive».

– «A diferente vinculação num e noutro caso assumida constitui ainda um ponto de partida suficientemente idóneo para, do ponto de vista da tutela da posição do membro sobrevivente, legitimar uma «divisão de tarefas entre o direito civil dos alimentos e o direito da segurança social» como aquela que aqui está em causa: no caso dos unidos de facto, o segundo apenas intervirá onde o primeiro se revele incapaz de gerar soluções adequadas, seja através de uma prestação de alimentos a cargo dos familiares a tanto legalmente obrigados seja, subsidiariamente, através dos rendimentos produzidos pelos bens que componham a herança do *de cuius*».

– «Ao relacionar causalmente o reconhecimento do direito à pensão de sobrevivência com a contribuição para a realização dos pagamentos de que aquele deriva através do cumprimento dos deveres conjugais, a construção em presença reporta, assim, a tutela previdencial à co-titularidade em vida de uma relação jurídico-social a que a união de facto não é susceptível de dar origem».

– «A contribuição que também aqui possa existir será sempre, deste ponto de vista, uma contribuição diferenciada relativamente àquela que emerge do casamento, em isto

residindo o fundamento objectivo e racional justificativo da opção por um tratamento jurídico diverso em matéria de habilitação à tutela previdencial».

Acórdão n.º 515/2011: não julgou inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º, n.º 1, alínea a), 8.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, e dos artigos 2020.º, n.º 1, e 2009.º, do Código Civil, na interpretação segundo a qual o direito à atribuição da pensão de sobrevivência, por morte do beneficiário do regime geral da segurança social, a quem tiver casado com o referido beneficiário há menos de um ano, mas com ele convivia em união de facto há mais de dois anos, depende de o interessado estar nas condições do artigo 2020.º do Código Civil, isto é, carecer de alimentos e não os poder obter nem da herança deixada pelo beneficiário falecido, nem das pessoas legalmente vinculadas nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º do Código Civil.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110515.html>)

– «A Recorrente não questiona a diferença de tratamento, no que respeita ao acesso a prestações por morte, entre pessoas casadas e pessoas que à data da morte do beneficiário viviam com este em união de facto. Questiona, sim, o facto de a decisão recorrida ter entendido não lhe ser aplicável o regime previsto para o cônjuge sobrevivente do beneficiário, casado há mais de um ano, mas antes o regime aplicável a quem tenha vivido em união de facto com o beneficiário durante mais de dois anos, sem que tenha chegado a contrair casamento, sustentando que tal interpretação normativa é inconstitucional, por violação do princípio da igualdade».

– «Sendo certo que a situação da Recorrente não é totalmente idêntica a quem viva em união de facto com o beneficiário falecido, também é certo que não se equipara completamente à situação de quem, sendo casado, o seja há pelo menos um ano à data da morte do beneficiário».

– «Como se disse no Acórdão n.º 651/2009 do Tribunal Constitucional – (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090651.html>) –, “em relação aos cônjuges (tal como em relação aos descendentes menores de 18 anos) a lei presumiu, sem mais, que eram reais e efectivos os elos de dependência económica que pressupunham a necessidade de compensação. Fê-lo tendo em conta os deveres dos cônjuges previstos pela lei civil, entre os quais se contam os deveres de assistência (artigo 1675.º do Código Civil) e o dever de contribuir para os encargos familiares (artigo 1676.º). Em relação à união de facto o legislador não podia naturalmente partir da mesma presunção; por isso, exigiu um requisito adicional, tendente à obtenção da prova da existência do elo de dependência económica que, no desenho do sistema normativo que concebeu, é pressuposto da concessão da prestação social.”».

– «Na lógica do regime de atribuição das prestações sociais aqui em causa anterior à aprovação da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, o legislador presumiu a necessidade de atribuição dessas prestações ao cônjuge sobrevivente, tendo em conta os referidos deveres conjugais de solidariedade, dispensando-o, ao contrário do que acontecia com os unidos de facto, de provar essa carência e a impossibilidade de obter alimentos dos familiares mais próximos».

– «Contudo, para que esta presunção opere, é ainda necessário que o casamento tenha

uma duração de, pelo menos, um ano, conforme exige o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro. Esta espécie de “período de carência” destina-se a desincentivar situações em que o casamento seja feito, tendo em vista apenas a obtenção destas prestações (situação que está excluída nos casos em que a morte do beneficiário tiver resultado de acidente ou de doença contraída ou manifestada depois do casamento). Ora, para o preenchimento deste requisito, no regime anterior à aprovação da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, não se podem considerar equiparáveis ao casamento, as situações de união de facto, pois o que é relevante para efeitos do disposto naquela norma não é a simples convivência entre duas pessoas, mas essa convivência enquanto casados, com os efeitos jurídicos resultantes do casamento, designadamente, no que respeita aos deveres de solidariedade patrimonial já referidos, uma vez que só a situação de casado é que permitia o funcionamento da referida presunção».

– «Daí que a circunstância de anteriormente à celebração do casamento existir já uma relação de união de facto entre os cônjuges não exclua a possibilidade dessa alteração ter visado apenas a obtenção das prestações sociais em causa, nas situações em que não se verificavam os requisitos então exigidos para a sua atribuição aos unidos de facto, e de, portanto, continuar a fazer sentido a exigência que o casamento tenha uma duração superior a um ano. E a equiparação destas situações a quem tenha vivido em união de facto com o beneficiário durante mais de dois anos, sem que tenha chegado a contrair casamento, como fez a decisão recorrida, também tem um suporte material inteligível, uma vez que os unidos de facto por período superior a dois anos com o casamento não perdem o elo que justificava a atribuição das referidas prestações sociais, pelo que a manutenção desse direito, fundamentado na situação de união de facto anterior ao casamento, tem uma justificação suficiente».

– «Do exposto se conclui que existiam razões fundantes, na lógica do regime anterior à aprovação da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, por um lado, para que o tempo de convivência em união de facto, seguido de casamento, não fosse contabilizado para preenchimento do período de um ano exigido pelo artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, e, por outro lado, para que a celebração de casamento não retirasse aos unidos de facto o direito às prestações sociais que essa situação lhes conferia».

– «O critério normativo aqui sob fiscalização releva a diferença que existia entre os pressupostos de acesso às prestações sociais por morte do cônjuge e do unido de facto e desvaloriza a circunstância dos unidos de facto se terem casado no ano anterior à morte de um deles, não configurando uma discriminação em razão de meras categorias subjectivas, antes se apoiando numa justificação coerente e suficiente, pelo que não viola o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição».

EM MATÉRIA DE APOIO JUDICIÁRIO

Acórdão n.º 274/2008: julgou inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, o Anexo à Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, conjugado com os artigos 6.º a 10.º da Portaria n.º 1085-A/04, de 31 de Agosto, na parte em que impõe que o rendimento relevante para efeitos de concessão do benefício do apoio judiciário seja necessariamente determinado a partir do rendimento do agregado familiar, incluindo o da pessoa que vive com o requerente em situação de união de facto, independentemente de este poder fruir tal rendimento.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080274.html>)

– Teve-se em atenção o Acórdão n.º 654/2006

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060654.html>) que julgou inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, o Anexo à Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, conjugado com os artigos 6.º a 10.º da Portaria n.º 1085-A/04, de 31 de Agosto, na parte em que impõe que o rendimento relevante para efeitos de concessão do benefício do apoio judiciário seja necessariamente determinado a partir do rendimento do agregado familiar, independentemente de o requerente de protecção jurídica fruir tal rendimento.

– «O que o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 654/2006 teve presente, num caso em que o requerente do apoio judiciário vivia com um ascendente do segundo grau que lhe prestava alimentos, é que o mencionado regime legal, deixando de efectuar, em regra, qualquer ponderação em concreto da situação de insuficiência económica, e passando a considerar, para esse efeito, o rendimento do agregado familiar com base na aplicação de uma mera fórmula matemática, poderá representar a denegação do direito de acesso aos tribunais quando se verifique que o requerente poderá não dispor dos rendimentos de terceiros que compõem o agregado familiar e que estes poderão não estar sequer obrigados a contribuir para as despesas judiciais que o requerente pretenda realizar».

– «Nessa jurisprudência, que assentou no artigo 36.º, n.º 4, o Tribunal Constitucional formulou um juízo de inconstitucionalidade em ordem ao princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, por forma a assegurar um tratamento idêntico para os filhos nascidos na constância do matrimónio e os havidos em resultado de situações de união de facto. Esta jurisprudência não pretende, no entanto, esbater a diferente natureza entre o casamento e a união de facto, mas antes dar relevo, no plano do interesse dos filhos, à projecção ao princípio constitucional da igualdade de tratamento dos filhos nascidos fora do matrimónio, assegurando assim uma forma de tutela indirecta da união de facto».

– «Fora disso, o Tribunal Constitucional tem aceite o entendimento de que a pontual concessão de efeitos jurídicos às situações decorrentes de uniões de facto não permite afirmar o reconhecimento pelo legislador da integral equiparação dos estatutos familiares, consoante provenham de um vínculo legal pré-definido ou de uma mera relação de facto (acórdão n.º 1221/96citado).E tem antes admitido uma liberdade de conformação legislativa na regulação dos efeitos jurídicos resultantes da existência de uma situação de facto que não possa qualificar-se como uma relação matrimonial

legalmente constituída».

– «Subsiste, em todo o caso, uma diferença significativa entre o casamento e a união de facto, que resulta da circunstância de, num caso, a comunhão de interesses se desenvolver a partir de um vínculo juridicamente assumido que envolve um conjunto de direitos e deveres recíprocos dos cônjuges, e, noutro caso, ela se situa no mero plano dos factos, sem qualquer carácter de imperatividade, e por isso também com uma maior liberdade de conformação individual».

– «A conclusão de que o requerente do apoio judiciário e a pessoa com quem ele vive em união de facto integram um agregado familiar (por aplicação da ideia de que vivem em economia comum) não elimina, no entanto, a dificuldade que foi suscitada, no plano da constitucionalidade, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 654/06, e que se traduz em saber se o interessado pode fruir de rendimentos que lhe não pertencem para efeito de fazer face a despesas judiciais relativas a um litígio em que se encontre envolvido».

– «Isto é: embora a união de facto possa corresponder a uma situação análoga à do casamento, a que a lei atribui pontualmente certos efeitos jurídicos, não pode daí extrair-se a ilação de que essa situação é equiparável à relação familiar matrimonial legalmente constituída, designadamente para os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe estão juridicamente associados».

EM MATÉRIA DE PENSÕES POR ACIDENTES DE TRABALHO

Acórdão n.º 410/2008: não julgou inconstitucional a interpretação segundo a qual o disposto no n.º 3 da Base XIX da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, na redacção da Lei n.º 22/92, de 14 de Agosto, que determina que se o cônjuge sobrevivente de vítima mortal de acidente de trabalho contrair casamento receberá, por uma só vez, o triplo do valor da pensão anual, não é aplicável se o mesmo passar a viver em união de facto com outrem.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080410.html>)

– «Admitindo-se “uma abertura constitucional para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares «de facto»”, ou mesmo o direito ao desenvolvimento da personalidade, já que “estabelecer uma união de facto é certamente uma manifestação ou forma de exercício desse direito”, é seguro que a Constituição não impõe uma equiparação total de direitos e deveres entre os casados e os unidos de facto, existindo, neste domínio, uma ampla margem de liberdade de conformação do legislador ordinário».

– «A questão passa por saber se, adquirido pelo cônjuge (ligado pelo casamento) do trabalhador falecido o direito à pensão, em princípio vitalícia, este direito é substituído (o que, em termos práticos, significará uma redução do benefício) pela percepção, de uma só vez, do triplo do montante anual da pensão caso ele venha a estabelecer uma relação de união de facto, tal como ocorreria se contraísse novo casamento».

– «No presente caso, tendo em conta a diferenciação básica, no que respeita à existência do dever de assistência recíproca na pendência do casamento e na pendência da união de facto, que foi assumida no acórdão recorrido, não se pode dizer

que viole o princípio da igualdade, por constituir uma solução desprovida de fundamento razoável, o entendimento de que a regra do n.º 3 da Base XIX da Lei n.º 2127 não é aplicável quando a beneficiária de pensão estabelece uma união de facto. Trata-se de domínio que se encontra na liberdade de conformação do legislador, que, consoante atribua maior relevância à realidade “jurídica” da inexistência de consagração legal expressa do dever de assistência recíproca entre os membros da união de facto ou à realidade “social” de que será normal a prestação dessa assistência, assim não equipará ou equipará o estabelecimento de uma relação desse tipo à contracção de novas núpcias, para efeitos de determinar a substituição da pensão vitalícia pela percepção, de uma só vez, do triplo do montante actual da pensão. Daqui não se segue, como é óbvio, que se repute inconstitucional a solução que acabou por ser adoptada no artigo 20.º, n.º 3, da Lei n.º 100/97 (esta lei veio equiparar os regimes); apenas se entende que esta não é a única solução constitucionalmente admissível».

OUTROS ACÓRDÃOS (COM RELAÇÃO INDIRECTA)

Acórdão n.º 176/2014 – referendo/adopção/união de facto/casais do mesmo sexo.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140176.html>)

Acórdão n.º 605/2013 – não inconstitucionalidade da regra de competência do tribunal cível para reconhecer a união de facto como pressuposto da nacionalidade.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130605.html>)

Acórdão n.º 121/2010 – não se pronuncia pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, do artigo 2.º – este na medida em que altera a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1, do Código Civil –, do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>)

«16. Em Portugal, as situações de “união de facto” entre pessoas do mesmo sexo receberam reconhecimento e tutela legal com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, cuja finalidade foi a de equiparar a união de facto homossexual à união de facto heterossexual. Revogando a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, que definia a união de facto como “a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos”, a Lei n.º 7/2001 tornou a protecção jurídica conferida às pessoas que vivam em união de facto há mais de dois anos independente do sexo das pessoas em causa. A Lei n.º 7/2001 confere às pessoas em união de facto, independentemente da identidade ou diversidade de sexo, direitos no que respeita à casa de morada comum, relações laborais no sector público e privado, imposto sobre o rendimento, segurança social, protecção em caso de acidente de trabalho e pensões por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País (artigos 3.º, 4.º e 5.º).

Há, todavia, duas importantes diferenças a assinalar. A primeira é que às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto se estendeu o direito de adopção em condições

análogas às previstas para os cônjuges no Código Civil; os membros da união de facto entre pessoas do mesmo sexo ficaram excluídos. A segunda consiste em que os membros da união de facto homossexual não podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida (artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho).

Aliás, outras normas conferem direitos ou estabelecem consequências jurídicas em decorrência de situações de união de facto, não distinguindo em função da identidade ou diversidade de sexo e, portanto, abrangendo os casais homossexuais. Podem destacar-se, sem preocupação de exaustão: o n.º 3 do artigo 3.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redacção da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril); os n.ºs 1 e 5 do artigo 3.º da Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto, relativa ao exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional; artigo 100.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional; a alínea h) do artigo 2.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, relativa às condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária.»

Acórdão n.º 407/2010 – julga inconstitucional, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição, a norma de direito transitório contida no artigo 9.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, na parte em que impede a aplicação imediata do novo regime de exercício das responsabilidades parentais a situações em que não tenham sido casados, nem vivam ou tenham vivido em condições análogas às dos cônjuges, os progenitores do menor.

(<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100407.html>)

LINHAS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA

- O legislador dispõe de uma larga margem na conformação do regime da união de facto, designadamente no confronto entre este e o regime do casamento, não havendo, à partida, uma imposição constitucional de parificação ou aproximação de regimes.
- Não obstante, essa parificação ou aproximação pode resultar não directamente de uma imposição constitucional de igualdade, mas de exigências ligadas à protecção da família e dos filhos (v. Acórdãos n.ºs 359/91, 1221/96, 286/99 e 275/2002, supra-referidos).
- O interesse que está por trás dessas exigências pode ser meramente indirecto (v. Acórdãos n.ºs 359/91, 1221/96 e 286/99, supra-referidos).

Vídeos da apresentação

Vídeo 1



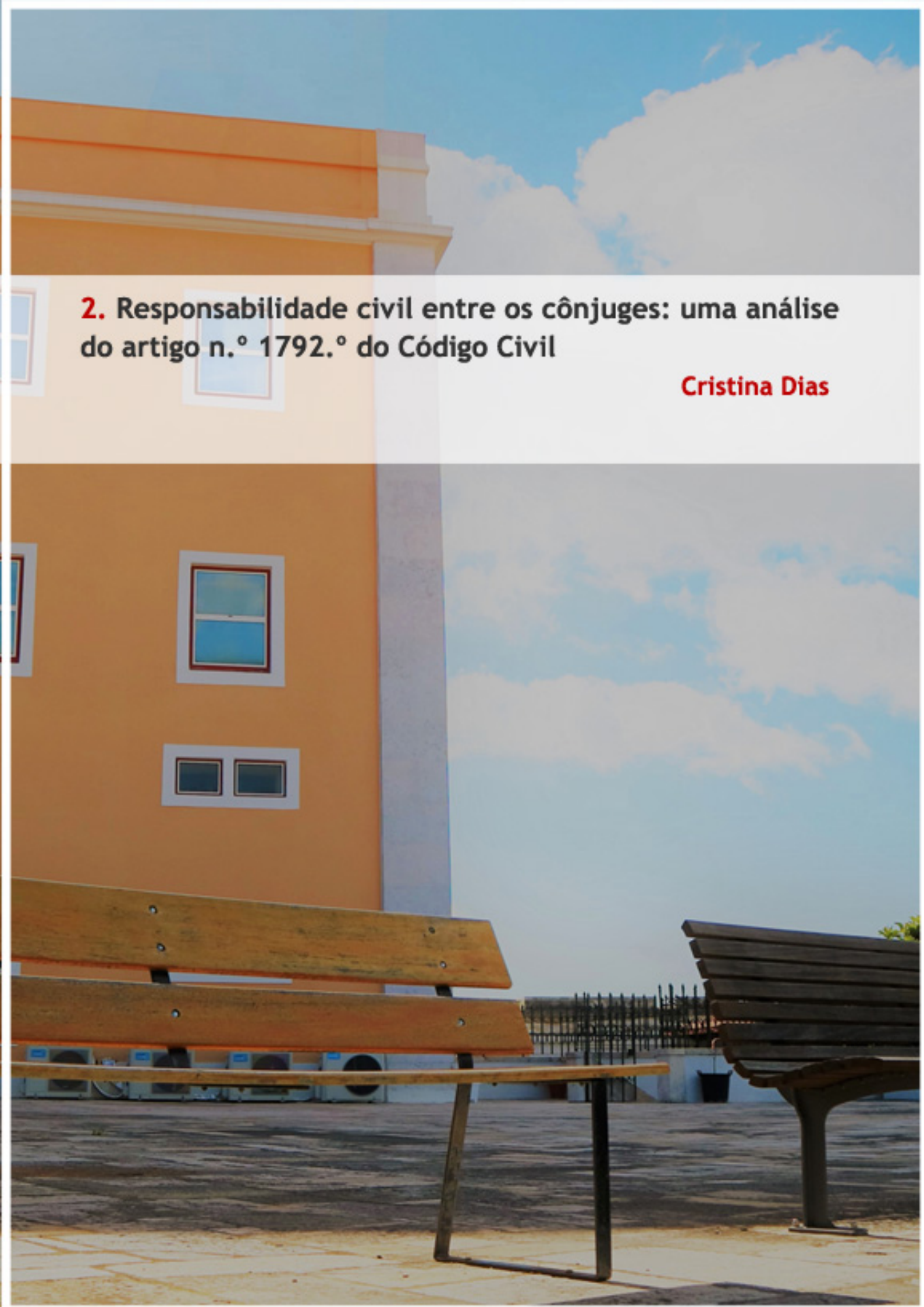
→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/23d3e5oz7z/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/26vddd4lbr/desktop.mp4?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2. Responsabilidade civil entre os cônjuges: uma análise do artigo n.º 1792.º do Código Civil

Cristina Dias

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE OS CÔNJUGES UMA ANÁLISE DO ART 1792.º DO CÓDIGO CIVIL¹

Cristina Dias*

I. Introdução

II. Responsabilidade civil entre os cônjuges por violação dos deveres conjugais – o artigo n.º 1792.º, n.º 1, do Código Civil

III. Responsabilidade civil entre os cônjuges no domínio das relações patrimoniais – manutenção da irresponsabilidade?

1. A administração dos bens e a responsabilidade civil

2. A disposição de bens (móveis e imóveis) e a responsabilidade civil

IV. Notas finais

Bibliografia citada

Vídeos da intervenção

I. Introdução

Uma das características que costumava ser apontada aos direitos familiares pessoais, e que os permitia distinguir dos restantes direitos privados, sobretudo dos direitos obrigacionais, era a fragilidade da garantia. De acordo com esta doutrina da fragilidade da garantia, a violação dos direitos familiares pessoais não determina qualquer obrigação de indemnizar, apresentando-se, portanto, tais direitos com uma garantia mais frágil que a dos direitos de crédito. Se um dos cônjuges ofender os direitos do outro, este não poderia exigir o seu cumprimento nem pedir uma indemnização. Restar-lhe-ia outro tipo de sanções como o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens assentes na violação culposa dos deveres conjugais², como determinava o nosso Código Civil anterior à alteração do regime jurídico do divórcio pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

A violação do direito efetiva-se pela prática de um ato ilícito que determina, face ao artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil³, uma obrigação de indemnizar o lesado, ou seja, o lesante constitui-se em responsabilidade para com o lesado pelos prejuízos que lhe causou.

¹ O presente texto, que corresponde à nossa intervenção na ação de formação contínua dedicada ao “Casamento e União de Facto: questões da jurisdição civil”, do Centro de Estudos Judiciários, foi já por nós parcialmente publicado (v., “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 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 AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 389-419, e “Violencia en las relaciones entre los cónyuges: responsabilidad y divorcio”, in AAVV, *Jornadas “Argentino-Luso-Brasileñas sobre Daños y Violencia”*, Atas do Congresso realizado nos dias 25 e 26 de abril de 2019, em Buenos Aires, Argentina, a publicar).

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Pires Veríssimo, “Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 8.º, 1948, pp. 234-256.

³ Sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

Assim, quando se verifique a lesão de um direito de um cônjuge deverá haver lugar a uma indemnização a prestar pelo outro cônjuge, violador de tal direito. Os deveres do artigo 1672.º são deveres recíprocos dos cônjuges aos quais correspondem direitos também recíprocos. O marido deve respeitar a mulher e, conseqüentemente, a mulher tem o direito de exigir do marido o cumprimento desse dever.

Todavia, a previsão de uma obrigação de indemnizar assente nos princípios gerais da responsabilidade civil por tais violações era tradicionalmente afastada no nosso ordenamento jurídico (e também nos ordenamentos estrangeiros).

Paralelamente, entendia-se que a violação dos deveres conjugais tinha sanções específicas dentro do Direito da Família que afastavam a obrigação de indemnizar resultantes das regras gerais da responsabilidade civil. No domínio das relações familiares existem certos institutos, como o dever de assistência e a obrigação de alimentos, ou mesmo o divórcio e a separação de pessoas e bens, que tornariam dispensável o recurso a medidas que, “pela sua expressão material e egoísta, colidem com as exigências morais dos altos valores em jogo na sociedade conjugal”^{4 5}.

As regras da responsabilidade civil (artigos 483.º e seguintes) não se aplicariam no caso de violação dos deveres familiares pessoais, devendo fazer-se, conseqüentemente, uma interpretação restritiva daquelas regras gerais. Proteger-se-ia, assim, a família, evitando que “as portas do santuário familiar” se abram aos tribunais.

A entrada em vigor do novo regime jurídico do divórcio, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, trouxe uma nova redação ao artigo 1792.º, consagrando no seu n.º 1 a possibilidade de o cônjuge lesado poder intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge, por violação dos deveres conjugais, nos termos gerais dos artigos 483.º e seguintes, e nos tribunais comuns. Nem todos os autores interpretam a norma nestes termos, mas disso falaremos adiante.

Quanto aos direitos familiares patrimoniais o problema não teria razão para existir, pois tratam-se, originária e estruturalmente, de relações obrigacionais ou reais, apenas influenciadas no seu regime pelo facto de se constituírem e desenvolverem na

⁴ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 200, nota 1. No mesmo sentido, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, pp. 70 e 71, e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 102-104, onde referia que, não obstante os termos amplos do artigo 483.º, é doutrina tradicionalmente aceite que a responsabilidade civil não se aplica, em princípio, no âmbito dos direitos familiares pessoais. Esta interpretação restritiva do referido preceito encontraria apoio no argumento *a contrario sensu* que resultava do artigo 1792.º, onde se previa uma hipótese excepcional de reparação de danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento (e que a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, manteve no seu n.º 2).

⁵ Em todo o caso, sempre se entendeu que o divórcio e a separação de pessoas e bens não eram verdadeiras sanções para a violação dos direitos pessoais conjugais. De facto, nem o divórcio nem a separação de pessoas e bens pretendem ser sanções contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédios para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exatamente, constatação da rutura do casamento – v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 183.

dependência de uma relação de família⁶. Assim, a violação dos deveres conjugais de carácter patrimonial poderá dar lugar a responsabilidade civil entre marido e mulher. Porém, mesmo neste domínio das relações conjugais as soluções legais demonstram que a irresponsabilidade é a regra, como tentaremos demonstrar.

Portanto, partindo dos pressupostos e das regras gerais da responsabilidade civil, tentaremos aferir se a relação matrimonial implica, pela própria estrutura e natureza, alguma exceção a tais regras⁷. Verificados os pressupostos da responsabilidade civil, poderá surgir uma obrigação de indemnizar por parte de um cônjuge violador dos deveres conjugais (pessoais e patrimoniais), ou seja, haverá lugar a indemnizações e a responsabilidade no âmbito dos direitos familiares⁸?

⁶ O que fará com que tais direitos tenham um tratamento jurídico específico (cfr. os arts. 1678.º e seguintes, e 1690.º e seguintes). Repare-se que, em certos casos, a alienação ou oneração de bens, mesmo próprios, carece do consentimento do outro cônjuge (arts. 1682.º, n.º 3, 1682.º-A e 1687.º). A necessidade de tal consentimento visa a defesa da base patrimonial do agregado familiar, formada pelos bens próprios de cada um e, se o regime de bens for de comunhão (arts. 1721.º e seguintes ou arts. 1732.º e seguintes), ainda pelos bens comuns (Heinrich Ewald Hörster/Eva Sónia Moreira da Silva, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 271-274).

⁷ Repare-se, porém, que, no caso de um dos cônjuges praticar contra o outro um ato que implique responsabilidade civil ou criminal, ou seja, um ato que, em si mesmo, independentemente da relação conjugal em que se situa, seja qualificável como facto ilícito (quando paralelamente à violação de dever conjugal seja violado outro direito subjetivo), já ficará sujeito a responsabilidade civil e criminal perante o lesado. Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher não só está a violar o dever conjugal de respeito – questão a analisar na exposição subsequente – como também comete um (outro) facto ilícito e criminalmente punido, envolvendo a obrigação de indemnizar. Não há dúvidas aqui sobre a aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil.

⁸ Questionável é também a possibilidade de a violação dos deveres conjugais fazer incorrer o cônjuge violador em responsabilidade contratual. Com efeito, definindo-se o casamento como um contrato (cfr. o artigo 1577.º. V. também, Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1965, p. 46), que implica determinadas obrigações (nomeadamente as constantes no artigo 1672.º), a sua violação culposa fará incorrer o cônjuge “devedor” em responsabilidade contratual. Nos termos do artigo 798.º “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao credor”. O problema da qualificação do casamento como um contrato não tem sido muito contestado entre nós (v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 198-201).

Para mais, qualificando os direitos familiares pessoais entre os cônjuges como direitos relativos a sua violação por parte de um dos cônjuges acarretará responsabilidade contratual (arts. 798.º e seguintes) e não extracontratual (arts. 483.º e seguintes). Aliás, e no âmbito dos direitos familiares patrimoniais, é de responsabilidade contratual que se trata no caso de administração fundada em mandato, nos termos do artigo 1681.º, n.ºs 2 e 3.

Esta questão é analisada por Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 61 e seguintes. O problema do ilícito matrimonial tem sido tradicionalmente discutido no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, quer pela doutrina quer pela jurisprudência portuguesas. Considera a autora que, apesar da natureza contratual do casamento, não é correto submetê-lo a toda a regulamentação geral dos contratos. Todavia, não será mais correto rejeitar liminarmente a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil contratual ao casamento. Se o regime do divórcio diverge do regime da resolução contratual, no âmbito da responsabilidade civil os pressupostos são os mesmos (o incumprimento, a culpa, o dano e o nexo de causalidade). O que está em causa não é a dissolução da relação jurídica familiar, mas apenas o ressarcimento dos danos causados pela inobservância dos deveres conjugais e, por isso, poder-se-ia aplicar as regras da responsabilidade contratual (nomeadamente o artigo 799.º, n.º 1, presumindo-se a culpa do infrator). Todavia, e por outro lado, não deve fazer-se uma aplicação geral das regras do direito comum dos contratos, dada a especial natureza do casamento. Assim, o ilícito matrimonial é qualificado pela autora como um ilícito contratual. Depara-se, porém, com o problema da reparação dos danos não patrimoniais, já que a doutrina diverge quanto à reparabilidade dos danos não patrimoniais no domínio da responsabilidade contratual (a favor, v., Vaz Serra, “Reparação do dano não patrimonial”, *B.M.J.*, n.º 83.º, 1959, pp. 102 e seguintes, e Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 523 e seguintes. Contra, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 605, e nota 3). Ora, os danos sofridos pelo cônjuge lesado são muitas vezes de ordem moral e é manifestamente injusto que esses danos fiquem por ressarcir.

Na verdade, os pressupostos das duas modalidades de responsabilidade civil são idênticos, apenas divergindo quanto ao tipo de ilícito e no tratamento do ónus da prova da culpa. Na responsabilidade extracontratual, o ato ilícito consiste na violação de um dever diverso de uma obrigação *lato sensu*. Na responsabilidade extracontratual, a culpa do agente tem de ser provada pelo lesado (artigo 487.º, n.º 1), enquanto na

II. Responsabilidade civil entre os cônjuges por violação dos deveres conjugais – o artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil

Determina o artigo 483.º, n.º 1, que *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

A leitura do preceito mostra que vários pressupostos condicionam, no caso geral da responsabilidade por factos ilícitos, a obrigação de indemnizar imposta ao lesante. Além da ilicitude, é preciso que se verifique a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano⁹.

O Código Civil procurou fixar o conceito de ilicitude descrevendo as duas variantes fundamentais através das quais se pode revelar o carácter ilícito do facto. A primeira forma de comportamento ilícito referida no artigo 483.º, n.º 1, é a violação do direito de outrem.

Os direitos subjetivos aqui compreendidos são fundamentalmente os direitos absolutos¹⁰, entre os quais podem incluir-se alguns direitos familiares patrimoniais¹¹. Os direitos familiares de carácter pessoal, dada a sua estrutura complexa e o seu conteúdo *sui generis*, são objeto de alguma problemática. De facto, os direitos familiares pessoais não cabem no modelo tradicional de direito subjetivo, devendo ser qualificados como poderes-deveres¹².

Parte da doutrina considera que os direitos familiares pessoais são direitos relativos. Todavia, em alguns casos, os estados familiares podem gozar de proteção absoluta, como nos casos dos artigos 495.º, n.º 3, e 496.º, n.º 2, ou seja, no caso de *“lesão de que proveio a morte”*, os familiares do lesado que lhe podiam exigir alimentos (artigo 2009.º) têm direito de pedir ao lesante indemnizações dos danos patrimoniais sofridos ou indemnizações dos danos não patrimoniais que a morte do familiar lhes causou¹³. Parece excluir, assim, o carácter absoluto dos direitos familiares: vinculam pessoas certas e determinadas, não projetando os seus efeitos em relação a terceiros. Assim, se um dos cônjuges mantiver relações adúlteras com terceiro, este não será responsável para com o cônjuge lesado.

responsabilidade contratual presume-se a culpa do devedor na falta de cumprimento (artigo 799.º, n.º 1). V., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 692 e seguintes, que atribui ao ilícito conjugal carácter obrigacional, ainda que ulteriormente tenha adotado posição diferente – v., *Direito da Família contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, p. 490, nota 760.

⁹ Sobre a adequação técnica do ilícito conjugal aos pressupostos da responsabilidade civil v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 672 e seguintes.

¹⁰ Ainda que, segundo alguns autores, os direitos relativos também possam ser abrangidos pela previsão legal do artigo 483.º.

¹¹ Poderá falar-se de responsabilidade extracontratual no caso do artigo 1681.º, n.º 1, quando for caso disso.

¹² Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 199 e 200, e Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 102-104.

¹³ V., Pereira Coelho /Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 158.

Outros autores defendem uma posição diferente¹⁴. Qualificando os direitos familiares pessoais como direitos absolutos, têm, assim, cabimento as ações cíveis de indemnização, próprias dos direitos absolutos, contra o cônjuge prevaricador e contra o terceiro perturbador da relação matrimonial. O terceiro que falsamente se intitula marido da mulher de outrem, que contribui para que a mulher casada pratique adultério expõe-se, conseqüentemente, às sanções correspondentes ao facto ilícito praticado, desde que o cônjuge lesado as requeira. A constituição da obrigação de indemnizar depende do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, mas se estes estiverem preenchidos o terceiro deverá ser responsável perante o cônjuge lesado¹⁵. Como consequência do carácter absoluto dos direitos familiares pessoais não é de excluir que a violação de um desses direitos por um terceiro possa constituir este sujeito na obrigação de indemnizar nos termos previstos no artigo 483.º, n.º 1.

Uma coisa é a relação dos cônjuges entre si, onde os direitos familiares parecem assumir características de direitos relativos, e outra a relação dos cônjuges com terceiros. Parece ser de defender que os direitos familiares pessoais são eficazes *erga omnes* (direitos absolutos) em relação a terceiros, ou seja, têm de ser respeitados por todos, mesmo que, como acontece com a generalidade desses direitos, a correspondente conduta só possa ser exigida a um determinado membro familiar¹⁶.

Mas não é esta responsabilidade do terceiro que visamos analisar, mas sim a responsabilidade entre cônjuges por violação dos deveres conjugais. E era neste campo que predominava a doutrina da fragilidade da garantia.

Os deveres familiares pessoais (artigos 1672.º e seguintes) não estariam 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. O cônjuge a quem o outro falte ao respeito ou viole qualquer outro dever conjugal não poderá dirigir-se ao tribunal para que se obrigue o faltoso a cumprir ou a indemnizar pelos danos causados pelo incumprimento¹⁷. Tratar-se-ia

¹⁴ V., Antunes Varela, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, pp. 369-371, Castro Mendes, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997, pp. 24-26, Heinrich Ewald Hörster/Eva Sónia Moreira da Silva, *ob. cit.*, pp. 271-274, e Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 412-434.

O problema relaciona-se obviamente com a questão da eficácia externa das obrigações. Por isso, os ordenamentos jurídicos que apresentam uma tendência contrária ao princípio da eficácia externa das obrigações, como o português, mas também o alemão ou o italiano, afastam tradicionalmente a responsabilidade do “terceiro cúmplice de adultério”. Por isso, são várias as soluções procuradas pelo direito alemão para a questão da oponibilidade *erga omnes* dos deveres conjugais (v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 419-421).

¹⁵ Sobre a responsabilidade do terceiro por interferência na relação conjugal, o “terceiro cúmplice de adultério”, v. Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 714 e seguintes

¹⁶ Como referem Lüderitz/Dethloff, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C.H. Beck, 2007, p. 53, é discutido se podem ser feitos pedidos de indemnização por causa da violação dos deveres conjugais. Segundo a opinião mais correta, deverá entender-se que tal é admitido. As indemnizações contra o outro cônjuge são possíveis em virtude das suas relações recíprocas, bem como em relação a terceiros, devido à posição jurídica absoluta do estado de casado. Referem ainda os autores não haver razões justificativas para afirmar que o BGB exclua as indemnizações entre os cônjuges e, muito menos, que queira poupar terceiros.

¹⁷ É evidente que em relação aos deveres conjugais puramente pessoais (como os deveres de respeito, fidelidade e coabitação) não há dúvidas sobre a inadmissibilidade da execução específica, *in natura*, defende-se ou não a teoria da fragilidade da garantia. O cônjuge que violou o dever de fidelidade ou que se recusa a cumprir o débito conjugal não pode ser coagido ao comportamento devido ou substituído por outrem na realização da

de deveres, de relações de carácter tão íntimo, tão privado que seria impossível forçar, externamente, a sua observância.

Este carácter de privacidade e de intimidade obstará à atribuição ao cônjuge lesado de um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro. O direito à liberdade e à prossecução da sua felicidade que assiste a cada um dos cônjuges não permitiria impor a nenhum deles a observância de comportamentos não desejados, contrários aos seus interesses. Assim, perante casos de incumprimento dos deveres conjugais, a única possibilidade que assistia ao lesado era dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses, sendo inaceitável um pedido de indemnização na hipótese de violação de qualquer dos deveres recíprocos dos cônjuges¹⁸. Tratar-se-ia de uma tutela jurídica exclusivamente familiar.

A doutrina da fragilidade da garantia era inicialmente justificada pela regra da “imunidade interconjugal”. Os ordenamentos jurídicos do sistema anglo-americano, onde o problema da responsabilidade do cônjuge que viola direitos não conjugais do outro tem sido mais estudado, seguiam, até há pouco tempo, a regra da *interspousal immunity*. O termo “imunidade interconjugal” traduzia a impossibilidade de um cônjuge poder agir para obter o ressarcimento de um prejuízo causado em consequência de um acto ilícito cometido pelo outro cônjuge (fora dos deveres conjugais). Num primeiro momento, a regra da imunidade teve como fundamento teórico o princípio da *unity of spouses*, de acordo com o qual o marido e a mulher constituíam juridicamente uma só pessoa. Daí resultavam duas proposições: nenhum facto ilícito, doloso ou meramente culposos, cometido por um dos cônjuges contra o outro, durante o casamento, podia criar uma situação de responsabilidade; nenhum dos cônjuges podia intentar uma ação contra o outro na

prestação a que estava vinculado. Os deveres em causa caracterizam-se pela infungibilidade do comportamento devido (um cônjuge não pode fazer-se substituir por outrem no cumprimento dessas suas obrigações). Assim, a proibição da execução específica resulta do princípio *nemo praecise ad factum cogi potest*, aplicável aos direitos de prestação infungível, que exclui toda a espécie de cumprimento coercivo. Por isso, também não são admitidas no que respeita aos deveres referidos as formas de autotutela admitidas pela lei geral. P. ex., não será considerado justificado pela legítima defesa o ato de um marido que impede, pela força, a mulher de sair de casa para se encontrar com o seu amante, nem pela figura da ação direta a violação de um cônjuge que se recusou injustificadamente a ter relações sexuais. V., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 576-579. O autor pronuncia-se também quanto à proibição das sanções compulsórias, onde a fragilidade da garantia também se faz sentir, por não serem sanções adequadas para forçar ao cumprimento dos deveres conjugais, dada a necessidade de garantir algum grau de liberdade a qualquer um dos cônjuges. Mas, a rejeição da sanção pecuniária compulsória e a manutenção da fragilidade da garantia compulsória dos deveres conjugais pessoais não implica a rejeição de toda e qualquer sanção, designadamente da sanção indemnizatória (pp. 581-586).

¹⁸ Defendendo a doutrina tradicional, v., Pires Veríssimo, *loc. cit.*, pp. 255 e 256, que referia que ninguém deixará de reconhecer que os prejuízos que da violação dos deveres recíprocos dos cônjuges podem resultar são, na sua essência, prejuízos de ordem moral. Tal violação implica o desaparecimento do fundo moral em que assenta o grupo familiar e, como tal, o legislador não deixou de estabelecer para ela certas sanções que atuam pela influência que exerce no espírito dos cônjuges a possibilidade da sua aplicação. Se o legislador entendesse que os prejuízos de ordem económica ou de ordem moral mereciam uma maior reparação, não teria, por certo, deixado de a regular. Assim, em geral, não será aplicável ao casamento, no caso de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios da responsabilidade civil. Criticando a teoria da fragilidade da garantia, v., Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124, Ângela Cerdeira, *ob. cit.*, pp. 82 e seguintes, Cristina Dias, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIX, n.ºs 286/288, 2000, pp. 351-374, e Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 155-157.

constância do casamento. A primeira proposição baseava-se na ideia de que a concentração do direito e da obrigação correspondente numa mesma entidade jurídica levava à exoneração do dever. A segunda proposição resultava de questões de ordem processual, ou seja, como não era reconhecida capacidade judiciária à mulher casada (salvo nas ações criminais e de divórcio), qualquer ação proposta por um cônjuge contra o outro implicaria que o marido intervesse simultaneamente como autor e réu¹⁹.

Como a teoria da imunidade era corolário dos limites impostos à capacidade de gozo e de exercício da mulher casada, a decadência da doutrina da *unity of spouses* está estreitamente ligada aos avanços no sentido da emancipação da mulher e da igualdade dos cônjuges. Tanto na Inglaterra como nos E.U.A. legislou-se no sentido de modificar a condição jurídica da mulher casada, limitando as consequências do princípio da imunidade interconjugual. Em todo o caso, afastada a ideia da unidade, a justificação agora apresentada para manter alguma imunidade era a da exigência da tutela da harmonia familiar e da paz doméstica, que deviam prevalecer face às regras da responsabilidade civil. Nos E.U.A. só na última década do século XX o princípio da imunidade interconjugual em matéria de *personal torts* foi abolido em todos os estados.

Também nos ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico o princípio da imunidade interconjugual esteve presente durante um longo período de tempo. Porém, esta imunidade não resultava de uma corrente jurisprudencial que negava ao cônjuge lesado o direito ao ressarcimento dos danos, como no sistema da *common law*, mas pela ausência de decisões judiciais sobre a matéria²⁰. Entre nós, não pode dizer-se que a nossa jurisprudência ou doutrina tenha adotado o princípio da imunidade por ilícitos comuns, mas o argumento da necessidade de manter a tranquilidade da vida familiar era utilizado. Em todo o caso, o que é certo é que o princípio da imunidade acaba por ser afastado, acompanhando a evolução verificada dentro da própria família, onde as funções de cada um dos cônjuges não estão definidas e onde deixa de haver uma entidade dirigida pelo chefe de família para passar a assentar na igualdade dos cônjuges. Portanto, cada um dos cônjuges goza dentro da família de todas as prerrogativas que o ordenamento jurídico garante a cada sujeito. Nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa, nomeadamente as da responsabilidade civil ou criminal, devem ser aplicadas no círculo familiar sem qualquer obstáculo. Não há, por isso, atualmente qualquer razão que legitime adrogação do regime geral da responsabilidade civil.

Mas, o argumento da paz familiar que justificava a doutrina da imunidade relativamente aos ilícitos comuns, serviu para explicar a doutrina da fragilidade da garantia no domínio dos atos ilícitos específicos da relação matrimonial.

Como referimos, a doutrina tradicional excluía a aplicação das regras da responsabilidade civil no caso de violação dos direitos familiares pessoais. A principal razão incidia na atitude de

¹⁹ Ângela Cerdeira, *ob. cit.*, pp. 19 e 20, e Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 530 e 531. V. também, Salvatore Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, pp. 56 e seguintes.

²⁰ V., Ângela Cerdeira, *ob. cit.*, pp. 32 e seguintes, e Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 549 e seguintes.

retraimento do legislador em face da família, a qual estaria desprotegida se os tribunais entrassem a regular os seus conflitos.

Contudo, a solução poderia ser diferente se fosse pedido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, que faziam com que a essência ética do casamento, a defesa da paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado na vida familiar²¹ perdessem importância²².

Mas, até à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que deu nova redação ao artigo 1792.º, o direito português não previa uma ação de responsabilidade civil especificamente pela violação dos deveres conjugais, mesmo depois de requerido o divórcio, limitando-se ao princípio geral disposto no artigo 483.º, n.º 1, e à ainda defendida doutrina da fragilidade da garantia. A tutela jurídica exclusivamente familiar dos deveres conjugais pessoais resultava da regulamentação dos pressupostos e dos efeitos da dissolução do casamento por divórcio.

O artigo 1779.º conferia a qualquer um dos cônjuges a faculdade de requerer o divórcio se o outro violasse culposamente os deveres conjugais. Esta espécie de divórcio litigioso, assente em causas subjetivas, era a forma de reagir ao incumprimento dos deveres conjugais.

No plano dos efeitos do divórcio (e da separação de pessoas e bens), a violação culposa dos deveres conjugais podia provocar efeitos desfavoráveis ao cônjuge culpado em matéria da partilha (artigo 1790.º), de eficácia de liberalidades (artigo 1791.º), de responsabilidade civil (artigo 1792.º), etc. O nosso ordenamento jurídico, ao contrário do alemão, cujo regime jurídico do divórcio assenta no princípio da rutura pura, dava posição relevante à culpa. No direito alemão o ilícito conjugal só releva para evitar uma ofensa grosseira dos princípios da equidade, em matéria de alimentos, da repartição dos ganhos patrimoniais imposta pelo regime da *Zugewinngemeinschaft* e da compensação conexa com a pensão de reforma (*Versorgungsausgleich*). Mesmo entre os ordenamentos jurídicos que consideram o ilícito conjugal através de um sistema de declaração de culpa, como acontece nos direitos francês, espanhol e italiano, o nosso ordenamento jurídico dava especial destaque à culpa pela declaração do cônjuge culpado em qualquer situação de divórcio litigioso (mesmo que assentasse em causas objetivas – v., o artigo 1787.º antes da sua revogação pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

Progressivamente a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir que um dos cônjuges pudesse intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge por violação dos deveres conjugais. De facto, os atos culposos que servem de fundamento ao divórcio,

²¹ Para uma análise das razões apresentadas para justificar a doutrina da fragilidade da garantia, v., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 568 e seguintes

²² V., Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, pp. 541- 543, e “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53, Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 113-124, e M. Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 123-125. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 156, não excluem mesmo a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres conjugais. Neste sentido pronuncia-se também Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 708-714.

enquanto violam ou ofendem os direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor numa obrigação de indemnizar por todos os prejuízos causados. Nesta obrigação de indemnizar é que estará, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais, pois essa sanção não é o divórcio²³.

A consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar, a ideia de evitar uma excessiva intervenção do tribunal na vida familiar²⁴ não podem excluir a obrigação de indemnizar no caso de violação dos direitos familiares pessoais, sobretudo se o casamento já se dissolveu. Saliente-se que o cônjuge inocente deve poder pedir ao culpado uma indemnização quer pelos danos patrimoniais quer pelos não patrimoniais (artigo 496º); e quer pelos danos resultantes diretamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio quer pelos danos resultantes do próprio divórcio, e que são consequência indireta daqueles factos.

Mesmo antes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o artigo 1792.º já admitia que o cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (sofrimentos ocasionados pelo divórcio, desconsideração social...)²⁵. Não previa era a possível indemnização resultante da violação dos deveres conjugais que eram causa do divórcio²⁶. Com efeito, a indemnização devida pela violação culposa dos deveres conjugais não pode ser confundida com a indemnização pelos danos morais causados pelo próprio divórcio (e atualmente ainda prevista no artigo 1792º, n.º 2).

Sempre se aceitou, como vimos, que a violação dos deveres conjugais pudesse implicar, ao mesmo tempo, uma violação de outro bem jurídico, como a violação de um direito de personalidade. Esta violação de um direito autónomo faria incorrer o lesante, o cônjuge faltoso, em responsabilidade civil e, se fosse caso disso, em responsabilidade penal, como acontece com lesões corporais, não obstante o carácter íntimo da vida familiar. Nestes casos, a fragilidade da garantia era contornada por força da sanção provocada pela violação simultânea de um outro direito subjetivo privado em relação ao qual a garantia funcionava.

Todavia, na maioria dos casos, tal simultaneidade poderia não existir. Era aqui que se colocava a questão de saber se ao cônjuge lesado restava apenas como sanção o divórcio (ou separação

²³ Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 155.

²⁴ Razões que justificavam, ou podiam justificar, uma interpretação restritiva do artigo 483.º, em termos de aí não se abrangerem os direitos familiares pessoais.

²⁵ Obrigação a indemnizar era e é também o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento na al. c) do artigo 1781.º, o que consubstancia um caso de responsabilidade civil por facto lícito.

Sobre a indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio à luz do regime jurídico anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, v., Ângela Cerdeira, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605 e seguintes

²⁶ Nem estabelecia, como refere Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, p. 659, qualquer forma de tutela compensatória oponível a um terceiro que tenha contribuído para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres conjugais.

de pessoas e bens). A garantia jurídica tipicamente familiar (pela dissolução do casamento) afastaria, assim, as regras gerais da responsabilidade civil²⁷.

Como se sabe, o divórcio não é concebido como sanção, mesmo antes da alteração legislativa ao regime jurídico do divórcio. A conceção do divórcio é, no essencial, a de um divórcio remédio ou a de constatação da rutura do casamento²⁸ [o que não excluía que pudesse haver efeitos menos favoráveis para o cônjuge culpado, a nível patrimonial (cfr. as anteriores redações dos artigos 1790º e 1791º)].

Por outro lado, pese embora a sua natureza *sui generis*, os direitos familiares pessoais são direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio liberdade/responsabilidade. Quem lesar o direito subjetivo de outrem responde pelos danos causados. Esta consequência da responsabilidade não pode ficar afastada pelo facto de o sujeito do direito e o sujeito do dever se encontrarem casados. Não é admissível que qualquer dos cônjuges possa violar os seus deveres para com o outro sem vir a ser responsabilizado por isso.

Já em 1935, Adolfo Bravo referia que se o cônjuge inocente sofreu, por culpa do outro, prejuízo diverso do que já lhe causara a rutura do casamento e que a pensão alimentar teve por fim reparar, então pode também exigir a reparação civil de tal prejuízo, tendo o cônjuge vítima de um ato culposos o direito de exigir a respetiva indemnização. Lamentava-se, contudo, por nos nossos tribunais não ter soado ainda “a hora europeia da responsabilidade civil”²⁹.

Nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais, não podendo a celebração do casamento abrir um regime de exceção ao regime geral da responsabilidade civil. Assim, a tutela jus-familiar dos deveres conjugais é compatível com a responsabilidade civil comum³⁰.

O artigo 483.º não exclui até a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos

²⁷ Ângela Cerdeira, *Da responsabilidade civil dos cônjuges...*, cit., pp. 71-80, analisa também a possibilidade de aplicação das regras da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º) quando da declaração de nulidade do casamento católico ou da anulação do casamento civil resultem prejuízos para o cônjuge de boa fé. Considera a autora que “a falta de correção, honestidade e lealdade do comportamento de um dos nubentes na formação do contrato casamento, quando origine danos no outro contraente, deve constituir aquele em responsabilidade pré-contratual, independentemente da respetiva declaração judicial de invalidade”. A doutrina e jurisprudência estrangeiras, como a francesa, têm defendido a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil à invalidade do casamento. O artigo 129.º do Código Civil italiano prevê mesmo que o cônjuge de boa fé, em consequência da nulidade do casamento, tenha direito a uma indemnização adequada.

Por outro lado, o facto de tradicionalmente se afastar a aplicação das regras da responsabilidade civil por violação dos deveres comuns, e apesar de a maioria dos deveres conjugais não poderem ser coercivamente impostos, a sua violação sempre foi objeto de outras sanções (civis ou penais). V., mesma autora e obra, pp. 86 e seguintes. A vertente sancionatória dos efeitos do divórcio é analisada pormenorizadamente por Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, ob. cit., pp. 620 e seguintes.

²⁸ No divórcio-remédio o divórcio é considerado um mal, mas necessário, como um remédio para uma situação matrimonial insustentável. Não pretende ser uma sanção para o cônjuge culpado, mas um remédio para a crise conjugal. Na conceção do divórcio como simples constatação de rutura do casamento este resulta da existência de uma situação de rutura do casamento objetivamente considerada, independentemente da imputabilidade da situação a um ou outro dos cônjuges e independentemente de qualquer indagação de culpas.

²⁹ Adolfo Bravo, “Carácter da pensão alimentar, e perdas e danos, em caso de divórcio”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48.º, n.º 20, 1935, pp. 305-309.

³⁰ V., Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, ob. cit., pp. 677-692.

causados pela violação dos deveres do artigo 1672.º. Contudo, a previsão legal da ação de responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais no artigo 1792º, na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, no domínio dos efeitos do divórcio, demonstra que o legislador prevê agora expressamente a possibilidade de uma indemnização ao cônjuge inocente pela violação dos deveres conjugais uma vez decretado o divórcio³¹.

³¹ A possibilidade de deduzir um pedido de indemnização independentemente do processo de divórcio era defendida, como já referimos, por Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 156, que, todavia, afirmavam que a situação não se verificará na prática, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se do outro e pretenda obter dele uma indemnização desses danos. Será, eventualmente, nesta impossibilidade prática que radicará, de alguma forma, a fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais. Aquela era também a posição da nossa jurisprudência.

De referir o acórdão do S.T.J., de 13.03.1985 (*B.M.J.*, n.º 345.º, 1985, p. 414), onde se afirma que o artigo 1792.º compreende unicamente os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, devendo o respetivo pedido de indemnização ser obrigatoriamente formulado na ação de divórcio. Os danos ocasionados diretamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio, sejam de natureza patrimonial ou não, podem dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 483.º, devendo a indemnização ser solicitada em processo comum de declaração. Aqui se refere ainda que, mesmo antes do artigo 1792.º, a doutrina nacional defendeu que, para além dos alimentos, e a coberto do princípio geral correspondente ao atual artigo 483.º, o cônjuge culpado do divórcio podia ser compelido a indemnizar o outro dos danos morais e patrimoniais causados, visto os atos culposos que servem de fundamento ao divórcio ofenderem os direitos familiares pessoais do cônjuge inocente. Seria nesta obrigação de indemnizar que estaria, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais. Assim, a reparação dos danos diretos ocasionados pelos factos que determinaram o divórcio não se enquadra na previsão legal do artigo 1792.º, mas tão só na do artigo 483.º.

No mesmo sentido, refiram-se os acórdãos do S.T.J., de 18.02.1986 (*B.M.J.*, n.º 354.º, 1986, p. 567), de 23.03.1988 (*B.M.J.*, n.º 375.º, 1988, p. 390 - *I. O artigo 1792.º do Código Civil apenas prevê a reparação dos danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, excluindo todos aqueles que hajam sido causados por factos anteriores ao divórcio, designadamente pelos factos que lhe serviram de fundamento. II. A reparação dos danos causados por factos anteriores ao divórcio, ou pelos factos que lhe serviram de fundamento, apenas pode ser exigida em processo comum de declaração e com base nas regras da responsabilidade civil - artigo 483.º*). Daqui se conclui que o artigo 1792º apenas compreende os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, sem prejuízo de os demais poderem ser reparados em processo comum de declaração e com fundamento na responsabilidade civil a que se reporta o artigo 483.º), de 15.06.1993 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1993, p. 154 - *I. O cônjuge declarado único ou principal culpado deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento, devendo o pedido indemnizatório ser deduzido na própria ação de divórcio. II. Os danos patrimoniais ou não patrimoniais emergentes dos factos causais do divórcio são indemnizáveis nos termos gerais (arts. 483.º e seguintes), mas através de processo comum e nunca na própria ação de divórcio*), e de 28.05.1998 (*B.M.J.*, n.º 477.º, 1998, p. 518 - *I. O artigo 1792º do Cód. Civil contempla apenas os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, dele ficando, portanto, excluídos os danos desse tipo resultantes dos factos que alicerçam tal dissolução (...)*).

Todos estes acórdãos abordam a questão da eventual responsabilidade civil de um dos cônjuges para com o outro, por violação dos direitos familiares pessoais, no contexto de uma ação de divórcio e conexada com o campo de aplicação do artigo 1792.º.

O acórdão do S.T.J., de 26.06.1991 (*B.M.J.*, n.º 408.º, 1991, p. 538), debruça-se sobre a reparação dos danos causados pelos factos fundamento do divórcio, por si só, ainda que no âmbito da ressarcibilidade dos danos morais. A reparação dos danos não patrimoniais foi posta em dúvida quanto aos direitos familiares pessoais, por se considerar que a violação desses direitos acarreta sanções de outra ordem. Todavia, neste acórdão determina-se que a violação dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges (no caso em análise o cônjuge culpado era o marido, pela violação dos deveres de respeito e coabitação) provoca sofrimento, dor e, muitas vezes, traumatismos prolongados. Esta dor e sofrimento, dos mais sensíveis porque ligados à dignidade intrínseca do ser humano, constituem danos não patrimoniais e são indemnizáveis, nos termos dos arts. 483.º e 496.º. Foi, assim, em ação autónoma, concedida uma indemnização pelos danos resultantes da violação dos deveres conjugais (neste caso, danos não patrimoniais). Em anotação a este acórdão pode mesmo ler-se que “pode considerar-se pacífica a jurisprudência do STJ que distingue os danos não patrimoniais causados pelo próprio divórcio, a que alude o artigo 1792.º do Código Civil, pedidos obrigatoriamente na ação de divórcio, e os danos patrimoniais e não patrimoniais, ocasionados diretamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio”, os quais dão lugar à obrigação de indemnizar nos termos gerais dos arts. 483.º e seguintes

De igual modo, como referimos, têm-se pronunciado as Relações sobre a matéria em análise. Cfr., entre outros, os acórdãos da RP, de 07.02.1980 (*Col. Jurisp.*, tomo 1, 1980, p. 29); de 31.07.1980 (*B.M.J.*, n.º 303.º, 1981, p. 271), de 20.10.1988 (*Col. Jurisp.*, tomo 4, 1988, p. 201 - que, tal como o acórdão do STJ, de 26.06.1991 (*loc. cit.*), também atribuiu, em ação autónoma à de divórcio, uma indemnização pela violação dos deveres conjugais.

O cônjuge que se sinta lesado e que pretenda requerer uma indemnização terá de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (artigos 483.º e seguintes) em ação autónoma. Pode agora o cônjuge lesado (e aqui há uma referência a uma existência de danos com culpa do outro cônjuge) requerer, nos termos gerais da responsabilidade civil e não na ação de divórcio, a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge (artigo 1792.º, n.º 1). Na ação de divórcio são apenas requeridos os danos não patrimoniais causados ao cônjuge pela dissolução do casamento requerida pelo outro cônjuge por alteração das faculdades mentais daquele (artigos 1792.º, n.º 2, e 1781.º, al. b)). Ao admitir a possibilidade de um cônjuge intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro afastam-se, por designação expressa da lei, os resquícios ainda existentes da teoria da fragilidade da garantia, admitindo o funcionamento das regras da responsabilidade civil por incumprimento dos deveres conjugais³².

Não podemos, todavia, deixar de referir que nem todos os autores concordam com este entendimento.

A propósito do acórdão do STJ, de 12.05.2016³³, Francisco Brito Pereira Coelho, na anotação que faz ao referido acórdão, entende que a responsabilidade a que se refere o artigo 1792.º

Com efeito, aí se estipula que a indemnização pelo dano moral resultante do divórcio deve pedir-se na ação de divórcio (ar. 1792.º). Mas a indemnização pelos danos patrimoniais resultantes da conduta ilícita do ex-cônjuge, mesmo que tal conduta tenha sido o fundamento do divórcio, deve ser pedida em ação comum. Uma coisa é a indemnização pela dissolução do casamento e outra, bem diferente, é a indemnização devida, nos termos gerais, pelos fundamentos dessa dissolução), e de 08.03.1999 (*Col. Jurisp.*, tomo 2, 1999, p.176), da RC, de 04.04.1995 (*B.M.J.*, n.º 446.º, 1995, p. 361), etc.

Podemos, da análise da jurisprudência abordada, concluir que, tal como certa doutrina, também os nossos tribunais admitiam ações de responsabilidade civil, nos termos dos arts. 483.º e seguintes, por violação dos direitos familiares pessoais, afastando-se da doutrina tradicional da fragilidade da garantia. Não obstante, não deixa de ser curioso que, muito embora esta conclusão decorra das decisões dos nossos tribunais, pouca jurisprudência [de referir os acórdãos do STJ, de 26.06.1991 (*loc. cit.*) e da RP, de 20.10.1988 (*loc. cit.*)] se encontrava que, em ação autónoma à ação de divórcio, concedesse uma indemnização por violação dos deveres conjugais que fundamentasse o pedido de divórcio, eventualmente, porque, uma vez obtido o divórcio, o cônjuge inocente ou menos culpado, sentindo-se desvinculado da ligação matrimonial, não tinha disposição e vontade (e até interesse) em propor, em ação autónoma, um pedido de indemnização, perdendo tempo, despendendo meios financeiros e energias pessoais numa nova ação judicial... Foi isto que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio expressamente consagrar.

³² Neste sentido, v., por exemplo, Heinrich Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges...”, *loc. cit.*, pp. 113-124, e “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AAVV, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, sob a coordenação de M.ª Clara Sottomayor e M.ª Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 108-110; 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. 37, e “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 499 e seguintes; Cristina Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 23 e 24, e “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 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 AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 389-419; Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, *ob. cit.*, pp. 760 e seguintes, e *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 395; e Diogo Leite de Campos/Mónica Martinez de Campos, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 352-354.

³³ “I - Sob a vigência do artigo 1792.º do CC, na redacção dada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas:

i) - uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia

apenas ocorre se paralelamente à violação de um dever conjugal houver violação de um direito de personalidade do cônjuge³⁴. A reforma do regime jurídico do divórcio, na Lei n.º 61/2008, traduziu-se numa nova forma de encarar o casamento, deixando este de implicar o cumprimento de uma série de deveres conjugais, e passando estes deveres conjugais do artigo 1672.º a uma “categoria dogmática diversa do dever jurídico”³⁵.

No mesmo sentido pronuncia-se Guilherme de Oliveira. Escreve este autor que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, alterando o regime jurídico do divórcio, deixou dúvidas no texto do artigo 1792.º: “faltou a menção expressa de que se pretendia apenas aplicar o regime da responsabilidade extracontratual”. Como vimos, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm defendido a plena aplicação de toda a responsabilidade civil, incluindo a responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais, ainda que os atos não tenham ofendido direitos de personalidade do lesado. Considera, todavia, o autor que a norma deve ser objeto de uma interpretação restritiva, para excluir a aplicação da responsabilidade contratual. “A responsabilidade civil intervirá, somente, quando as violações dos deveres conjugais implicarem também ofensas dos direitos de personalidade do lesado; intervirá, portanto e apenas, o regime da responsabilidade delitual”³⁶. Exclui, portanto, a responsabilidade obrigacional atendendo à ausência de uma vinculação jurídica que se atribua aos deveres conjugais; e a responsabilidade extracontratual apenas ocorrerá no caso de lesão de outros bens jurídicos (como direitos de personalidade)³⁷. Ou seja, a violação de deveres conjugais em si não geraria qualquer responsabilidade, gerando apenas consequências endofamiliares.

daqueles deveres;

ii) - outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em ação autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela.

II - Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspetiva.

III - Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao artigo 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.ª perspetiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil.

IV - Por sua vez, a jurisprudência tem mantido a linha que vinha seguindo, no sentido da admissibilidade daquela tutela, nomeadamente em sede de indemnização dos danos não patrimoniais, desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito nos termos do artigo 496.º, n.º 1, do CC.

V - Assim, pelo menos em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado, impõe-se reconhecer a admissibilidade do direito a indemnização com base nos termos gerais da responsabilidade civil”.

Este ponto V gerou alguma controvérsia na sua interpretação no sentido de saber se deveria admitir-se uma ação de responsabilidade civil apenas quando a violação dos deveres conjugais implicasse uma violação dos direitos de personalidade do cônjuge lesado.

³⁴ Francisco Brito Pereira Coelho, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4006, Set-Out., 2017, pp. 54-67.

³⁵ Mesmo autor e obra, p. 64.

³⁶ Guilherme de Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>, consultado a 13 de fevereiro de 2019.

³⁷ Ao contrário do entendimento de Jorge Duarte Pinheiro, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, ob. cit., p. 760, para quem a celebração do casamento não cria uma “área de exceção” relativamente à aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais, Guilherme de Oliveira, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, loc. cit., p. 24, considera que “o casamento é, de facto, uma área de exceção”.

A ser assim teríamos um regresso à teoria da fragilidade da garantia. Julgamos que o objetivo de uma interpretação como esta é apenas a de desvalorização dos deveres conjugais, mas que não nos parece ter suporte legal no nosso ordenamento jurídico atual. Neste sentido pronunciou-se, também em anotação ao acórdão do STJ, de 12.05.2016, Rute Teixeira Pedro, considerando que, atendendo ao artigo 1792.º, n.º 1, “um cônjuge pode responder perante o outro por danos advenientes de atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, bem como por atos, cujo desvalor advém de terem sido praticados por quem está vinculado por força do compromisso jurídico matrimonial e pelos deveres a ele inerentes (...). Assim, quanto aos atos que seriam ilícitos fora do contexto familiar, atentatórios de posições jurídicas não familiares (por exemplo, do direito à vida, do direito à integridade física...), o facto de o lesante e lesado estarem ligados por um vínculo familiar – no caso conjugal – não deve ditar a exclusão do funcionamento da responsabilidade civil. E seria, assim, independentemente do teor normativo atual do artigo 1792.º, n.º 1, já que a proteção conferida pelo artigo 483.º, n.º 1, aos bens de personalidade não pode ser travada pelo contexto conjugal de produção dos danos. Quando o ato desvalioso consubstancia uma violação dos deveres familiares (conjugais) a cujo cumprimento aquele cuja responsabilidade se equaciona está vinculado na qualidade de cônjuge do lesado, pensamos que dois caminhos são equacionáveis para fundar a sua responsabilidade”³⁸. Assim, considera a autora que é possível, por um lado, o recurso ao artigo 483.º, n.º 1, no caso de um cônjuge praticar um ato que se traduza na violação de deveres conjugais independentemente de, no caso concreto, e ter verificado uma violação de outro direito absoluto pessoal (p. ex., a integridade física). Não é, por isso, de limitar a ressarcibilidade dos danos decorrentes do incumprimento dos deveres conjugais às hipóteses de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado.

Por outro lado, não afasta a possibilidade de recurso às regras da responsabilidade obrigacional, por tal entendimento se coadunar “com a conceção de casamento, como relação contratual matrimonial, que, hoje, consideramos vigente entre nós”³⁹.

Não cremos, pelo que já referimos, que a eliminação da violação culposa dos deveres conjugais como fundamento do divórcio implique um desvalor dos deveres conjugais e do seu incumprimento, afetando a juridicidade de tais deveres. Estamos, por isso, plenamente de acordo com a posição adotada pela última autora citada e que, aliás, já havíamos expressado em trabalhos anteriores.

III. Responsabilidade civil entre os cônjuges no domínio das relações patrimoniais – manutenção da irresponsabilidade?

O problema da responsabilidade civil entre os cônjuges coloca-se também ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento.

³⁸ Rute Teixeira Pedro, “A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62.

³⁹ *Ibidem*, p. 62, citando outra obra da autora (*Convenções matrimoniais: a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 273 e seguintes).

No âmbito da administração dos bens do casal e da sua disposição podem surgir danos.

O cônjuge que causou o dano será responsável perante o outro?

1. A administração dos bens e a responsabilidade civil

O artigo 1681.º, n.º 1, consagra o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador.

O cônjuge que administra bens comuns ou próprios do outro beneficia de um estatuto especial, não sendo equiparado aos restantes administradores de bens alheios. Em princípio, o cônjuge administrador não é obrigado a prestar contas, como sucede com a generalidade dos administradores de bens alheios (cfr. os artigos 465.º, al. c), 1161.º, al. d)...), nem será formalmente obrigado a prestar informações ou a comunicar a execução dos seus atos, à semelhança do que ocorre com o mandatário (artigo 1161.º, als. b) e c)), conquanto não possa, por força do dever recíproco de cooperação, deixar de prestar ao seu consorte as informações que este justificadamente pretenda obter sobre a gestão dos bens.

Só poderá ser exigida prestação de contas da administração dos bens do casal depois de dissolvido o casamento ou da separação de pessoas e bens, e só em relação ao tempo posterior ao divórcio ou separação⁴⁰, ou seja, tendo-se por terminada a sociedade conjugal na data da propositura da ação de divórcio (artigo 1789.º, n.º 1), o cônjuge não administrador pode exigir do outro, administrador de facto ou de direito, a prestação de contas desde a propositura da ação⁴¹.

No decurso do casamento, o cônjuge administrador só responde pelos prejuízos resultantes de atos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge⁴².

Já no Código Civil de 1867 o cônjuge administrador só era responsável pelos atos de administração que fossem praticados intencionalmente em prejuízo do outro cônjuge.

Duas ordens de razões justificam o estatuto especial do cônjuge administrador, no que respeita à sua responsabilidade. Por um lado, tomam-se em conta as graves perturbações que as ações de indemnização de um dos cônjuges contra o outro, facilitadas pela obrigação periódica da prestação de contas, podem causar nas suas relações pessoais, em prejuízo da estabilidade familiar. De facto, as ações de indemnização podem perturbar seriamente as relações entre os cônjuges e há todo o interesse em salvaguardar essas relações no interesse da sociedade familiar. Facilmente podem converter-se numa devassa à vida conjugal, cuja intimidade a lei procurou acautelar. Só nos casos mais nítidos de atuação prejudicial do cônjuge administrador se deve conceder ao lesado o direito a uma indemnização.

⁴⁰ V., o ac. da RL, de 22.05.1968 (*Jurisp. Rel.*, ano 14.º, 1968, p. 565).

⁴¹ V., o ac. da RC, de 25.10.1994 (*Col. Jurisp.*, tomo 4, 1994, p. 45).

⁴² V., o ac. do STJ, de 17.11.1994 (*Col. Jurisp. (STJ)*, tomo 3, 1994, p. 148), onde expressamente se refere que o administrador de bens comuns ou próprios do outro cônjuge está isento de prestação de contas, só respondendo pelos prejuízos quando a sua atuação seja intencional.

Por outro lado, não se considera razoável aplicar a uma gestão tão complexa como a do cônjuge administrador, chamado a resolver simultaneamente assuntos pessoais e patrimoniais, os padrões normais de julgamento da administração isolada de bens alheios.

Por tudo isso, o artigo 1681.º, n.º 1, consagra o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador.

Mas então quais as consequências de o cônjuge praticar atos de má administração ou ruinosos, que afetam o património comum ou de qualquer um dos cônjuges em prejuízo da família?

Como já vimos, não sendo obrigado a prestar contas, o cônjuge administrador é responsável pelos atos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. Procurou-se perseguir a prática de atos nocivos deliberados, estabelecendo-se proteção contra uma atitude positiva (praticar atos). O administrador pode constituir-se em responsabilidade civil para com o outro nos termos do artigo 1681.º, n.º 1, 2.ª parte. Assim, é indispensável que se tenha verificado um ato prejudicial. Mas este será insuficiente se não coexistir com ele o dolo, o elemento intencional, que consistirá na intenção, por parte do cônjuge administrador, de diminuir ou de suprimir a parte que o outro cônjuge tem nos bens do casal, isto é, de despojar voluntariamente o outro cônjuge duma parte dos bens comuns ou dos seus próprios bens.

As palavras da lei não consentem explicitamente a inclusão no artigo 1681.º das omissões dolosas (e a hipótese pode, até, verificar-se com mais frequência do que a prática efetiva de atos de administração ruinosos), pois fala em “atos praticados”⁴³.

Todavia, o que a lei persegue é a lesão do património comum ou do do cônjuge não administrador e o administrador também causa prejuízo a esses quando deliberadamente os não defende. Respeitar-se-ia, assim, o princípio geral em matéria de responsabilidade civil do artigo 486.º. De qualquer forma, só poderia responsabilizar-se o cônjuge administrador pelas omissões intencionais provando-se a sua intenção dolosa (o que será muito difícil). De facto, seria muito difícil avaliar se elas teriam resultado de intenção malévola ou simples desleixo, bem como seria difícil confirmar que a prática do ato omitido teria evitado danos ou teria produzido vantagens. Como referia Braga da Cruz, a relevância das omissões intencionais seria “uma terrível fonte de dificuldades, de incertezas, e de injustiças”⁴⁴. Por seu lado, A. Lopes Cardoso, atendendo à intenção legal de proteger o património comum ou o património próprio do outro cônjuge, considerou um atentado ao espírito da lei ilibar o administrador de responsabilidade nos casos em que, p. ex., o administrador omite obras

⁴³ Cfr. Braga da Cruz, “Capacidade patrimonial dos cônjuges. Anteprojecto de um título do futuro Código Civil (articulado e exposição dos motivos)”, *BMJ*, n.º 69.º, 1957, pp. 367 e 368, que refere que o artigo 1681.º não pode aplicar-se, sem mais, ao caso das simples abstenções. Cfr. também, no mesmo sentido, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 296.

A possibilidade de responsabilizar o cônjuge administrador pelos atos fraudulentos, nos termos do artigo 1421.º, 1.º, do Código Civil francês, inclui também as abstenções que implicaram um empobrecimento nos bens comuns (v., Flour/Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1995, p. 307).

⁴⁴ Braga da Cruz, *loc. cit.*, p. 368.

indispensáveis, o protesto de uma letra ou a interrupção de uma prescrição, ou deixa de administrar o estabelecimento do casal, invocando a regra geral do artigo 486.º⁴⁵.

Braga da Cruz tinha proposto, numa altura em que o marido era o administrador dos bens do casal, que o dono do bem pudesse ser autorizado a praticar o ato que o administrador estava a omitir, mas o regime não foi consagrado⁴⁶. É evidente que hoje poderia o mesmo ter algum interesse quando um cônjuge administra bens do outro por força da lei (artigo 1678.º, n.º 2). Defendemos, portanto, que o cônjuge administrador deverá ser responsável também pelas omissões intencionais que geraram danos, dado que o prejuízo ao património comum ou ao património próprio do outro cônjuge pode resultar não só de ações como também de omissões. Outra questão será o problema da prova, como já referimos: não será fácil provar a intenção dolosa do cônjuge administrador. Mas a dificuldade da prova não deve afastar o princípio da responsabilidade nesses casos.

O cônjuge pode recorrer ao meio de defesa do artigo 1681.º, preenchidos os seus pressupostos, mesmo no decurso do casamento. Aliás, a possibilidade de ações de um cônjuge contra o outro decorre também do artigo 1684.º, n.º 3, ou do artigo 1687.º. É evidente que se o cônjuge pretende propor uma ação de indemnização contra o outro não andarão longe de requerer a separação ou o divórcio. Porém, para A. Lopes Cardoso, já não será possível ao cônjuge lesado obter o pagamento da indemnização, a execução da sentença, enquanto não chegar o momento da partilha da comunhão. Isto, pois, o direito obtido pela sentença traduz-se num crédito sobre o outro cônjuge, cujo pagamento será feito preferentemente pela meação do infrator nos bens comuns do casal e só na sua falta ou insuficiência pelos bens próprios dele (artigo 1689.º, n.º 3)⁴⁷. Só em parte concordamos com o entendimento deste autor. De facto, só assim será se o prejuízo se deu no património comum, e considerarmos a indemnização daí resultante um bem comum, situação em que, efetivamente, teremos um restabelecimento dos bens comuns nos termos referidos, a que devemos acrescentar o artigo 1689.º, n.º 1⁴⁸. Porém, se se trata de meros créditos entre os cônjuges (se o prejuízo se deu no património próprio do cônjuge lesado), sem interferência do património comum, nada obsta à sua exigibilidade no decurso da comunhão, a suportar

⁴⁵ A. Lopes Cardoso, *A Administração dos Bens do Casal*, Coimbra, Almedina, 1973, pp. 300-302.

⁴⁶ Braga da Cruz, *loc. cit.*, p. 368.

⁴⁷ A. Lopes Cardoso, *ob. cit.*, pp. 299 e 300.

⁴⁸ Tal como defende parte da doutrina francesa que entende que, tratando-se de um crédito do património comum, a situação deverá integrar a conta de compensações ou, em todo o caso, só poderá ser exigido no fim do regime matrimonial (V., p. ex., A. Colomer, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000, p. 245). Esta doutrina defende que o crédito resultante da responsabilidade por atos faltosos do cônjuge administrador é sempre comum, dado que o prejuízo ocorre na administração dos bens comuns. Analisa-se, porém, a questão ao abrigo do artigo 1421.º do Código Civil francês onde efetivamente o que está em causa é a administração de bens comuns. Ora, à luz do nosso artigo 1681.º pode tratar-se da administração de bens comuns ou de bens próprios do cônjuge. Por isso, entendemos ser de diferenciar as situações. Em sentido diferente, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 380. No direito italiano, a indemnização a que um cônjuge está sujeito face ao outro, para efeitos do artigo 184.º, 3.º, do Código Civil italiano, é entendida estar sujeita à norma das compensações (artigo 192.º, 4.º, do Código Civil italiano), ou seja, só será paga no momento da dissolução, salvo se o tribunal entender que o interesse da família exige o seu pagamento antecipado (A. Galasso, *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003, p. 381).

pelos bens próprios do cônjuge administrador⁴⁹. A única razão seria a da não intromissão alheia na vida familiar. Mas esta existe, como vimos, noutros casos (artigos 1684.º, 1687.º, e 1767.º), pelo que, por si só, não é razão suficiente para afastar essa possibilidade no decurso do casamento.

A mais drástica medida, e praticamente a única, que o cônjuge não administrador pode tomar contra o que administra mal, no decurso da vida conjugal, é a simples separação judicial de bens⁵⁰. De facto, a limitação estabelecida no artigo 1681.º às regras gerais da responsabilidade civil, em nome do interesse superior da paz conjugal e da harmonia familiar, não impede que qualquer dos cônjuges possa reagir contra a má administração do outro, quando esta seja de tal modo grave e persistente que ponha em risco a conservação do seu património (artigo 1767.º). Mas esta solução só é viável se preencher os pressupostos do artigo 1767.º, ou seja, estar o cônjuge não administrador em risco de perder o que é seu, e este perigo derivar somente da má administração do outro, pautada pela diligência de um homem normal, de um bom pai de família (o que nem sempre será fácil)⁵¹.

Os efeitos da sentença de simples separação judicial de bens consistem, como se sabe, na alteração do regime de bens que vigorava no casamento, passando a ser o da separação, procedendo-se à partilha como se o casamento tivesse sido dissolvido (cfr. os artigos 1715.º, n.º 1, al. b), e 1770.º). Quer isto dizer que o processo de simples separação judicial de bens não é possível quando já vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens. Nesta hipótese, o que poderá ocorrer é um cônjuge ter passado a administrar de facto o património do outro. Aqui haverá a possibilidade de defesa prevista no n.º 3 do artigo 1681.º. Tudo visto, parece-nos que esta solução (simples separação judicial de bens), em termos de sanção, é quase nada⁵². Aliás, não se compreende a razão pela qual, ainda hoje, se mantém

⁴⁹ V., a propósito das compensações, a distinção entre créditos e compensações, e a razão do diferimento de apenas estas para o momento da partilha, Cristina Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, *passim*.

⁵⁰ Cfr., a este propósito, o ac. do STJ, de 22.07.1975 (*BMJ*, n.º 249.º, 1975, p. 451), que refere que o artigo 1681.º, n.º 1, 2.ª parte, estabeleceu uma limitação à irresponsabilidade do cônjuge administrador, determinada com base no interesse superior da paz conjugal e da harmonia familiar, mas qualquer um dos cônjuges pode reagir contra a má administração do outro, quando esta seja de tal modo grave que ponha em risco a conservação do seu património. Neste caso, haverá recurso à simples separação judicial de bens, com fundamento na má administração do outro cônjuge e no perigo de, por virtude dela, o requerente perder o que é seu (artigo 1767.º). Também o ac. da RL, de 22.05.1968 (*loc. cit.*), ainda que à luz da redacção do artigo 1681.º anterior à Reforma de 1977, estabeleceu que dentro da sociedade conjugal a má administração de bens, ou perigo da sua perda, só encontra defesa numa separação de pessoas e bens ou numa dissolução do vínculo conjugal, se for caso disso.

No caso do regime de participação nos adquiridos, a disposição do artigo 1580.º do Código Civil francês prevê a liquidação antecipada do crédito de participação (seguindo as regras da separação judicial de bens e passando a vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens), no caso de má administração de um cônjuge (v., A. Colomer, *ob. cit.*, p. 576).

⁵¹ Sobre estes pressupostos, v., Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 555 e 556.

⁵² Neste sentido, A. Lopes Cardoso, *ob. cit.*, pp. 313-315, e Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, p. 118. Como escrevem Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 380 e 381, o regime da simples separação judicial de bens já teve importância maior do que tem hoje. De facto, até à Reforma de 1977, o marido era o único administrador dos bens do casal, incluindo os da mulher. Com um regime de administração menos severo que o atual e onde o marido tinha legitimidade para alienar livremente os bens móveis da mulher que administrava, os maridos estavam em condições de causar danos no património das mulheres que, assim, tinham interesse em recorrer à simples separação de bens. Hoje, com uma distribuição igualitária dos poderes de administração e com uma responsabilização um pouco mais severa pela má administração, o regime do artigo 1767.º perdeu alguma utilidade.

o princípio da irresponsabilidade do cônjuge administrador, dadas as razões apresentadas não terem muito fundamento. De facto, a existência de ações de um cônjuge contra o outro é admitida, como referimos, nos artigos 1684.º e 1687.º e o legislador não deixou de considerar, no decurso do casamento, e pelas razões invocadas, o suprimento judicial do consentimento ou a possibilidade de anulação de certos atos. Além disso, mesmo que o que se pretendesse fosse evitar os litígios entre os cônjuges com prejuízo da harmonia familiar, bastaria diferir o pagamento das indemnizações para o momento da partilha, e não excluir à partida a responsabilidade do cônjuge administrador. Como refere Heinrich E. Hörster, “seria extremamente desejável fortalecer o princípio da responsabilidade por meio de um preceito legal que, à semelhança do artigo 1897.º, dissesse: “Os cônjuges devem administrar os bens comuns ou os bens próprios do outro com o mesmo cuidado com que administram os seus bens próprios””⁵³.

Os n.ºs 2 e 3 do artigo 1681.º apresentam duas exceções à regra da irresponsabilidade consagrada no n.º 1, introduzidas pela reforma do Código Civil de 1977⁵⁴.

Abriu-se, com a al. g) do n.º 2 do artigo 1678.º e com os n.ºs 2 e 3 do artigo 1681.º, uma brecha importante na tradicional irresponsabilidade do cônjuge administrador, determinando a aplicação das regras do mandato, o que implicará uma obrigação de prestação de contas e responsabilização nos termos gerais do cônjuge mandatário. A ideia é de responsabilizar quem administra bens alheios.

A regra da irresponsabilidade não é aplicável quando a administração se funde em mandato, pois aí aplicar-se-ão as regras próprias deste contrato, nomeadamente a regra da al. d) do artigo 1161.º, a qual implica a obrigação de prestar contas. No entanto, e nos termos do n.º 2 do artigo 1681.º, salvo se outra coisa tiver sido estipulada, só há que prestar contas relativamente aos últimos cinco anos, em relação ao momento em que elas forem exigidas. É que, se se pretendeu reconduzir o mandatário à posição de um administrador vulgar, sem as prerrogativas de um administrador de bens do casal, já se entendeu que, em todo o caso, o ambiente normal de confiança entre os cônjuges permite estabelecer algumas restrições à obrigação normal de prestar contas, sem as quais a posição do administrador se poderia tornar excessivamente onerosa. O cônjuge administrador não terá, em princípio, uma contabilidade organizada de tal modo que a qualquer momento possa mostrá-la. Uma exigência de prestação de contas de muitos anos anteriores poderia colocá-lo na impossibilidade de cumprir. Por outro lado, tal regime não prejudica o outro cônjuge, já que este pode pedir a prestação de contas, se o entender, de cinco em cinco anos, vendo o seu interesse satisfeito.

Pode acontecer que um dos cônjuges pratique atos de administração, mais ou menos continuamente, sem poderes. A situação está prevista no n.º 3 do artigo 1681.º. A lei manda aplicar as regras do mandato se a administração se processa com conhecimento e sem

⁵³ Heinrich Ewald Hörster, “A Respeito da Responsabilidade Civil...”, *loc. cit.*, p. 123.

⁵⁴ Cfr. o ac. da RL, de 31.10.1996 (*BMJ*, n.º 460.º, 1996, p. 790), no sentido de que a lei não contempla a dispensa de prestação de contas por parte do cônjuge administrador fora do n.º 1 do artigo 1681.º, designadamente nos seus n.ºs 2 e 3.

oposição expressa do outro cônjuge. Tudo se passa como se houvesse um mandato tácito ou, até, aparente (ainda que seja difícil determinar-lhe os contornos)⁵⁵. Mas se o outro cônjuge se vier opor, nesse caso são aplicáveis as disposições sobre a posse de má fé. Ou seja, o administrador responde pela perda da coisa mesmo que tenha agido sem culpa (artigo 1269.º), deve restituir os frutos que não colheu, mas que um proprietário diligente poderia ter obtido (artigo 1271.º) e perde, em qualquer caso, as benfeitorias voluptuárias que tenha feito (artigo 1275.º, n.º 2). Exige-se, contudo, uma oposição expressa, não bastando, portanto, uma mera oposição tácita, por factos de onde ela se deduza.

Face ao regime do artigo 1681.º há várias situações de lesão ou de perigo para o património do outro cônjuge e para o património comum que carecem de tutela legal e intervenção judicial⁵⁶, como, p. ex., o de um cônjuge se desinteressar da administração do estabelecimento, próprio ou comum, deixando de pagar os salários, os fornecimentos, e de cobrar os créditos, privando o património comum dos rendimentos da exploração e, eventualmente, colocando-se na impossibilidade de contribuir para os encargos da vida familiar. Nesta situação, o outro cônjuge teria um legítimo interesse em assumir a administração do estabelecimento ou em pretender nomear um terceiro como administrador, mas os artigos 1678.º, n.º 2, al. f), e 1679.º não o permitem. O mesmo poderá dizer-se quanto a movimentos injustificados e prejudiciais feitos por um dos cônjuges, titular de uma conta bancária solidária. O direito vigente não permite obter uma ordem judicial que bloqueie a conta e imponha até a restituição dos livros de cheques detidos pelo infrator⁵⁷. Por isso, seria de toda a utilidade uma disposição semelhante à proposta por Braga da Cruz quanto à introdução legislativa da possibilidade de, na falta de atuação do cônjuge administrador, poder o outro cônjuge praticar o ato em causa.

O nosso legislador regulou a situação normal da vida familiar, mas não previu eventuais medidas de regulação das situações de crise, fazendo prevalecer a teoria da fragilidade da garantia e a não intromissão do tribunal na vida familiar.

2. A disposição de bens (móveis e imóveis) e a responsabilidade civil

A fragilidade da garantia faz-se também sentir no âmbito dos negócios de disposição. Tratando-se de bens móveis rege o artigo 1682.º, valendo a regra de que quem administra pode dispor.

⁵⁵ É a também designada administração de facto.

Sobre a distinção entre mandato expresso, tácito e aparente v., Cristina Dias, "Do Mandato na Administração dos Bens do Casal (uma análise dos artigos 1678.º, n.º 2, al. g), e 1681.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil)", *Scientia Iuridica*, tomo L, 2001, pp. 200-202.

⁵⁶ Seguimos aqui o entendimento de Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 381.

⁵⁷ Possibilidade que pode obter-se, no direito francês, se estiver em causa o interesse da família (artigo 220.º-1 do Código Civil francês).

Fixando o artigo 1385.º do Código Civil espanhol a livre disponibilidade de contas bancárias pelo cônjuge titular independentemente da qualidade dos fundos aí depositados, Lacruz Berdejo, "El régimen económico del matrimonio", in AAVV, *La reforma del derecho de familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria potestad*, Jornadas hispalenses sobre la reforma del derecho de familia, Sevilla, Imprenta Sevillana, 1982, p. 126, admite que o cônjuge do depositante possa requerer judicialmente um bloqueio da conta em causa quando justificadamente reclame esses fundos para a comunhão.

Só nos casos contemplados no n.º 3 do mesmo artigo se exige o consentimento de ambos os cônjuges. Se não houver consentimento o negócio é anulável (artigo 1687.º, n.º 1).

Poderia pensar-se que esta solução da anulabilidade defende os interesses do cônjuge preterido de forma satisfatória. Todavia, deparamo-nos aqui com o n.º 3 do artigo 1687.º, nos termos do qual, tratando-se de alienação ou oneração de móvel não sujeito a registo feita por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, quando é preciso o consentimento de ambos, a anulabilidade não poderá ser oposta ao adquirente de boa fé⁵⁸. Quer isto dizer que o cônjuge cujo consentimento faltou não só não possui legitimidade para anular o ato praticado pelo outro, de modo que a posição do adquirente de boa fé fique protegida, como também não dispõe de meio algum, salvo a simples separação judicial de bens, para responsabilizar o outro pelos prejuízos que lhe causou. Parece-nos que é aqui possível, a par da ação de anulação do negócio, a existência de uma ação ressarcitória destinada a reparar a desvalorização provocada no património em causa, em resultado do contrato inválido.

Este resultado é de estranhar quando comparado com o n.º 4, onde a lei reage contra a diminuição dos bens do outro cônjuge ao dizer que “à alienação ou oneração de bens próprios do outro cônjuge, feita sem legitimidade, são aplicáveis as regras relativas à alienação de coisa alheia”. Aqui, apesar do vínculo conjugal existente entre o cônjuge alienante e o cônjuge ofendido, a lei não hesitou em mandar explicitamente aplicar as regras correspondentes à alienação de coisa alheia (artigos 892.º e seguintes). Por isso, quanto a estes bens, não resta dúvida de que a sua alienação é nula (artigo 892.º) e, como tal, pode a nulidade ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado, nomeadamente pelo cônjuge administrador (e ofendido) ou pelo próprio comprador, ou declarada oficiosamente pelo tribunal (artigo 286.º)⁵⁹. Mas, o cônjuge não administrador alienante não pode opor tal nulidade ao comprador de boa fé, como não lha pode opor o comprador doloso se ele, cônjuge, estiver de boa fé (artigo 892º)⁶⁰.

Quanto aos bens imóveis, o artigo 1682.º-A, n.º 1, exige o consentimento de ambos os cônjuges, salvo se vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens. Havendo injusta recusa do consentimento ou impossibilidade de o prestar pode ser judicialmente suprido (artigo 1684.º, n.º 3). Pode, contudo, acontecer que, recusando um dos cônjuges injustificadamente o seu consentimento, quando o outro cônjuge obtém o suprimento judicial o negócio já perdeu interesse para a outra parte e o prejuízo sofrido é significativo. O cônjuge que recusou o consentimento não responde perante o outro.

Repare-se que, em virtude do regime de bens, o titular do direito poderá não conseguir dispor daquilo que lhe pertence, nem pode pedir responsabilidades a quem o impediu de dispor e, com isso, lhe causou danos.

⁵⁸ A boa fé do terceiro pode consistir na ignorância da necessidade do consentimento, no desconhecimento de que o disponente era casado, na convicção desculpável de que o outro cônjuge dera o seu consentimento, etc.

⁵⁹ Sendo certo que a posição do adquirente de boa fé pode ser sempre protegida, se for caso disso, pela regra geral do artigo 291.º.

⁶⁰ Cfr. os arts. 894.º, 895.º, e 897.º a 900.º.

Podemos então concluir que também no âmbito dos direitos familiares patrimoniais (quer quanto à administração quer quanto à disposição dos bens) a fragilidade da garantia faz-se sentir, no sentido de afastar a possibilidade de responsabilizar um dos cônjuges por atos praticados e violadores dos direitos do outro cônjuge e a consequente indemnização ao cônjuge lesado.

IV. Notas finais

A existência do casamento implica um regime especial regulador das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges. Porém, e sobretudo na realidade atual, onde os cônjuges são cada vez mais autónomos e independentes entre si, visando a sua realização pessoal no projeto de família, não deve admitir-se qualquer espécie de imunidade interconjugal ou fragilidade da garantia no caso de violação dos deveres conjugais pessoais.

Assim, e apesar da controvérsia doutrinal a propósito da tutela exclusivamente familiar dos deveres conjugais, nomeadamente, com o divórcio e a interpretação restritiva proposta por alguns autores para o artigo 1792.º, pode o cônjuge lesado nos seus direitos (conjugais) recorrer às regras gerais da responsabilidade civil (extracontratual e, eventualmente, contratual), independentemente da violação de outros direitos absolutos pessoais. É isto que decorre da redação do artigo 1792.º.

O problema da responsabilidade civil entre os cônjuges não deixa, porém, de manifestar-se no domínio dos efeitos patrimoniais do casamento, onde o ressarcimento dos danos entre os cônjuges não está previsto no domínio da administração e disposição dos bens do casal, como analisámos. É necessária, por isso, uma intervenção legislativa neste campo num futuro próximo.

Bibliografia citada

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966.

BRAVO, Adolfo, “Carácter da pensão alimentar, e perdas e danos, em caso de divórcio”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 48.º, n.º 20, 1935, pp. 305-309.

CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

CERDEIRA, Ângela, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

-----, “Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio”, in AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 605-611.

COELHO, Pereira, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.

-----, “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na reforma do Código Civil”, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 27-53.

COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COELHO, Francisco Brito Pereira, “STJ – Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4006, Set-Out., 2017, p. 54-67.

COLOMER, A., *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 10.ª ed., Paris, Litec, 2000. COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.

DIAS, Cristina, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIX, n.ºs 286/288, 2000, pp. 351-374.

-----, “Do Mandato na Administração dos Bens do Casal (uma análise dos artigos 1678.º, n.º 2, al. g), e 1681.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil)”, *Scientia Iuridica*, tomo L, 2001, pp. 181-208.

-----, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

-----, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

-----, “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 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 AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 389-419.

GALASSO, A., *Regime patrimoniale della famiglia. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, sob a direcção de Francesco Galgano, tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 2003.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será Válida?)”, *Scientia Iuridica*, tomo XLIV, n.º 253/255, 1995, pp. 113-124.

-----, “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in AAVV, *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, sob a coordenação de M.ª Clara Sottomayor e M.ª Teresa Féria de Almeida, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 108-110.

HÖRSTER, Heinrich Ewald/SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

LACRUZ BERDEJO, “El régimen económico del matrimonio”, in AAVV, *La reforma del derecho de familia. Matrimonio, separación, divorcio, régimen económico matrimonial, filiación y patria*

potestad, Jornadas hispalenses sobre la reforma del derecho de familia, Sevilla, Imprenta Sevillana, 1982, pp. 97-135

LÜDERITZ/DETHLOFF, *Familienrecht*, 28.ª ed., München, C.H. Beck, 2007. MENDES, J. Castro, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>, consultado a 13 de fevereiro de 2019.

PATTI, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

PEDRO, Rute Teixeira, “A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – anotação ao Ac. do STJ, de 12.05.2016”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61, janeiro-março, 2018, pp. 52-62.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004.

-----, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009.

-----, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016. SERRA, Vaz, “Reparação do dano não patrimonial”, *B.M.J.*, n.º 83.º, 1959.

SOUSA, M. Teixeira de, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991. TELLES, Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1965. VARELA, J. Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

-----, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

VERÍSSIMO, Pires, “Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 8º, 1948, pp. 234-256.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009.

-----, “Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 499 e seguintes

Vídeos da apresentação

Vídeo 1



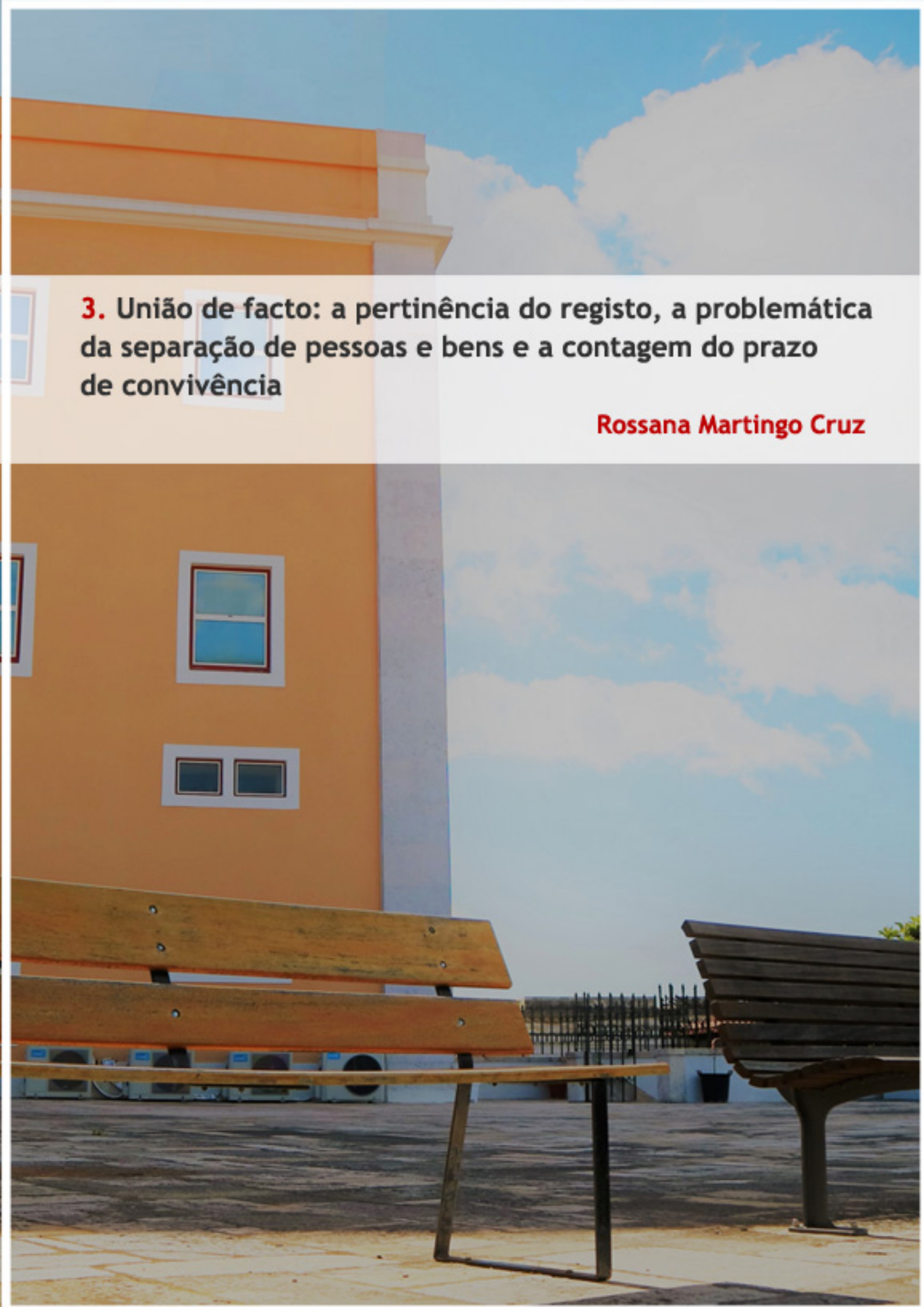
→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1wcjfpazdy/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2n8nxkflq/desktop.mp4?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. União de facto: a pertinência do registo, a problemática da separação de pessoas e bens e a contagem do prazo de convivência

Rossana Martingo Cruz

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. UNIÃO DE FACTO: A PERTINÊNCIA DO REGISTO, A PROBLEMÁTICA DA SEPARAÇÃO DE PESSOAS E BENS E A CONTAGEM DO PRAZO DE CONVIVÊNCIA¹

Rossana Martingo Cruz*

1. Introdução
 2. Da necessidade de formalização ao direito a viver *à margem* do Estado
 3. A separação de pessoas e bens e a união de facto: o problema da concomitância protegida
 4. A contagem do prazo de dois anos de convivência
 - 4.1. O prazo exige uma união sem impedimentos?
 - 4.2. A consecutividade do prazo inicial
 5. Conclusão
- Vídeo da apresentação

1. Introdução

A união de facto configura uma opção de vida com cada vez maior expressão, daí que o Direito, acompanhando essa evolução social, se sinta impelido a intervir. Contudo, o legislador vê-se confrontado com um equilíbrio difícil: não ignorar a necessidade de uma intervenção e proteção jurídicas nestas matérias e, ao mesmo tempo, não se ingerir numa relação cujos intervenientes parecem pretender manter à margem de regulamentação².

Em Portugal, a união de facto - não raras vezes - surge inorganicamente como uma alternativa informal à conjugalidade. É essa informalidade que levanta muitas questões quando depois se concedem efeitos jurídicos a um relacionamento que existe e se mantém por um comportamento tácito das partes. Outros ordenamentos jurídicos tratam a união de facto, na sua génese e constituição, de forma distinta.

Convém perceber as razões pelas quais as partes optam por esta forma de família e, antes de mais, saber se têm a noção de que estão a ingressar numa realidade jurídica ou se estará a ser imposto um desenho legal a quem, simplesmente, se deixa viver numa determinada realidade. Será que não se vai demasiado longe quando a própria inércia (ainda que no âmbito de uma convivência) é o suficiente para provocar efeitos jurídicos, sem uma qualquer declaração de vontade nesse sentido (ou, até, uma percepção dessa mesma realidade) pelas partes³?

¹ Este texto corresponde a uma parte da nossa intervenção na Ação de Formação “Casamento & União de facto: questões da jurisdição civil”, que teve lugar no dia 12 de dezembro de 2019, no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa. As considerações aqui vertidas serão reincidências (ainda que adaptadas e abreviadas) do já publicado em CRUZ, Rossana Martingo, *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, para onde se remete para uma análise aprofundada das problemáticas relacionadas com a união de facto.

* Professora Auxiliar convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho; Professora Adjunta convidada na Escola Superior de Gestão do IPCA; Investigadora do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação.

² “The choice of cohabitation rather than marriage provides little basis for interference with respect to the couple’s purpose or intent”. - BLUMBERG, Grace, “Cohabitation without marriage: a different perspective” in *UCLA Law Review*, n.º 28, 1981, p. 1135.

³ Aludimos à falta de declaração de vontade expressa quanto à vivência numa união com efeitos jurídicos, ainda que estes depois tenham de ser invocados por, pelo menos, uma das partes.

Várias situações de alguma dubiedade atual beneficiariam de um regime semelhante ao que existe noutros ordenamentos jurídicos. Portugal mantém uma solução meramente fáctica que se aventa como propensa a conflitos que poderiam ser minimizados em virtude de um regime legal mais claro.

Claro que uma solução mais efetiva, com um traço jurídico mais forte, também será suscetível de suscitar dúvidas e críticas. Desde logo, a intromissão do Estado na vida privada das pessoas e a submissão forçada de um “*casamento de tipo B*” a pessoas que podem querer viver à margem do Estado. Todavia, cremos que o nosso sistema atual propicia a ingerência na vida privada ao permitir que possam ser impostos efeitos jurídicos sem que ambas as partes tenham um ato demonstrativo dessa vontade⁴.

2. Da necessidade de formalização ao direito a viver à margem do Estado

O diploma legislativo português⁵ pressupõe que a convivência “*more uxorio*” (enquanto mera realidade de facto), por si só e sem mais, gera determinados efeitos e direitos. É certo que só poderão ser opostos pela(s) parte(s) que se queira(m) arrogar deles. Mas basta que um pretenda beneficiar dessas prerrogativas que o poderá fazer sem que o outro tenha de concordar.

Muitas das questões complexas que podem emergir, por exemplo aquando a cessação da união de facto, são tratadas num limbo de alguma *esquizofrenia* jurídica. Por um lado, algumas destas matérias são enquadradas no seio da natureza própria do Direito da Família⁶, enquanto outras já se bastam com os regimes gerais dos Direitos Reais ou das Obrigações⁷.

A vivência análoga ao casamento, sem o correspondente vínculo formal, sempre existiu. O seu tratamento legal é que foi variando consoante o enquadramento histórico e sociocultural.

Cada vez menos se parece optar pela via do casamento⁸ e, ao mesmo tempo, a união de facto tem granjeado maior expressão. Vários motivos podem explicar esta tendência. Muitas vezes existe um cariz prático na opção da união de facto: quer quando esta ocorre entre pessoas que ainda não estão em condições de aferir um compromisso duradouro de vida em comum (por exemplo, pela sua idade); quer quando existam motivos económicos ou legais; ou, ainda, quando preferem evitar e/ou adiar as formalidades e encargos que envolvem a celebração do casamento.

⁴ Como evidenciaremos no ponto 2..

⁵ Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (com as alterações das Leis n.ºs 23/2010, de 30 de agosto; 2/2016, de 29 de fevereiro; 49/2018, de 14 de agosto; e 71/2018, de 31 de dezembro).

⁶ A título de exemplo, o exercício das responsabilidades parentais ou a proteção da casa de morada de família aquando da rutura da união de facto.

⁷ Designadamente as relações de carácter patrimonial entre os unidos de facto.

⁸ Em 1970 a taxa bruta de nupcialidade em Portugal era de 9,4 ‰ e em 2018 de 3,4‰. Dados disponíveis em www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+nupcialidade-530 [consultado em 19 de novembro de 2019]

O recurso à convivência à margem do casamento poderá ser de índole puramente subjetiva (motivada pela convicção ou sentimento⁹) ou ditada por razões práticas (jurídicas e/ou económicas), alheias ao elemento volitivo dos membros que a compõem. Jonathan Herring identifica quatro categorias de casais que vivem a conjugalidade à margem do casamento: os ‘idealistas’; os ‘românticos’, os ‘pragmáticos’ e os ‘dísparos’¹⁰. Os primeiros vivem em uniões de facto duradouras, objetando a ideia do casamento e da convenção social que o mesmo implica; já os românticos serão aqueles que esperam vir a casar um dia e olham a sua convivência como um passo nessa direção que muito respeitam e, por isso, querem ter a certeza do seu sucesso; os pragmáticos optam pela união de facto unicamente por questões financeiras; já os últimos (os ‘dísparos’) - vivem numa situação de desequilíbrio, já que um dos membros quer casar e o outro não. Seja qual for a razão que subjaz na escolha da união de facto¹¹, esta merece especial consideração por ser a opção de vida para uma parte substancial dos casais (sem prejuízo de, por vezes, a escolha pessoal pela união de facto ser desassociada da consciência das diferenças legais face ao casamento)¹².

Há quem defenda que não deve o Direito controlar uma situação que as partes não quiseram cobrir com o manto legal e que tal seria um desrespeito pela vontade daqueles que escolheram viver à margem do Direito¹³. Por outro lado, tal posição - embora compreensível e legítima - se implementada, poderá desamparar aqueles que vivem numa comunhão de vida análoga ao casamento, na expectativa que tal situação fáctica lhes conceda alguma proteção jurídica¹⁴.

Talvez a melhor opção não passe por manter a questão numa dupla vertente: regular ou não regular; mas sim adensar o universo de soluções. Respeitar a liberdade daqueles que, por princípio, não querem uma ingerência na sua vida privada e, ao mesmo tempo, proteger aqueles que confiam que a aparência da sua conjugalidade lhes valerá algum amparo, pelo menos, numa situação de crise. Expandir o universo de soluções não seria, aliás, uma novidade completa. O ordenamento francês¹⁵ vive uma tríplice coexistência nesta matéria e parece

⁹ “Some couples choose cohabitation rather than marriage as an ethical matter, based on their personal values and their views of marriage as an institution”. ESTIN, Ann Laquer, “Ordinary Cohabitation”, in *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, n.º 3, 2001, p. 1386.

¹⁰ Tradução livre (e nossa) de “The Ideologues”, “The Romantics”, “The Pragmatists” e os “The Uneven Couples”. Para esta classificação e sua explanação em maior detalhe, vide HERRING, Jonathan, *Family law*, 6th Ed., Harlow, Pearson, 2013, pp. 90 e seguintes.

¹¹ Não esquecendo que a sociedade aceita melhor hoje a convivência fora do casamento, não pressionando os casais como outrora (quando os ideais religiosos imperavam de forma mais pujante). “The social pressures that previously existed about marrying are not as strong in today’s secularized world (...)”. LIND, Göran, *Common Law marriage: a legal institution for cohabitation*, [s/l], Oxford University Press, 2008, p. 790.

¹² “That people see cohabitation or marriage as personal lifestyle choices was underlined by their surprising lack of awareness about the different legal consequences of these relationships”. BARLOW, Anne, “Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: a discussion of Britain Within Europe” in *Marriage and Cohabitation*, Ashgate, 2008, p. 502.

¹³ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite, CAMPOS, Mónica Martínez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed. Revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, p. 28.

¹⁴ “Na união de facto há um comportamento de ambos os conviventes no sentido de constituírem uma plena comunhão de vida sem que o tenham declarado e sem que tenham desejado os seus efeitos”. DIAS, Cristina M. Araújo, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 461, nota 29. Talvez não tenham desejado os seus efeitos aquando o início desta plena comunhão de vida, mas não estamos tão certos que não venham a desejar a proteção que lhes possa vir a ser conferida.

¹⁵ Não é o único, todavia - para efeito desta exposição - atentaremos no modelo francês.

contemplar todas as circunstâncias: o casamento; a união com efeitos jurídicos; e a união de vida livre.

Partilhamos a nossa afinidade por uma solução futura inspirada neste ordenamento jurídico que nos parece muito completo na regulação da vida à margem do casamento, uma vez que distingue o concubinato (união de facto estável entre duas pessoas) do Pacto Civil de Solidariedade (*“Du pacte civil de solidarité”*). Este último tem uma constituição formal e dele decorrem consequências jurídicas de índole pessoal e patrimonial¹⁶. Assim, existe uma maior liberdade de escolha e respeito pela autodeterminação dos indivíduos que partilham uma vida em comum, mas que não querem casar. Ora optam pelo concubinato (preferindo uma união de vida sem consequências pessoais ou patrimoniais), ora escolhem o pacto civil (que desencadeia efeitos jurídicos que garantem uma proteção e um regime próprios).

Entre nós, continua a vigorar um carácter fragmentário na regulação da união de facto¹⁷. Não existe um regime jurídico denso e vigoroso justamente porque é difícil saber onde nos devemos posicionar entre o respeito pela liberdade de viver na sombra da solenidade e, concomitantemente, não desproteger aqueles que materialmente vivem como pessoas casadas. Como tal, a preocupação tem residido em acautelar situações de crise. Compreende-se a benevolência de tal posição, mas não deixa de levantar alguns embaraços no que à congruência jurídico-legal concerne¹⁸.

Concordamos que não se deve estender à união de facto os efeitos do casamento, pois tal representaria uma ingerência injustificada na escolha das partes que não optaram pela via do casamento. Todavia, tal não significará que não se possa enrobustecer o sistema legal com soluções que contemplem diferenças para aqueles que, embora não pretendam seguir a via do casamento, almejam uma proteção sólida consentânea com o compromisso da sua união; e, ao mesmo tempo, respeitando aqueloutros que querem somente coabitar sem que tal lhes impute tamanhas consequências jurídicas¹⁹.

Sem prejuízo do respeito pela vontade das partes e pela autonomia privada (que se consumará com a possibilidade de união livre), consideramos que chegou a hora de elevar a união de

¹⁶ Cfr. arts. 515-1 a 515-7-1 do Código Civil francês.

¹⁷ *“Nessa medida, continua a acolher-se, neste domínio, uma proteção fragmentária e especialmente dirigida a cenários de crise em que as debilidades dos seus membros se concretizam ou manifestam com mais intensidade”*. PEDRO, Rute Teixeira, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 310.

¹⁸ Desde logo, a coerência entre gizar proteção aos unidos de facto e, ao mesmo tempo, não lhes exigir um comprometimento de carácter protecional entre si. *“Só que é difícil compreender como conceder uma proteção face ao Estado e face à sociedade sem que simultaneamente os companheiros sejam chamados a assumir responsabilidades também entre si”*. XAVIER, Rita Lobo, “O ‘estatuto privado’ dos membros da união de facto”, in *Scientia Iuridica*, maio/agosto 2015 – Tomo LXIV – Número 338, 2015, p. 286.

¹⁹ Porém, não raras vezes, aqueles que rejeitam o formalismo na constituição e duração da união de facto, acreditam que, num momento de contrariedade (em caso de cessação por rutura ou por morte, por exemplo), o Direito lhes dê a mão esperando um tratamento análogo ao da dissolução do casamento. Como tal, não rejeitamos a possibilidade de conferir preceitos mínimos de proteção àqueles que vivem nesta terceira via (*união livre*). Apenas nos permitimos esta flagrante inconsistência por antevermos situações em que apenas um dos parceiros pretende viver despendido juridicamente e o outro, possivelmente influenciado pelo ascendente que o companheiro tem sobre si, tolera. Se este último ficar desamparado, em virtude da cessação por morte ou rutura da convivência, talvez possa a lei conceder-lhe uma proteção mínima, sempre mediante requisito expreso.

facto a uma união de Direito ou direitos. Para tanto – e para acuidade do sistema – deveria a mesma ter efeitos vinculados²⁰ decorrentes de um regime próprio (não confundível com o casamento) e sujeita a registo. Esta união deixaria de ser ‘de facto’ e poderia apelidar-se de ‘união civil registada’.

O modelo formal que pugnamos não é indistinto. Pois, um modelo formal²¹, em sentido amplo, será aquele que preveja uma qualquer forma para a constituição da união de facto, não se bastando com o mero decurso de um lapso temporal. Apesar de não concordarmos com o modelo fáctico, tal não significa que defendamos um qualquer modelo formal, que se consubstancia com uma forma também ela indistinta. Se as partes outorgam um pacto de coabitação²² estarão, de algum modo, a formalizar a sua união, mas não é esse modelo formal que defendemos. Não é qualquer formalização da vontade ou qualquer registo que nos parece indicado no âmbito da união de facto.

Entendemos que a união de facto (cuja nomenclatura necessitará de ser alterada – pois, com o registo, deixará de ser unicamente ‘de facto’ - daí que se prefira a designação de união civil) deve ser digna do Registo Civil²³. Aliás, nem sequer seria a primeira relação familiar que não consta no art. 1576.º do Código Civil a lá figurar pois, desde a Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, o apadrinhamento civil é sujeito a registo obrigatório (alínea i) do n.º 1 do art. 1.º do Código de Registo Civil).

Enjeitamos outras formas de registo que não seja a inscrição na Conservatória do Registo Civil²⁴. Ou seja, registos municipais não servirão o propósito e não dignificarão as uniões, além de não contribuírem para a certeza e segurança jurídicas²⁵.

²⁰ Para sugestões sobre o regime vide o nosso *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 134 e seguintes.

²¹ Segundo Cristina González Beilfuss o modelo formal desenvolveu-se, inicialmente, para atender as reivindicações dos casais homossexuais que solicitavam uma maior proteção jurídica e reconhecimento social das suas uniões, numa altura cujo casamento lhes estava vedado. Esta autora identifica a Dinamarca como o primeiro país a ter uma lei de uniões registadas (em 1989). GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2004, pp. 21-22.

²² Contrato que abordámos no nosso *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, ob. cit., pp. 431 e seguintes.

²³ “O primeiro gesto das sociedades mais organizadas no sentido da proteção dos direitos humanos é a organização de um inventário atualizado dos seus cidadãos – o registo civil. (...) É o registo civil – e a identificação que se extrai dele – que permite saber quantos somos e quem somos, para todos os efeitos; designadamente para garantir que as prestações sociais chegam a cada destinatário”. OLIVEIRA, Guilherme de, “Direitos fundamentais à constituição da família e ao desenvolvimento da personalidade” in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17 e 18, Coimbra, 2012, p. 5.

Este excerto não foi escrito a propósito desta questão, mas julgamos que a ela se adequa de forma exímia.

²⁴ Para a evolução do Registo Civil no nosso Estado, vide CORDEIRO, António Menezes, “Divórcio e casamento na I República: questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, ano 72, 2012, pp. 53 e seguintes.

²⁵ Veja-se, desde logo, o que ocorre em Espanha onde o registo destas uniões - quando a lei ‘autonómica’ o exige - é regional e não nacional. Nestes registos administrativos não existe uma base de dados nacional que cruze as informações pelo que é possível, por exemplo, alguém registar uma união de facto em Madrid e outra (com outra pessoa) na Andaluzia. Esta solução é, por isso, criticável. Em Espanha a regulamentação das uniões de facto é feita por leis ‘autonómicas’, não existindo uma lei nacional sobre esta matéria, daí que o registo também não o seja. Criticando a solução espanhola por não contemplar um registo nacional e, deste modo, potenciar múltiplos registos contemporâneos: PÉREZ UREÑA, Antonio, *Uniones de Hecho – Estudio Práctico de sus Efectos Civiles*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 46. Também Susana Mallorquín Espada critica a solução espanhola quanto aos registos regionais e a inexistência de um diploma legal nacional sobre as uniões de facto: “Si lo que pretendemos es que este tipo de

Entre nós já foi sugerido um registo local das uniões de facto, operado nas juntas de freguesia de residência. O Projeto de Lei n.º 45/VIII - aquando a discussão de um novo diploma para as uniões de facto, discussão essa que veio a culminar na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio – propôs, *inter alia*, o registo na junta de freguesia da área de residência das pessoas que vivem em união de facto ou a constituição *ipso facto* após dois anos de convivência. Eis a redação legal proposta, sob a epígrafe “Constituição”: “Art. 2.º- A. 1- A união de facto é constituída: a) Por registo na junta de freguesia da área de residência das pessoas em união de facto ou; b) Após dois anos em plena comunhão de vida, sem necessidade de registo. 2- As uniões de facto constituídas por registo, conforme a alínea a) do n.º 1 do presente artigo, estão imediatamente reguladas pela presente lei”. Encontramos aqui duas questões a analisar: o duplo *modus operandi* com o mesmo resultado (registo e lapso temporal de dois anos); e o registo na junta de freguesia de residência. Esta proposta combinava, em alternativa, os dois modelos: formal e fáctico. Por um lado, manter-se-ia a possibilidade de a união ser protegida pelo decurso do tempo e, concomitantemente, também privilegiaria aqueles que quisessem registar a sua união “*ab initio*”. Somos da opinião que esta dupla solução seria geradora de incertezas e alguma injustiça. Além de que coloca na mesma posição aqueles que, simplesmente, deixam o tempo passar - que não registam por laxismo - e aqueles que não pretendem formalizar a união. E, no fim dos dois anos, serão tratados exatamente da mesma forma. Em consequência, nem o regime jurídico pode tornar-se mais completo, por poder desrespeitar aqueles que não demonstraram querer ser acolhidos juridicamente; como também não pode ser um regime demasiado displicente, sob pena de desconsiderar aqueles que quiseram formalizar a sua união. São atitudes diametralmente opostas (registar vs. deixar o tempo correr) para que o seu tratamento seja afim.

O registo local não serve o propósito que defendemos. Não existindo uma base de dados nacional a funcionar plenamente poder-se-ia potenciar a ocorrência de múltiplos registos. Ademais, o seu valor probatório não seria o mesmo do registo que decorre do registo civil. Estaria em causa a salvaguarda da certeza e a segurança jurídicas e, ao mesmo tempo, a despromoção da dignidade união. De todo o modo, é de enaltecer a iniciativa legislativa²⁶ (ainda que tenha soçobrado) pelo esforço de atribuir um modelo formal à união de facto.

Será através do registo que se assume uma posição jurídica e que as partes se tornam validamente unidas com os consequentes efeitos jurídicos^{27 28}.

relaciones afectivas tengan efectos no sólo inter partes, sino también frente a terceros, el medio de prueba y publicidad idóneo es sin duda la inscripción en el Registro Civil. Sin embargo esta inscripción no es posible porque no existe una regulación de ámbito estatal sobre parejas de hecho que la determine y las Comunidades Autónomas no son competentes para disciplinar la inscripción en el mencionado Registro (art. 149.1. 8ª CE)”. ESPADA MALLORQUÍN, Susana, Los derechos sucesorios de las parejas de hecho, Madrid, Thomson/Civitas, 2007, p. 137.

²⁶ Que contemplava outras importantes questões tais como a equiparação do unido de facto ao cônjuge para efeitos de acesso a instalações hospitalares para acompanhamento na doença, bem como para visitas a serviços prisionais, para asilo político, etc. – art. 3.º do Projeto de Lei n.º 45/VIII. Sobre a problemática do acompanhamento médico e as decisões médicas vitais, cfr. o nosso *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, *ob. cit.*, pp. 282 e seguintes, nota 905.

²⁷ No mesmo sentido, a propósito das regiões autónomas espanholas que preveem o registo para as uniões de facto: “En otros supuestos no basta con la convivencia estable, sino que la inscripción en el Registro correspondiente es un requisito constitutivo para que resulte de aplicación la norma”. ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, *ob. cit.*, p. 127. A este propósito, consultar também ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid, Civitas, 1991, p. 53.

Por conseguinte, o registo será um garante da liberdade das partes²⁹ assegurando que aquelas que o fazem são as que pretendem submeter-se aos efeitos jurídicos que a lei prevê³⁰. E que não é por um automatismo forçoso e inevitável (como a passagem do tempo) que ficam sujeitas a um regime que não demonstraram querer.

Entendemos que o registo privilegia a organização e favorece a justiça material.

Algumas vozes críticas do modelo formal invocam que registar a união de facto poderá esbater, ainda mais, as fronteiras com o casamento e, por isso, prejudicar ou desvirtuar este último³¹. Talvez assim pudesse ser se os regimes do casamento e da união registada fossem similares que, na nossa ótica, não devem ser. Todavia, mesmo nos ordenamentos em que as diferenças não são tão substanciais não ficou o casamento diminuído como instituição pela existência de uma alternativa de conjugalidade à margem do casamento, mas formalmente acolhida pelo Direito. Continuamos a defender um sistema piramidal invertido dividido em três patamares de efetividade e proteção jurídicas: o casamento no topo, a união registada no

²⁸ No Estado do Nevada, nos Estados Unidos, a união (“*Domestic Partnership*”) constitui-se pela inscrição no registo (cfr. NRS 122A.030 e NRS122A.100 do “*Nevada Partnership Act*”) e correspondente pagamento do emolumento. Após o registo, os parceiros terão os mesmos direitos e deveres do casamento (NRS 122A.200) embora não sejam considerados casados perante o Estado. Para ser elegível para a “*Domestic Partnership*” é necessário ter residência comum, não ser casado ou não viver noutra “*domestic partnership*”, não existir nenhum laço de parentesco entre as partes; terem a idade mínima de dezoito anos; e capacidade para consentir na parceria de vida (NRS122A.100-2). A título de curiosidade, acrescentar que para efeitos de residência se considera uma casa, apartamento, quarto, edifício, veículo atrelado ou semiatrelado, caravana e barco – NRS122A.100-4.

²⁹ Em consonância e numa crítica veemente ao modelo fático, consultar TRÍAS SAGNIER, Jorge, “El contrato de unión civil y las modificaciones legislativas que introduce” in *Actualidad Jurídica*, n.º 215, 1997, p. 3.

³⁰ Também o diploma do País Basco, na sua exposição de motivos, advoga o carácter constitutivo do registo e, ao mesmo tempo, esclarece que esta é a forma de evitar que uniões que não desejam acolhimento legal sejam reguladas contra a sua vontade. “*El Registro de Parejas de Hecho que crea la propia ley, registro que tiene una especial importancia al tener la inscripción el carácter de constitutiva, lo que se hace precisamente para evitar que aquellas parejas que no deseen en modo alguno acogerse a la ley se vean sometidas contra su voluntad a un régimen de derechos y obligaciones como el aquí recogido. El Capítulo II estipula, precisamente, cuál es ese régimen de derechos y obligaciones aplicable a las parejas que se inscriben en el registro*”. Exposição de motivos da “*Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*”.

³¹ Recorde-se que já há quem assim entenda num modelo fático, invocando que os unidos de facto já terão a percepção que a durabilidade da sua união lhes trará direitos idênticos aos das pessoas casadas, tornando o casamento desnecessário. Esta será uma *adivinhação* assente em poucos dados concretos, como salienta Thomas Oldham: “*As mentioned above, there is little empirical evidence showing what cohabitants believe*”. OLDHAM, J. Thomas, “Lessons from Jerry Hall v. Mick Jagger regarding U.S. regulations of heterosexual cohabitants or, can’t get no satisfaction”, *ob. cit.*, 1425.

O autor, nesta obra, parte (como o título evidencia) do caso verídico e mediático do relacionamento de Jerry Hall (modelo e atriz) e Mick Jagger (músico e vocalista da banda Rolling Stones). Estes viveram juntos durante duas décadas e tiveram quatro filhos. Aquando a rutura daquele relacionamento, Jerry Hall julgava ter estado casada com Mick Jagger exigindo direitos nesse sentido. O “*High Court of England and Wales*” entendeu que embora estes tivessem participado numa cerimónia religiosa em Bali, em 1990, esta não viria a ser considerada válida. Pois, segundo o tribunal, não foi este casamento registado (e, aliás, nem teriam sido cumpridas as formalidades legais balinesas) e as partes também não professavam a religião Hindu, sob a qual realizaram a cerimónia. Ora este caso mediático foi o mote para que Thomas Oldham analisasse as motivações daqueles que apenas coabitam e qual o seu regime legal no direito anglo-saxónico (note-se que o autor não se basta pela análise do caso em epígrafe, pois neste existiu uma cerimónia que poderia induzir à percepção de casamento). Consultar, *Idem*, pp. 1409 e seguintes. Poderia ter sido aplicada uma presunção de casamento, pois existe no Direito anglo-saxónico a presunção de casamento (“*presumption of marriage*”): “*The presumption is most often used where the marriage took place a long time ago or abroad and so official records are not available*”.. Porém, havendo cerimónia pode provar-se que o casamento foi inválido, esta “*presumption of marriage*” só funcionará quando não for possível fazer essa prova da invalidade do casamento. “*Where there has been some kind of ceremony, it must be shown beyond reasonable doubt that the ceremony was an invalid marriage, otherwise the presumption will apply*”. HERRING, Jonathan, *Family law*, *ob. cit.*, pp. 52-53.

patamar intermédio e, na base, a união livre (ou meramente de facto, sem efeitos jurídicos ou com efeitos assistenciais diminutos). Nesta perspetiva não existirá qualquer ameaça da união ao casamento que manterá a sua posição de instituição prevalente.³²

Mantendo esta visão triangular das convivências “*more uxorio*” - casamento, união registada e união livre³³ – e admitindo efeitos mínimos de assistência a esta última³⁴, existirá uma verdadeira liberdade. Se as partes pretendem beneficiar de uma proteção mais completa (e, ao mesmo tempo, ficar desoneradas de prova da convivência) seguem pela via da união registada. Se, em alternativa, preferem não registar a sua união, em caso de apuro, podem eventualmente beneficiar de efeitos previdenciais mínimos que dependerão da prova daquela união durante um determinado período de tempo (por exemplo, mantendo-se os dois anos já previstos entre nós para proteção da convivência).

De ressaltar que a união registada não deverá prever somente benefícios para as partes, mas também algumas responsabilidades (por exemplo, a responsabilidade por dívidas pelos encargos da vida familiar)³⁵ sob pena de ser dado um tratamento favorável e injustificado a estas uniões³⁶. Como bem se compreenderá, não podem as partes almejar ter o melhor dos dois mundos – proteção jurídica acrescida e nenhuma correspondente obrigação.

Suponhamos que uma das partes quer formalizar a união e a outra não. Pode, eventualmente, aquele membro que recusa o registo da união ser o melhor posicionado economicamente e, por isso mesmo, escusar-se a formalizar uma união com inerentes responsabilidades. Nestes casos julgamos que um mínimo de proteção deve ser garantido numa situação de crise (como, por exemplo, a morte do membro com melhores condições económicas) de modo a não deixar totalmente desamparada a parte que devotou uma parte da sua existência a uma vida em comum. O Direito não deverá ser totalmente indiferente a conjunturas deste calibre³⁷.

³² David Chambers preconiza, até, um possível estímulo ao casamento: “*If anything, permitting couples to register for a status that carries very few benefits would seem likely to enhance the status of marriage as the most prized of relationships*”. CHAMBERS, David L., “For the best of friends and for lovers of all sorts, a status other than marriage” in *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, n.º 3, 2001, p. 1361. Num sentido idêntico: “*Na verdade, o facto de existirem alternativas ao casamento só torna mais valiosos aqueles que existem, pois significa que aqueles que casam (ou permanecem casados) o fazem por opção*”. SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A desvalorização (?) do instituto do casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 269.

³³ Usamos aqui a expressão “união livre” como aquela em que as partes deliberadamente deixam de fora de uma efetivação jurídica. Só esta será verdadeiramente livre. Alguns autores também apelidam de união livre aquela convivência *more uxorio* que não cumpre alguns dos requisitos da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, não estando por isso sob a sua alçada e proteção jurídicas.

³⁴ Incongruência nossa devidamente assumida e endereçada.

Göran Lind, adepto do modelo formal, também permite à mesma incoerência em virtude dos valores em causa: “*However, what about those who do not register? In order to avoid unjust results, there can be a need for protective regulations of a purely exceptional nature*”. LIND, Göran, “Legislation for the surviving cohabitant from a comparative perspective” in *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, p. 267.

³⁵ Legalmente estabelecida, não havendo lugar à aplicação analógica do regime do casamento. Entendemos que a analogia não deve ser aqui usada uma vez que não existe uma lacuna, mas sim uma opção deliberada do legislador. Sobre a questão das dívidas na união de facto *vide* o nosso *União de Facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, ob. cit., pp. 506 e seguintes.

³⁶ Veja-se REGAN Jr., Milton C., “Calibrated commitment: the legal treatment of marriage and cohabitation” in *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, n.º 3, 2001, pp. 1462 e seguintes.

³⁷ “*The disadvantage is that it may not adequately protect a person who is stuck in a relationship and cannot force her partner to register the relationship, any more than she could force her partner to get married*”. TRUSSLER,

Debatemo-nos com esta problemática. Como deverá o ordenamento jurídico reagir quando a decisão de não recorrer ao modelo formal não é conjunta e, por isso, pelo menos para uma das partes, não será livre? Parece-nos que este será o calcanhar de Aquiles da solução que preconizamos. Para evitar injustiças materiais, deve o sistema factual manter alguns efeitos mínimos e excecionais³⁸.

Implementado o sistema formal entre nós, talvez fosse de considerar um regime transitório atendendo à alteração significativa de regime. Sendo certo que, se mantidos alguns benefícios nesta união livre, as partes nunca ficariam totalmente desprotegidas com a entrada em vigor de uma união registada, bem pelo contrário, o seu espectro de proteção só aumentaria.

A certeza e segurança jurídicas³⁹ também ficariam melhor salvaguardadas com o registo da união, tendo as partes, a todo o tempo, um modo fiável de invocar a ligação que os une, com os consequentes efeitos. A observância de uma forma nestas uniões e, em especial, a sua submissão a registo terá uma função clarificadora do estatuto legal das partes, quer perante si, quer perante terceiros⁴⁰.

Muitos dos problemas relacionados com a união de facto no nosso sistema (fático) desapareceriam com a instituição de um registo e, acima de tudo, seria salvaguardado o princípio da liberdade das partes. Através do registo, os membros da união registada estariam cientes da repercussão legal da sua união (entre eles e face a quaisquer terceiros). Partilhamos a visão entusiasmada de Göran Lind: “*Registration promotes legal certainty!*”⁴¹.

3. A separação de pessoas e bens e a união de facto: o problema da concomitância protegida

A alínea c), do art. 2.º, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, consagra como impedimento à união de facto protegida pela lei o casamento anterior não dissolvido⁴², exceto se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens. Quanto à primeira parte do preceito facilmente se compreende o impedimento aí consagrado, respeitando-se a natureza monogâmica (do

Marguerite, VANDERGRIFT, Ellen, *Changing Relationships: How the Law and Governments have accommodated them – a Canadian perspective*, Alberta, 2001, p. 17.

³⁸ Pois, por vezes, o direito aplicado com rigor extremo pode tornar-se materialmente injusto (“*Summum ius summa iniuria*”).

³⁹ Estando em causa uma matéria familiar deveria ser aqui dada a mesma relevância formal que é dada a outros negócios. “*A fim de garantir a certeza e a segurança jurídicas, os negócios e demais atos jurídicos familiares são formais. É o que sucede, por exemplo, com o casamento (cf. art. 1615.º), a convenção antenupcial (cf. art. 1710.º), a reconciliação entre cônjuges separados de pessoas e bens (cf. art. 1795.º-C, n.ºs 2 e 3), a perfilhação (cf. art. 1853.º e a designação de tutor pelos pais (cf. art. 1928.º, n.º 3)*”. SOUSA, Miguel Teixeira de, “Do direito da família aos direitos familiares” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 567.

⁴⁰ Ideia de “*clarifying function*” presente em LIND, Göran, “Legislation for the surviving cohabitant from a comparative perspective”, *ob. cit.*, p. 263.

⁴¹ *Idem*, p. 267.

⁴² Sobre a problemática do assento do anterior casamento estar ou não lavrado no Registo Civil (pois este impedimento não repete a fórmula do 1601.º, al. c) que faz relevar um casamento anterior não dissolvido ainda que o respetivo assento não tenha sido lavrado no registo) e qual a natureza desse registo (declarativo ou constitutivo), consultar PITÃO, José António de França, *Uniões de Facto e Economia Comum*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 91 e seguintes.

casamento e também da união de facto). Contudo, essa mesma natureza parece vir a ser desrespeitada na parte seguinte do artigo.

Conforme reproduzido supra, o impedimento da alínea c) comporta uma exceção: se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens, o cônjuge separado de pessoas e bens pode iniciar uma união de facto protegida com outrem. Pelo menos, assim parece indicar o legislador.

Os efeitos da separação de pessoas e bens estão consagrados no art. 1795.º-A do Código Civil. O vínculo conjugal mantém-se, mas o dever conjugal de coabitação extingue-se, deixando de existir uma casa de morada de família; o dever de assistência também se extinguirá, a não ser que se configure na obrigação de prestar alimentos. Os restantes deveres conjugais mantêm-se inalterados (cfr. art. 1672.º do Código Civil).

Ora, desde logo, o dever de fidelidade mantém-se. Como tal, causa estranheza que o legislador estipule a manutenção do dever conjugal de fidelidade na separação de pessoas e bens e, concomitantemente, permita que um cônjuge separado de pessoas e bens (sujeito, portanto, a esse dever de fidelidade) possa unir-se de facto com outrem sem que tal situação obstaculize a produção de efeitos favoráveis àquela união.

Compreende-se a ótica, eventualmente subjacente, de proteger o outro membro da união de facto. Porém, não se concorda com o desvalor que o legislador vota a separação de pessoas e bens na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, contrariando a lógica que lhe imprime no Código Civil⁴³. Se entende que aquela figura é de tal forma debilitante do vínculo conjugal, que autoriza a constituição de uma união de facto protegida, porque manter a maioria dos deveres conjugais, em especial o dever de fidelidade? Parece que é o próprio legislador que propicia a violação deste dever ao permitir a união de facto a cônjuges separados de pessoas e bens. Abriu aqui o legislador um precedente que não nos parece coerente e que pode levar a uma desconsideração da instituição casamento, o que será de lamentar⁴⁴ (além de agastar a certeza e segurança jurídicas)⁴⁵.

⁴³ O Código Civil brasileiro vai ainda mais longe no art. 1.723, § 1.º, desconsiderando até a separação de facto para efeitos de impedimento à união estável (“§ 1.º- A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”), o que não nos parece a melhor solução legal. A este propósito, consultar IVANOV, Simone Orodeschi, *União Estável: Regime patrimonial e direito intertemporal*, 2.ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 15 e seguintes; em sentido crítico desta solução legal, ALVES, Leonardo Barreto Moreira [et. al], *Código das Famílias Comentado*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 573.

Compreendemos que a nossa opinião vai contra várias opções legislativas recentes, pois também o legislador catalão fez alterações no sentido de facilitar a união de facto por aqueles ainda ligados pelo vínculo do casamento, embora separados de facto. Cfr. GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las uniones de hecho” in *Derecho de Familia* (coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 1498.

⁴⁴ Curiosamente, a lei que regula a união de facto na Comunidade de Madrid (“*Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid*”), também prevê que não podem constituir uma união de facto nos termos daquela lei “*Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente*”. (art. 2.º, n.º 1 al. b). A separação está prevista nos arts. 81.º e seguintes do Código Civil espanhol e, embora tenha contornos ligeiramente distintos da separação de pessoas e bens do Código Civil português, também não dissolve o vínculo conjugal (como sucede no divórcio), sendo igualmente passível de crítica esta solução legal no elenco dos impedimentos à união de facto. Já noutras leis ‘autonómicas’ esta exceção não aparece (exemplo, Lei das Astúrias ou de Navarra).

⁴⁵ Irene Lorenzo-Rego entende que a possibilidade de permitir, simultaneamente, casamento (ainda que separado de facto ou de direito) e a união de facto será um passo atrás na segurança jurídica e, inclusivamente,

E tal pode levantar ainda outra questão: existindo violação do dever conjugal de fidelidade pode, eventualmente, estar em causa a reparação de danos prevista no n.º 1 do art. 1792.º⁴⁶. Fará sentido que um dos cônjuges possa ser condenado a pagar uma indemnização por danos não patrimoniais em virtude de uma violação do dever conjugal⁴⁷ - por iniciar uma união de facto enquanto ainda estava casado, mas separado de pessoas e bens - se a própria Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, entende que esta união deve ser protegida?

Parece-nos que ou se alteram os contornos e efeitos da separação de pessoas e bens ou se retira a referência da separação de pessoas e bens da alínea c) do art. 2.º⁴⁸.

O Supremo Tribunal de Justiça já se viu confrontado com esta problemática de coexistência da união de facto com um casamento anterior não dissolvido. Vejamos parte da fundamentação usada: *“Certo, outrossim, que a separação de judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, excepto quanto aos bens e aos deveres de coabitação e de assistência, sem prejuízo do direito a alimentos (artigo 1795º-A do Código Civil). Assim sendo, o legislador não equiparou completamente a união de facto ao casamento pois, de outro modo, sempre lhe recusaria quaisquer efeitos perante um casamento válido. A situação cripto-matrimonial que decorre da união de facto incide nuclearmente nos aspectos sociais e patrimoniais do casamento, que não nos deveres de vinculação pessoal ínsitos na relação conjugal. (...) Ora, sendo os efeitos da separação judicial de pessoas e bens, nestas áreas, quase equiparados aos da dissolução do casamento, pode compreender-se esta ressalva (embora sem uma coerência, já que na equiparação ao casamento surge o impedimento dirimente do parentesco – artigos 2º, d) daquele diploma e 1602º, a), b) e c) do Código Civil, que tem razão de ser numa perspectiva sócio-cultural e biológica e que irreleva nos aspectos patrimoniais enfatizados na união de facto.”*⁴⁹ Mantemos a posição demonstrada supra. Aliás, se os efeitos da separação de pessoas e bens fossem equiparados aos da dissolução do casamento, não manteria o legislador importantes deveres conjugais como o de fidelidade. A equiparação aos efeitos da dissolução do casamento apenas sucede nos aspetos patrimoniais, não pessoais.

inconstitucional. LORENZO-REGO, Irene, “Hacia la codificación de la pareja estable” in *Actualidad Civil*, n.º 19, 2010, p. 2260.

⁴⁶ Sobre a problemática da interpretação no entorno do art. 1792.º, cfr. COELHO, F. M. de Brito Pereira, Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges, in *Revista de Legislação de Jurisprudência*, set-out., ano 147.º, n.º 4006, 2017, pp. 41-67; CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva – *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000; DIAS, Cristina – 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 31/10) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 391-419; OLIVEIRA, Guilherme de – A Nova Lei do Divórcio, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 13, Ano 7, 2010, pp. 5-32; PEDRO, Rute Teixeira – A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais? – (Ac. do STJ, de 12.5.2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1 (anotação), in *CDP*, n.º 61, Janeiro-Março 2018, pp. 33-62; VÍTOR, Paula Távora, Anotação ao art. 1792.º in *Código Civil Anotado* (coord. Clara Sottomayor), Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 568-573.

⁴⁷ Para saber se a mera violação dos deveres conjugais pode levar à responsabilidade civil do art. 1792.º, vide as obras referidas na nota supra (problemática divergente na doutrina).

⁴⁸ A posição que defendemos não é pacífica. Em sentido oposto, Susana Espada Mallorquín que defende que *“Respecto de la persona separada de hecho o legalmente entiendo que sí que se encuentra en condiciones de mantener una comunidad de vida con otra, porque en estas situaciones, a pesar de que el vínculo matrimonial no se ha roto definitivamente, su comunidad marital ya no existe”*. ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, ob. cit., p. 186.

⁴⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de junho de 2007, Proc. n.º 07A2003, disponível em www.dgsi.pt.

Poder-se-á questionar a pertinência desta figura de modificação matrimonial nestes moldes, o que também fazemos. Não nos parece é que seja adequado desconsiderar a figura, ignorando os seus contornos legais, só porque a entendemos praticamente dispensável. Se o vínculo se mantém (ainda que enfraquecido) não pode o legislador ignorá-lo e fomentar uma união de facto concomitante a este casamento.

Não pudemos deixar de reparar numa afirmação tecida no aresto: *“Assim sendo, o legislador não equiparou completamente a união de facto ao casamento pois, de outro modo, sempre lhe recusaria quaisquer efeitos perante um casamento válido”*. Isto é, pugna o Supremo: se a união de facto fosse equiparada ao casamento não se aceitaria a sua coexistência com casamento separado de pessoas e bens, mas como não é (subentendendo-se, eventualmente, alguma desvalorização da união de facto face ao casamento) pode admitir-se uma união de facto em simultâneo com um casamento modificado pela figura da separação de pessoas e bens. Mais do que uma depreciação da união de facto, está a permitir-se um desapareço face ao casamento que se mantém, ainda que separado de pessoas e bens.

A solução legal existente nesta questão, na nossa perspetiva, desrespeita a união de facto (ao permitir que se constitua e seja protegida, promovendo uma ilegalidade)⁵⁰ e o casamento ainda não dissolvido.

4. A contagem do prazo de dois anos de convivência

Endereçaremos, neste ponto, duas questões a propósito da contagem do prazo de dois anos: se o mesmo terá de decorrer totalmente numa união livre de quaisquer impedimentos; e, ainda, se a contagem deste prazo de dois anos se interrompe ou suspende em caso de separação e posterior reconciliação.

4.1. O prazo exige uma união sem impedimentos?

Atendendo ao nosso regime fáctico releva saber se o prazo de dois anos de convivência – necessário para que a união seja protegida nos termos do disposto no n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio – terá de correr numa união livre de impedimentos ou se bastará que, à data do reconhecimento dos efeitos, estes já não existam.

O legislador na alteração que fez pela mão da Lei n.º 23/2010, de 30 agosto, endereçou parcialmente o problema. Por conseguinte, na alínea a) vem invocar a exigência da idade mínima de dezoito anos “à data do reconhecimento da união de facto”. O que nos levará a concluir que releva a convivência anterior à idade mínima (agora de dezoito anos) para contagem dos dois anos, pois será suficiente que na data do reconhecimento tenham os dezoito anos e já os dois anos de convivência que, evidentemente, se iniciarão antes.

⁵⁰ Pois, como já sobejamente referimos, o dever de fidelidade face ao cônjuge mantém-se com a separação de pessoas e bens. Permitir uma união de facto nestes casos é promover legalmente a violação deste dever.

Mas só na alínea a) é que é feito este reparo de que a condição de eficácia deve estar presente à data do reconhecimento.

Se uma das partes é ainda casada quando inicia uma união de facto com terceiro, a partir de quando começa a contagem dos dois anos? Será só após se dissolver o casamento⁵¹ ou bastará que o casamento esteja dissolvido à data do reconhecimento da união, contabilizando-se o período de tempo em que as partes viveram unidas de facto, não obstante uma ainda estar vinculada a outrem pelo casamento? A lei não resolve inequivocamente este problema.

Somos a crer que o facto de o legislador não incluir na alínea c) o aditamento que fez na alínea a) possa levar à conclusão que se pretendia um regime diferente. Isto é, não basta que haja um casamento dissolvido à data do reconhecimento da união, mas sim ao longo de todo o prazo de que a lei faz depender a produção de efeitos favoráveis da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Até porque, se assim não fosse, a lei estaria a acolher uma violação dos deveres conjugais do casamento e a premiá-la com uma concessão quase imediata de efeitos jurídicos de uma união de facto que é, justamente, *iter infrator*.

Assim entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, em 18 de janeiro de 2007⁵², quando decidiu que *“O prazo mínimo de dois anos relevante para a união de facto, deve ter decorrido quando qualquer dos sujeitos envolvidos não tenha impedimentos de ‘casamento anterior não dissolvido’. E isto porque (...) não iria o legislador ao arrefio do sistema, transformar em direito um tempo que foi de violação da lei. O sistema jurídico é único (art.º 9, do C. Civil) e não poderia aceitar-se que com a violação de uma obrigação se colhesse dividendos jurídicos”*. Bem se compreende a coerência de não fazer germinar benefícios diretos de uma *transgressão* legal. Porém, mais recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça veio entender de forma oposta, num acórdão de 22 de maio de 2013⁵³. Neste aresto conclui-se que *“Estando à data da cessação da união de facto um dos unidos que vivia em situação adulterina, já liberto do vínculo conjugal por ter sido decretado o divórcio por sentença transitada em julgado, menos de dois anos antes da data de cessação da união de facto, esse facto não integra a excepção impeditiva da atribuição de efeitos jurídicos à união de facto prevista no art. 2.º c) da Lei 7/2001, de 11 de maio. O requisito de estabilidade da união de facto que a lei coloca no período de dois anos não exige que a dissolução do casamento de um dos membros que viveu em união de facto tenha ocorrido há pelo menos dois anos em relação à data em que cessou,*

⁵¹ Ou caso seja decretada a separação de pessoas e bens, solução que não concordamos – como já explicado – embora seja a legal.

⁵² Processo n.º 9435/2006-2, disponível em www.dgsi.pt. Este caso foi analisado à luz da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, sem as alterações dadas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. Porém, no caso concreto, como está em causa a alínea c), do art. 2.º, não tem relevância pois esta não sofreu alteração desde a versão inicial.

⁵³ Processo n.º 1185/09.6TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Também aqui o caso foi analisado à luz da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, sem as alterações dadas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto. No entanto, tal como no caso anterior, como está em causa a alínea c) do art. 2.º, tal não tem relevância pois esta não sofreu alteração desde a versão inicial. No processo o que se discutia era se os dois anos exigidos pela lei para o reconhecimento de efeitos jurídicos à união de facto apenas podiam ser contados desde que transitou em julgado a decisão que decretou o seu divórcio, mesmo que o início da relação de união de facto tivesse ocorrido em momento anterior e tenha perdurado para além deste. Pois, o réu não estava divorciado há mais de dois anos no momento em que cessou a relação de facto que o uniu à autora por cerca de catorze anos.

*consensualmente, a união de facto, que, no caso, perdurou cerca de 14 anos*⁵⁴. Esta é uma questão controversa quer na jurisprudência, quer na doutrina⁵⁵.

Entendemos que valorar aquele período é elevar a proteção da união de facto a um ponto em que se permite a violação da lei. Facultando, deste modo, o melhor dos dois mundos ao unido de facto que permanece casado e, mesmo assim, vê o prazo da união de facto *adulterina* relevar para efeitos da sua proteção, passando diretamente⁵⁶ da proteção de um casamento para a proteção da união de facto (numa realidade sem paralelo face ao outro membro da união de facto ou a outro cidadão). Compreendemos que, muitas vezes, tal possa derivar de processos de divórcio morosos que se vão arrastando e mantendo um vínculo formal (o casamento) que já há muito cessou na prática. Nestes casos, as partes podem já ter iniciado novos relacionamentos que gostariam de proteger juridicamente. Todavia, em nossa opinião, tal colide com a coerência do sistema legal.

Esta interpretação não está toldada por fundamentos de índole moral, o que nos leva a esta posição é a preocupação com a congruência jurídico-legal do sistema. Parece-nos relevante evitar que o desrespeito da lei possa trazer benefícios, desvirtuando a unidade do sistema jurídico.

4.2. A consecutividade do prazo inicial

Outra questão digna de análise prende-se com a consecutividade do prazo de dois anos. O prazo terá de ser, ou não, consecutivo? Havendo separação e posterior reconciliação entre os membros da união durante os dois anos iniciais, o prazo suspende-se ou interrompe-se?

Quanto a isto deve fazer-se uma distinção face à voluntariedade da separação. Tal como na separação de facto entre os cônjuges (art. 1782.º do Código Civil), importa atentar nos elementos material (objetivo) e psicológico (subjetivo). Convém saber se houve rutura da união de facto porque um dos membros revelou vontade de não restabelecer a vida em comum (a união de facto extingue-se por vontade de um dos seus membros, de acordo com a alínea b), do n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio), ou se deixaram de coabitar por outras razões (por exemplo, motivos profissionais).

⁵⁴ O aresto coloca a tónica desta decisão mais na impossibilidade de existir uma competência concorrential entre o cônjuge e o unido de facto em relação a algum benefício, uma vez que já existia o divórcio, do que na problemática de esta união não ter perfeito dois anos após a dissolução do vínculo conjugal. *“Tendo a união de facto cessado quando um dos membros dessa união já estava divorciado não se exige que o estado de divorciado perdure há dois anos, não existindo, no caso vertente, possibilidade de concorrência ou disputa de direitos, por exemplo, previdenciais ou outros, como a atribuição da casa de morada de família entre o cônjuge e o unido de facto”*. Acórdão de 22 de maio de 2013, Proc. n.º 1185/09.6TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁵ *“Na verdade, o legislador apenas pretende evitar o reconhecimento de eficácia se algum dos membros da união de facto ainda se encontrar casado, sobretudo por razões de ordem moral e social. Por isso, bastará o trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio (ou separação judicial de pessoas e bens) para que se possa aproveitar todo prazo já decorrido desde o início da união, para que esta possa produzir os seus efeitos, pois nessa altura já desapareceu o fundamento impeditivo destes”*. PITÃO, José António de França, *Unões de Facto e Economia Comum*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, p. 94.

⁵⁶ Sem prejuízo das especificidades previstas no art. 1789.º do Código Civil.

Se por decisão de um, ou ambos, houve uma rutura naquela união, com o propósito de não a restabelecer; caso estes se reconciliem o prazo deve voltar a ser contado novamente (a partir da data da reconciliação). Por outro lado, se a cessação da coabitação se deve a factos alheios à sua vontade, sem que haja a intenção de extinguir aquele vínculo, assim que retomem a coabitação, o prazo continuará correr.⁵⁷ A tónica da distinção estará na essência daquela cessação de convivência: se é deliberada ou não. Se existir na união de facto – enquanto decorrem os dois anos para proteção legal – o elemento subjetivo (vontade de retomar a vida em comum assim que possível), o prazo só se suspende.

Existindo uma quebra intencional (por parte de um ou de ambos) o prazo deve interromper-se, sob pena de um relacionamento ser considerado união de facto pela soma de períodos temporais “retalhados” e sucessivos, não existindo qualquer estabilidade naquele relacionamento.

Se, por outro lado, a falta de convivência se deve a fatores alheios às partes (questões laborais, de saúde, etc.), então o prazo deve suspender-se. Compreendemos que esta última interpretação possa ser excessivamente onerosa para um casal com um relacionamento sólido que, por imperativos exteriores, não consegue conviver ininterruptamente durante dois anos (por exemplo, uma das partes se viu obrigada a emigrar por questões profissionais). Por outro lado, atendendo ao nosso modelo fático não parece que se possa bastar com um período de convivência efetiva (coabitação) inferior aos dois anos pugnados na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio⁵⁸. Este será mais um inconveniente de um modelo como o nosso.

Neste nosso modelo fático o decurso do tempo e a completude de um prazo mínimo de convivência serão o suficiente para nutrir uma união com efeitos jurídicos. Facilmente se compreende o intuito do legislador nestes casos: não se compromete com um complexo regime jurídico (cuja maior eficiência e incidência exigiria outro modelo) e, ao mesmo tempo, assegura que não é um qualquer relacionamento que pode beneficiar dos direitos previstos para as uniões de facto. Exige um período de tempo que seja demonstrativo o suficiente da estabilidade e continuidade daquele relacionamento⁵⁹.

⁵⁷ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 549-550. Também Aguiar Moura se pronunciou sobre esta questão no ordenamento brasileiro: “*O retorno ao estado anterior não deve ser visto como novo concubinato, mas como elo da mesma comunidade de vida*”. MOURA, Mário Aguiar, *Concubinato*, 6.ª edição actualizada e aumentada, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1985, p. 47.

⁵⁸ Numa opinião contrária: “*O afastamento apenas físico, por si só, não implica interrupção da comunhão de vida, não revelando descumprimento do requisito da continuidade da relação*”. PAZINI, Claudio Ferreira, *Alimentos e sucessão na União Estável*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 72.

⁵⁹ O ordenamento jurídico brasileiro, no art. 1.723 do Código Civil, não exige tempo mínimo de convivência para a união estável, no entanto, refere que a união deverá ser duradoura. Parece-nos difícil concretizar, na prática, esta durabilidade. Para Simone Ivanov deve analisar-se casuisticamente estas situações atentando, no caso concreto, o “*animus*” do casal. IVANOV, Simone Orosdeschi, *União Estável: Regime patrimonial e direito intertemporal*, ob. cit., pp. 44 e seguintes. Curiosamente, antes da união estável estar regulada no Código Civil, as leis avulsas precedentes exigiam um lapso temporal mínimo para proteção. Por exemplo, chegou-se a contemplar um prazo de cinco anos ou existência de prole para caracterizar a união estável quando esta estava regulada na Lei n.º 8.971/94 (de relembrar que antes do Código Civil brasileiro de 2002 que consagrou a união estável no art. 1.723, esta esteve regulada em diferentes leis avulsas como as Leis 8.971/94 e 9.278/96). Sobre a discussão deste prazo, antes de qualquer um destes diplomas legislativos, vide MOURA, Mário Aguiar, *Concubinato*, ob. cit., pp. 48 e seguintes.

Talavera Fernández é crítico desta ideia de deixar somente o “*animus convivendi*” determinar a existência de uniões protegidas: cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 59.

Num modelo como o nosso facilmente se compreende o requisito do tempo – como elemento demonstrativo da estabilidade – para que a união possa ser protegida. Para que surjam efeitos jurídicos não bastará que as partes coabitem e que tenham uma convivência íntima. Será igualmente necessário que essa coexistência dure há tempo suficiente para ser demonstrativa de um compromisso de vida recíproco. A razão de ser desta exigência decorre da falta de um ato constitutivo daquela união, ao contrário do que sucede no casamento (onde existe um momento que gera a aplicação “*ab initio*” do regime legal). Não existe um momento jurídico que dê início àquela união, ela vai existindo, perdurando no tempo. Essa própria natureza inorgânica poderá tornar difícil determinar o momento exato do início da convivência⁶⁰, que pode não ter sido imediatamente estável, complicando a prova pelas partes.

Ora, é justamente o tempo que se qualifica juridicamente como condição para a proteção da união de facto (consideramos que o período de tempo exigido não é constitutivo da união, nem sua parte integrante – pois é uma mera existência - mas será condição para a sua proteção legal). Não deixa de ser curioso que a data de início da união de facto seja juridicamente ambivalente. Pois, se por um lado, só após um período de tempo de convivência é que os efeitos jurídicos se podem contemplar, por outro lado, será relevante para iniciar a contagem desse mesmo período. Poderá ser necessário fazer a prova de quando começou a convivência e, nesse caso, o momento em que principia esta coexistência terá, naturalmente, relevância probatória. Só depois de decorrido o período de tempo exigido é que aquela união estará em condições de reclamar a proteção da lei. A duração é tão só um fator a ter em consideração, não sendo decisivo nem essencial da união. O que substancia a união, neste modelo fáctico, é a convivência “*more uxorio*”, bem como o compromisso e a vontade recíproca de partilhar um projeto de vida.

5. Conclusão

A família é uma existência de essência plural que a lei não deve subjugar, mas pode garantir as balizas da sua proteção. A dificuldade consiste em delinear esses limites, atendendo à índole sentimentalizada no entorno destas ligações⁶¹.

A atual solução legislativa cria uma incerteza por parte dos próprios unidos de facto e daqueles que com eles convivem, a título variado. Ademais, entendemos que a natureza familiar da união de facto já reclama uma intervenção legislativa consentânea com a sua expressão e que traga a perspicuidade jurídica necessária nesta matéria.

Na sequência do que fomos insinuando poder-se-á perguntar: será necessário prever uma ‘união civil registada’, como preconizamos, quando as partes podem recorrer ao casamento?

⁶⁰ “Saliente-se que, embora muitas vezes seja feita referência ao ‘início’ da união de facto ou à ‘constituição’ da união de facto, a verdade é que na união de facto, ao contrário do que acontece no casamento, não existe um ato fundacional”. XAVIER, Rita Lobo, “O ‘estatuto privado’ dos membros da união de facto”, *ob. cit.*, p. 297.

⁶¹ Louis Roussel observa que aqueles que optam por viver à margem do casamento, muitas vezes, vislumbram nessa liberdade jurídica uma garantia de que o seu relacionamento é puramente afetivo. ROUSSEL, Louis, BOURGIGNON, Odile, *Génération nouvelles et Mariage Traditionnel*, Presses Universitaires France, 1978, p. 244.

Provavelmente não. Contudo, ficará o nosso ordenamento mais completo com uma união civil registada, atendendo aos princípios fundamentais da certeza e segurança? Entendemos que sim.

Julgamos necessário dotar o sistema de clareza⁶² de acordo com os imperativos de certeza e segurança do Direito, como sucede noutros ordenamentos jurídicos⁶³. Nesse aspeto – como já referido – entendemos que o regime francês é completo ao contemplar uma união registada, com um regime jurídico vincado (o PACS) e, ainda, uma união unicamente de facto onde existirá uma vida em comum, com carácter de estabilidade e continuidade, entre duas pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente (o “*concubinage*”). Assim, além do casamento, existem duas formas de viver a conjugalidade: uma união com proteção e efeitos jurídicos (o PACS) e uma união socialmente aceite e sem um regime legal constituído (“*concubinage*”). Uma solução desta natureza respeita verdadeiramente o princípio da autonomia da vontade das partes⁶⁴.

Compreende-se a estranheza que uma solução deste tipo pode causar, principalmente por não existir uma qualquer tradição de registar a convivência em Portugal. Talvez tenha chegado a hora de mudar alguns dos paradigmas nesta sede⁶⁵.

O nosso regime é propício a dúvidas e problemas como os que fomos endereçando neste pequeno texto. Esperamos que este pequeno contributo possa servir para lançar o necessário debate nesta matéria.

⁶² “Mas, para que esta opção de vida se torne clara é necessário que o legislador tome em consideração uma outra orientação de regulação, pois parece-nos que a regulação desta relação tem sido uma constante resposta a questões políticas e não uma verdadeira preocupação com esta nova relação familiar”. CARVALHO, Telma, “União de Facto: a sua eficácia jurídica”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 255.

⁶³ “Before the 1960s the laws of European countries uniformly recognised only one intimate relationship: legal marriage. In contrast, in the Europe of today a wide range of varieties of such relationships are legally recognized”. ANTOKOLSKAIA, Masha, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective: a tale of two millennia*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 493.

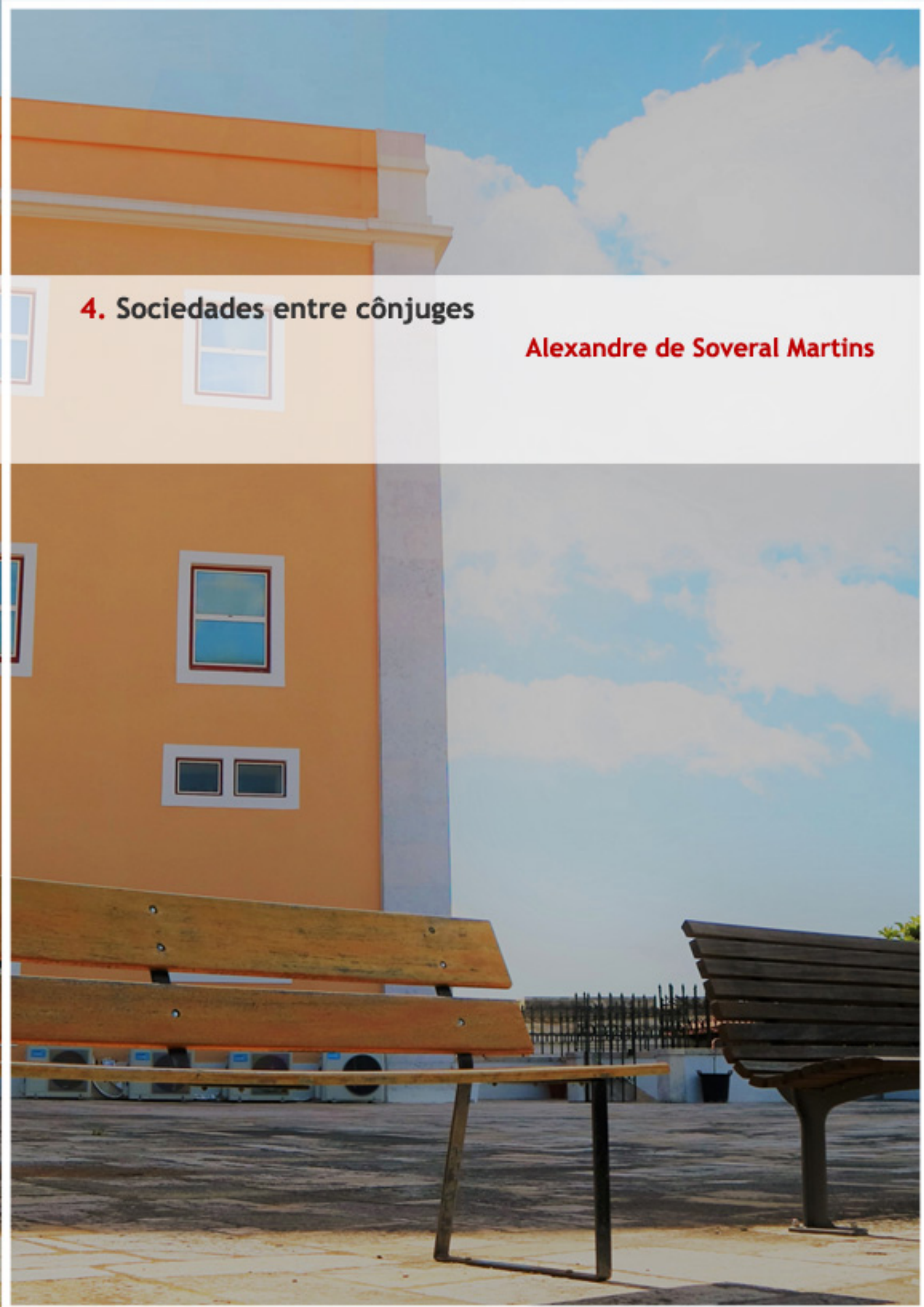
⁶⁴ “A autonomia da vontade é a propriedade que esta possui de se constituir como sua própria lei (independentemente de qualquer propriedade dos objectos do querer)”. KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, (tradução de Filipa Gottschalk), Lisboa, Lisboa Editora, 2003, p. 115.

⁶⁵ Naturalmente, sem menosprezar a importância da tradição cultural no Direito e na sua evolução. “Prácticamente todos los teóricos del derecho conviene en que el derecho es un producto cultural, o sea una creación espiritual de un grupo humano que incide sobre todas las demás creaciones culturales y que a su vez es influido por ellas”. PUY MUÑOZ, Francisco, “Derecho, Lengua, Cultura” in *1.º Congreso Internacional de Derecho na Lusofonia*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 177.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/22116ab3dw/desktop.mp4?locale=pt>



4. Sociedades entre cônjuges

Alexandre de Soveral Martins

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. SOCIEDADES ENTRE CÔNJUGES¹

Alexandre de Soveral Martins*

1. Breve introdução
 2. O artigo 1714.º do Código Civil
 3. O artigo 8.º, n.º 1, do CSC tem natureza interpretativa?
 4. O regime de bens e o exercício de direitos sociais
 5. Alienação a terceiro da quota que é bem comum
 6. Cessão de quota entre cônjuges
 7. Antes do divórcio, mas na pendência da ação de divórcio
 8. Entre o divórcio e partilha
- Vídeos da apresentação

1. Breve introdução

As «sociedades entre cônjuges» constituem um tema de estudo que poderemos considerar clássico, pois fez correr muita tinta antes do atual CSC. Sobretudo, tendo em conta o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens, bem como a redação do artigo 1714.º do Código Civil e, em particular, dos seus n.ºs 2 e 3. E dizemos «sobretudo» porque a participação de ambos os cônjuges na mesma sociedade também foi já discutida, em tempos mais recuados, por causa do (então defendido) poder marital².

E isto recorda-nos algo de preocupante que constatámos quando estávamos a preparar esta intervenção. Ao fazermos uma busca na página da DGSI por jurisprudência relacionada com o tema, sempre que colocámos «sociedade entre cônjuges» no motor de busca os resultados revelavam um número elevadíssimo de Acórdãos em que o tema era «violência doméstica». Começaremos a nossa intervenção com a análise do artigo 1714.º do Código Civil.

2. O artigo 1714.º do Código Civil

Por um lado, estabelece-se no artigo 1714.º que a imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens abrange o contrato de sociedade entre cônjuges se não estiverem separados de pessoas e bens. Por outro, acrescenta-se que os dois cônjuges podem participar na mesma sociedade de capitais.

¹ Este texto foi preparado para servir de base à conferência que proferimos no dia 12 de dezembro de 2019 no Centro de Estudos Judiciários e enquadrada no Colóquio sobre «Casamento & União de Facto: questões da jurisdição civil». Não podemos deixar de agradecer o convite que nos foi dirigido para esse efeito, pois é sempre uma honra poder colaborar com uma instituição que presta um serviço tão relevante para a construção permanente do Estado de Direito democrático. O Poder Judicial é exercido por pessoas e a legitimidade do exercício daquele poder muito depende do Saber, que garante a fundamentação convincente e, por isso, a aceitação das decisões pela comunidade. À Senhora Juíza Dra. Elisabete Assunção, que teve a amabilidade de me contactar inicialmente, e à Direção do CEJ, na pessoa do Senhor Conselheiro João da Silva Miguel, deixamos o nosso penhorado obrigado.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e investigador do Instituto Jurídico da mesma instituição.

² Dando conta disso mesmo, ANTÓNIO CAEIRO, «Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas», in AAVV, *Temas de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 12, JOÃO ESPÍRITO SANTO, «Sociedade e cônjuges», in AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, p. 386.

Não existe consenso acerca da relação entre os diversos números do artigo 1714.º do Código Civil. Não há, desde logo, consenso acerca das proibições do n.º 2. Quem tenha uma conceção ampla da imutabilidade, dirá que o n.º 2 ainda é abrangido pelo disposto no n.º 1; quem tenha uma conceção restrita, dirá que o n.º 2 é excecional. E será ainda motivo de discussão saber se o n.º 2 só diz respeito à sociedade que é constituída apenas com os cônjuges ou se também é proibido o contrato de sociedade que tenha outros sócios (Sá Carneiro). Pensamos que a boa solução é a primeira.

Por sua vez, o n.º 3, ao fazer menção à participação de dois cônjuges na mesma sociedade, suscita dúvidas acerca da sua relação com os casos do n.º 2. A pergunta coloca-se da seguinte forma: a participação dos dois cônjuges em sociedade de capitais abrange também os casos de sociedade de capitais entre os cônjuges? O n.º 3 é exceção quanto ao n.º 2 ou ao n.º 1³? Ou, de forma salomónica, é exceção em relação aos dois?

Só esta referência do n.º 3 do artigo 1714.º às sociedades de capitais permitia discutir longamente a natureza das sociedades por quotas. Aliás, ainda o permite sempre que surja uma sociedade por quotas entre cônjuges constituída antes do CSC. Até porque também seria merecedor de atenção o problema de saber se o artigo 8.º, n.º 1, do CSC tem ou não natureza interpretativa. É disso que falaremos a seguir.

3. O artigo 8.º, n.º 1, do CSC tem natureza interpretativa?

Antes da entrada em vigor do CSC, muitas sociedades por quotas constituídas entre marido e mulher foram consideradas nulas porque se entendeu que não eram sociedades de capitais, porque se defendeu que haveria necessidade de exame casuístico, ou porque se considerou que a exceção do artigo 1714.º, n.º 3, só se aplicaria aos casos em que havia mais sócios além dos cônjuges⁴. Com o artigo 8.º, n.º 1, do CSC passou a discutir-se se este preceito era interpretativo ou inovador⁵.

³ Sobre a questão, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 241, nt. 241.

⁴ Como defenderam ANTUNES VARELA, *Direito da família*, Petrony, 1987, p. 421 e seguintes, e RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 241.

⁵ No sentido do carácter interpretativo, ANTÓNIO CAEIRO, «As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais», Separata do número especial do *BFD Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 30 e seguintes, ARAGÃO SEIA, «O papel da jurisprudência na aplicação do Código das Sociedades Comerciais», in AAVV, *Problemas de direito das sociedades*, Almedina/IDET, Coimbra, 2002, p. 17. Com dúvidas, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 8.º», in J. M. COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 159 e seguintes. Para uma súmula das posições, LOPES DE SOUSA, «Sociedade por quotas entre cônjuges», *Revista do Ministério Público*, ano 12, p. 84 e seguintes, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 246 e seguintes, nt. 247, CRISTINA DIAS, «Algumas reflexões em torno da cessão de quotas entre cônjuges», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, BFD/Coimbra Editora, vol. I, 2009, p. 651 e seguintes, nt. 24. Defendendo que o art. 8.º, 1, revogou o art. 1714.º, /2 e 3, do Código Civil, ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, «Artigo 8.º», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 102. Referindo-se apenas a derrogação, PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1.º a 19.º*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 325.

A jurisprudência mostrou-se dividida, assim como a doutrina. O Acórdão Uniformizador 12/96, de 1.10.96, não resolveu tudo⁶.

Não vemos possibilidade de dizer que o artigo 8.º, n.º 1, seja interpretativo, nem nos parece que se possa afirmar a sua aplicabilidade às sociedades constituídas antes do CSC. O que parece muito mais razoável é aplicar o artigo 42.º do CSC às sociedades por quotas constituídas antes da vigência do CSC. Pensamos que a redação do preceito não deixa dúvidas quanto à sua aplicação também a contratos de sociedade anteriormente celebrados. Assim, se estamos a falar de sociedades por quotas fundadas em contrato celebrado entre os cônjuges apenas, e tendo havido registo definitivo do contrato, a nulidade não pode ser invocada porque não está prevista naquele artigo 42.º⁷.

A referência às sociedades de capitais que surge feita no n.º 3 do artigo 1714.º também revela que este preceito não tinha apenas em vista as sociedades civis. Aliás, o preâmbulo do DL 262/86 mostrava que com o artigo 8.º, n.º 1, do CSC havia a intenção de modificar o artigo 1714.º do Código Civil⁸.

Para as sociedades constituídas após a entrada em vigor do CSC, poderia pensar-se que os problemas estavam resolvidos. Isto porque o artigo 8.º, n.º 1, desse texto legal admite a constituição de sociedades entre cônjuges e a participação deles em sociedades comerciais desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada. Numa sociedade por quotas, contudo, os sócios não assumem essa responsabilidade.

Mesmo assim, também se vê ainda hoje questionada a admissibilidade de todas as sociedades por quotas entre cônjuges: em particular, Rita Lobo Xavier⁹ defende a necessidade de se verificar se a sociedade entre cônjuges altera ou não o estatuto patrimonial. Pinto Furtado¹⁰ sustenta, por sua vez, que não podem as sociedades com participação dos cônjuges ser constituídas como instrumento de defraudação do estatuto familiar ou em prejuízo dos credores dos cônjuges.

A identificação do que é ou não lícito também obriga a perguntar pelo tratamento a dar aos casos em que cada um dos sócios pretende assumir responsabilidade ilimitada em sociedades diferentes. O cônjuge A quer ser sócio de sociedade em nome coletivo, o cônjuge B quer ser sócio comanditado em sociedade em comandita. Isto cabe no âmbito de aplicação do artigo 8.º, 1? E se couber, quais são as consequências?

⁶ «As sociedades por quotas que, depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966 e mesmo depois das alterações nele introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 496/7, de 25 de Novembro, e antes da vigência do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, ficaram reduzidas a dois únicos sócios, marido e mulher, não separados judicialmente de pessoas e bens, não são, em consequência dessa redução, nulas»

⁷ LOPES DE SOUSA, «Sociedade por quotas entre cônjuges», cit., p. 120. Mas v., com leitura diferente, PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1.º a 19.º*, cit., p. 317 e seguintes.

⁸ Lembrando isso mesmo, LOPES DE SOUSA, «Sociedade por quotas entre cônjuges», cit., p. 102, e PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1.º a 19.º*, cit., p. 317.

⁹ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 249.

¹⁰ PINTO FURTADO, «Reflexões sobre as sociedades conjugais», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, BFD/Coimbra Editora, 2010, p. 307.

Entendemos que o artigo 8.º, n.º 1, não cobre as situações em que as participações de responsabilidade ilimitada dizem respeito a diferentes sociedades. Nesses casos não se tratará de ofender o princípio da imutabilidade. A proibição quanto à participação de ambos os cônjuges como sócios de responsabilidade ilimitada visa evitar situações em que aquela possibilidade de responsabilização levasse os cônjuges a tomarem as erradas decisões na mesma sociedade para tentarem proteger-se mutuamente tendo em conta a responsabilidade por ambos assumida na mesma sociedade e situações em que possa existir ascendente de um sobre o outro que leve àquelas decisões. Também se trata de evitar as recomposições das massas patrimoniais do casal por força de tal responsabilidade, estando ainda todo o património familiar sujeito aos riscos de uma única atividade empresarial. Não se trata, por isso, de evitar que todo o património familiar seja arrastado pelas infelicidades da sociedade. Se fosse isso que se pretendia, então também se teria de proibir que os dois cônjuges fossem simultaneamente comerciantes.

Mesmo que só um dos cônjuges seja sócio de uma sociedade de responsabilidade ilimitada, outra dúvida surge. Só o cônjuge sócio responde pelas dívidas da sociedade, como preferimos? Ou a responsabilidade que resulte da lei para o cônjuge sócio por dívidas da sociedade pode comunicar-se, nos termos do artigo 1691.º, n.º 1, al. d), do Código Civil.? Espírito Santo parece defender a aplicação do preceito, por analogia¹¹, mas não cremos que tenha razão¹².

4. O regime de bens e o exercício de direitos sociais

Mais interessantes, porém, são as consequências que o regime de bens tem relativamente à quota. Por um lado, quanto ao exercício dos direitos sociais. Por outro, quanto ao direito sobre a quota.

Se a quota é um bem próprio de um dos cônjuges, o titular da quota é sócio e a quota pertence-lhe exclusivamente. A ele caberá, em regra, a sua administração, nos termos do artigo 1678.º, n.º 1, do Código Civil.

Se a quota é um bem comum, será considerado sócio nas relações com a sociedade o cônjuge que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, se a quota foi adquirida depois, aquele por quem a quota tenha vindo ao casal. Isso significa, na nossa opinião, que apenas o cônjuge considerado sócio nas relações com a sociedade pode exercer os direitos sociais perante aquela. Nomeadamente, o direito à informação¹³. Mas também só significa isso mesmo.

Se a quota é bem comum, entendemos que o artigo 8.º, n.º 2, do CSC não significa a divisão entre valor patrimonial da quota/quota social, nem a existência de qualquer associação à quota. A quota é um conjunto unitário de direitos e deveres, e, a nosso ver, é uma coisa, mas isso não significa que o titular da quota possa necessariamente exercer aqueles direitos. O CSC

¹¹ JOÃO ESPÍRITO SANTO, «Sociedade e cônjuges», cit., p. 402; mas a p. 403 também aparenta defender que a responsabilidade de ambos só terá lugar se o cônjuge deu o consentimento para a aquisição da participação.

¹² Discordando também da aplicação do art. 1691.º, n.º 1, d) (e bem assim da al. c)) às dívidas da sociedade, CLÁUDIA MARTINS, «Efeitos patrimoniais especiais do casamento nos regimes da comunhão: cônjuges titulares de participações sociais em sociedades por quotas ou comerciantes», cit., p. 180, nt. 8.

¹³ Nesse sentido foi o recente Ac. RP de 22.10.2019 (Relatora: Alexandra Pelayo).

contém vários exemplos de casos em que o titular da quota não pode exercer os direitos. Um desses exemplos é dado pelo artigo 8.º, n.º 2.

Vamos supor que A era casado com B e que a quota era bem comum. Vamos ainda supor que, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, devia ser considerado sócio nas relações com a sociedade apenas o A. Este último morre, deixando como herdeiros a mulher e dois filhos. Entendemos que neste caso a quota, que era bem comum, integra a massa hereditária e, nessa medida, fica sujeita ao regime da contitularidade previsto nos artigos 222.º e seguintes do CSC¹⁴. O cabeça-de-casal será, então, o representante comum.

Particularmente melindrosas são as deliberações que impliquem a extinção da quota, aumento de obrigações perante a sociedade, renúncia a direitos ou redução dos mesmos. Nesse caso, o artigo 8.º, n.º 2, aplica-se? O cônjuge considerado sócio nas relações com a sociedade pode votar e tal voto é válido sem o consentimento do outro cônjuge? Estamos a pensar, obviamente, em casos de quota que é bem comum e em que não há razões para atribuir a sua administração exclusivamente ao cônjuge considerado sócio nas relações com a sociedade, nos termos do artigo 1678.º, n.º 2, do Código Civil.

No Ac. STJ de 19.6.2008 (Relator: Serra Baptista) entendeu-se que, no caso de uma deliberação de dissolução da sociedade, o voto constituiria um ato de administração extraordinária, sujeito ao disposto no artigo 1678.º, n.º 3, do Código Civil. Assim, o voto do cônjuge sócio teria de ser consentido pelo outro sócio. Considerou-se, por isso, que a falta desse consentimento gerou a anulabilidade da deliberação porque o voto viciado teve reflexo na deliberação.

Porém, entendemos que mesmo quando se trate de uma deliberação que implique a extinção da quota, o aumento das obrigações, a renúncia a direitos ou a redução dos mesmos, ainda vale a regra do artigo 8.º, n.º 2. O cônjuge considerado sócio nas relações com a sociedade pode votar e o seu voto é válido mesmo sem o consentimento do outro cônjuge. Tudo o resto terá de ser tratado nas relações entre os cônjuges: não nas relações com a sociedade. Eventualmente, o cônjuge considerado sócio poderá ter de responder pelos atos praticados, mas não será caso de invalidade do voto ou da deliberação.

O artigo 8.º, n.º 2, obriga a aceitar que o cônjuge considerado sócio pode votar em deliberações que impliquem a extinção da quota, aumento de obrigações perante a sociedade, renúncia a direitos ou redução dos mesmos¹⁵. Não parece que a distinção relevante seja entre administração ordinária, administração extraordinária, alienação ou oneração, mas sim entre relações com a sociedade/outras relações. O artigo 8.º, n.º 2, não trata apenas do exercício de direitos: trata, isso sim, de quem é considerado sócio nas relações com a sociedade. Poderá

¹⁴ Contra, Ac. RP de 12.7.2017 (Relator: Rui Moreira). O sumário do Acórdão tem o seguinte teor: «1 - Sendo um dos cônjuges titular de uma quota numa sociedade comercial constituída na pendência do matrimónio, tal quota constitui um bem comum do casal, mas apenas quanto à sua dimensão patrimonial. 2 - Nessas circunstâncias, a morte do outro cônjuge (não sócio) não determina o ingresso dessa quota numa situação de contitularidade. 3 - Os herdeiros do *de cuius* não adquirem, por essa via, quaisquer direitos de participação na actividade societária, incluindo a legitimidade para intentar acção tendente à anulação de quaisquer deliberações sociais».

¹⁵ Contra, para um caso de deliberação de amortização, Ac. RC de 16.10.2018 (Relatora: Maria Catarina Gonçalves), nessa decisão se considerando que o voto do sócio favorável à amortização sem o consentimento do cônjuge era anulável «em conformidade com o disposto no artigo 1687.º do CC».

esse sujeito ser responsável civilmente se praticar atos em prejuízo do casal ou do outro cônjuge. E aí encontramos-nos nas relações entre os cônjuges, naturalmente.

A qualificação da quota como bem próprio ou como bem comum nem sempre será fácil. Um caso discutido no Ac. RL de 20.10.2011 (Relator: Teresa Albuquerque) mostra-o bem. Aí estava em causa, entre outras coisas, saber se uma quota que era bem próprio mantinha essa qualidade depois de um aumento de capital realizado com entradas em dinheiro após o casamento. Como se considerou que o aumento tinha sido realizado com dinheiro que era bem comum, o Tribunal entendeu (corretamente, na nossa opinião) que isso não alterava a natureza da quota: isto é, continuava bem comum, sem prejuízo de eventuais compensações. No caso do aumento por incorporação de reservas, também há dúvidas acerca do tratamento que deve ser dado ao caso. Rita Lobo Xavier¹⁶ defende que, sendo própria a participação, os lucros (que seriam comuns se o regime de bens fosse um dos de comunhão) levados a reservas provocam a valorização do bem próprio e os lucros serão transformados em participações próprias. Mas a questão pode ser mais complicada.

Mesmo quando a quota é adquirida com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges sem menção da proveniência, como é exigido pelo artigo 1723.º, c), do Código Civil., também não é líquido se este regime se aplica quando apenas estejam em causa os interesses dos cônjuges. Recentemente, porém, o STJ, no seu Ac. n.º 12/2015¹⁷, considerou que, «[e]stando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do artigo 1723.º, c) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal».

5. Alienação a terceiro da quota que é bem comum

Se a quota veio ao património comum por um dos cônjuges apenas, este será o único considerado sócio perante a sociedade. Porém, não é claro se isso significa que o cônjuge sócio tem a administração da quota.

Há quem diga que o artigo 8.º, n.º 2, do CSC também revela que o cônjuge sócio tem a administração da quota bem comum¹⁸. Seria o mesmo que dizer que o artigo 8.º, n.º 2, do CSC constitui uma norma especial quanto à competência para administrar.

Daí teria de resultar que, sendo a quota coisa móvel, se aplicaria o artigo 1682.º, n.º 2, Código Civil. e o cônjuge sócio poderia alienar ou onerar a quota sozinho. O recurso a esse preceito

¹⁶ RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, cit., p. 237.

¹⁷ Diário da República n.º 200/2015, Série I de 2015-10-13.

¹⁸ JOÃO LABAREDA, «Da alienação e oneração de participações sociais por sócio casado», cit., p. 212, 217; v. tb. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 86, REMÉDIO MARQUES, «O (ex)cônjuge de sócio de sociedade comercial adquire a qualidade de sócio? - Designadamente, para o efeito de requerer *inquérito judicial*?», *BFD*, XCIV, 2018, p. 1358.

teria lugar por analogia se a quota integrou os bens comuns através de compra e venda: seria então necessária a analogia na medida em que no artigo 1682.º, n.º 2, há remissão para o artigo 1678.º, n.º 2, mas neste último não está previsto o caso da compra e venda. A analogia já não seria necessária se a quota foi levada para o casamento pelo cônjuge sócio ou se a adquiriu a título gratuito depois do casamento (ou casos de sub-rogação)¹⁹.

Rita Lobo Xavier²⁰ discorda desta interpretação porque considera que mesmo o cônjuge sócio, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, apenas pode praticar atos de administração ordinária.

Quem considere que o artigo 8.º, n.º 2, não confere poderes de administração da quota bem comum tem de sustentar que, nesse caso, a alienação depende do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se a própria alienação se tratar de ato de administração ordinária ou se o cônjuge sócio tiver a administração da quota bem comum por outro motivo: por alguma das razões previstas no artigo 1678.º, n.º 2, do Código Civil. A mesma consequência terá a leitura segundo a qual o artigo 8.º, n.º 2, apenas confere poderes de administração ordinária em geral.

Na leitura que preferimos, na alienação ou oneração da quota a terceiros parece evidente que *não estamos perante meras relações com a sociedade*. E o artigo 8.º, n.º 2, apenas diz respeito às *relações com a sociedade*²¹. Por isso, nesses casos entendemos que é necessário recorrer ao direito da família. E isso significa que estaremos perante uma quota bem comum que fica sujeita ao artigo 1682.º do Código Civil. e que a alienação ou oneração de quota bem comum estará, em regra, sujeita ao consentimento de ambos os cônjuges²². Isso não será assim, porém, se efetivamente houver outras razões para entender que a quota é administrada por um só dos cônjuges, nos termos do artigo 1678.º.

A quota que se torna comum, mas que veio ao património comum por um dos cônjuges apenas, não deixa de ser uma coisa. E o que se integra no património comum é essa coisa: não é apenas o seu valor económico²³. No entanto, o artigo 8.º, n.º 2, CSC impõe que nas relações com a sociedade (e apenas nessas) só seja considerado sócio aquele por quem a quota integrou o património comum.

¹⁹ Sobre os termos do problema, v. JOÃO LABAREDA, «Da alienação e oneração de participações sociais por sócio casado», cit., p. 220 e seguintes.

²⁰ *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, Separata do Suplemento ao BFD, XXXVIII, 1993, p. 96.

²¹ De forma clara, RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 96.

²² RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 95 e seguintes, JOSÉ MIGUEL DUARTE, «A comunhão dos cônjuges em participação social», *ROA*, 2005, II, p. , MARIA MIGUEL CARVALHO, «Breves considerações sobre a posição jurídica do cônjuge meeiro relativamente aos dividendos societários», *Scientia Iuridica*, tomo LXVII, n.º 346, janeiro/abril, 2018, p. 76, nt. 30. No Ac. STJ, de 29.6.2006 (Relator: Pereira da Silva) também se entendeu que carece do consentimento do cônjuge que não é considerado como sócio a alienação ou oneração de participação social comum. No mesmo sentido, v. o Ac. RL de 1.3.2012 (Relator: Pedro Martins).

²³ Com diferente posição, FERRER CORREIA, «Sociedades por quotas, cessão de quota a meeiro de sócio (parecer)», *CJ*, 1989, IV, p. 33 e s., PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1.º a 19.º*, cit., p. 338, REMÉDIO MARQUES, «O (ex)cônjuge de sócio de sociedade comercial adquire a qualidade de sócio? - Designadamente, para o efeito de requerer inquérito judicial?», cit., p. 1361, REMÉDIO MARQUES, «Artigo 8.º», cit., p. 163 e 167.

Nas relações com a sociedade é que só um é sócio²⁴. Nas relações entre cônjuges e perante terceiros já não se afasta o regime do direito da família²⁵. Como não se afasta o direito das sociedades e a leitura unitária da participação social²⁶.

6. Cessão de quota entre cônjuges

Um tema muito tratado na doutrina é o de saber se a cessão de quotas entre cônjuges é sempre possível ou se, pelo contrário, pressupõe a aplicação do regime civil²⁷. Designadamente, no que diz respeito à aplicação das regras sobre compra e venda e doação entre cônjuges²⁸.

Concordamos com os que, por exemplo, consideram que no caso da compra e venda de quota é aplicável o 1714.º, n.º 2, Código Civil.²⁹ Não pode, por isso, haver compra e venda de quotas entre cônjuges, exceto se separados judicialmente de pessoas e bens³⁰. O que se pode discutir, isso sim, é se o artigo 1714.º, n.º 2, Código Civil. vale depois para os outros negócios onerosos. Quanto à doação de quota entre cônjuges, é preciso, antes de mais, ter em conta o artigo 1762.º do Código Civil., que sanciona com a nulidade a doação entre casados quando vigore imperativamente entre cônjuges o regime de separação de bens.

Além disso, só podem ser doados bens próprios do doador e os bens doados não se comunicam. É o que se lê no artigo 1764.º, n.ºs 1 e 2. Acresce que a doação pode ser revogada a todo o tempo pelo doador, nos termos do artigo 1765.º, n.º 1. O artigo 1766.º, n.º 1, também consagra causas de caducidade da doação.

7. Antes do divórcio, mas na pendência da ação de divórcio

Os efeitos patrimoniais do divórcio retrotraem-se à data da propositura da ação ou, se a separação de facto estiver provada no processo e for requerido por qualquer cônjuge, à data

²⁴ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Breves considerações sobre a posição jurídica do cônjuge meeiro relativamente aos dividendos societários», cit., p. 72, refere-se a uma ficção.

²⁵ Isso foi aceite pelo STJ no seu já citado Ac. de 29.6.2006 (Relator: Pereira da Silva).

²⁶ RAUL VENTURA, «Sociedade por quotas - cessão de quotas a meeiro de sócio (parecer)», *CJ*, 1989, IV, p. 42 e seguintes, JOÃO LABAREDA, «Da alienação e oneração de participações sociais por sócio casado», *Direito societário português - Algumas questões*, Quid Iuris, Lisboa, 1998, p. p. 210.

²⁷ V., para desenvolvimentos e outras referências, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Cessão de quotas. Alguns problemas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 34 e seguintes.

²⁸ REMÉDIO MARQUES, «O (ex)cônjuge de sócio de sociedade comercial adquire a qualidade de sócio? - Designadamente, para o efeito de requerer *inquérito judicial*?», cit., p. 1367, defende que a «circunstância de o CSC dispor de um regime de *livre cessão de quotas entre cônjuges* desconsidera exatamente o regime de bens em que o cônjuge cessionário e o cedente estão casados».

²⁹ RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 160, CLÁUDIA MARTINS, «Efeitos patrimoniais especiais do casamento nos regimes da comunhão: cônjuges titulares de participações sociais em sociedades por quotas ou comerciantes», *RCEJ*, 27, 2016, p. 193, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 344.

³⁰ Com leitura diferente para os casos em que a quota é bem próprio ou em que os cônjuges são casados no regime de separação de bens, CRISTINA DIAS, «Algumas reflexões em torno da cessão de quotas entre cônjuges», cit., p. 662 e seguintes.

em que a separação tiver começado (artigo 1789.º). E isso é relevante, designadamente, para se saber se uma quota é bem comum ou próprio³¹.

Já não parece possível, porém, afastar a aplicação do artigo 8.º, n.º 2. Enquanto não estiverem divorciados, aquele preceito esclarece-nos quanto a quem deve ser considerado sócio nas relações com a sociedade. E é o sócio que, nas relações com a sociedade e apenas nessas, tem o direito à informação ou aos lucros. A sociedade tem de fazer o pagamento ao sócio. E a quantia paga pode, depois, ser bem comum.

8. Entre o divórcio e partilha

Após o divórcio, mas antes da partilha, pode discutir-se se há alteração no regime anteriormente referido quanto à quota que é bem comum. Vimos que será considerado sócio quanto a essa quota o cônjuge pelo qual a quota veio ao casal. Com o divórcio, esse regime continua a aplicar-se? Ou deve passar a quota a ser abrangida pelo regime da contitularidade?³²

Estamos com os que consideram que o artigo 8.º, n.º 2, deixa de se aplicar após o divórcio e até à partilha e adjudicação da quota³³. Será então o regime da contitularidade que vale³⁴. E será necessário encontrar o representante comum de acordo com as regras gerais. Assim, os direitos inerentes à quota devem ser exercidos através do representante comum. Por exemplo, o direito de informação³⁵.

O representante comum pode, em geral, exercer os poderes inerentes à quota. Mas já não pode praticar atos que importem extinção, alienação ou oneração da quota, aumento das obrigações ou renúncia ou redução dos direitos dos sócios. Nestes últimos casos, o representante comum só pode exercer esses poderes se os mesmos lhe forem atribuídos pelos contitulares, sendo exigido o consentimento de todos os contitulares.

Se há consentimento de todos os contitulares, então o representante comum já pode exercer também aqueles poderes. De qualquer modo, se os contitulares deliberam por unanimidade

³¹ Para um caso em que a questão se discutia, v., p. ex., Ac. STJ de 29.6.2004 (Relator: Azevedo Ramos).

³² Para um tratamento desenvolvido, v. RITA LOBO XAVIER, «Participação social em sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do "sócio"», in AAVV, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, III, FDU/Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1006 e seguintes.

³³ RITA LOBO XAVIER, «Participação social em sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do "sócio"», cit., p. 1009, defende que o art. 8.º, n.º 2, do CSC deixa de se aplicar com a dissolução do casamento e chama a atenção para a necessidade de ver em que momento isso se torna oponível a terceiros. MARIA MIGUEL CARVALHO, «Breves considerações sobre a posição jurídica do cônjuge meeiro relativamente aos dividendos societários», cit., p. 79, tem idêntica opinião. REMÉDIO MARQUES, «O (ex)cônjuge de sócio de sociedade comercial adquire a qualidade de sócio? - Designadamente, para o efeito de requerer *inquérito judicial*?», cit., p. 1388, e REMÉDIO MARQUES, «Artigo 8.º», cit., p. 171, tem leitura diferente.

³⁴ JOSÉ MIGUEL DUARTE, «A comunhão dos cônjuges em participação social», cit., p., sustenta expressamente que se aplica o regime da contitularidade. Contra, Ac. RC 14/10/2008 (Relator: Virgílio Mateus), Ac. RL 2/7/2015 (Relatora: Anabela Calafate), Ac. RG 5.11.2015 (Relator: Maria Dolores Sousa), PINTO FURTADO, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Artigos 1.º a 19.º*, cit., p. 349.

³⁵ Contra, a propósito de um direito à informação necessário para o exercício de direitos, RITA LOBO XAVIER, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, cit., p. 62, MARIA MIGUEL CARVALHO, «Breves considerações sobre a posição jurídica do cônjuge meeiro relativamente aos dividendos societários», cit., p. 83.

sobre o exercício de tais poderes, ainda assim devem exercê-los através do representante comum (artigo 222.º, 1)³⁶.

Se não há representante comum, os votos do ex-cônjuge que era considerado sócio antes do divórcio são nulos³⁷ por violação de norma imperativa (artigo 222.º, n.º 1). A consequência da nulidade do voto na deliberação dependerá do peso que aquele voto teve: se era necessário para a formação da maioria, a nulidade do voto determina a anulabilidade da deliberação. Após o divórcio, como o artigo 8.º, n.º 2, já não se aplica, ambos os contitulares são sócios. A ação de anulação terá de ser intentada pelo representante comum, e por isso qualquer ex-cônjuge deverá pedir essa nomeação ao tribunal de comarca da sede da sociedade. Se o fizer apenas depois da tomada de deliberação, corre o risco de o prazo para impugnar a deliberação terminar antes da nomeação.

A questão é relevante para um outro aspeto também. Imagine-se que um outro sócio quer ceder uma quota ao ex-cônjuge que não era considerado sócio com base no artigo 8.º, n.º 2. Após o divórcio, se o artigo 8.º, n.º 2, não se aplica, aquele ex-cônjuge não pode ser considerado terceiro. A quota que é bem comum está em contitularidade e cada contitular, na nossa leitura, é sócio da sociedade. Logo, não será necessário o consentimento da sociedade para a cessão se o regime do artigo 228.º, n.º 2, do CSC não tiver sido afastado. Se, pelo contrário, o artigo 8.º, n.º 2, se aplicasse, o ex-cônjuge não seria visto como sócio nas relações com a sociedade e o consentimento seria necessário³⁸.

³⁶ Com outra leitura, considerando que a «lei não indica o modo de exercer os poderes para os quais aquele representante comum é incompetente», RITA LOBO XAVIER, «Participação social em sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do "sócio"», p. 1011.

³⁷ RITA LOBO XAVIER, «Participação social em sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do "sócio"», cit., p. 1013, considera, para os casos em que entende necessário o consentimento do outro contitular, que o voto do ex-cônjuge é anulável.

³⁸ V. Ac. RL 26.4.1990, CJ, II, p. 166.

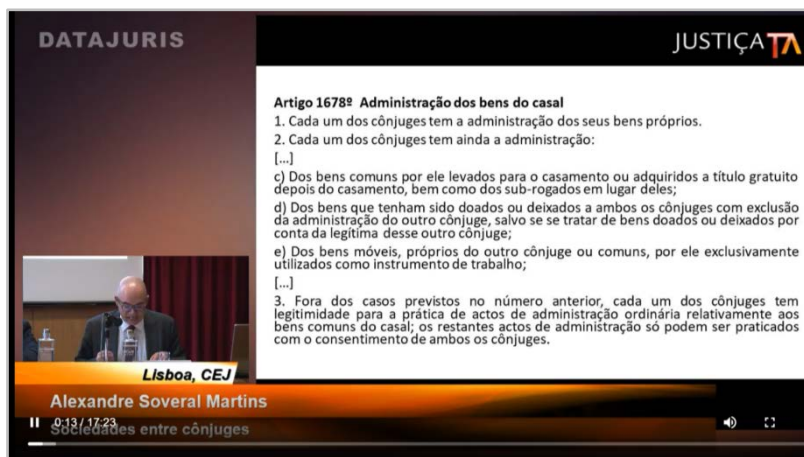
Vídeos da apresentação

Vídeo 1




→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1p9v53l79/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2rj04o6xxw/desktop.mp4?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



5. União de facto - questões patrimoniais

Ana Paula Boularot

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. UNIÃO DE FACTO – QUESTÕES PATRIMONIAIS

Ana Paula Boularot*

I Noção de união de facto
II União de facto e casamento
III Regulamentação da união de facto
IV Efeitos patrimoniais resultantes da cessação da união de facto, sua consubstanciação doutrinária e jurisprudencial
Bibliografia
Vídeos da apresentação

A união de facto, tal como decorre do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, constitui-se quando duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo se juntam e passam a viver em comunhão de leito, mesa e habitação, como se de marido e mulher se tratassem, sendo as suas condições de eficácia – para além dessa comunhão de vida – que tal comunhão se mantenha há pelo menos dois anos e que não haja entre os seus membros qualquer impedimento dirimente ao seu casamento, se o quiserem vir a celebrar.

Por outra banda, quer as relações pessoais quer as relações patrimoniais na união de facto não estão sujeitas ao regime específico que o casamento prevê quanto a esta matéria¹.

Quer os efeitos pessoais, quer os efeitos patrimoniais da união de facto são diversos dos que provêm do casamento, ficando estes (os patrimoniais) sujeitos ao regime geral, sem prejuízo, contudo, do que as partes possam convencionar entre si sobre os aspectos patrimoniais da sua relação (v.g. aquisição de bens em conjunto, abertura conjunta de contas bancárias e sua movimentação)².

As regras substantivas que regulam as relações entre os cônjuges, bem como entre estes e terceiros, são regras especiais que não compreendem aplicação analógica.

Enquanto a lei civil define o casamento como um contrato («Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste código»), daí fazendo decorrer uma panóplia de direitos e deveres de ordem pessoal e patrimonial, a Lei n.º 7/2001 aponta-nos para uma noção do que é a união de facto no seu artigo 1.º, n.º 1, ao dizer que a mesma ocorre quando duas pessoas independentemente do seu sexo vivam em união (de cama, mesa e habitação) há mais de dois anos, omitindo qualquer tipo de formalidade para a sua constituição.

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça.

¹ «(...) Não assumindo compromissos, os membros da união de facto não estão vinculados por qualquer dos deveres pessoais que o artigo 1672.º CCiv impõe aos cônjuges. (...)», e não «...têm aplicação as regras que disciplinam os efeitos patrimoniais do casamento independentes do regime de bens, o chamado “regime primário” (artigos 1678.º–1697.º CCiv) (...)» – Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito Da Família, 2.ª edição, vol. I/100 e 1002.

² À semelhança, por exemplo, dos Pacs franceses.

Trata-se da união livre de duas pessoas independentemente do respectivo sexo que, para produzir eficácia imediata, apenas está dependente do respectivo arbítrio e que, para produzir eficácia jurídica pontual (naqueles pontos que a Lei expressamente protege), deverá manter-se por um período superior a dois anos.

A Lei n.º 7/2001, referindo-se às «Medidas de Protecção da União de Facto», acaba por naquele artigo 1.º, n.º 1, enunciar que «A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos», tendo acrescentado no artigo 9.º que «O Governo publicará no prazo de 90 dias os diplomas regulamentares das normas da presente lei que tal careçam», disposição esta que – entretanto – caducou por inércia governamental na produção de dispositivos legais reguladores de situações previstas menos óbvias, carenciadas, por isso, de um desenvolvimento mais aturado.

Quer dizer, por um lado, a Lei visa regulamentar a situação das pessoas, mas por outro, reconheceu a necessidade de regulamentar algumas das normas aí contidas, embora tenha acabado por omitir qualquer acrescento legal: trata-se, afinal, de um diploma que regulamenta uma situação que reconhece não ficar regulamentada e que, por isso, se previu a necessidade de regulamentação, mas que não regulamentou levando à caducidade da norma que a previa, o que nos traz inúmeras dificuldades, as quais, decorridos dezoito anos sobre a entrada em vigor da lei, ainda se encontram por resolver.

Por isso, encontrando-se a regulamentação das normas regulamentares insertas no diploma por realizar, não se sabendo se alguma vez essa regulamentação terá ou não lugar, tendo expirado a previsão da sua criação normativa, as situações de união de facto têm de ser abordadas com a legislação que temos, as quais consistem apenas em normas de protecção jurídica daquele *status*, nas circunstâncias aí prevenidas, bem como noutras disposições legais, n.º 2 do artigo 1.º.

Tal protecção passa pela atribuição de algumas faculdades e alguns direitos (quer às uniões heterossexuais, quer às homossexuais), tais como:

- Regime idêntico ao dos casados em termos de IRS, se assim o entenderem;
- Partilha do património comum, no caso de a relação se extinguir, efectuada segundo as regras de direito comum (lançando-se mão da acção declarativa para divisão de coisa comum);
- No caso de ruptura e a casa:
 - For própria, o artigo 4.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2001, manda aplicar o preceituado no artigo 1793.º do Código Civil, podendo um dos membros solicitar ao tribunal que lha dê de arrendamento;
 - For arrendada, podem os elementos acordar em que a posição de arrendatário fique a pertencer a qualquer deles, artigos 4.º e 1105.º do Código Civil, cabendo ao Tribunal decidir, na falta de acordo (n.º 2 deste preceito);
 - Em caso de morte, o membro sobrevivente tem direito a alimentos da herança, nos termos do artigo 2020.º;

- O direito real de habitação da casa de morada comum e o direito de preferência na venda da casa durante cinco anos (embora se trate de um direito sem grande relevo jurídico, pois não se aplicará se ao falecido sobreviverem filhos com menos de um ano ou que com ele vivessem há mais de um ano e pretendam continuar a viver na casa, ou se houver disposição testamentária em contrário (artigos 3.º, alínea a) e 5.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001);
- Transmissão do direito ao arrendamento (artigo 1106.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil;
- Direito ao subsídio por morte e à pensão de sobrevivência, nos termos do artigo 40.º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, desde que se encontrem preenchidas as condições do artigo 2020.º, n.º 1, do CCivil (artigo 6.º daquela Lei);
- Direito às prestações por morte resultantes de acidente de trabalho ou doença profissional e às pensões por preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao país (artigo 3.º, alíneas f) e g), da Lei n.º 7/2001 e DL n.º 666/99, de 6 de Novembro).

Todo este regime nos inculca a ideia de que o legislador pretende aproximar alguns dos efeitos da união de facto aos do casamento, pelo menos em aspectos patrimoniais essenciais, v.g., os fiscais, os respeitantes ao destino da casa de morada de família e segurança social³.

Contudo, a equiparação, sem mais, da união de facto ao casamento, não se fazendo apelo ao espírito do sistema normativo, levaria a uma situação que afrontaria o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da nossa Lei Fundamental, o qual impõe o tratamento das situações iguais de forma igual, e das situações diferentes de forma diferente, na justa medida da diferença.

Se não.

A lei civil, no artigo 1576.º diz-nos, além do mais, que «são fontes das relações jurídicas familiares o casamento (...)», sendo que, a Constituição da República, no seu artigo 36.º, ao estabelecer, no seu n.º 1, que «Todos têm direito a constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade», parece distinguir a família do casamento, deixando bem expresso que aquela pode não se fundar exclusivamente neste⁴.

Assim sendo, embora a família e o casamento constituam realidades bem diversas, a protecção constitucional dirigida à família, não se esgota na família conjugal, abarcando a família natural (cfr. artigo 67.º, n.º 1, da CRP), numa abertura constitucional à diversidade e pluralidade das relações familiares hodiernas bem como no reconhecimento da relevância da família

³ Carbonnier, citado em nota de pé de página (53), por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o.c., 92 «fala da “emergência da ideia de estatuto” para caracterizar a evolução mais recente da legislação sobre a união de facto».

⁴ «(...) Conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento a Constituição não admite, todavia, a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada” (...)» – Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª edição, 220.

constituída por pais e filhos, ainda que nascidos fora do casamento ou resultantes de adopção (artigos 36.º, n.ºs 3, 4, 5 e 6, e artigos 68.º e 69.º da CRP)⁵.

Aquela mesma Lei constitucional, ao estipular no n.º 2 do seu artigo 36.º que «A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução por morte ou divórcio independentemente da forma de celebração», contém em si a garantia do «instituto matrimonial» mas protege – igualmente – outras realidades, de onde se pode concluir, e como ponto de partida, que a família e o casamento, constituem objecto de garantia constitucional⁶.

O direito a constituir uma família fora do casamento, ou a não constituir qualquer família, fora ou através do casamento, é um direito fundamental dos cidadãos, expressão do seu direito à liberdade e à sua autodeterminação e sendo a família uma substancialidade imediata do espírito tem como determinante a autoconsciência da sua própria individualidade, nessa mesma unidade⁷.

Aliás, veja-se que o casamento nos aparece no Código Civil de 1867, no artigo 1056.º e, posteriormente, no artigo 1.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, como «um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente com o fim de constituírem legitimamente a família».

Esta noção acabou por ser, no seu contexto, transportada para o Código Civil de 1967 e posteriormente mantida – na reforma de 1977 – muito embora se tenha alterado a redacção anterior, *maxime*, com a abolição do advérbio «legitimamente», por imperativos de ordem constitucional (cfr. artigo 36.º da CRP), pois, actualmente (e ao arrepio de diferentes entendimentos⁸), é possível a existência, ou coexistência, de famílias emergentes ou não de casamento, estabelecendo a nossa Constituição o direito de constituir família, a par do direito de contrair casamento. Subsequentemente, com a alteração da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, a noção de casamento, constante no artigo 1577.º, passou a ser mais abrangente «como contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma comunhão de vida nos termos das disposições deste Código».

Poderemos daí extrair a intenção do legislador de proteger outras realidades, como as uniões de facto, às quais atribui, além do mais, a virtualidade de serem susceptíveis de criar relações jurídicas familiares e de serem fonte dessas mesmas relações, com todas as consequências daí advenientes, mas sem estarem adstritas a quaisquer disposições impositivas de direitos e obrigações, de uma maneira geral⁹.

⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Anotada, 398.

⁶ Flaquer, *in* Hogares sin familia o familias sin hogar, Papers, 1991, 68.

⁷ Hegel, *in* Filosofia do Direito, 158.

⁸ Antunes Varela, Direito da Família, 1982, 386.

⁹ Digo de uma maneira geral, porquanto as relações de filiação decorrentes de uniões de facto, estão sujeitas à injuntividade das disposições legais atinentes às matérias quer de estabelecimento da filiação, quer de regulação de responsabilidades parentais, além do mais.

Ao contrário da maioria das legislações, o nosso legislador preferiu manter a noção de casamento por uma questão de tradição, sendo que a mesma levanta dificuldades, por vezes, insuperáveis^{10 11}.

O casamento mais não será do que um acto jurídico atributivo de um estado civil, ou seja, da relação que um individuo se acha perante a família, enquanto instituição, e que por isso lhe modifica a sua capacidade em geral, fazendo-lhe atribuir um conjunto de direitos mais determinado, maior ou menor, com relação a essa mesma capacidade¹².

Com a protecção de outras realidades, estar-se-á a produzir uma alteração a nível sociológico e jurídico, que vai da concepção tradicional do matrimónio como vínculo legal até à do matrimónio como facto afectivo regulamentado, de carácter estável e cujas consequências se produzirão enquanto a relação subsistir¹³.

Neste sentido cumpriria, então, concluir que a absorção pelo direito das mudanças sociais operadas na família, acabaram por desenhar paralelamente ao modelo matrimonial tradicional, uma família de tipo contratual, não necessariamente matrimonial, de estrutura igualitária e configuração plural, subordinada aos interesses individuais dos seus elementos e de acordo com a concepção anglo-americana «*from union to companionship*»¹⁴.

Casamento e união de facto têm vindo a aproximar-se, não pelos efeitos que o legislador tende a dar a esta, mas também pela tendência social de conferir ao casamento cada vez menos relevo¹⁵.

Mas a circunstância de o casamento e a união de facto se terem vindo a aproximar – por via de alguns efeitos jurídicos que o legislador atribui a esta realidade – não quer significar que a mesma tenha sido institucionalizada, porque, entre nós, trata-se de uma comunhão de vida que não assenta num vínculo de direito, mas antes se funda num vínculo que não é reconhecido, como tal, pelo ordenamento jurídico à luz do qual se qualifica¹⁶.

O legislador, na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, apenas nos dá a definição de união de facto e os efeitos que dela poderão decorrer, não tendo, no entanto, consagrado a situação como

¹⁰ Vejam-se a este propósito a Constituições belga, dinamarquesa, dos Estados Unidos, finlandesa, francesa, grega, luxemburguesa, holandesa e sueca, bem como os textos constitucionais do Reino Unido, que não têm quaisquer normas referentes quer ao casamento quer aos direitos e deveres dos cônjuges dele decorrentes.

¹¹ Maria Isabel Velez e Maria Francisca Alcón Yustas, Las Constituciones de los Quince Estados de La Unión Europea, Textos Y Comentarios, 1996; Ralph Mitchell, Um índice para a Constituição dos EUA, 1980; Jorge Miranda Constituições de Diversos Países, vol. I e II, 3.ª edição.

¹² Cabral de Moncada, Lições de Direito Civil, 1.º, 301.

¹³ V. Reina e J. Martinelli, Las Uniones Matrimoniales de Hecho, Marcial Pons, Madrid, 1996, 29.

¹⁴ Glendon, The Transformation of Family Law, The University of Chicago Press, 1989, 143; Pedro Talavera Fernández, La unión de hecho y el derecho a no casarse, Editorial Comares, 2001, 21.

¹⁵ Já em 1969 o Ministro da Justiça da Suécia propunha que fosse consagrada na legislação do país a definição de casamento como «união voluntária de duas pessoas independentes» – F. M. Pereira Coelho, Casamento e Família no Direito Português, in Temas De Direito da Família, 1986, Almedina, 5.

¹⁶ «(...) Na sua base existe sempre – elemento positivo – uma relação de facto, mas falta sempre – elemento negativo – uma ligação de direito. O traço comum a estas uniões de puro facto é o de existirem, de facto, sem terem sido fundadas originalmente num direito (...)» – Gérard Cornu, Droit Civil. La Famille, 8.ª edição, 82, tradução livre do original em francês.

instituto jurídico através do seu reconhecimento por via judicial ou administrativa, como acontece noutros países^{17 18}.

Compulsados os normativos contantes da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, de nenhum deles se poderá inferir – quer do seu espírito quer da sua letra – que o legislador previu a criação de um *status* autónomo de «unido de facto», sem embargo de se poder constatar a preocupação legislativa dada, em determinadas circunstâncias, à vivência de duas pessoas nas condições prevenidas no seu artigo 1.º, daí fazendo decorrer determinados efeitos jurídicos.

O legislador de 2001, como anteriormente o tinha feito o legislador de 1999, na Lei n.º 135, de 28 de Agosto, limitou-se a consagrar as medidas de protecção de que gozam as pessoas que vivam em união de facto (introduzindo-lhe a vertente «independentemente do sexo») e os casos em que tais medidas não têm aplicação (excepções consagradas no artigo 2.º), não avançando nem discutindo a hipótese da consagração da união de facto como instituto jurídico¹⁹.

Quer isto dizer que o legislador não quis atribuir qualquer estatuto jurídico à união de facto e, em sede de interpretação da Lei, «Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso».

Mas isso significará que a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, ao estipular que a união de facto se dissolve por sentença judicial, admite que pode ser constituída pela mesma via, daí se retirando um assomo de atribuição de alguma juridicidade?

Tal interpretação é falaciosa, porque efectuada fora do contexto normativo: é que, a dissolução da união de facto prevenida pelo artigo 8.º, n.º 1, alínea b), daquele diploma, apenas tem lugar judicialmente como indica o seu n.º 3²⁰, de onde se poder concluir, com toda a segurança, que a acção a intentar pode não ter como objectivo principal a dissolução da união de facto, mas antes o reconhecimento de determinados direitos cuja existência conjunta deixa de se justificar uma vez que as circunstâncias de vida se alteraram e as pessoas já não vivem como casal.

Viver em união de facto, pelo menos durante um certo período de tempo (superior a dois anos), seria suficiente para consubstanciar tal actuação, mesmo sem qualquer declaração

¹⁷ Cfr. os vários exemplos legislativos de países da América latina, PALOPs, europeus e EUA, que consagraram tal solução, citados por Salter Cid, *in* A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o facto e o direito, 43.

¹⁸ «(...) Este tipo de soluções corresponde, no fundo, à criação de uma outra «categoria» de uniões à margem do casamento. Legalmente reconhecidas e objecto de instituto próprio, de um tratamento jurídico particular mais ou menos próximo do dispensado à relação jurídica matrimonial são transformadas em uniões de direito; e, no entanto, permanecem à margem do casamento (...); Salter Cid, *ibidem*, 52.

¹⁹ A propósito a discussão parlamentar do Projecto de Lei, *in* Salter Cid, *ibidem*, 658 e seguintes.

²⁰ A declaração judicial de dissolução da união de facto deve ser proferida na acção mediante a qual o interessado pretende exercer direitos dependentes da dissolução da união de facto, ou em acção que siga o regime processual das acções de estado (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da Lei 7/2001).

expressa ou tácita, num «comportamento concludente», susceptível de transformar tal relação numa «união de direito», num casamento presumido²¹.

Este casamento presumido – por posse de estado de pseudocasado – esbarra com a sua consagração legal, no artigo 1653.º do Código Civil²².

É que esta solução seria possível em acção registal de processo de justificação administrativa nos termos dos artigos 241.º e seguintes do CRCivil, intentada por ambos os interessados, destinada a suprir a omissão ou a perda de registo de casamento, o que conduz, necessariamente, a duas conclusões:

- A primeira é que para se socorrerem desta solução, os interessados contraíram casamento por uma das formas admitidas pela Lei, mas por qualquer eventualidade, houve omissão do registo ou este veio a perder-se;
- A segunda, é que não se pode presumir uma posse de estado de casado em relação a pessoas que não querem usar desse estatuto.

A Lei prevê que a dissolução da união de facto, por vontade de um dos membros, possa vir a ser judicialmente declarada, quando se pretendam fazer valer direitos que dela dependam, como já assinalamos supra (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio), mas questionamo-nos se:

- Esta declaração dissolutória é autonomamente exigida para efeitos de partilha de bens entre os unidos de facto, por exemplo;
- Ou se pode a mesma ser cumulativamente demandada, conjuntamente com o demais pedido a título patrimonial, já que pouco ou nenhum sentido fará para este efeito preciso, a existência de uma acção autónoma.

Nos casos em que se pretende apenas fazer decorrer dessa dissolução as consequências patrimoniais normais, questionamo-nos, também a que título seriam as mesmas exigíveis:

- Se seria através da aplicação à situação factual criada, do regime jurídico da sociedade civil, por analogia, aplicando as regras atinentes à liquidação;
- Ou do instituto do enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 473.º, n.º 1, do Código Civil, porquanto este instituto pressupõe a inexistência de causa justificativa para o enriquecimento, ou se a outro título, pois o que se cura aqui é com base no apuramento das contribuições de cada um dos parceiros na construção de um património em comum, por via de uma união de facto entretanto desfeita, e a sua subsequente divisão e partilha.

A doutrina e a jurisprudência têm discutido esta problemática, havendo uma tendência muito forte para a incluir no enriquecimento sem causa, não obstante, neste instituto, tenhamos de recorrer à situação da *conditio ob causam finitam* – isto é, enriquecimento por via de uma

²¹ Telma Carvalho, A união de facto: a sua eficácia jurídica, in AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil, 233.

²² Veja-se a propósito do elemento histórico e teleológico do preceito Pires de Lima e Antunes Varela, in Código Civil Anotado, 2.ª edição, vol. IV/217.

causa que deixou de existir, sendo o elemento constitutivo do direito à repetição do indevido, o desaparecimento daquela causa que justificava a deslocação patrimonial havida. Esta situação não nos deixa de criar umas certas dúvidas (nomeadamente ao nível da pureza do instituto, o qual impõe a inexistência de causa, sendo certo que tal causa existiu e foi devido à sua existência que o enriquecimento ocorreu): trata-se de uma construção eivada de autojustificações²³.

Temos muitas dúvidas.

Em primeiro lugar, não sei até que ponto a própria união de facto, enquanto acordo livre e consciente, não pode ela própria justificar o ressarcimento, na medida em que a união em si envolve uma série de acordos baseados no princípio da liberdade contratual e na autonomia das partes, os quais são intrínsecos à situação criada, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001.

Se defendermos que a união de facto se poderia reconduzir a uma sociedade de facto e, por isso, não estaria sujeita na sua formação (em princípio), a qualquer formalidade especial, somos confrontados com a noção de sociedade que nos é dada pelo artigo 980.º do Código Civil pois, segundo este normativo, «Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade».

Esta noção de sociedade está longe de corresponder à noção de união de facto que nos é dada pelo artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, a qual (embora não parecendo poder ser aplicável às situações de coabitação de que cura aquele diploma), evitaria qualquer acção judicial com vista ao seu reconhecimento: só no caso de dissolução da sociedade por declaração de insolvência da mesma, a pedido dos próprios ou de terceiros nos termos do artigo 1007.º, alínea f), do Código Civil, é que poderia haver um pré-reconhecimento necessário com vista à sua extinção.

²³ Cfr. os Acórdãos do STJ (todos disponíveis *in* www.dgsi.pt) de:

- 9 de Março de 2010 (Relator Fonseca Ramos);
- 31 de Maio de 2011 (Relator Salazar Casanova);
- 2 de Junho de 2011 (Relator João Trindade);
- 6 de Julho de 2011 (Relator Sérgio Poças);
- 13 de Setembro de 2011 (Relator Nuno Cameira);
- 7 de Fevereiro de 2013 (Relator Fernando Bento);
- 29 de Outubro de 2013 (Relator João Camilo);
- 20 de Março de 2014 (Relator Nuno Cameira);
- 5 de Maio de 2015 (Relator Martins de Sousa);
- 8 de Novembro de 2016 (Garcia Calejo);
- 7 de Março de 2017 (Relator Abrantes Geraldês);
- 24 de Março de 2017 (Relator António Joaquim Piçarra);
- 24 de Outubro de 2017 (Relatora Ana Paula Boularot);
- 7 de Novembro de 2017 (Relator Pedro Lima Gonçalves);
- 11 de Abril de 2019 (Relatora Maria do Rosário Morgado);
- 27 de Junho de 2019 (Relator Pinto de Almeida);
- 4 de Julho de 2019 (Relator Oliveira Abreu);
- 19 de Setembro de 2019 (Relator José Rainho).

Por outro lado, arrimando-nos no artigo 8.º do Código Civil, no qual se predispõe que na decisão a proferir, o julgador deverá ter em atenção o espírito do sistema e, neste, todos os casos que mereçam tratamento análogo, por forma a obter-se uma aplicação uniforme do direito, não nos repugna, que em sede de dissolução da união de facto, se possa fazer apelo àquele instituto.

Outrossim, poderíamos recorrer à figura da associação em participação (agora regulada pelo DL n.º 231/81, de 28 de Julho), na medida em que, no artigo 21.º, n.º 1 desse diploma, se prevê «A associação de uma pessoa a uma actividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda, regular-se-á pelo disposto nos artigos seguintes», acrescentando o seu n.º 2 que «É elemento essencial do contrato a participação nos lucros; a participação nas perdas pode ser dispensada», e no n.º 3 se predispõe que «As matérias não reguladas nos artigos seguintes serão disciplinadas pelas convenções das partes e pelas disposições reguladoras de outros contratos, conforme a analogia das situações».

Seguindo sempre a lógica imposta pelo artigo 8.º do Código Civil, *supra* citado, fazendo apelo à unidade do sistema jurídico, julgo que se poderá equacionar, também, como solução, o recurso a esta figura, nomeadamente em termos de consequências a tirar aquando da sua extinção (artigo 27.º, alíneas b) ou f) – impossibilidade de realização do objecto e/ou vontade unilateral de um dos membros), e através da prestação de contas aludida no artigo 30.º, este, como aquele, do DL n.º 231/81, de 28 de Julho.

É certo que sempre se poderá argumentar, quer numa ou noutra das soluções alvitadas, que os institutos em tela pressupõem a existência de um fim económico que a união de facto, em si, não comporta.

Contudo, sempre se dirá, que estamos em sede de contratos atípicos, vigorando o que a propósito estipula o n.º 2 do artigo 405.º do Código Civil, podendo-se fazer apelo às regras de vários contratos, para solucionar a questão.

A *vexata quaestio* que se nos coloca neste particular do instituto da união de facto é a aplicação das regras do enriquecimento sem causa, na modalidade que é sempre chamada a actuar, da *conditio ob causam finitam*, a que alude o artigo 473.º, n.º 2, do Código Civil, isto é, o ressarcimento por via de uma causa que deixou de existir.

O primeiro problema que se nos depara aqui é o de que – a seguir-se este caminho (que, diga-se, é o que tem mais aceitação a nível jurisprudencial) – está-se a querer dizer que a união de facto *a se*, é uma causa justificativa do enriquecimento enquanto dura), deixando de o ser quando se dissolve, o que não deixa de ser contraditório, porquanto, a ideia subjacente a tal figura, é a da completa ausência de qualquer contratualidade (e, se não existe qualquer elo negocial, como é que se poderá falar de uma causa que deixa de existir...).

Entra-se num raciocínio em círculo, portanto.

Chamamos aqui à colação neste conspecto, a figura da *condictio ob rem ou condictio causa data causa non secuta*, a qual configuraria (segundo o direito romano) um meio de obtenção da restituição da prestação em sede de negócios inominados, desprovidos de meio específico de ressarcimento, quando não fosse realizada a contraprestação.

Apesar deste instituto ter caído em desuso, devido ao facto de ser possível a exigência coercitiva de tais contratos inominados, a sua continuada existência e eventual aplicação à união de facto, pressuporia que a sua manutenção pudesse ser caracterizada como uma contraprestação, o que iria contra a própria filosofia da união de facto, embora o artigo 473.º, n.º 2 preveja a restituição do que tenha sido recebido em vista de um efeito que não se verificou, mas aqui, voltamos à questão posta anteriormente: se o efeito visado se não verificou, é porque tínhamos antes um efeito que se visava, e se a união de facto carece de plataforma negocial para a sua existência, a mesma é omissa quanto ao conteúdo de eventuais efeitos. Logo, não poderíamos fazer apelo àquele segmento normativo²⁴.

Bom, de qualquer forma, seja qual for a solução a adoptar, certo é que os Tribunais não se poderão recusar a julgar e, fazendo-o, há que aferir qual a deslocação patrimonial ocorrida e qual a medida do enriquecimento indevido, e este, apenas nos é suscitado aquando da ruptura da união de facto e em situações em que está em causa, de uma forma geral, direitos de propriedade, já que em relação a outras deslocações efectuadas a título de participações várias para os encargos normais da vida doméstica, a jurisprudência tem entendido que não são restituíveis, por se tratar de despesas inerentes à vida corrente, constituindo um encargo de quem vive em comunhão, e/ou de obrigações naturais (o mesmo acontecendo em relação ao trabalho e às despesas com filhos menores, encargos estes que decorrem do cumprimento dos deveres parentais *tout court*).

A busca de uma solução tem de ter em atenção, sempre, a justiça do caso concreto a qual terá de passar pela análise detalhada das deslocações patrimoniais efectivamente havidas e da prova da existência de (in)justificação para as mesmas.

BIBLIOGRAFIA

- Antunes Varela, Direito da Família, 1982
- Cabral de Moncada, Lições de Direito Civil, 1.º.
- Flaquer, Hogares sin familia o familias sin hogar, Papers, 1991
- F. M. Pereira Coelho, Casamento e Família No Direito Português, *in* Temas De Direito da Família, 1986, Almedina, 5.
- Gérard Cornu, Droit Civil. La Famille, 8.ª edição.

²⁴ Cfr. Júlio Gomes, *in* O enriquecimento sem causa e a união de facto, CDP 58, Abril/Junho 2017.

- Glendon, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989.
- Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição
- Hegel, *Filosofia do Direito*.
- Hugo Cunha Lança, *Dormir com alguém, acordar com o Estado: reflexões sobre a Lei da União de Facto*, RCEJ, n.º 24, 2014.
- Jorge Miranda, *Constituições de Diversos Países*, vols. I e II, 3.ª edição.
- Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada*.
- Júlio Manuel Vieira Gomes, *O enriquecimento sem causa e a união de facto*, CDP 58, Abril/Junho 2017.
- Júlio Manuel Vieira Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*, Universidade Católica, Porto 1998.
- Maria Isabel Velez e Maria Francisca Alcón Yustas, *Las Constituciones de los Quince Estados de La Unión Europea*, Textos Y Comentarios, 1996.
- Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I, 2017, 14.ª edição.
- Pedro Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Editorial Comares, 2001.
- Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, 2.ª edição, vol. I/100 e 1002.
- Pires de Lima e Antunes Varela, *in Código Civil Anotado*, 2.ª edição, vol. IV.
- Ralph Mitchell, *Um índice para a Constituição dos EUA*, 1980.
- Rossana Martingo Cruz, *União de Facto versus Casamento – Questões pessoais e patrimoniais*, Gestlegal, 2019.
- Salter Cid, *in A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o facto e o direito*.
- Telma Carvalho, *A união de facto: a sua eficácia jurídica*, *in AAVV*, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil*.
- V. Reina e J. Martinelli, *Las Uniones Matrimoniales de Hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Vídeos da apresentação

Vídeo 1




→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1yoq37d7fs/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/4fhm8u2xt/desktop.mp4?locale=pt>



6. Acção de reconhecimento da união de facto para aquisição de nacionalidade portuguesa

Irene Espinheira Oliveira

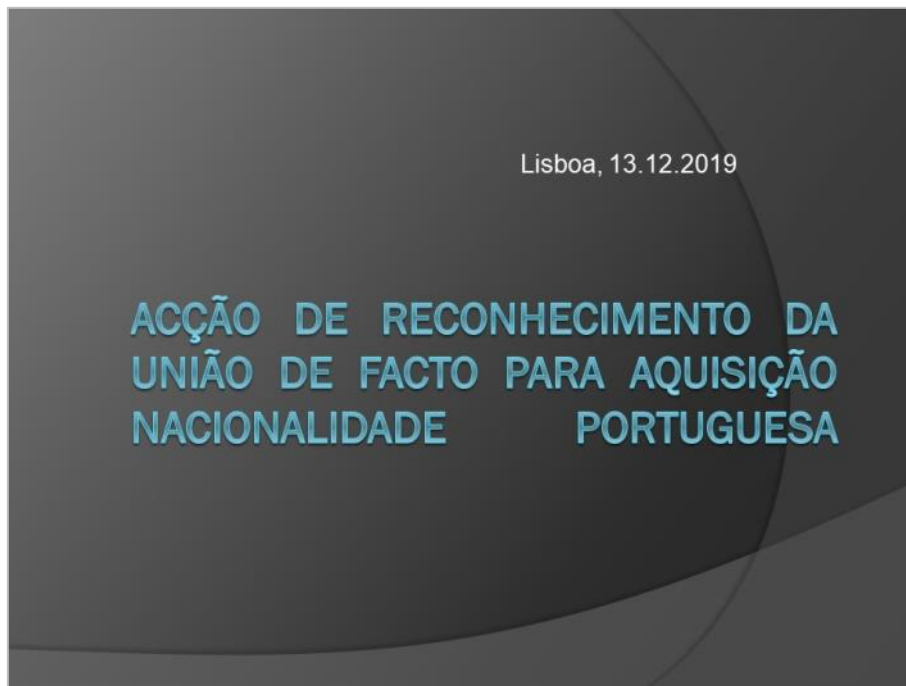
C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE FACTO PARA AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE PORTUGUESA

Irene Espinheira Oliveira*

Apresentação *Power Point*
Vídeo da intervenção

Apresentação *Power Point*



* Procuradora da República.

Intervenção do Ministério Público

- Questões Práticas

Lei da Nacionalidade Lei 37/81 de 03.10

- A união de facto entre um estrangeiro e um nacional, é equiparada ao casamento para efeitos de aquisição da nacionalidade.
- A comunhão de vida com um português – durante um período mínimo de 3 anos – é um pressuposto de facto que permite a aquisição da nacionalidade portuguesa.
- No casamento, o estrangeiro pode adquirir nacionalidade mediante uma mera declaração vontade feita na constância do matrimónio – cfr. art. 3º, nº 1, Lei nº 37/81. Aqui, o assento de casamento vale como documento probatório bastante.
- Na união facto já é exigido o seu reconhecimento por via - judicial cfr. art. 3º, nº 3 Lei nº 37/81.

Lei da Nacionalidade

Casamento

- ◉ Art. 3º, nr. 1
- ◉ Há mais de 3 anos
- ◉ Mera declaração vontade
- ◉ Assento de casamento vale como documento probatório bastante

União de Facto

- ◉ Art. 3º, nr. 3
- ◉ Há mais de 3 anos
- ◉ Sentença judicial reconhecendo a existência da união de facto

Art. 3º, nº. 3:

«O estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de facto há mais de 3 anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após acção de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível»

Porque é exigido o reconhecimento judicial da união de facto?

- Está em causa um interesse nacional, público e político.
- Quem adquire a nacionalidade portuguesa adquire também a cidadania europeia, com todos os seus benefícios (ex. livre circulação de pessoas);
- Visa diminuir os riscos de abusos e fraudes.

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA UNIÃO DE FACTO PARA AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

Duas fases:

- 1ª Fase judicial: acção judicial de reconhecimento da união de facto, a instaurar nos tribunais judiciais.
- 2ª Fase administrativa: corre termos na Conservatória dos Registos Centrais – art. 16º, da Lei da Nacionalidade

Acção Judicial

- M.P. tem sempre intervenção.
- É citado para contestar em representação do Estado: o M.P. intervêm em nome próprio – Estado colectividade – porque está em causa um interesse da sociedade e da ordem pública: a nacionalidade portuguesa.

O que fazer?

- Instaurar processo administrativo para recolha de elementos com vista à elaboração da contestação;
- Comunicar superiormente: por estar em causa um interesse do Estado.
- Isento pagamento taxa de justiça – art. 4º, nr. 3, al. a) do R.C.P.

TRIBUNAL COMPETENTE

TERRITÓRIO:

Domicílio Autor - art. 81º, nr. 1, C.P.C.
(porque o réu é o Estado)

MATÉRIA:

Juízo Local Cível
OU
Tribunal Família e Menores?

- ◉ Texto lei refere expressamente “*tribunal cível*” – *art. 3º, nº. 3, da Lei da Nacionalidade*.
- ◉ Esta questão parece líquida face ao texto da lei, mas na prática jurisprudencial existem entendimentos diversos.

Ac. Relação de Lisboa de 11.12.2018 (proc.º 590/18.1T8CSC.L1-6) atribuiu competência aos tribunais família e menores.

Neste processo já o juízo local cível se tinha declarado materialmente incompetente.

Fundamentos:

- Artº. 122º, nº. 1, al. g), da LOSJ, que refere: «*Outras ações relativas ao estado civil das pessoas e família*», entendendo que “*estado civil*” engloba união de facto por contender com a situação ou posicionamento das pessoas relativamente ao casamento;
- Que é o modo como a relação jurídica é delineada pelo A. na P.I. que permite determinar e/ou aferir a competência do tribunal;
- A competência do tribunal judicial comum é residual: só quando um tribunal especializado não for competente;
- Sendo o objectivo da acção o reconhecimento judicial de uma situação de facto, tal constituiu matéria de família.

No entanto, não se debruça sobre o facto do texto da lei referir expressamente “*tribunal cível*”.

Ac. R. Lisboa de 25.10.2018 – proc.º 25835/17.1T8LSB.L1-6 - *refere que a competência é do juízo local cível, invocando precisamente como fundamento o texto da lei da nacionalidade (nº 3, do art. 3º).*

A questão principal colocada neste recurso visava aferir da competência internacional dos tribunais portugueses para este tipo de acção.

- Tipo de acção: acção declarativa de simples apreciação – artº. 10º, nº. 1 e 2, al. a), do C.P.C. – visa apenas obter a declaração da existência ou inexistência de um direito ou facto.
- Forma de processo: comum – art. 548º, do C.P.C.

LEGITIMIDADE

PASSIVA:

ESTADO PORTUGUÊS

É quem tem interesse em contradizer a acção

ACTIVA:

Só o estrangeiro candidato a nacional
ou
também o nacional?

- A lei não exige o litisconsórcio necessário activo: nem a Lei da Nacionalidade, nem o C.P.C.
- Mas a lei também não impede que sejam os dois – o estrangeiro e o nacional - a figurarem como autores na acção.
- Apenas o estrangeiro tem interesse directo na procedência da acção.
- Na maioria das acções propostas os dois membros da união de facto figuram como autores (litisconsórcio activo).
- No Acórdão da Relação do Porto de 29.10.2012 – proc.º 38/11.2TBVCD.P1 – entendeu-se que apenas é necessário figurar como autor o estrangeiro candidato a nacional.

PROVA:

Existência ou não da união de facto

Ónus Probatório

Autor

- ◉ Provar os elementos constitutivos do direito que invoca - art. 342º, nr. 1, C. Civil
- ◉ A união de facto

Estado

- ◉ Provar os factos impeditivos do direito invocado pelo A. – nr. 2.
- ◉ Os impedimentos previstos no art. 2º, da Lei 7/2001, Protecção das Uniões de Facto.

Como se prova a união de facto?

- Art.2º-A, nº. 1, da Lei 7/2001, refere que: «*Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível.*»
- 2 - *No caso de se provar a união de facto por declaração emitida pela junta de freguesia competente, o documento deve ser acompanhado de declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles*

- Prova **Documental**: declaração emitida pela Junta de Freguesia competente; documentos relativos à partilha de habitação (ex. contratos crédito, arrendamento), declarações fiscais; assentos de nascimento de filhos em comum; documentos de viagens em comum, etc.
- Prova **Testemunhal**: familiares, amigos, colegas de profissão, etc.

QUANDO O NACIONAL UNIDO DE FACTO NÃO FIGURA COMO AUTOR NA ACÇÃO, NEM É INDICADO COMO TESTEMUNHA.

Que deve fazer o Ministério Público?

O M.P. deve indicá-lo na contestação como testemunha.

A intervenção do Ministério Público rege-se por critérios de legalidade e objectividade. Na sua actuação deve velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis.

Por isso, há sempre interesse em ouvir a “*contraparte*” da união de facto – o nacional – de modo a aferir a sua posição quanto ao pedido, aferir da existência de eventual conluio ou fraude, etc.

Prova a fazer pelo M.P.: tem provar factos impeditivos do direito invocado pelo Autor:

Art. 2º da Lei 7/2001 elenca os factos impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto:

- ◉ Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto;
- ◉ Demência notória (...) e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica (atenção que agora vigora o regime do maior acompanhado, pelo eu será necessário aferir qual a concreta medida de acompanhamento que foi), salvo se for posterior ao início da união facto
- ◉ Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens;
- ◉ Parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta;
- ◉ Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.

Para se aferir da existência dos factos anteriores é necessário obter:

- ◉ Certidões integrais de nascimento de ambos os elementos da união de facto: do estrangeiro e do nacional;
- ◉ Certificados de registo criminal, caso um ou dois deles tenham sido casados;

Caso estes documentos não acompanhem a P.I., compete ao M.P. obter os mesmos, e aferir se, com base neles, se verifica algum facto impeditivo da atribuição dos pretendidos efeitos jurídicos da união de facto para efeitos de obtenção da nacionalidade, e existindo, deverá invocar esse facto na contestação, juntando o respectivo documento comprovativo.

A revelia não produz efeito cominatório neste tipo de acção:

Os factos não impugnados não são aqui considerados como confessados.

Porque nesta acção estão em causa relações jurídicas indisponíveis – art. 568º C.P.C.

E porque é uma acção sobre o estado das pessoas – conforme refere o art. 8º Lei 7/2001, 11.05

- Valor da acção: €30.000,01 – art. 303º, nr. 1, do C.P.C. - acção sobre o estado das pessoas.
- Fase julgamento: segue as regras gerais do processo comum
- Recurso da sentença: para Tribunal da Relação.
- Ministério Público pode recorrer da sentença.



Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/17sll6t8rq/desktop.mp4?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



7. Da proteção sucessória do unido de facto

Rute Teixeira Pedro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. DA PROTEÇÃO SUCESSÓRIA DO UNIDO DE FACTO

Rute Teixeira Pedro*

1. Observações Introdutórias.
 2. A proteção sucessória do unido de facto através de sucessão voluntária.
 - 2.1. A proteção sucessória do unido de facto através de disposição testamentária – considerações breves.
 3. A proteção sucessória do unido de facto por força da lei.
 - 3.1. A proteção sucessória do unido de facto por força de norma legal imperativa quanto à casa de morada de família.
 - 3.1.1. Quando a casa de morada de família se havia situado em imóvel propriedade do unido de facto falecido.
 - 3.1.2. Quando a casa de morada de família se havia situado em imóvel tomado de arrendamento a terceiro pelo unido de facto falecido.
 - 3.2. A proteção sucessória do unido de facto por força de norma supletiva.
 - 3.3. As implicações do reconhecimento de proteção sucessória por força da lei.
- Vídeos da apresentação

1. Observações Introdutórias

A união de facto é tratada, no direito português, ainda hoje, como uma situação de facto a que se reconhecem, pontualmente, alguns efeitos jurídicos¹. Apesar das sucessivas intervenções legislativas², a proteção oferecida pelo direito, que continua, por isso, a ser fragmentária, tem, entre nós, uma feição essencialmente “assistencialista”³, dirigindo-se, em especial, a contextos de crise na vida dos unidos de facto.

A situação, que vamos considerar neste trabalho, de cessação da convivência *more uxorio* ditada pela morte de um dos companheiros é um dos cenários a que o legislador dedicou particular atenção. Reconhecem-se, desde logo, ao unido de facto sobrevivente, nos termos das alíneas e), f) e g) do artigo 3.º da Lei da União de Facto⁴, os direitos

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigadora do CIJE – Centro de Investigação jurídico-económica da mesma Faculdade. Este trabalho corresponde, com desenvolvimentos ulteriores, ao texto que serviu de suporte escrito a uma sessão de formação do Centro de Estudos Judiciários que teve lugar no dia 13 de dezembro de 2019, em Lisboa.

¹ Não se trata, no entanto, do único modelo de intervenção jurídica na relação que se estabelece entre aqueles que vivem como casados fossem sem, no entanto, estarem unidos pelo vínculo do casamento. Discutindo a (des)necessidade da regulamentação jurídica da união de facto, veja-se ROSSANA MARTINGO CRUZ, *União de facto vs Casamento. Questões pessoais e patrimoniais*, Gestlegal, 2019, pp. 103 e seguintes.

² Para uma consideração da evolução do tratamento da união de facto, em Portugal, considere-se, por todos, até ao ano de 2005, NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Almedina, 2005, numa perspetiva histórica, pp. 125 a 370, e numa perspetiva jurídico-política, a partir da Constituição de 1976, pp. 497 e seguintes. Para a evolução ulterior incluindo, portanto, a importante reforma de 2010, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 60 e seguintes.

³ Inspiramo-nos na expressão usada por GUILHERME DE OLIVEIRA, que se referia a uma intervenção legislativa através de “soluções de tipo «assistencial»”. In Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de facto), in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, julho/dezembro de 2010, p. 153.

⁴ Referir-nos-emos à Lei 7/2001, de 11 de maio como Lei da união de facto. Empregaremos a abreviatura LUF para a ela nos reportarmos. Ademais informamos que qualquer norma que seja referida sem menção do diploma a que

decorrentes da aplicação do regime geral ou dos regimes especiais de segurança social para a eventualidade de morte do unido de facto beneficiário, os direitos relativos às prestações por morte resultantes da aplicação do regime jurídico consagrado para os acidentes de trabalho e para as doenças profissionais e também os direitos referentes à pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País, à luz da disciplina jurídica respetiva.

Neste trabalho não vamos ocupar-nos da tutela que é oferecida pelos regimes que acabamos de referir nem por outras normas de natureza publicística, antes nos vamos debruçar sobre a proteção que se encontra vertida em normas de natureza civilística⁵. Vamos, mais especificamente, refletir sobre algumas soluções jurídicas que podem configurar-se como mecanismos de proteção sucessória (*mortis causa*) do membro sobrevivente da união de facto. Atentaremos, quer em soluções que encontram a sua fonte na lei, quer em soluções que encontram a sua fonte em negócio jurídico, embora a nossa atenção se vá centrar nas primeiras.

Considerando que, apesar do movimento de “institucionalização” da união de facto⁶, esta é ainda, à luz da perspetivação legal vigente entre nós, uma relação que se desenvolve, em grande parte, sem aplicação de um regime jurídico especial⁷, desenvolvendo-se até, em larga medida, mesmo à margem da intervenção do direito, haverá, aqui, um amplo espaço para o exercício da autonomia privada⁸. Poderia, então, concluir-se que a proteção sucessória dos unidos de facto *qua tale* pressuporia a adoção de atos voluntários e intencionalmente praticados com esse objetivo, derivando, então, apenas ou pelo menos fundamentalmente, das disposições negociais (*máxime* testamentárias) que um dos companheiros fizesse a favor do outro. Não é, no entanto, como veremos, assim. Há, hoje, um conjunto de normas legais que consagram vários e importantes efeitos *mortis causa* – a

pertence é uma norma da Lei da união de facto na versão atualmente em vigor, a menos que outra coisa resulte do contexto em que a referência é feita.

⁵ Usando a distinção feita por RITA LOBO XAVIER não nos ocuparemos, portanto, de normas que compõem “«estatuto social», que define os direitos das pessoas a viver em união de facto face a terceiros, *maxime* perante entidades públicas, sempre que isso convenha aos interessados para efeitos de benefícios sociais, laborais, etc.”, mas antes de algumas normas (que nos parecem ter natureza sucessória) do “estatuto privado” que é aquele que é “relativo aos próprios direitos e deveres recíprocos entre essas pessoas, às exigências de solidariedade, cooperação e responsabilidade entre ambas, aos efeitos da ruptura, nomeadamente no que diz respeito à divisão da propriedade adquirida, à prestação de alimentos, à remuneração pela colaboração prestada durante a vida em comum.” Como destaca a Autora, tem havido um desequilíbrio de atenção legislativa dada a esses dois estatutos, predominando a atenção dirigida ao primeiro. Excetua-se, quanto ao segundo, uma crescente atenção face ao destino da casa de morada comum em caso de dissolução da união de facto, como, aliás, se confirmará neste trabalho. RITA LOBO XAVIER, “O «estatuto privado» dos membros da união de facto”, *Scientia iuridica*, Tomo 64, n.º 338 (maio-ago. 2015), p. 284.

⁶ A expressão é de PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial* cit., p. 67.

⁷ À míngua de um regime especial, por vezes, são convocadas normas de direito civil comum para resolver problemas carecidos de resolução. Veja-se, por exemplo, para operar a “composição” a final (“liquidação”) das relações patrimoniais entre os unidos de facto, PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial*, cit. p. 92 e CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Dissolução da união de facto”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11 (julho/setembro), 2006, pp. 62 e seguintes.

⁸ Uma autonomia que não é ilimitada, naturalmente. Ressalvam-se, portanto, os limites a essa autonomia, uns de natureza geral (em que pontifica a existência de herdeiros legítimos – descendentes ou ascendentes – do unido de facto falecido, a quem está reservada uma parte da herança da sua herança (a legítima)) e outros de natureza especial. A esse ponto voltaremos na secção 2 deste trabalho.

que, por isso, pode ser reconhecida natureza sucessória – em benefício do unido de facto sobrevivivo.

Será, precisamente, à proteção sucessória legal que dedicaremos a nossa atenção mais detida (na secção 3 deste trabalho), sem, no entanto, se negligenciar uma referência à proteção sucessória que pode ser proporcionada através de sucessão voluntária (na secção 2).

Vamos, portanto, começar por, num primeiro momento, considerar, brevemente, a tutela que deriva de um chamamento sucessório assente num título de natureza negocial. Nessa hipótese, a proteção sucessória decorrerá da produção de efeitos jurídicos por força de um negócio *mortis causa*. Resultará, portanto, não de uma opção legislativa vertida em letra de forma legal (que o autor da sucessão não pode afastar ou com a qual se conforma, consoante se trate, respetivamente, de um regime jurídico imperativo ou supletivo), mas antes de uma manifestação da autonomia privada dos particulares dirigida à produção do efeito sucessório.

Depois deslocaremos a nossa atenção para o objeto central desta apresentação: a vigência de normas legais, cuja aplicação dita, por força da morte de uma pessoa, a aquisição de determinados direitos por parte daquele com quem o falecido vivia em união de facto. Atentaremos na aquisição *mortis causa* que assim se produz. Como veremos, encontram-se, no nosso ordenamento jurídico, várias normas – umas que não podem ser derogadas por vontade dos particulares e outras que são suscetíveis de, por eles, serem afastadas – de que se extrai proteção sucessória legal para o companheiro sobrevivivo⁹. Vamos ocupar-nos de algumas delas.

2. A proteção sucessória do unido de facto através de sucessão voluntária

Antes ainda do périplo que faremos por um conjunto de soluções legais que proporcionam, no plano civilístico, proteção *mortis causa* ao unido de facto sobrevivivo na hipótese de o seu companheiro falecer, importa fazer referência à possibilidade de a tutela sucessória assentar num título de natureza negocial.

Como já ficou dito, os termos em que o tratamento da união de facto continua a ser perspetivado entre nós, proporcionam um amplo espaço para o exercício, pelos companheiros, da sua autonomia na configuração dos efeitos a derivar da sua relação, nomeadamente através da celebração de um “contrato de coabitação”¹⁰.

⁹ Como teremos oportunidade de referir ao longo deste trabalho, à medida que analisarmos cada uma das soluções consideradas, a afirmação do seu carácter sucessório suscita, em algumas situações, dúvidas da parte de alguns Autores.

¹⁰ Sobre o contrato de coabitação, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial*, cit., pp. 83 e seguintes.

No entanto, aceitando que vigora, ainda¹¹, entre nós, o princípio da proibição dos pactos sucessórios anteriores à abertura da sucessão (artigo 2028.º do Código Civil^{12 13}), não se vislumbram possibilidades de, num contrato de coabitação os companheiros conformarem os efeitos jurídicos que pretendem venham a produzir-se em caso de dissolução da união de facto, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 8.º da LUF, pela morte de um dos companheiros¹⁴. Na verdade, a celebração de pactos sucessórios só, excepcionalmente, é admitida antes do momento da abertura da sucessão a que os pactos respeitam¹⁵. Radicando as exceções – previstas nas três alíneas do n.º 1 do artigo 1700.º do CC – numa ideia de *favor matrimonii*, patente fica que a validade de um pacto sucessório, no perímetro estreito em que eles são admitidos, pressupõe a celebração de um casamento e a inclusão das disposições contratuais *mortis causa* em convenção antenupcial¹⁶. Ora, estando nós a referir-nos a uma relação de união de facto faltarão portanto esses pressupostos. Não há, portanto, à luz do artigo 1700.º do CC, margem para a celebração de pactos sucessórios institutivos consubstanciadores de doações *mortis causa* entre os unidos de facto¹⁷.

Ora, descontadas¹⁸, também, as figuras negociais, que, sendo embora *inter vivos*, servem propósitos de índole sucessória¹⁹ – a que crescentemente se vem multiplicando o recurso –,

¹¹ Apesar de os fundamentos que sustentam o princípio da proibição terem vindo a perder força. Sobre este aspeto com referências bibliográficas abundantes, vide o nosso “Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2018 - I/II, 2019, pp. 415.

¹² A natureza contratual dos pactos e consequentemente a vigência do disposto no art. 405.º depõem contra a admissibilidade dos pactos à luz da ideia de garantir, em relação ao autor da sucessão, a liberdade de disposição por morte até ao fim da sua vida e de proporcionar, quanto ao sucessível, a liberdade e esclarecimento da sua decisão de aceitar ou repudiar a sucessão até depois da morte do *de cuius*. Para além do que se acaba de referir, convocam-se também razões éticas ou de moralidade. I. GALVÃO TELLES, Direito das Sucessões. Noções fundamentais, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pp. 127 a 129 e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 48.

¹³ Usaremos a abreviatura CC para nos referirmos ao Código Civil português.

¹⁴ Note-se que RITA LOBO XAVIER propugna o “afrouxamento da proibição dos pactos sucessórios” para “permitir a satisfação de necessidades concretas da vida e do património do *de cuius*, designadamente a situação de maior carência do cônjuge ou do companheiro ou de algum dos descendentes, por incapacidade, idade, ou falta de formação (...)” O sublinhado é nosso. “Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, A. Menezes Cordeiro et alii (orgs.), Coimbra, Almedina, 2016, p. 372.

¹⁵ Na verdade, o momento da abertura da sucessão assinala, então, a data a partir da qual são admitidos contratos sucessórios relativos a uma determinada sucessão. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992, p. 125.

¹⁶ I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais* cit., p. 130 a 136 e J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 92 a 98.

¹⁷ Descontando os pactos renunciativos previstos na al. c) – que, aqui, não têm interesse –, à luz do art. 1700.º, n.º 1, alíneas a) e b)) do CC, só são admitidos pactos institutivos que se traduzem em doações *mortis causa* entre nubentes, ou entre um dos nubente e um terceiro (neste caso, quer o beneficiário do pacto seja nubente, quer seja o terceiro). Ora nenhuma das situações, aqui, tem préstimo. Por um lado os unidos de facto não são parte no casamento que o pacto sucessório favorece, sob pena de, quando o casamento se celebrar, deixarem de ser unidos de facto para passarem a ser cônjuges um do outro: caso em que falaríamos da proteção sucessória do casamento e não da união de facto. Por outro lado, se um dos unidos de facto aparecer como parte no pacto, enquanto terceiro em relação ao casamento que o pacto visa favorecer (no caso de ser um favorecimento indireto do casamento de outrem), a contraparte terá de ser um dos nubentes que se vai casar com outra pessoa. Assim, não se configura também, aqui, a possibilidade de doador e donatário, numa doação *mortis causa* dotada de validade e eficácia, viverem em união de facto eficaz entre si. Aliás, note-se que a união de facto deixaria de ser apta a produzir efeitos jurídicos (quando não deixaria de existir) com o casamento do doador com outra pessoa, surgindo o impedimento previsto no art. 2.º, c) da LUF.

¹⁸ Por ultrapassarem os limites deste trabalho.

o testamento ainda aparece como o instrumento negocial *mortis causa* por excelência. Na próxima subsecção, consideraremos, brevemente, a proteção sucessória do unido de facto através de disposição testamentária, para destacar apenas algumas especificidades de regime.

2.1. A proteção sucessória do unido de facto através de disposição testamentária – considerações breves

A sucessão testamentária (artigos 2179.º e seguintes do CC) é aceite, amplamente, entre nós. Podem, por isso, também, os unidos de facto recorrer a esse ato negocial unilateral para fazer disposições em benefício um do outro. Acresce que cada um deles, como testador, poderá, atenta a característica ineludível de livre revogabilidade do testamento (artigo 2179.º, e 2311.º do CC²⁰), a todo o tempo, revogar ou alterar *ad nutum*, por ato também unilateral o testamento que haja feito anteriormente²¹. Trata-se de um figura que quadra bem, portanto, à natureza, ainda largamente *desregulamentada*, da união de facto.

Pode, então, um dos unidos de facto, por força do testamento, ser instituído herdeiro do seu companheiro testador ou por ele ser nomeado legatário de algum bem certo e determinado. Pode, por exemplo, através de disposição testamentária, prever-se a constituição *mortis causa* de um direito a alimentos em benefício do outro membro da união de facto. Atenta a previsão do direito legal a alimentos no artigo 2020.º, o interesse de uma tal disposição patentear-se-á, especialmente, se o direito a alimentos negocial (testamentário) ultrapassar a cobertura alimentícia que resultaria da aplicação do artigo 2020.º do CC²². E tal pode resultar do facto de não estarem reunidos os pressupostos de que depende a constituição *ex vi legis* do direito a alimentos ou da circunstância de a medida de alimentos testamentários exceder a que resultará da aplicação do regime legal²³.

Note-se, no entanto, que o que os unidos de facto não poderão fazer é testar, no mesmo ato, em benefício recíproco um do outro ou a favor de terceiro. A tal opõe-se a proibição dos

¹⁹ Pensemos nos contratos de doação *inter vivos*, nos contratos de seguro, nos contratos a favor de terceiro em geral, nos mecanismos societários relativos à transmissão *mortis causa* das participações sociais. Veja-se a este propósito, RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016 e DANIEL SILVA MORAIS, *Revolução Sucessória. Os institutos alternativos ao testamento no século XXI*, Cascais, Principia, 2018 e, do mesmo Autor, *Doações em vida com finalidades sucessórias*, Cascais, Principia, 2017.

²⁰ Nos termos do art. 2311.º do CC, o testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento, considerando-se “não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação”.

²¹ Sobre o testamento, a sua natureza e características, considere-se R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 166 a 172, PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, cit., pp. 86 a 93, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3.ª ed., AAFDL Editora, 2019, pp. 80 e seguintes e, em especial quanto à sua revogabilidade, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Anotação aos art. 2311.º a 2316.º”, in *Código Civil Anotado, Livro V, Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 481 e 488.

²² Poderão mesmo cumular-se alimentos de fonte testamentária e de fonte legal. Assim, FRANÇA PITÃO, *União de facto e Economia comum*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 266. Aliás, como o regime legal pressuporá uma decisão judicial, haverá vantagem do sobrevivente se prevalecer dos alimentos testamentários mesmo que a sua medida se contenha dentro da medida dos alimentos legais.

²³ Sobre a medida de alimentos devidos pelo património hereditário ao unido de facto sobrevivente, veja-se o que se dirá *infra*.

testamentos de mão comum (artigo 2181.º do CC) que serve, precisamente, o afã da lei em garantir a livre revogabilidade unilateral das disposições testamentárias.

Apesar da amplitude do espaço em que pode ser exercida a liberdade testamentária, ela não é reconhecida ilimitadamente. Assim, vigorarão aqui, os limites legais gerais aplicáveis a esta espécie de sucessão voluntária e a que, por razões de economia, não se poderá fazer referência neste estudo. Limitamo-nos apenas, a recordar os limites que podem advir do chamamento de herdeiros legitimários (artigoº 2157.º do CC) e da necessidade de intervenção dos instrumentos de garantia da intangibilidade da legítima, de que destacamos o regime da redução por inoficiosidade (artigo 2168.º e seguintes do CC). Assim, se o unido de facto falecido deixar descendentes ou ascendentes, uma parte da herança (a legítima) estar-lhes-á imperativamente destinada, pelo que as disposições testamentárias que aquele haja feito a favor do unido de facto sobrevivente, se excederem os limites da quota disponível, poderão vir a ser objeto de redução no montante necessário à eliminação da inoficiosidade²⁴.

Não visando este trabalho a escalpelização do regime da sucessão testamentária, não podemos demorar-nos neste ponto. Importa, pois, apenas fazer referência às especificidades de regime que possam ser assinaladas quando o testador e o beneficiário da disposição testamentária vivem em união de facto um com o outro. Vamos, por isso, centrar-nos apenas num limite especial que pode, aqui, ser chamado a intervir. Falamos do limite que resulta do artigo 2196.º do CC.

No artigo referido encontra-se prevista uma indisponibilidade relativa que respeita ao cúmplice do testador adúltero²⁵. Naturalmente, a verificação de adultério pode ocorrer sem que exista uma relação que mereça a qualificação de união de facto²⁶ entre o cônjuge adúltero e o terceiro com quem se consuma o adultério. Pode, no entanto, acontecer que essa união de facto exista²⁷.

²⁴ Note-se que a redução por inoficiosidade, que não abrange apenas disposições testamentárias, segue a ordem prevista nos artigos 2171.º e seguintes do CC.

²⁵ A indisponibilidade aplica-se também, *mutatis mutandis*, às doações por força da remissão contida no art. 953.º. Assim, não podem fazer-se, diretamente ou por interposta pessoa (art. 2197.º do CC), doações a cúmplices do doador adúltero, nas situações do art. 2196.º. A doação que seja celebrada, não obstante a existência da indisponibilidade relativa, será nula (art. 286.º e 289.º e seguintes do CC), podendo, no entanto, ser confirmada nos termos do art. 968.º do CC.

²⁶ Ainda que haja autores que defendam uma interpretação restritiva do art. 2196.º do CC, no sentido de que a nulidade cominada pela norma abrange apenas as situações de união de facto e concubinato duradouro adulterinos. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial* cit., pp. 85 e 86. Não é, no entanto, entendimento unânime, não nos parecendo que haja razões para tal interpretação restritiva. No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit. p. 90, nota 166.

²⁷ Note-se até que – bastando-se a lei, nos termos do art. 2.º c) da LUF, com o decretamento da separação de pessoas e bens no caso de um dos unidos de facto (ou ambos até) ser(em) ainda casado(s) com terceiro – se dá guarida legal, reconhecendo eficácia jurídica, precisamente a uniões de facto adulterinas. Lembre-se que a separação de pessoas e bens não extingue o dever de fidelidade (art. 1795º-A do CC). Note-se, aliás, como se dirá de seguida, que, precisamente, a circunstância de ter sido decretada a separação de pessoas e bens do testador, afasta, nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC, a nulidade da disposição.

Assim, se a união de facto for adulterina e o membro dessa relação que é casado fizer uma disposição testamentária, diretamente ou por interposta pessoa (artigo 2198.º do CC), em favor do seu companheiro, a disposição estará ferida de nulidade, a menos que se verifique alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 2196.º do CC. Consequentemente, nos termos da al. b), a disposição testamentária escapará do veredicto da nulidade se, por um lado, essa disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário.

A outra situação em que a disposição não será considerada nula é a do casamento do testador, à data da abertura da sucessão, já estar dissolvido, ou, à mesma data, já ter sido decretada a separação de pessoas e bens (artigo 1795.º-A do CC) ou, finalmente, ainda, de nesse momento ocorrer separação de facto que dure por um período não inferior a seis anos, segundo a letra do artigo. Parece, no entanto, que a exigência de duração mínima da separação de facto tem que ser lida atualisticamente. Na verdade, tendo sido a norma do artigo 2196.º do CC alterada pela última vez pelo Decreto-lei n.º 497/77, de 25 de novembro, e, permanecendo a letra do preceito inalterada desde a reforma de 1977, há que considerar a evolução, desde então, verificada no regime jurídico do divórcio. Na verdade, se à época²⁸ os 6 anos correspondiam à duração mínima por que a separação de facto teria que ter persistido para poder fundamentar um pedido de divórcio, hoje, por força de várias reformas entretanto ocorridas, a duração mínima exigida pela lei, para o mesmo efeito, é apenas de 1 ano (al. a) do artigo 1781.º tal como se encontra vigente depois da Reforma de 2008). Assim, parece que, ao lado da dissolução do casamento do testador e do decretamento da separação de pessoas e bens, uma separação de facto que dure há pelo menos 1 ano será suficiente para o afastamento da cominação da nulidade ao abrigo do artigo 2196.º do CC²⁹.

Finalmente, uma última palavra para afirmar que não nos parece que se possa considerar que a extinção da união de facto, nomeadamente por rutura, possa ser, *per se*, causa especial de caducidade de uma disposição testamentária feita por um unido de facto em benefício do outro, por aplicação analógica do artigo 2317.º, al. d) do CC.

Resulta desta previsão normativa que as disposições testamentárias, quer se trate da instituição de herdeiro, quer da nomeação de legatário, caducam, “se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”. Pensamos que a caducidade aqui prevista foi consagrada atenta a específica natureza do vínculo conjugal, como situação geradora de um estado civil diferenciado que se extingue (por dissolução por divórcio ou por declaração de nulidade ou anulação) ou modifica juridicamente nas situações previstas na lei mediante intervenção de uma autoridade pública. Note-se,

²⁸ E note-se que a ressalva representada pela separação de facto (bem como a ressalva da al. b) do n.º 2) foi introduzida no art. 2196.º, precisamente na reforma de 1977.

²⁹ No mesmo sentido, FRANÇA PITÃO, *Unões de facto e economia comum* cit., p. 266, nota 15 e SOFIA HENRIQUES, “Anotação ao art. 2196.º”, *Código Civil Anotado, Livro V, Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias cit., p. 292.

precisamente, que a caducidade prevista na norma referida fica dependente de uma decisão dessa autoridade. Aqui se manifesta a distância ainda subsistente entre o casamento e a união de facto, ponto a que voltaremos *infra*. Não nos parece, portanto, que, a existir uma lacuna carecida de preenchimento (o que não damos por certo), haja identidade de razão que permita fazer operar, nesse ponto, a analogia. Valerá, aqui, a possibilidade de o unido de facto revogar (*ad nutum*) a disposição testamentária, a todo o tempo e, portanto, antes e depois da rutura da relação. Parece-nos, aliás, que é esse exercício livre da autonomia privada – que põe e dispõe, também testamentariamente, dentro dos limites legais – que é mais consentâneo com a natureza, ainda largamente, *desregulamentada* da relação de união de facto.

3. A proteção sucessória do unido de facto por força da lei

Concentrando a nossa atenção no título de vocação legal, importa, desde já, recordar que o unido de facto sobrevivo não se encontra incluído no elenco de herdeiros legitimários, nem no elenco de herdeiros legítimos. Nos termos do artigo 2157.º do CC, herdeiros legitimários são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes e, segundo o artigo 2133.º do CC, são herdeiros legítimos, para além das pessoas acabadas de referir, os irmãos e seus descendentes, outros colaterais até ao 4.º grau e o Estado³⁰.

Não figurando o unido de facto nas classes enunciadas nos preceitos referidos, não há também lugar nem a interpretação extensiva, nem a aplicação analógica que conduza a um resultado interpretativo ou integrador, respetivamente, que possibilite o tratamento do unido de facto como herdeiro legítimo ou legitimário. Não há elementos que permitam concluir que a letra dos preceitos tenha ficado aquém do espírito que lhe subjaz e, portanto, do que neles se pretende estatuir. Ademais, ainda que se pudesse afirmar a existência de uma situação carecida de regulamentação (o que, como vamos explicitar de seguida, não nos parece que possa afirmar-se), não haveria lugar à aplicação analógica das referidas normas ao unido de facto, por não procederem, quanto a ele, as razões justificativas da regulamentação dos casos previstos na lei, nem sequer quanto ao caso do cônjuge³¹. Na

³⁰ Aplicando-se, em ambas as espécies de sucessão, na definição dos efetivamente chamados, os princípios de preferência de classes (art. 2134.º do CC) e de grau de parentesco (art. 2135.º do CC) e os pertinentes desvios legalmente previstos.

³¹ Em termos sucessórios, o cônjuge é herdeiro legitimário (art. 2157.º do CC), sendo chamado à legítima do *de cuius*, a par dos descendentes ou dos ascendentes ou sozinho, consoante a concreta configuração do caso. É-lhe, então, destinada, em princípio, uma parte da herança (legítima subjetiva), cujo valor variará em função da existência ou não de outros herdeiros legitimários. A lei n.º 48/2018, de 14 de agosto veio reconhecer a possibilidade de, por acordo vertido em Convenção Antenupcial, os nubentes poderem renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário um do outro, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º do CC. Para além da qualidade de herdeiro legitimário, ao cônjuge é reconhecido o estatuto de herdeiro legítimo (art. 2133.º, n.º 1, a) e b) do CC), sendo, a esse título chamado, se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte (art. 2131.º do CC) e que corresponderão, quando existem herdeiros legitimários, à parte da herança denominada quota disponível. Na qualidade de herdeiro legal, é-lhe atribuído um direito sobre (uma parte da) herança, o que lhe permitirá ser encabeçado na titularidade do direito de propriedade sobre (vários) bens. Acresce que, no âmbito da sucessão legal, a posição jussucessória do cônjuge é favorecida em alguns pontos. Em benefício do cônjuge sobrevivo podem também referir-se as atribuições preferenciais previstas nos artigos 2013.º-A e seguintes do CC e o direito de apanágio consagrado no art. 2108.º do CC. Sobre a posição sucessória do cônjuge, vide FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivo no atual direito sucessório português*, 3.ª ed., Almedina, 1994, e, considerando o

verdade, importa, recordar que o casamento e a união de facto continuam a constituir, entre nós, duas entidades jurídicas distintas³², pelo que, em regra, faltará a base para uma identidade de soluções através da intervenção da analogia. O casamento assenta na assunção de um compromisso jurídico através da celebração de um contrato que, pelos efeitos vários e intensos que produz, altera o estado patrimonial e pessoal dos cônjuges. Por esse facto, a lei mostra-se cautelosa, não só quanto às exigências relativas à capacidade matrimonial – que se afere através de um processo preliminar a tal dirigido –, mas também quanto ao consentimento matrimonial que, para ser validamente emitido, tem que revestir um conjunto de características de onde se extrairá a vontade de concluir o contrato de casamento. Acresce que a própria dissolução da relação matrimonial – que não resulte da morte de uma ou de ambas as partes – depende ainda da intervenção de uma autoridade pública, independentemente da modalidade de divórcio a que se recorra e em função da qual os respetivos requisitos variarão. Finalmente, à relação matrimonial aplica-se um regime jurídico complexo que se revela não só na necessária vigência de um regime (secundário) de bens que, na maioria das situações, pode ser conformado pelas partes, mas também na aplicação de um conjunto de normas relativas à administração de bens (artigo 1678.º do CC), às ilegitimidades conjugais (artigo 1682.º e seguintes do CC) e à responsabilidade por dívidas (artigo 1690.º e seguintes do CC), que se agregam sob a denominação de regime primário de bens, que não pode ser derogado pelos particulares e que se repercute nas relações com terceiros³³. Por tudo isso, se explica a sujeição do casamento a registo (artigo 1.º, n.º 1, al. d) do Código de Registo Civil). Nada disto ocorre na união de facto. Na verdade, sem prejuízo de se preverem alguns impedimentos à eficácia jurídica da união de facto (artigo 2.º da LUF) – que se aproximam na sua configuração dos impedimentos matrimoniais –, não se exige qualquer manifestação reveladora da vontade de querer conviver maritalmente sob a égide do direito³⁴. Assim, os efeitos legais que se prevejam para esta espécie de convivência serão, nessa medida, impostos aos particulares³⁵. Também por isso, a relação entre os unidos de facto, enquanto dura, não está submetida, em regra, a um regime especial, sujeitando-se, nas componentes reguladas pela ordem jurídica, ao direito

regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, o nosso “Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto” cit..

³² Sabemos que não é entendimento unânime, havendo vozes ilustres que entendem que a diferença entre os dois institutos está “consideravelmente esbatida”. Assim, FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 85 e seguintes e do mesmo Autor também “S.T.J. – 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, n.º 4006, pp. 65.

³³ Pense-se no regime previsto para as dívidas que pode ditar uma responsabilidade plural dos cônjuges por uma dívida contraída por um deles e que afetará não só a garantia patrimonial da dívida como os termos em que essa garantia se efetiva – pense-se no regime do art. 1696.º do CC. Também as regras das ilegitimidades conjugais podem ditar a invalidade de um negócio celebrado por um dos cônjuges com terceiro, afetando, portanto, a respetiva posição jurídica.

³⁴ Não nos parece que os comportamentos tradutores da comunhão de leito, mesa e habitação sejam aptos a revelar (tacitamente) a vontade dos companheiros no sentido de que pretendem que aquela comunhão paraconjugal seja regulada pelo direito e que lhes sejam aplicados os efeitos jurídicos (crescentes) previstos na lei.

³⁵ Nem se exige um suporte volitivo que evidencie a vontade de assumir um compromisso juridicamente eficaz, e não se cura, portanto, do carácter esclarecido que a formação da correspondente vontade deve revestir e de que pode, precisamente duvidar-se, atenta a perspetivação ainda dominante, no ordenamento jurídico, da relação de união de facto.

civil comum (direito das obrigações, direitos reais), e extingue-se, para além da hipótese de morte de um dos seus membros, pela mera vontade de um ou dos dois companheiros, sem intervenção, para que se dê a sua extinção, de qualquer autoridade pública³⁶. Pela natureza que a relação ainda apresenta, a lei não a sujeita a registo (nem civil, nem administrativo)³⁷. Parece-nos claro, portanto, que, *de iure constituto*, as duas realidades continuam a extremar-se³⁸. E o que acabamos de referir leva-nos à afirmação de uma prevenção contra a conclusão de que, em princípio e portanto, em geral, existem alicerces sólidos para a construção de uma aplicação analógica do regime previsto para a relação entre cônjuges à relação entre os unidos de facto. Não se conclua, no entanto, que se arreda a possibilidade de recurso à analogia com o casamento, quando nos defrontemos com uma lacuna no âmbito da regulação da união de facto. O que se quer significar é que não se pode partir da premissa de que as situações são juridicamente semelhantes e daí inferir que as razões que devem presidir à regulamentação de uma e outra são idênticas. Em suma, só uma apreciação casuística permitirá uma conclusão segura sobre a possibilidade de recorrer à analogia no concreto ponto em análise.

Ora, quanto ao aspeto sobre o qual refletimos (a proteção sucessória legal do unido de facto, através da sua qualificação como herdeiro legal, legitimário e/ou legítimo), não precisamos de nos alongar em tais considerações, dado que não há sequer base para se entender que existe uma lacuna a integrar. Não há um vazio de regulamentação que importe preencher. Na verdade, no âmbito do processo legislativo conducente à aprovação da disciplina que rege a união de facto, foram apresentadas propostas de solução que passavam pela atribuição ao unido de facto sobrevivente da qualidade de herdeiro legitimário e de herdeiro legítimo³⁹. Tais propostas foram rejeitadas. Não pode, portanto,

³⁶ Veja-se, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de setembro de 2013. Em que, no sumário se afirmava “A intervenção do Estado na união de facto, que se constitui e dissolve pela simples vontade dos membros, é residual e destina-se apenas à correcção de situações de desprotecção ou de injustiça que sem essa intervenção poderiam verificar-se. (...) V) Quando o Estado reconhece direitos com base na dissolução de uma situação de facto meramente consensual, tem de formalizar a dissolução que é suporte daquelas pretensões: essa a finalidade da declaração judicial da dissolução da união de facto. VI) O pedido de dissolução de união de facto carece de autonomia, assumindo apenas a natureza de pressuposto de pretensões decorrentes daquela vivência. VII) Não constituindo a decisão judicial uma das formas de dissolução da união de facto, não só não pode ser deduzido tal pedido autonomamente como não deve a dissolução ser declarada autonomamente, quando as pretensões improcedem”.

³⁷ Note-se que o registo poderia justificar-se atenta a profusão de efeitos – alguns deles, como explicitaremos, imperativos e com importante significado – que a lei vem associando à união de facto. Compreendem-se mal esses efeitos, na nossa perspetiva, à míngua de uma manifestação de vontade dos unidos de facto nesse sentido.

³⁸ Para além de nos parecer que o casamento e a união de facto são ainda, *de iure constituto*, duas realidades distintas, julgamos também que não haverá interesse em aproximar mais as duas entidades, sob pena de se reduzirem as formas de organização da convivência conjugal a que os particulares podem recorrer e da inutilidade de o direito se ocupar de duas figuras que se tornam, em larga medida, indistintas. Por outro lado, parece-nos que a intensificação dos efeitos que a lei atribui à união de facto no quadro da configuração atual desta relação – em que não é requerida qualquer manifestação de vontade para que ela releve juridicamente – pode atentar contra o direito à autodeterminação dos particulares na definição da espécie de conjugalidade em que querem viver e contra o seu direito a não casar, como vertente negativa do direito a casar.

³⁹ No “Projeto de lei 384/VII que estabelece a proteção adequada às famílias em união de facto” apresentado pelo partido Comunista Português propunha-se a qualificação do unido de facto como herdeiro legítimo e legitimário. Assim, lia-se no seu art. 22.º que “dissolvendo-se a união de facto por morte de um dos membros do casal, estes integram a 1.ª e 2.ª classe de sucessíveis estabelecida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2133.º do Código Civil, nos mesmos termos dos cônjuges, beneficiando na sucessão do mesmo regime para estes estabelecido, excepto quando o autor da sucessão tenha descendentes de anterior casamento” e no seu art. 23.º que “os membros do casal na situação referida no número anterior são herdeiros legitimários, nos mesmos

afirmar-se que se esteja perante uma situação que careça de regulamentação, pelo simples facto de que a aplicação de uma tal regulamentação foi rejeitada pelo órgão legiferante aquando da conformação legal do regime jurídico hoje vigente e, em larga medida, previsto na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio⁴⁰. Onde o legislador quis que permanecesse a distinção, não pode, pois, o intérprete aplanar a diferença e aplicar o mesmo regime.

Ainda que o unido de facto sobrevivo não seja, por força da lei, herdeiro (nem legítimo, nem legitimário) do seu companheiro entretanto falecido, pode resultar, no entanto, da lei o seu chamamento à sucessão daquele com quem viveu em condições análogas às dos cônjuges até à produção da morte do *de cuius*. Quando ocorra, tal chamamento, como se verá, dar-se-á como legatário (legal), atento o objeto da sua vocação. Na verdade, em qualquer uma das situações que vamos de seguida enunciar, o membro sobrevivo da união de facto é chamado a bens certos e determinados, com exclusão de outros bens (artigo 2030.º do CC).

Em alguns casos, ocorre a transmissão para o unido de facto sobrevivo de certos direitos que já se encontravam na esfera jurídica do seu companheiro falecido e que não se extinguiram por morte do titular. Dá-se, portanto, nestas hipóteses, uma aquisição derivada translativa em benefício do unido de facto supérstite. É o que acontece, por exemplo, como veremos, quando há a transmissão da posição de arrendatário (artigo 1106.º do CC) ou de um direito a compensação por danos não patrimoniais (artigo 496.º do CC) nos termos que referiremos.

Noutras situações, com a morte do companheiro constituem-se, *ex lege*, certos direitos *novos* em favor do unido de facto sobrevivo. São direitos que não existiam na esfera jurídica do falecido, antes sendo criados, por causa da sua morte, nos termos previstos na lei. Dá-se, portanto aqui, uma aquisição derivada constitutiva. É o que acontece, por exemplo, como se verá, quando há o reconhecimento ao unido de facto sobrevivo da titularidade de um direito real de habitação sobre a casa de morada de família, de um direito de uso sobre o respetivo recheio, de um direito potestativo de arrendamento sobre aquele imóvel ou ainda um direito de preferência em caso de alienação do mesmo bem (artigo 5.º, n.º 1 a n.º 9, da LUF).

termos dos cônjuges, sendo a sua legítima e a dos restantes herdeiros legitimários determinada segundo as circunstâncias, pelas regras definidas nos artigos 2159.º, 2160.º, 2161.º e 2162.º do Código Civil”.

⁴⁰ Não significa, no entanto, que o legislador não possa alterar a opção que fez. O intérprete é que não tem instrumentos aptos a alcançar tal resultado. Há, aliás, vozes ilustres na doutrina a defender que o unido de facto seja erigido a herdeiro legítimo. É o caso de FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, que afirma justificada a integração do unido de facto na “escala de sucessíveis na sucessão legítima, porventura numa posição inferior à do cônjuge, descendentes e ascendentes”. In “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, cit., pp. 103-104. Julgamos também que a previsão do unido de facto sobrevivo como herdeiro legítimo numa terceira categoria que precederia a dos “irmãos e seus descendentes”, atenta, a natureza supletiva que a sucessão legítima apresenta, daria o relevo jurídico adequado, em termos sucessórios, à factualidade da convivência marital, sem conflitar (nem alterar) com a natureza que a relação entre os companheiros ainda tem no direito positivo português.

Todas⁴¹ estas situações poderão ser perspectivadas como manifestações de sucessão *mortis causa*. Na verdade, não parece colher, hoje, uma perspetivação do fenómeno sucessório que se circunscreva à ocorrência de uma aquisição derivada translativa. É o que resulta, de forma cristalina, da lei quando, desde logo, no artigo 2030.º do CC, o legislador reconduz à qualidade de sucessores (*mortis causa*), qualificando como legatários, aqueles que são chamados ao direito de usufruto sobre uma parte ou sobre a totalidade do património hereditário. A ideia, portanto, de que a sucessão *mortis causa* abrange também a aquisição derivada constitutiva é acolhida na doutrina portuguesa⁴².

Consequentemente, e atendendo ao objeto da vocação sucessória do unido de facto sobrevivente (ele é, como veremos chamado a encabeçar a titularidade de direitos ou posições jurídicas que, ainda que complexas, são certas e determinadas), a sua qualificação, enquanto sucessível, como legatário legal não merece, hoje, contestação na doutrina portuguesa⁴³. Divergências existem quanto às situações que se entendem como manifestações desse fenómeno sucessório, como explicitaremos ao longo deste trabalho⁴⁴.

⁴¹ Quanto ao direito à compensação pelo dano da morte do unido de facto falecido, que consideraremos na subsecção 3.2., a perspetivação de que falamos em texto assentará, como explicaremos *infra*, no entendimento de que o direito nasce na esfera jurídica do falecido, operando-se, depois, a sua transmissão sucessória para as pessoas previstas no art. 496.º do CC. Como se referirá *infra*, não é, no entanto, entendimento unânime.

⁴² Como ensina RITA LOBO XAVIER, na esteira das lições de Carvalho Fernandes, “importa (...) reconhecer que o sucessor *mortis causa* pode adquirir um direito novo, não existente como tal no património do falecido”. “Fundamento do Direito das Sucessões e conceito de sucessão *mortis causa* no ensino do Professor Carvalho Fernandes”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Lisboa, Universidade Católica 213 Editora, p. 271. Veja-se também o que dissemos, com recurso, em especial, aos ensinamentos de Galvão Telles, em “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 335 e seguintes.

⁴³ Nesse sentido, referindo-se à posição jurídica do unido de facto à luz do art. 4.º, n.ºs 1 e 2 da redação inicial da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA qualificavam-na como “legado legítimo”. *Curso de Direito da Família, Vol. I. Introdução. Direito Matrimonial*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 84. Reportando-se à mesma disposição, GUILHERME DE OLIVEIRA claramente dizia “A proteção era encarada tecnicamente como um legado legítimo e, portanto, cedia perante uma disposição testamentária incompatível, segundo a hierarquia das designações sucessórias”. In “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de facto)” *cit.*, p. 146. No mesmo sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais cit.*, p. 429. Também FRANÇA PITÃO, quanto à Lei 135/1999, de 28 de agosto, in *União de Facto no Direito Português. A propósito da Lei n.º 135/99, de 28/08*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 160-161 e p. 168, e, quanto à versão inicial da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, in *Uniões de facto e Economia Comum*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2006, p. 247. No que respeita à redação introduzida pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, refere-se-lhe como legatário legal. In *Uniões de facto e Economia Comum*, 3.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2011, pp. e 214. No sentido de que são efeitos sucessórios os que resultam da aplicação do art. 4.º, n.º 1 da LUF (portanto na redação anterior à que foi introduzida em 2010), no art. 1106.º e art. 496.º, n.ºs 2 e 3, vide RITA LOBO XAVIER, “Fundamento do Direito das Sucessões e conceito de sucessão *mortis causa* no ensino do Professor Carvalho Fernandes” *cit.*, pp. 269 e seguintes, em especial p. 272), na esteira do pensamento de CARVALHO FERNANDES. Quanto à situação prevista no atual art. 5.º, n.º 1 da LUF, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões contemporâneo cit.*, pp. 171-172. Quanto ao efeito previsto no art. 85.º do RAU, equivalente ao que hoje está vertido no art. 1106.º, como legado *ex lege*, I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais cit.*, p. 83.

⁴⁴ Como veremos a situação analisada na subsecção 3.1.1. relativa à proteção referente à casa de morada de família, quando a mesma é propriedade do unido de facto falecido, é qualificada como um chamamento sucessório do unido de facto sobrevivente na qualidade de legatário legal. As demais situações concitam dúvidas por parte de alguns autores, como depois, caso a caso, se explicitará.

Antes de nos concentrarmos na análise de alguns dos legados previstos na lei em favor do unido de facto sobrevivivo, cumpre apenas fazer algumas observações sobre os requisitos de que depende esse chamamento na específica qualidade de unido de facto sobrevivivo. Falamos, aqui, desde logo, dos requisitos de que depende a afirmação, em geral, da eficácia jurídica da união de facto e, portanto, também da sua eficácia sucessória assente na lei⁴⁵. Assim, na falta de norma especial⁴⁶, para que a um dos companheiros se reconheçam *ex lege* direitos decorrentes da convivência *more uxorio* é necessário que se possa afirmar a existência de uma relação de união de facto e, para além disso, se encontrem reunidos cumulativamente alguns requisitos (de natureza positiva e de natureza negativa) de que depende *ex vi legis* a eficácia jurídica da mesma. Para que se possa dar por assente a existência de uma vivência em união de facto é necessário que os companheiros vivam entre si em condições análogas às dos cônjuges, apesar de não serem casados um com o outro⁴⁷. A sua convivência corresponderá, então, à tradução de uma realidade equivalente à que deve caracterizar o relacionamento entre os cônjuges⁴⁸. Para que a relação possa ser qualificada como união de facto, os companheiros têm, portanto, que viver em comunhão de leito, mesa e habitação (“*tori, mensae et habitationis*”). Consequentemente e de modo cumulativo⁴⁹, a sua relação apresentará, por um lado, uma componente de índole sexual⁵⁰, por outro lado, consubstanciará uma vivência em economia comum⁵¹ e,

⁴⁵ Dizemos eficácia sucessória assente na lei, porque nos parece que, quanto às disposições negociais, *maxime* de disposição testamentária, os seus efeitos não dependem da verificação dos requisitos (negativos e positivo) de que falamos em texto.

⁴⁶ E, como veremos, existem normas especiais a considerar, nomeadamente quanto à transmissão da posição de arrendatário (art. 1106.º).

⁴⁷ Sobre a noção de união de facto e os requisitos da união de facto protegida, vide JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., AAFDL Editora, 2018, pp. 523 e seguintes, e ROSSANA MARTIGO CRUZ, *União de facto vs Casamento. Questões pessoais e patrimoniais* cit., pp. 214 e seguintes.

⁴⁸ *Rectius* a sua convivência corresponderá, então, à tradução de uma realidade equivalente à que deverá caracterizar o relacionamento entre os cônjuges, à luz do dever de coabitação.

⁴⁹ Atenta a multiplicação dos efeitos jurídicos que a lei atribui à união de facto e a falta de exigência de um suporte volitivo determinante da relevância jurídica (nos termos em que vem ganhando eficácia) da convivência *more uxorio*, não pode deixar de se exigir esta comunhão com as características que se vão enunciar de seguida em texto. Não pode, por isso, transigir-se na exigência da demonstração de uma realidade fáctica que corresponda à comunhão de leito, mesa e habitação. Julgamos que é a certeza e a segurança jurídicas que demandam que não possa, aqui, bastar-se com realidades mais nebulosas. Portanto, qualquer sistema móvel que, aqui se acolha, não pode perder de vista aquela exigência. Faça-se notar, também aqui, a distância para a relação matrimonial em que, mesmo que haja a adoção de comportamentos que se desviam do figurino legalmente traçado, não há descaracterização, *per se*, da relação como relação matrimonial. É, assim, porque há um vínculo que foi assumido e que justifica a aplicação de um conjunto de reações jurídicas em caso de afastamento do conteúdo legalmente assinalado ao casamento.

⁵⁰ Que corresponderá ao conteúdo do débito conjugal, ainda que os unidos de facto não o assumam como objeto de um dever que reciprocamente os vincula. Note-se que os unidos de facto não assumem juridicamente – *rectius* não se vinculam a – qualquer limitação da sua liberdade sexual, nem positiva (não se obrigam a praticar relações sexuais com o seu companheiro), nem negativa (não se obrigam a não praticar relações sexuais com terceiro, nem a abster-se, em relação a terceiro, dos comportamentos que se reconduzam ao que se só denominar “infidelidade moral”). A assunção lícita, em termos juridicamente vinculantes, de tais limitações à liberdade sexual encontra-se reservada aos cônjuges e assenta no suporte volitivo traduzido no consentimento matrimonial que exteriorizam. Sobre a componente sexual desdobrada no débito e na fidelidade como “o núcleo intangível do relacionamento conjugal”, veja-se JORGE DUARTE PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, em especial, pp.162 e seguintes. Para que se afirme a existência de uma união de facto, é necessário que, no plano dos factos, haja a adoção de comportamentos pelos companheiros que correspondam ao relacionamento sexual devido entre cônjuges. Mas estamos sempre apenas no plano do “ser” e não no plano do “dever ser”. Por isso, o desvio de tal padrão de comportamento, por um unido de facto, não pode ser configurado como um comportamento ilícito. Tal ilicitude só poderá ser afirmada no caso de um dos unidos de facto exercer abusivamente a liberdade de atuação que

finalmente, haverá a adoção, pelos companheiros, de uma casa de morada comum que constituirá a casa de morada de família⁵².

Para que se possa reconhecer eficácia jurídica à relação de união de facto exige-se ainda, como requisito positivo⁵³, que a comunhão tríplice acabada de descrever se prolongue durante um intervalo temporal revelador da estabilidade dessa vivência paraconjugal. A duração mínima exigida corresponde, em princípio, a um período igual a dois anos. Acresce que é necessário também que não se verifiquem certos circunstancialismos (no que se encontram requisitos negativos da eficácia da união de facto) impeditivos da atribuição de efeitos jurídicos (favoráveis) à união de facto. Falamos dos impedimentos previstos no artigo 2.º da LUF⁵⁴ e cuja verificação obstaculiza a produção de efeitos

conservou, apesar de viver em união de facto. Apenas na hipótese de se poderem afirmar ultrapassados manifestamente os limites traçados no art. 334.º se poderá falar de um comportamento ilícito.

⁵¹ Que pode traduzir-se como “uma vivência em comum de entreeajuda ou de partilha de recursos”, usando a expressão adotada pelo legislador no art. 2.º, n.º 1 da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção das pessoas que vivam em economia comum.

⁵² Na aferição da existência de uma realidade correspondente à da convivência conjugal, poderão ser, aqui, consideradas as razões que justificam, no âmbito do casamento, a não adoção da casa de morada de família, nomeadamente as de índole profissional (*vide* art. 1673.º, n.º 3 do CC).

⁵³ A verificação da comunhão de leito, mesa e habitação e o intervalo temporal por que a mesma existiu com extensão superior à duração mínima exigida por lei são, portanto, factos constitutivos de que dependerá o reconhecimento e exercício dos direitos (sucessórios) que a lei associa à união de facto.

⁵⁴ Note-se que a articulação entre a exigência de duração mínima da relação e a exigência de não verificação dos impedimentos do art. 2.º, pode levantar problemas quanto aos impedimentos que tenham uma natureza transitória, como acontece com os que estão previstos nas alíneas a) (“idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto”), b) (“demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união”) e c) (“Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens”), assim como a afinidade na linha reta prevista na parte final da al. d) (que, hoje, com a entrada em vigor da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, cessará, nos termos do art. 1586.º do CC, se o casamento em que assenta for dissolvido por divórcio). A questão que pode colocar-se é a de saber se o tempo por que a comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges durou antes do desaparecimento do impedimento pode contabilizar-se para efeitos de aferição da verificação da duração mínima exigida. Quanto à al. a), a mudança de redação operada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, parece ter resolvido as dúvidas que existiam por, à luz da redação anterior se duvidar do acerto de contabilizar o tempo de convivência paraconjugal por quem tinha menos de 16 anos (e, portanto, não podia casar): pode hoje reconhecer-se eficácia jurídica à união de facto a partir do momento em que desapareça o obstáculo representado pela idade inferior aos 18 anos, contabilizando-se, portanto, o período anterior para o computo da duração mínima. Quanto à al. b), a formulação adotada, desde sempre, ressaltava a hipótese de o impedimento surgir depois do início da união, do que se retirava precisamente a possibilidade de contagem do período anterior (quando o impedimento surgisse supervenientemente, sublinha-se), bastando-se a lei com a não verificação do impedimento no início da relação. A questão subsiste, no entanto, nas outras situações e tem sido discutida, particularmente quanto ao impedimento da al. c). Pode contabilizar-se o período de convivência com comunhão de leito mesa e habitação decorrido antes do decretamento do divórcio ou da separação de pessoas e bens? Havendo jurisprudência desencontrada sobre o assunto (no sentido de que não pode contabilizar-se, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de maio de 2012; no sentido de que pode contabilizar-se, considere-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de maio de 2013), vimos pronunciando-nos no sentido afirmativo, apresentando vários argumentos para o efeito. Por um lado, um argumento retirado da letra do artigo que, nomeadamente no seu corpo, prevê que os factos enunciados nas suas alíneas “impedem a atribuição de direitos ou benefícios”, apontando para uma natureza semelhante à de uma condição suspensiva de eficácia. Pedimos, aqui, de empréstimo a imagem usada a esse propósito por I. GALVÃO TELLES de uma barragem que impede o curso da água que correrá logo que se abra a comporta: também aqui, decorrida a duração mínima com anterioridade, bastará o decretamento do divórcio ou da separação de pessoas e bens para que se reconheça eficácia à união de facto. Convocamos também um argumento teleológico, destacando a *ratio* da previsão normativa da duração mínima que será a da verificação de uma estabilidade da relação que justifique o reconhecimento de eficácia jurídica: julgamos que a verificação do impedimento da al. c) (mesmo que se critique os contornos legais que permitem uma situação de união de facto eficaz que é adulterina) não enfraquece o significado que o decurso de tempo da relação tem para aferir da sua estabilidade. Julgamos

(favoráveis⁵⁵) pela união de facto, e segundo julgamos, impede também a produção dos efeitos sucessórios legais a que nos vamos referir⁵⁶.

Importa, desde já, sublinhar que, para além destes requisitos de que depende a produção de quaisquer efeitos pela união de facto, haverá que considerar também os requisitos que respeitam ao chamamento de um sucessível à sucessão do *de cuius*. Portanto, uma união de facto que poderia ser (ou ter sido) eficaz juridicamente para outros efeitos pode não o ser para efeitos sucessórios. Desse aspeto curaremos *infra* na secção 3.3.

Vamos, então, de seguida, considerar um conjunto de soluções legais que consubstanciam mecanismos de proteção sucessória (legal) do unido de facto sobrevivivo, sem pretensão de uma enunciação exhaustiva de todas as soluções que assim possam ser qualificadas.

Consideraremos, primeiramente, algumas soluções que traduzirão o chamamento do unido de facto sobrevivivo a legados legais deferidos por normas imperativas e depois uma que traduzirá o seu chamamento a um legado legal deferido por norma supletiva.

3.1. A proteção sucessória do unido de facto por força de norma legal imperativa quanto à casa de morada de família

Vamos ilustrar a proteção sucessória legal do unido de facto sobrevivivo assente em norma de natureza imperativa com a referência e análise da proteção relativa à casa de morada de família. A opção explica-se, desde logo, pelo relevo que a tutela a esse nível tem pela proeminência que o bem objeto do chamamento (seja ele um imóvel, seja uma posição jurídica contratual) apresenta.

A proteção sucessória legal do unido de facto sobrevivivo relativa à casa de morada de família diferencia-se, consoante a casa de morada de família se houvesse situado em imóvel propriedade do unido de facto falecido ou se tivesse situado em imóvel tomado de

também que a história do artigo conforta o entendimento que defendemos, já que o legislador deixou intocada a al. c) nas sucessivas reformas da LUF, apesar do conhecimento da problemática, tendo apenas intervindo na al. a) para cortar cerce as interpretações que conduziam a que se contasse o período de tempo anterior aos 16 anos de idade. No mesmo sentido, FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e Economia comum*, 3.ª ed. cit., pp. 93 e 94. No sentido que defendemos, a propósito do art. 2020.º, veja-se SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito* cit., p. 574, nota 122. Diversamente, JORGE DUARTE PINHEIRO afirma que “é de pensar que os [impedimentos] que figuram nas alíneas c) e d) enquanto subsistirem, não permitem a contagem do prazo indispensável para que se possa falar de união de facto protegida”. *O Direito da Família Contemporâneo* cit., p. 529.

⁵⁵ Obstaculiza a produção de efeitos positivos. Assim, sublinhando a clareza da redação atual da lei, PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I – Introdução: direito matrimonial* 5.ª ed. cit., p. 79. No mesmo sentido, GUILHERME OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Almedina, 2020, p. 341 e RITA LOBO XAVIER, “A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na legislação atual”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 665. Os efeitos negativos (por exemplo, a responsabilização por dívidas para quem defenda que pode ocorrer tal co-responsabilização assente na comunhão *more uxorio*) poderão, então, produzir-se apesar da existência de um impedimento.

⁵⁶ Neste sentido, referindo-se ao efeito previsto no art. 1106.º do CC, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O arrendamento e a família” cit., pp. 374 e 375.

arrendamento a terceiro pelo unido de facto falecido. Vamos, então, considerar, sucessivamente essas duas situações.

3.1.1. Quando a casa de morada de família se havia situado em imóvel propriedade do unido de facto falecido

Na situação de o unido de facto falecido ser (com)proprietário do imóvel em que se situava a casa de morada de família há que considerar o disposto no artigo 5.º da LUF, de onde se extrai a constituição de uma “cascata de direitos”⁵⁷ em benefício do unido de facto sobrevivente: em primeiro lugar, os direitos de habitação sobre o imóvel e de uso sobre o respetivo recheio⁵⁸, nos termos dos n.ºs 1 a 6 do citado artigo⁵⁹; em segundo lugar, o direito à celebração de um contrato de arrendamento relativamente ao imóvel em que se situava a casa de morada de família, extinguido o direito real de habitação de que foi titular; e, finalmente, o direito de preferência legal⁶⁰ em caso de alienação⁶¹ desse bem por todo o tempo em que o unido de facto sobrevivente habitar no imóvel, nomeadamente como morador usuário e como arrendatário.

O direito de habitação sobre o imóvel e o direito de uso sobre o respetivo recheio, como direitos reais de gozo menores, proporcionam ao unido de facto sobrevivente faculdades, ainda que limitadas⁶², de uso (*jus utendi*) das coisas a que respeitam⁶³. São reconhecidos por

⁵⁷ Para dar conta da multiplicidade de direitos e significar a sua constituição temporal encadeada e/ou sucessiva, nos termos definidos no art. 5.º da LUF, recorremos de novo à expressão que usámos no nosso trabalho “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, cit., p. 335. Nas breves observações que faremos nesta subsecção, vamos acompanhar o que dissemos nesse trabalho, operando as atualizações ditadas pelas alterações legislativas produzidas no tempo que mediou desde a sua escrita. Para mais desenvolvimentos, veja-se o referido trabalho.

⁵⁸ Como já tivemos a oportunidade de afirmar parece-nos que apesar de, na lei se contemplar a situação de o unido de facto falecido ser (com)proprietário do imóvel onde se situa a casa de morada de família e dos móveis que compõem o respetivo recheio, nada obsta a que os direitos possam ser reconhecidos e exercidos singularmente, até por se dar o caso de apenas aquele imóvel ou estes móveis serem (com)propriedade do companheiro falecido.

⁵⁹ Note-se que este binómio de direitos corresponde ao que também se reconhece ao cônjuge que haja renunciado à qualidade de herdeiro legítimo através do pacto previsto no art. 1700.º, n.º 1, al. c), ainda que, nalguns pontos haja diferenças de regime, como já o apontámos no nosso trabalho “Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil – análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto” cit., pp. 447 e seguintes.

⁶⁰ Sobre este direito de preferência e as consequências da sua qualificação como um direito legal de preferência, veja-se RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido” cit., pp. 333 a 335.

⁶¹ Quanto aos atos a que respeitará este direito de preferência consagrado a favor do unido de facto, que, desde logo, não podem abranger todos os atos de “alienação”, apesar da letra do n.º 9 do art. 5.º, veja-se RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, cit., pp. 331 e 332 e, mais amplamente sobre o âmbito do direito de preferência, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2.ª edição atualizada e ampliada por Pestana de Vasconcelos e Rute Teixeira Pedro, Coimbra, Almedina, 2020 (no prelo).

⁶² O poder de gozo (habitacional) do morador usuário e os poderes de gozo e fruição (*vide* próxima nota) do usuário encontram-se circunscritos finalisticamente à satisfação das necessidades pessoais do respetivo titular e da sua família, nos termos do n.º 1 do art. 1484.º do CC que deve conjugar-se como o art. 1487.º do mesmo diploma. Quanto ao âmbito da família delimitado no art. 1487.º e às dificuldades que podem surgir na sua aplicação ao caso vertente, nomeadamente na hipótese de o titular do direito (unido de facto sobrevivente) casar no período em que o direito subsiste, pronunciámo-nos no sentido de que a natureza alimentar de que este direito também participa pode permitir a aplicação, por analogia, do disposto no art. 2019 do CC (*vide* nosso “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido” cit.,

um período mínimo de cinco anos, que se alargará *ex vi legis*, quando a união de facto tenha tido uma duração superior a 5 anos, perdurando, então, durante um intervalo de tempo equivalente àquele por que a relação tenha durado. Em qualquer caso, esses direitos poderão valer por um período mais longo do que o que resulta da aplicação dos n.º 1 e n.º 2 do artigo 5.º, se houver prorrogação ditada por decisão judicial, o que ocorrerá, excecionalmente, por motivos de equidade, considerando, entre outras circunstâncias os “cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivente se encontre, por qualquer causa” (artigo 5.º, n.º 4 da LUF).

O reconhecimento destes direitos em benefício do unido de facto sobrevivente pressupõe, então, a verificação da morte⁶⁴ do (com)proprietário dos bens sobre que os direitos vão ser constituídos. Para além dessa ocorrência e da verificação dos requisitos, a que nos vamos referir *infra* na subsecção 3.3., de que depende a vocação sucessória de um sucessível, exige-se a reunião cumulativa dos seguintes pressupostos:

- i) A verificação dos requisitos que deixámos enunciados *supra* de que depende a afirmação da eficácia da união de facto (agora pretérita);
- ii) A dissolução dessa união de facto, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 8.º da LUF, pela morte do companheiro proprietário dos bens sobre que os direitos incidirão⁶⁵;
- iii) A integração no património hereditário do *de cuius* (unido de facto falecido) do bem em que se situou a casa de morada de família e dos bens que compõem o respetivo recheio (quando os mesmos sejam propriedade exclusiva do falecido, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º) ou uma quota desses bens (quando os mesmos sejam compropriedade de ambos os unidos de facto, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º⁶⁶)⁶⁷.

No que concerne ao direito de habitação sobre o imóvel⁶⁸ em que se situava a casa de morada de família, acresce um outro requisito de natureza negativa, já que se prevê,

pp. 320 e 321, nota 40 e sobre a natureza alimentar – ainda que não exclusiva – da proteção em análise, nota 43). A limitação é expressão da natureza “pessoalíssima” destes direitos. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição atualizada e revista, Lisboa, Quid iuris Sociedade Editora, 2009, p. 430, e explica a sua intransmissibilidade absoluta (art. 1488.º)

⁶³ O direito de uso abrangerá, também, poderes de fruição (*ius fruendi*). Ao usuário reconhece-se a faculdade de aproveitamento dos frutos gerados pelas coisas objeto do direito de uso, ainda que em termos limitados nos termos referidos na nota anterior. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais cit.*, p. 426.

⁶⁴ A morte é a (con)causa de todos efeitos previstos no art. 5.º da LUF.

⁶⁵ Se a união de facto se tiver extinguido por outra causa, os direitos a que nos referimos não são atribuídos.

⁶⁶ Note-se que GUILHERME DE OLIVEIRA admite que igual solução se aplique no caso de os unidos de facto não serem os únicos comproprietários do bem. *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Almedina, 2020, p. 359.

⁶⁷ Não se preenche este requisito na hipótese de a casa de morada de família se situar num imóvel que integrasse uma herança indivisa de que o unido de facto sobrevivente fosse co-herdeiro. Foi o que decidiu Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 12 de maio de 2015 (in www.dgsi.pt), a propósito da proteção que era prevista no n.º 1 do art. 4.º da redação original da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

⁶⁸ Com repercussões nos demais direitos que respeitam ao imóvel onde se situava a a casa de morada de família, atendendo ao encadeamento que entre eles exista nos termos do art. 5.º da LUF.

como circunstância impeditiva do reconhecimento de tal direito, o facto de o companheiro sobrevivente ter “casa própria”⁶⁹ na área do concelho da casa de morada da família ou ainda, quando esta se situe nos concelhos de Lisboa ou no Porto, nos concelhos limítrofes. Pensamos que a superveniência, após o momento da constituição do direito real de habitação, da circunstância prevista no n.º 6 do artigo 5.º da LUF valerá como facto extintivo desse direito, o que também ocorrerá, à luz do n.º 5 do mesmo artigo, se o titular do direito de habitação não habitar no imóvel por mais de um ano⁷⁰.

Já no que respeita ao reconhecimento do direito à celebração de contrato de arrendamento, nas condições gerais do mercado⁷¹, sobre o imóvel⁷², uma vez decorrido o período durante o qual o unido de facto sobrevivente beneficiou do direito real de

⁶⁹ Esta é a expressão empregada pelo legislador. Poderemos concluir que se reportará à hipótese de o unido de facto sobrevivente ser proprietário exclusivo do imóvel em questão, e mesmo àquela em que ele seja comproprietário desse bem. Não podemos, no entanto, de deixar de reiterar a pergunta que já fizemos noutro trabalho: “*Quid iuris* se esses imóveis não constituem uma alternativa efetiva à satisfação das necessidades habitacionais do unido de facto sobrevivente que o direito de habitação (também) serve? Pensamos no caso de o imóvel estar arrendado, por força de um contrato celebrado antes da dissolução da união de facto e cuja vigência acordada ainda não se tenha extinguido”. “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, cit., pp. 322 e 323, nota 44. Deverá, nesta hipótese, entender-se que se verifica o facto impeditivo ao reconhecimento do direito de habitação sobre o imóvel ao abrigo do n.º 6 do art. 5.º da LUF, e que, portanto, caberá ao unido de facto sobrevivente o exercício do direito de denúncia do contrato de arrendamento desse outro imóvel de que é proprietário e está arrendado a terceiro, invocando a sua necessidade habitacional (como senhorio), ao abrigo do art. 1101.º, al a) e do art. 1102.º do CC, o que, conseqüentemente, permitirá que, depois da sua concretização, o unido de facto se possa servir do imóvel desocupado para sua habitação? Parece-nos que a resposta é negativa. Lembramos, por um lado, que a necessidade habitacional do senhorio não é requisito suficiente para o reconhecimento do direito de denúncia (pense-se nos pressupostos previstos no art. 1102.º e no obstáculo resultante do disposto no n.º 10 do art. 1103.º, todos do CC) para além do hiato temporal que poderia mediar entre o exercício do direito de denúncia e a concretização da devolução do espaço locado. Reiteramos que “também na situação de compropriedade, pode ocorrer que o unido de facto não possa usar, de imediato, a coisa, nomeadamente à luz de acordo anteriormente celebrado pelos comproprietários, nos termos da parte inicial do n.º 1 do art. 1406.º”. *Idem*. Sublinhe-se a distância da formulação usada no n.º 6 do art. 5.º da LUF para a formulação empregada no art. 1102.º do CC relativo à denúncia do contrato de arrendamento para habitação do senhorio. Para que a denúncia seja possível com esse fundamento, para além de outros requisitos, a lei exige que o senhorio não tenha “há mais de um ano, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respetivo concelho quanto ao resto do País, casa própria que satisfaça as necessidades de habitação própria ou dos seus descendentes em 1.º grau.” Quer dizer o legislador nesta norma do contrato de arrendamento é claro na afirmação de que, para obstar ao direito de denúncia referido, não basta ter “casa própria” nas áreas assinaladas, sublinhando que é necessário que essa casa “satisfaça as necessidades de habitação” do senhorio (ou dos seus familiares referidos na lei). Pensamos, que, apesar da diferente formulação utilizada, o n.º 6 do art. 5.º da LUF deve ser interpretado no sentido de que só obsta ao reconhecimento do direito real de habitação ao unido de facto sobrevivente “se este tiver casa própria” nas áreas delimitadas no preceito, desde que esse imóvel seja apto a satisfazer as necessidades habitacionais do unido de facto. Nesse sentido deporá o elemento teleológico (a promoção da “continuidade do lar que viveu em união de facto” como ensina Guilherme de Oliveira, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de facto)” cit., p. 145.) a considerar na operação interpretativa da lei, ponderando devidamente os interesses em confronto. Note-se, aliás, que não obsta ao reconhecimento do direito referido a circunstância de que o unido de facto tenha “casa própria” (ou até mais do que uma), e mesmo que apta a satisfazer a sua necessidade habitacional fora da área geográfica demarcada.

⁷⁰ Ressalva-se a hipótese de tal se ficar a dever a um motivo de força maior, o que, a título ilustrativo, ocorrerá em caso de doença que importe a necessidade de internamento em estabelecimento hospitalar por parte do titular do direito.

⁷¹ No intervalo de tempo que mediar até à celebração do contrato de arrendamento, o unido de facto sobrevivente pode permanecer no imóvel, como titular de um direito pessoal de gozo legalmente previsto na parte final do n.º 7 do art. 5.º da LUF.

⁷² Sobre a questão de saber se o direito à celebração do contrato de arrendamento respeita apenas ao imóvel ou ao imóvel e ao recheio, veja-se o nosso “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido” cit., pp. 328 e 329.

habitação, nos termos do n.º 7 do artigo 5.º da LUF, importa sublinhar que a tal obstará a satisfação, por parte dos respetivos proprietários⁷³, dos requisitos legalmente exigidos para a denúncia, pelo senhorio, do contrato de arrendamento para habitação⁷⁴.

⁷³ Pensamos que o direito à celebração do contrato de arrendamento previsto no n.º 7 do art. 5.º é oponível não só aos proprietários que tenham adquirido imóvel por força da sucessão do unido de facto falecido, mas também a quaisquer outros terceiros que sejam proprietários do mesmo por transmissão posterior à que ocorre no âmbito do fenómeno sucessório. Para os fundamentos desta conclusão, veja-se nosso “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido” *cit.*, p. 329 a 331.

⁷⁴ Julgamos que, aqui, se abrangerão as situações enunciadas nas três alíneas do art. 1101.º do CC que possibilitam a denúncia do contrato de arrendamento pelo senhorio e não apenas aquela que se encontra prevista na al. a) desse artigo (“Necessidade de habitação pelo próprio ou pelos seus descendentes em 1.º grau”). Na verdade, o que há que saber é que significado deve ser atribuído à expressão “os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações”. Como já o afirmámos noutra obra (“Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, *cit.*, p. 326 e 327, nota 51), haverá que dilucidar se o inciso «para habitação» respeita à finalidade do contrato de arrendamento e, se assim for, a utilização de tal expressão importará uma referência aos contratos para os quais se previu um regime especial constante dos artigos 1092.º e seguintes do C.C. que compõem a subsecção sob a epígrafe “Disposições especiais do arrendamento para habitação”, do que resultará que se abrangerão todas as situações que, no âmbito desses contratos de arrendamento possibilitam a denúncia pelo senhorio. Ou, então, se pelo contrário, a fórmula usada pelo legislador remeterá apenas para a denúncia do contrato de arrendamento que se fundamente na necessidade habitacional do senhorio. Sem questionar um outro sentido, FRANÇA PITÃO, na sua exposição envereda por este último entendimento. *Unões de facto e Economia comum*, 3.ª ed. *cit.*, pp. 213 e 216. Já GUILHERME DE OLIVEIRA, atenta a formulação que emprega, parece não circunscrever o impedimento do n.º 7 do art. 5.º da LUF à denúncia por necessidade habitacional do senhorio, pois afirma que a lei atribui “um direito de arrendamento (...) salvo se estiverem reunidas as condições em que um senhorio pode denunciar um contrato de arrendamento”. Como vimos afirmando, tendemos para considerar que a referência legal do art. 5.º, n.º 7 da LUF concerne às 3 espécies de denúncia, pelo senhorio, do contrato de arrendamento para habitação. “Pendemos para essa interpretação, considerando, desde logo, a colocação do inciso «pelo senhorio» entre vírgulas do que parece extrair-se uma associação dessa expressão à autoria da denúncia para a extremar da denúncia pelo arrendatário prevista no art. 1100.º do Código Civil. Ademais, se a expressão pretendesse significar a causa fundamentadora da denúncia com a necessidade habitacional do senhorio, deveria ser “para habitação do senhorio” (é, aliás, essa a formulação adotada pelo legislador no corpo do art. 1102.º). Sendo assim, a possibilidade de denúncia do contrato de arrendamento de habitação pelo senhorio pode ser justificada com base numa das causas previstas nas alíneas a) (necessidade de habitação pelo senhorio ou pelos seus descendentes em 1.º grau) ou b) (para demolição ou realização de obra de remodelação ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado) do n.º 1 do art. 1101.º, ou mesmo injustificada nos termos da al. c).” Assim, faz-se notar que, entre outros pressupostos, na hipótese de denúncia por necessidade habitacional, o proprietário do imóvel tem que proceder ao pagamento do montante equivalente a um ano de renda (art. 1102.º, n.º 1) e, na hipótese de denúncia para demolição ou realização de obra, terá que, mediante acordo, em alternativa, pagar uma indemnização correspondente a dois anos da renda, de valor não inferior a duas vezes o montante de 1/15 do valor patrimonial tributário do locado ou garantir o realojamento do arrendatário por período não inferior a três anos (n.º 6 do art. 1103.º). Em qualquer destes dois casos, o proprietário do imóvel, para impedir a celebração do contrato por invocação de uma dessas causas, deve ainda cumprir um dever de comunicação ao titular do direito de habitação com uma antecedência não inferior a seis meses sobre a data pretendida para a desocupação e da qual conste de forma expressa, sob pena de ineficácia, o fundamento da denúncia (n.º 1 do art. 1103.º). Ao lado da possibilidade de denúncia justificada acabada de referir, existe ainda a faculdade de denúncia injustificada, mediante comunicação ao arrendatário com antecedência não inferior a cinco anos sobre a data em que pretenda a sua cessação, nos termos da al. c) do art. 1101.º. Assim, não tendo a lei afastado a possibilidade de aplicação da al. c) do art. 1101.º, e mesmo que não se verifique o circunstancialismo que permita denunciar o contrato nos termos das al. a) ou b) do art. 1101.º, parece que o proprietário do imóvel pode lançar mão da denúncia prevista na al. c) (e, assim sendo, poderá duvidar-se da natureza potestativa, por parte do unido de facto sobrevivente, do direito à celebração do contrato de arrendamento por o titular do bem poder “escapar” ao correspondente estado de sujeição). Note-se que neste caso, para que o contrato de arrendamento não se celebre, o único requisito é o de uma comunicação, com a antecedência mínima de cinco anos, pelo proprietário, da vontade de não celebrar o contrato de arrendamento e, nos termos do art. 1104.º na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13/2019, de 12 de Fevereiro, a confirmação dessa vontade, sob pena de ineficácia, por comunicação com a antecedência máxima de 15 meses e mínima de um ano relativamente à data em que o direito de habitação se extinguirá. Só assim se conseguirá impedir a constituição do direito à celebração do contrato de

O chamamento a este conjunto de direitos tem sido perspectivado, de forma pacífica⁷⁵, pela doutrina portuguesa, como consubstanciando um legado legal que, tendo deixado de ter natureza dispositiva, em 2010⁷⁶, deixou de ser um legado legal legítimo, passando a ser um legado de carácter imperativo.

No que respeita à proteção sucessória a que acabámos de nos referir, optámos por apelidar esta proteção como uma proteção sucessória “forçosa não legitimária”⁷⁷. Usamos a expressão, escapando ao emprego da expressão “sucessão legitimária” por, apesar de estarmos no âmbito de uma sucessão ditada por normas de carácter imperativo, não se aplicar às situações em análise o regime da sucessão legitimária⁷⁸. A esse ponto voltaremos *infra* na subsecção 3.3.

3.1.2. Quando a casa de morada de família se havia situado em imóvel tomado de arrendamento a terceiro pelo unido de facto falecido

Na situação em que o imóvel em que se situava a casa de morada de família seja arrendado, ocorrendo a morte do unido de facto arrendatário do mesmo, é reconhecida ao membro sobrevivente a proteção prevista no artigo 1106.º do CC⁷⁹.

arrendamento na esfera jurídica do unido de facto sobrevivente com a consequente imposição dessa celebração (a que apenas escaparia se pudesse recorrer a uma das causas de denúncia do art. 1101.º). Julgamos que é assim que se aplicará ao caso o disposto no art. 1104.º. Considerando os requisitos temporais da comunicação que, em qualquer das 3 hipóteses, têm que ser observados, julgamos que o legislador pressupõe que a comunicação ocorrerá ainda durante o período em que vigora o direito real de habitação, sob pena de o direito à celebração do contrato de arrendamento se constituir na esfera jurídica do unido de facto sobrevivente e poder ser oposto ao titular do imóvel. No caso do recurso à denúncia imotivada para impedir a celebração do contrato de arrendamento, se o direito real de habitação tiver a duração de apenas 5 anos, a comunicação, à luz das regras reformadas em 2019, deverá ser coincidente com o início de vigência do direito real menor.

⁷⁵ Veja-se *supra* nota 43.

⁷⁶ A Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, eliminou as exceções ao reconhecimento do direito (hoje um binómio de direitos) que se encontravam previstas no n.º 2 do art. 4.º da redação inicial da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. Deixou, portanto, de obstar à proteção do unido de facto sobrevivente, quanto à casa de morada de família situada em imóvel propriedade do falecido, a circunstância de o falecido deixar descendentes com menos de 1 ano de idade ou descendentes que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa, e deixou de se admitir que se pudesse afastar essa proteção mediante disposição testamentária em contrário.

⁷⁷ Foi o que fizemos no trabalho “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido” já citado, pp. 335 e ss, em que nos debruçámos sobre as soluções previstas no art. 5.º, n.ºs 1 a 9 da LUF. Remetemos para ele para mais desenvolvimentos, nomeadamente quanto ao distanciamento desta espécie de sucessão da sucessão legitimária.

⁷⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO apelida esta sucessão como uma sucessão legitimária anómala. *O Direito das Sucessões contemporâneo* cit., pp. 170 e 171.

⁷⁹ Vamos concentrar, aqui, a nossa atenção, no regime previsto no Código Civil. Vigora também uma regra de transmissão da posição contratual de arrendatário por morte no âmbito do art. 57.º do NRAU, procedendo raciocínio semelhante ao que se expõe em texto, já que se trata em ambos os casos de manifestações de sucessão legal imperativa. Nesse sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões contemporâneo* cit., p. 169. Sobre a transmissão por morte da posição de locatário no arrendamento habitacional, veja-se JORGE DUARTE PINHEIRO, “A morte do arrendatário”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, Lisboa Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 915 e seguintes e, do mesmo Autor, “O arrendamento e a família”, in *Estudos do Direito da Família e das Crianças*, Lisboa AAFDL, 2015, pp. 372 e seguintes. Sobre o arrendamento e a família, RITA LOBO XAVIER, “O regime dos novos arrendamentos urbanos e a perspectiva do Direito da Família”, in *O Direito*, n.º 136, 2004, II-III, pp. 315 e seguintes. Sobre esta e outras particularidades de regime dos contratos relativos à habitação familiar, veja-se MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “«Lar, doce lar»: Os contratos sobre a habitação familiar. Algumas

Assim, nos termos desse preceito, tendo sido aquele imóvel tomado de arrendamento pelo unido de facto falecido⁸⁰, não ocorre a extinção do contrato de arrendamento e da posição jurídica de arrendatário, antes há lugar, por força da lei, à manutenção da relação locatícia com chamamento do unido de facto sobrevivente à titularidade da posição jurídica de arrendatário que anteriormente era encabeçada pelo seu companheiro.

Os requisitos de que depende a produção do efeito translativo referido, para além da ocorrência da morte do unido de facto arrendatário do imóvel em que se situou a casa de morada de família, são:

- i) A verificação dos requisitos que deixámos enunciados *supra* de que depende a afirmação da eficácia da união de facto nos termos acima referidos⁸¹, com um desvio importante que é o de que, no âmbito locatício, existe uma norma especial sobre a duração mínima por que a união de facto deve ter durado: um ano⁸²;
- ii) A dissolução dessa união de facto, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 8.º da LUF, pela morte do companheiro arrendatário do imóvel⁸³;
- iii) A titularidade na esfera jurídica do *de cuius* (unido de facto falecido), no momento da sua morte, da posição jurídica de arrendatário sobre bem em que se situou a casa de morada de família⁸⁴.

A estes pressupostos acabados de referir, acrescerá ainda, a aceitar-se a natureza sucessória deste efeito (questão a que voltaremos de seguida), a necessidade de averiguação dos requisitos, a que nos vamos referir *infra* na subsecção 3.3.⁸⁵, de que depende a vocação sucessória de um sucessível.

Neste ponto a doutrina portuguesa, encontra-se, no entanto, mais dividida, havendo quem negue o carácter sucessório àquela transmissão: é o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO. Este autor, referindo-se ao artigo 85.º do RAU que continha já uma norma relativa à

particularidades de regime”, in *Revista Eletrónica de Direito*, Ano 2020, n.º 2, pp. 94 e seguintes e sobre a transmissão por morte, pp. 108 e seguintes.

⁸⁰ Estamos a pressupor, aqui, que o contrato de arrendamento foi celebrado pelo unido de facto sobrevivente, permanecendo o seu companheiro como terceiro em relação a esse contrato. Diferentemente se os dois unidos de facto forem parte desse contrato, caso em que a morte operará a concentração da posição de arrendatário no companheiro sobrevivente.

⁸¹ Acompanhamos RITA LOBO XAVIER na exigência da eficácia da união de facto ao abrigo da LUF para efeitos de aplicação do art. 1106.º. Veja-se “Concentração ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1040.

⁸² Parece-nos que se trata de uma norma especial que, por isso, derrogará a norma geral. No sentido de que o requisito da duração no caso da aplicação do art. 1106.º fica aquém do requisito geral de eficácia da união de facto, JORGE DUARTE PINHEIRO, criticando a “atitude flutuante” do legislador, “O arrendamento e a família” *cit.*, pp. 374 e 376.

⁸³ Se a união de facto se tiver extinguido por outra causa, não é convocado o art. 1106.º. Se tiver havido uma rutura da relação e a casa de morada de família se situar num imóvel tomado de arrendamento, aplicar-se-á o disposto no artigo 1105.º *ex vi* do art. 4.º da LUF.

⁸⁴ Note-se que, nos termos do n.º 4 do art. 1106.º, “O direito à transmissão previsto nos números anteriores não se verifica se, à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limitrofes ou no respetivo concelho quanto ao resto do País.”

⁸⁵ No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O arrendamento e a família” *cit.*, p. 376.

transmissão, por morte, da posição de arrendatário, afirma que esta aquisição “se processa fora do Direito Sucessório”⁸⁶.

Não é, no entanto, o único entendimento que vem sendo defendido. Na verdade, a proteção proporcionada pelo artigo 1106.º do CC, articulado com o artigo 5.º, n.º 10 da LUF é uma decorrência da morte do arrendatário, podendo ser perspectivado como um efeito sucessório⁸⁷. Nesse sentido se pronuncia JORGE DUARTE PINHEIRO que considera que estamos, aqui, perante uma proteção de natureza sucessória que, atenta a natureza imperativa que vem sendo reconhecida à norma do artigo 1106.º do CC⁸⁸, qualifica como mais uma manifestação da “sucessão legitimária anómala” em favor do unido de facto⁸⁹.

Quanto a nós, julgamos que não há argumentos decisivos para afastar o efeito previsto no artigo 1106.º do âmbito da sucessão *mortis causa*, atendendo a que a morte é a concausa da transmissão da posição jurídica, sendo, nos termos já expostos, tal bastante para a qualificação como sucessório de um determinado efeito. Nem sequer a natureza obrigacional⁹⁰ da posição de arrendatário, nem a inserção sistemática da norma a isso obstará. Assim sendo, estaremos perante mais uma expressão de uma sucessão forçosa⁹¹ não legitimária.

3.2. A proteção sucessória do unido de facto por força de norma supletiva

Outra situação em que se pode contemplar um efeito sucessório produzido, *ex lege*, em benefício do unido de facto sobrevivente, respeita à ressarcibilidade dos denominados

⁸⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 254, nota 310. Segundo o Autor a transmissão “dá-se por morte, mas segundo um regime que nada tem que ver com o regime das sucessões. Assim, aparecem-nos como beneficiários os fins na linha reta, que não surgem communitate entre os sucessíveis legais; e exigem-se requisitos especiais como a coabitação com o *de cuius*”. *Idem*, p. 250. O Autor serve-se, portanto, de argumentos que têm que ver com traços particulares de regime e não com o carácter da aquisição ocorrida.

⁸⁷ No mesmo sentido, RITA LOBO XAVIER, “Fundamento do Direito das Sucessões e conceito de sucessão *mortis causa* no ensino do Professor Carvalho Fernandes” cit., p. 271. Também, I. GALVÃO TELLES, Referindo-se ao art. 85.º do RAU, como já referimos, qualifica o efeito como sendo o chamamento a um “legado *ex lege*, porque a pessoa ou as pessoas dos sucessores são designados pela própria lei”. *Direito das Sucessões. Noções fundamentais* cit., p. 83.

⁸⁸ “Trata-se de uma sucessão, porque se verifica uma aquisição derivada por morte de uma situação jurídica patrimonial. Há mais precisamente, um caso de sucessão transmissiva, dado que a situação jurídica a que é chamado o sucessível, o direito de arrendamento para habitação, é idêntica à que se encontrava na esfera jurídica do *de cuius*.” Acrescenta: “trata-se de sucessão legal, porque a transmissão em apreço tem por base um facto não negocial” e é sucessão legitimária, porque a norma que prevê o efeito em questão, nomeadamente o art. 1106.º “é injuntivo, não podendo ser afastado nem pela vontade do autor da sucessão, que é o arrendatário, nem pela vontade do senhorio”. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões contemporâneo* cit., 2019, p. 169. Igualmente em “A morte do arrendatário” cit., pp. 917 e 925.

⁸⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões contemporâneo* cit., p. 169.

⁹⁰ E nem sequer entramos na discussão da natureza da posição de arrendatário, nomeadamente quanto a saber se a mesma não participa de natureza real. De qualquer modo, acompanhamos RITA LOBO XAVIER quando afirma que “o âmbito da sucessão *mortis causa* abrange em princípio, quaisquer relações jurídicas de natureza real e obrigacional”. “Fundamento do Direito das Sucessões e conceito de sucessão *mortis causa* no ensino do Professor Carvalho Fernandes” cit., p. 272.

⁹¹ Forçosa não significa forçada. Assim, o sucessível possa repudiá-la. Por isso, também como sublinha GALVÃO TELLES, a sucessão legitimária é “forçada para o *de cuius*, não para os sucessíveis”, já que “os interesses em causa são suficientemente importantes para sobrepor a sucessão legitimária à vontade do testador, mas não a ponto de a sobrepor à dos sucessíveis”. *In Direito das Sucessões. Noções Fundamentais* cit., p. 103.

danos intercalares (os danos não patrimoniais ocorridos no período que medeia entre o momento da ocorrência do facto lesivo que virá a ser mortal e o momento da produção da morte do lesado) e do dano da perda de vida, no caso em que terceiro possa ter responsabilidade pela morte do unido de facto falecido.

Considere-se, em primeiro lugar, a compensação dos danos que o facto lesivo possa ter causado ao unido de facto falecido, no período que medeia entre o momento da ocorrência do facto lesivo e o momento da produção da morte daquele sujeito, (e que se traduzem nas dores físicas e na angústia e sofrimento psicológico sentidos que se agravam com a proximidade da morte).

Esses danos são suscetíveis de compensação ao abrigo do artigo 496.º, n.º 1 e n.º 4 do CC, julgando-se merecedores, pela sua gravidade, de tutela do direito. Quanto a eles, o direito ao ressarcimento nasce na esfera jurídica do falecido, ainda em vida do mesmo, havendo a sua transmissão, segundo alguns, para os herdeiros legais (artigo 2131.º e 2157.º do CC)⁹² em que, como já referimos não figura o unido de facto sobrevivente ou, segundo outros, para as pessoas previstas no artigo 496.º, n.ºs 2 e 3 do CC⁹³. Nada parece obstar, no entanto, que, por disposição testamentária, se defira voluntariamente o direito a essa compensação a pessoas diferentes dos herdeiros legais, ressalvados os limites previstos na lei (por exemplo, a intangibilidade da legítima).

Quanto ao dano da perda da vida, aceita-se, hoje, entre nós de modo largamente maioritário – quer na doutrina, quer na jurisprudência⁹⁴ – que esse dano é suscetível de ser compensado. Convoca-se a este propósito o disposto na parte final do n.º 4 do artigo 496.º do CC, em que se prevê que, quando o facto gerador de responsabilidade cause a morte do lesado, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, como os sofridos pela pessoa falecida. O que é objeto de maior discussão é saber quem é o titular ativo do direito à

⁹² DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, reimpressão, Almedina, 2017, p. 111. Assim também, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª ed., Almedina, 2017, p. 56.

⁹³ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões contemporâneo* cit., p. 75.

⁹⁴ Nesse sentido se manifesta a doutrina maioritária. Veja-se, entre outros, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, Coimbra, Almedina, 2014, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 305; I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais* cit., p. 95, DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 111, Jorge DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., pp. 21, e nós próprios, “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: a emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Almedina – Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume II, 2017, p. 698. Há, no entanto, vozes contrárias, nomeadamente, Carlos PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e Direito das Sucessões*. Vol. II – Sucessões, Lisboa, Lex, 1993, pp. 47 e seguintes, em especial, pp. 62 a 64 e *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid iuris, 2012, pp. 43 e seguintes, em especial, pp. 51 a 54 e 62 e J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed.ª, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 243 e seguintes. Também a jurisprudência aceita, de modo pacífico, a compensabilidade do dano da perda da vida. Recordamos a afirmação inequívoca que se encontra no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de novembro de 2016, segundo a qual “a reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência”.

correspondente compensação, precisamente por a perda da vida acarretar a cessação da personalidade jurídica e do seu principal atributo que é a capacidade jurídica⁹⁵.

Aceitando que o direito à compensação do dano da perda da vida nasce na esfera jurídica daquele que faleceu⁹⁶, sendo, portanto, adquirido pelo *de cuius*⁹⁷, operará, aqui, um fenómeno translativo, nomeadamente à luz das regras sucessórias⁹⁸.

Ora, se se aceitar, como nos parece o melhor entendimento⁹⁹, que à definição dos beneficiários da transmissão deste direito se aplica o regime especial previsto no artigo 496.º, n.º 2 e n.º 3 do CC, os transmissários não serão os sucessíveis definidos nos termos das regras gerais de direito sucessório (nomeadamente, por força da lei, as pessoas enunciadas nos artigo 2157.º e 2131.º do CC¹⁰⁰), mas antes as pessoas enunciadas naqueles dois números do artigo 496.º do CC.

Desde 2010, atendendo ao n.º 3 que foi introduzido no referido artigo pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que o unido de facto consta desse elenco, sendo tratado, a este propósito como é tratado o cônjuge. Assim, o direito à compensação pela perda de vida do companheiro falecido caberá, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes. Aqui encontramos outra solução jurídica que consubstanciará um chamamento sucessório – à luz do entendimento que acabamos de enunciar – do unido de facto sobrevivente a um legado legal.

Aceitando que as regras do artigo 496.º não são imperativas na definição dos beneficiários da transmissão do direito à compensação e aceitando, por exemplo, que por disposição

⁹⁵ Sobre este ponto, com referências doutrinárias e jurisprudenciais, aos entendimentos que se digladiam na resposta a esta problemática, veja-se o nosso “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: a emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil” cit., pp. 697 e seguintes.

⁹⁶ Para o que se desenvolveram construções dogmáticas explicativas. Para uma síntese, vide o nosso trabalho referido na nota anterior.

⁹⁷ Defendo este entendimento, vide I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões*, cit., pp. 95 a 98; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª ed., Almedina, 2017, p. 57, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 22 e DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, reimpressão, Almedina, 2017, p. 110.

⁹⁸ Daí decorrerá que os valores compensatórios integrarão o património hereditário e responderão pelas dívidas do falecido e pelos encargos da herança (art. 2068.º).

⁹⁹ No mesmo sentido, considere-se, também na doutrina, por ex., J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, cit., p. 613, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 57 e DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 112, e na jurisprudência, a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de setembro de 2013.

¹⁰⁰ No sentido de que os beneficiários do direito à compensação são os sucessíveis definidos nos termos das regras gerais de direito, considerem-se, entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., pp. 520 e 521, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 306 e JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 22 (“na falta de previsão especial sobre o chamamento à indemnização por dano morte, aplicam-se as regras gerais sucessórias (cfr. art. 2133.º) e p. 74. Ora, note-se que, se se defender este entendimento, o companheiro sobrevivente não será chamado à compensação pela perda do direito à vida. Esta é, aliás, a grande diferença que decorrerá do entendimento que se professe quanto à transmissão sucessória, nos termos das regras gerais (como fazem os autores acabados de referir nesta nota) e nos termos da regra especial do art. 496.º do CC, como defendemos em texto.

testamentária o autor da sucessão pode ter disposto desse direito a favor de outras pessoas, estaremos perante um legado de natureza supletiva¹⁰¹.

3.3. As implicações do reconhecimento de proteção sucessória por força da lei

As soluções legais a que dedicámos a nossa atenção importam a produção *ex lege* de efeitos em benefício do unido de facto sobrevivente, encontrando a sua (con)causa na morte do companheiro falecido. Podem, por isso, como vimos ser qualificados como efeitos reconduzíveis à sucessão *mortis causa*.

Essa qualificação, como se referiu, não merece contestação em algumas das situações analisadas. É o caso da proteção proporcionada, quanto à casa de morada de família, pelo artigo 5.º, n.ºs 1 a 9 da LUF, quando a mesma se situava num imóvel que era propriedade do unido de facto sobrevivente.

Posições desencontradas existem, no entanto, quanto aos demais efeitos analisados, como fomos enunciando. No que respeita à transmissão da posição de arrendatário sobre o imóvel tomado de arrendamento pelo falecido em que se situava a casa de morada de família e ao direito à compensação por danos não patrimoniais em caso de morte de um companheiro, como se viu, uma parte da doutrina perspetiva-os como expressão do fenómeno sucessório e outra parte da doutrina rejeita essa perspetivação¹⁰². Importa, por isso, fazer uma análise singular quanto a cada um dos efeitos, como deixámos feita *supra*.

A aceitação da natureza sucessória da proteção referida traz consigo implicações jurídicas várias. É sobre elas que vamos agora debruçar-nos, começando por fazer três observações.

A primeira é a de que o reconhecimento de natureza sucessória a alguns ou a todos os efeitos *supra* analisados não importa que se dê a aplicação de um mesmo regime (sucessório) a todos eles. Importa, por isso, considerar cada um dos efeitos, identificando as particularidades que apresenta, averiguando, desse passo, as especialidades de regime que se encontram na disciplina legalmente consagrada para cada um deles e as especialidades que essa disciplina demanda. Só assim se poderá firmar uma conclusão sólida sobre a aplicação adequada das regras gerais de direito sucessório. Por consequência, faz-se já uma prevenção contra uma aplicação cega (e nessa medida tecnicamente incorreta) do regime que se encontra plasmado no livro V do Código Civil a todas as situações referidas, pelo mero facto de serem expressões de proteção sucessória.

¹⁰¹ Em sentido semelhante, mas referindo-se apenas à transmissão do direito à compensação pelos danos não patrimoniais intercalares, JORGE DUARTE PINHEIRO usa a expressão “sucessão legítima anómala”, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 75.

¹⁰² Fomos apresentando, ao longo, do trabalho, as perspetivas de vários Autores sobre cada um dos efeitos. Note-se que JORGE DUARTE PINHEIRO aceita a qualificação de todos eles como efeitos sucessórios. Também nós propugnamos esse entendimento.

Em segundo lugar, importa sublinhar que a circunstância de se aceitar que, em alguma ou em todas as situações descritas, se está perante manifestações de aquisição *mortis causa*, que por resultarem da lei são legais – umas delas revestidas de natureza imperativa e outras de natureza supletiva –, não constitui base suficiente para se afirmar que estamos perante expressões de sucessão legal legítima ou legítima, respetivamente, pelo menos na sua configuração comum¹⁰³. Não se pode, portanto, fazer uma recondução *in totum* à disciplina de uma dessas espécies de sucessão legal no seu figurino comum.

Em terceiro lugar, queremos reiterar que, aceitando-se a qualificação do unido de facto sobrevivente, em alguma ou em todas as situações descritas, como sucessível do companheiro falecido (*de cuius*), de nenhuma delas (nem, como é óbvio, da sua eventual conjugação) resulta a qualificação do companheiro sobrevivente como herdeiro legal do falecido¹⁰⁴. Por força de cada uma das soluções analisadas, o chamamento do unido de facto sobrevivente terá por objeto apenas a posição jurídica certa e determinada¹⁰⁵ sobre que versa a norma legal que serve de fundamento ao chamamento. Por esse facto, o companheiro sobrevivente é chamado, *ex vi legis*, como legatário, podendo ser chamado a vários legados, se se verificarem os requisitos respetivos de cada uma dos mecanismos de proteção *supra* enunciados.

Consideremos, então, agora, as implicações derivadas da aceitação da natureza sucessória da proteção referida, sem deixar de ter presentes as prevenções acabadas de fazer.

O primeiro reflexo da qualificação sucessória das soluções legais enunciadas é o de que a produção dos efeitos nelas previstos está dependente do chamamento sucessório do unido de facto, o que dependerá da verificação dos pressupostos da vocação sucessória. Como se sabe, são eles¹⁰⁶: a titularidade de uma designação sucessória prevalente; a capacidade sucessória e a existência do chamado.

Para a aferição do primeiro deles, averiguando se se verifica a titularidade de uma posição prioritária (eventualmente em concurso com outras pessoas¹⁰⁷), por parte do unido de facto sobrevivente, relativamente ao bem objeto sucessório do chamamento, será essencial a consideração dos exatos termos em que a proteção legal foi desenhada em cada uma das situações *supra* referidas. Em alguns casos, aliás, a designação sucessória¹⁰⁸ legal só contemplará o companheiro sobrevivente¹⁰⁹, noutras podendo contemplar

¹⁰³ Por isso, como vimos, JORGE DUARTE PINHEIRO as apelida usando as expressões “sucessão legítima anómala” e “sucessão legítima anómala”. *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., pp. 168 e ss e 74 e ss, respetivamente.

¹⁰⁴ O chamamento como herdeiro pode ocorrer, como vimos *supra*, apenas com base em disposição testamentária.

¹⁰⁵ Ainda que possa ser uma posição jurídica complexa que congregue direitos variados, obrigações e ónus, como acontecerá quanto ao chamamento ao abrigo do art. 1106.º do CC, à posição jurídica de arrendatário.

¹⁰⁶ Sobre os pressupostos de vocação sucessória, veja-se R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, cit., pp. 282 e seguintes.

¹⁰⁷ Pense-se na situação de o unido de facto falecido, cuja morte é imputável a um terceiro que por ela vai responder, deixar sobreviventes o companheiro/a e filhos. São todos chamados ao direito à compensação nos termos do art. 496.º, n.º 3 do CC.

¹⁰⁸ Sobre esta noção, vide R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, cit., pp. 133 e seguintes.

¹⁰⁹ É o caso da proteção prevista no art. 5.º, n.º 1 da LUF. Não se coloca a questão de poder haver necessidade de confronto, *in casu*, com os direitos previstos no art. 2103.º-A do CC em favor do cônjuge

em abstrato mais pessoas, o regime especial está munido de regras que permitem definir uma hierarquia de designados¹¹⁰, noutras ainda pode haver uma designação concorrente¹¹¹.

Relativamente, à exigência da existência do chamado, e considerando que estamos a falar de efeitos que assentam numa relação pretérita de união de facto entre o falecido e o sucessível, não haverá a assinalar problemas relativos à existência anterior do chamado. O chamado (o unido de facto sobrevivivo), já nascido de modo e completo e com vida há vários anos, terá necessariamente que ter tido uma existência anterior ao momento da abertura da sucessão que se prolongou durante tempo considerável, nomeadamente até aos 18 anos, atento o disposto no artigo 2.º, a) da LUF. Terá também ainda de existir no momento da abertura da sucessão sob pena de não ser chamado e como se verá, aqui, por razões que explicitaremos de seguida, não parece haver, em princípio, lugar ao funcionamento de institutos sucessórios associados à falta de existência do chamado.

Finalmente, e aqui vem o ponto que importa destacar quanto aos pressupostos da vocação sucessória e que respeita à capacidade sucessória. O chamamento do unido de facto sobrevivivo aos direitos *supra* enunciados parece demandar a sua capacidade sucessória que, como se sabe, se define pela negativa, i.e., pela não verificação de causas de indignidade sucessória e pela não ocorrência de deserdação.

Note-se que a deserdação, respeitando apenas à sucessão legitimária (comum), não se aplicará a nenhuma das hipóteses consideradas, nem sequer àquelas que participam de uma natureza imperativa¹¹². Como deixámos explicitado a proteção sucessória inderrogável do unido de facto sobrevivivo não beneficia da proteção prevista para a legítima. Já a indignidade sucessória relevará. Importa, então, para afirmar a capacidade sucessória do sucessível que é chamado a qualquer dos direitos que deixámos *supra* enunciados averiguar se se verifica alguma das situações enunciadas no artigo 2034.º do CC. Se se verificar, ele será indigno do benefício sucessório e, nessa medida, carecerá de capacidade

sobrevivo. Na verdade, a constituição dos direitos previstos para o cônjuge sobrevivivo no art. 2103-A.º é incompatível com a constituição dos direitos previstos no art. 5.º da LUF para o unido de facto, mesmo na hipótese criticável de se estar perante uma união de facto adulterina eficaz ao abrigo do art. 2.º, al c) da LUF: tendo sido decretada a separação de pessoas e bens que produz os efeitos previstos no art. 1795.º-A do CC, o cônjuge não é chamado, por força da lei, à sucessão do cônjuge falecido (art. 2133.º, n.º 3 do CC), não beneficiando das atribuições preferenciais previstas nos art. 2103.º e seguintes do CC. Desde 2010, atenta a eliminação da possibilidade de afastamento por disposição testamentária em contrário do reconhecimento dos direitos previstos no art. 5.º, n.º 1 da LUF, eles têm natureza imperativa, sendo oponíveis a terceiros, nomeadamente aos adquirentes dos bens sobre que os direitos do unido de facto incidem.

¹¹⁰ É o caso da solução prevista no art. 1106.º do CC, que, apesar de enunciar, no seu n.º 1, um elenco de pessoas que podem ser transmissárias da posição de arrendatário, no n.º 2, estabelece os termos da hierarquização entre elas (*vide* n.º 3).

¹¹¹ É o caso da situação que referimos na nota 107. Considerámos a hipótese de o unido de facto concorrer com filhos do falecido, mas o n.º 3 contempla para além dos filhos “outros descendentes”. Ora no caso de o falecido deixar filhos (descendentes de 1.º grau) e netos (descendentes de 2.º grau) e bisnetos (descendentes de 3.º grau) pode equacionar-se a aplicação do princípio de preferência de graus de parentesco (art. 2135.º do CC). Note-se que, aqui, não está em causa compensar uma dor própria, caso em que a existência de sofrimento próprio e a intensidade desse sofrimento poderá dar a medida da compensação que cabe a cada um dos seus titulares.

¹¹² No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, cit., p. 314.

sucessória¹¹³. O afastamento da produção do efeito jurídico em benefício daquele que dele não é merecedor, à luz da ordenação jurídica consegue-se por essa via, não sendo, portanto, necessário o recurso à válvula de segurança do sistema que é o do abuso do direito (artigo 334.º).

Outro reflexo importante da natureza sucessória advirá da centralidade que pode, em princípio, ser reconhecida ao momento da abertura da sucessão (momento da morte do *de cuius*, nos termos do artigo 2031.º do CC) no tratamento jurídico da proteção referida. A questão avultará, por exemplo, no caso de sucessão de leis no tempo¹¹⁴ e na determinação do regime jurídico aplicável à situação *sub iudice*¹¹⁵.

A relevância dos efeitos referidos no âmbito do fenómeno sucessório manifesta-se também no que respeita ao cálculo da herança. O valor correspondente aos direitos referidos deve, portanto, ser contabilizado na determinação ativo da herança, na quantificação dos *relicta*¹¹⁶. No caso de à sucessão concorrerem descendentes ou ascendentes¹¹⁷, a quem na qualidade de herdeiros legitimários está reservada, imperativamente, uma quota da herança, haverá que aferir se os direitos previstos a favor de outras pessoas, mesmo que *ex vi legis*, não afetam a legítima que lhes está destinada.

Já no que respeita à aplicação dos mecanismos de vocação sucessória indireta, como seja o direito de representação ou o direito de acrescer, para ajuizar do seu funcionamento *in casu*, haverá que ter presente a natureza que os direitos *supra* referidos apresentam. O carácter pessoalíssimo¹¹⁸ de todos eles opor-se-á, em qualquer das situações analisadas, ao

¹¹³ Questão que se tem colocado é a de saber se a indignidade não opera automaticamente, sendo sempre necessária a propositura de uma ação que declare a indignidade (neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 191) ou se opera automaticamente, só sendo necessária declaração judicial de indignidade quando a pessoa que incorreu numa causa de indignidade estiver na posse de bens da herança (neste sentido, R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, pp. 297 e seguintes). Note-se que a legitimidade para propor a ação de declaração de indignidade pertence a qualquer interessado. Assim, o senhorio pode propor tal ação para obviar à transmissão da posição de arrendatário. Nesse sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 172, nota 314. Contra manifesta-se OLIVEIRA ASCENSÃO, que considera que o beneficiário da transmissão do direito de arrendamento “não será afastado, mesmo que incorra em indignidade sucessória”. *Direito Civil das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 251, nota 306.

¹¹⁴ A entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto suscitou problemas relativo à sucessão da lei no tempo, nomeadamente quanto à aplicação do regime previsto nos números 5 e 6 do art. 5.º relativo à proteção da casa de morada de família.

¹¹⁵ Afirmando a “importância capital” do momento da abertura da sucessão em matéria de aplicação da lei no tempo ao fenómeno sucessório, veja-se R. Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, cit., p. 274. Sobre a aplicação do direito sucessório no tempo, veja-se GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais* cit. pp. 307 e seguintes, aplicando o art. 12.º ao direito das sucessões, considerando que “o facto sucessório é um facto complexo de produção sucessiva”, pp. 326-328.

¹¹⁶ Nesse sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 172. Acompanhamos o autor quando assinala que uma especificidade do efeito sucessório previsto no art. 1106.º é o de o de que valor do direito de arrendamento não está sujeito a imputação no valor total da herança. “A morte do arrendatário” cit., p. 926.

¹¹⁷ Não nos referimos ao cônjuge sobrevivente, pois a eficácia da união de facto de que depende o chamamento do unido de facto, com a exigência prevista no art. 2.º c) da LUF inviabiliza o chamamento do cônjuge sobrevivente como herdeiro legitimário. Veja-se o que já dissemos *supra* na nota 109.

¹¹⁸ A que a função alimentar indireta e concorrente (como no caso das soluções do art. 5.º da LUF, art. 1106.º do CC) e a função compensatória da lesão de bens insuscetíveis de avaliação pecuniária (no caso do art. 496.º do CC) não são alheias, antes fundamentam e reforçam. Quanto aos direitos de uso e habitação, veja-se LUIS

funcionamento do direito de representação, no caso de o unido de facto não poder ser chamado¹¹⁹ ou no caso de, tendo sido chamado, repudiar o legado.

Note-se que, quanto ao direito de representação, tratando-se de efeitos produzidos *ex lege*, para além dos requisitos gerais do direito de representação previstos no artigo 2039.º do CC, sempre se teria de considerar os requisitos especiais do artigo 2042.º do CC que circunscrevem acentuadamente o funcionamento do direito de representação na sucessão legal, quanto à definição dos que podem ser representados. O unido de facto não figura entre essas pessoas¹²⁰. Ademais, pode entender-se que há lugar à aplicação por analogia do artigo 2041.º, n.º 2, al c) por procederem, aqui, neste caso não regulado (de legado legal), as razões que se opõem ao funcionamento do direito de representação, no âmbito da sucessão testamentária, nos casos de “legado de usufruto ou de outro direito pessoal”¹²¹.

A natureza pessoalíssima de que falamos também procederá, em regra, quanto ao direito de crescer, obstando ao seu funcionamento. Ademais, quanto a este instituto, tratando-se, nas situações estudadas, de chamamento a um objeto sucessório que merece a qualificação de legado, sempre haveria que contar com o obstáculo aplicável ao direito de crescer, quanto aos legados, que se traduz no facto de esse modo de vocação sucessória indireta se confinar ao objeto do próprio legado. Portanto, só se poderia cogitar o funcionamento do direito de crescer da parte do legado que cabia ao unido de facto que não podia ou não queria aceitar em relação a outros sucessíveis (legatários) chamados ao mesmo legado¹²².

CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais* cit., p. 430. Atento o carácter absolutamente indisponível desses direitos, verifica-se uma situação de intransmissibilidade absoluta dos mesmos, havendo uma insusceptibilidade de transmissão *inter vivos* e uma inereditabilidade *mortis causa* desses direitos. GALVÃO TELLES, *in Direito das Sucessões. Noções Fundamentais* cit., pp. 65 e 72.

¹¹⁹ Pense-se que no caso de pré-morte ou de incapacidade por indignidade do sucessível.

¹²⁰ Veja-se que nem sequer o cônjuge é suscetível de ser representado.

¹²¹ Nesse sentido se pronuncia JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo* cit., p. 72.

¹²² Em nenhuma das situações analisadas, haverá chamamento, simultâneo, de várias pessoas ao mesmo legado a que é chamado o unido de facto sobrevivivo, pelo que a questão não se chegará a colocar. Só assim não será no caso previsto no art. 496.º, n.º 3 do CC, na hipótese de o falecido deixar unido de facto sobrevivivo e filhos, caso em que o direito à compensação, a aceitar-se a tese que se deixou exposta *supra*, se transmite ao unido de facto e filhos.

Vídeo da apresentação

Vídeo 1



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/gwh371da9/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2

DATAJURIS

Proteção Sucessória do unido de facto

Direito real de habitação sobre a casa de morada de família e direito de uso do recheio:

- Binómio de Direitos reais de gozo.
- Exclusão de poderes de disposição relativamente às coisas sobre as quais os direitos impendem:
- Poderes finalisticamente circunscritos – “faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família” (art. 1484.º).

Art. 1487.º: “Na família do usuário ou do morador usuário compreendem-se apenas o cônjuge, não separado judicialmente de pessoas e bens, os filhos solteiros, os outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, convivendo com o respetivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas.

E se o unido de facto titular dos direitos casar no período de vigência dos direitos?

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 2019


8

Lisboa, CEJ

Rute Teixeira Pedro

Protecção sucessória do unido de facto

→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2iybqltxos/desktop.mp4?locale=pt>



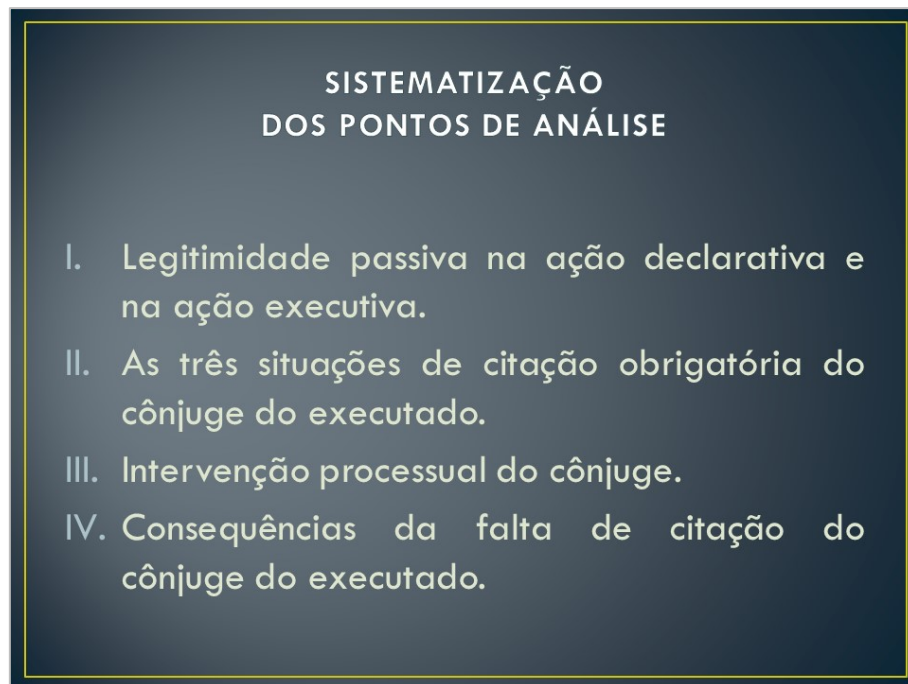
8. Estatuto processual do cônjuge do executado
(artigos 740.º a 742.º, 786.º e 787.º nCPC; e 1689.º a 1697.º, 1730.º e 1789.º Código Civil)

José Henrique Delgado Carvalho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. ESTATUTO PROCESSUAL DO CÔNJUGE DO EXECUTADO - Artigos 740.º a 742.º, 786.º e 787.º nCPC; e 1689.º a 1697.º, 1730.º e 1789.º Código Civil

José Henrique Delgado Carvalho*



* Juiz de Direito.

I. Legitimidade passiva na ação declarativa e na ação executiva.

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Designam-se como “dívidas comuns” as dívidas que têm por fonte um facto praticado por ambos os cônjuges, ou por um deles com o consentimento (voluntário) do outro (art. 1691.º, n.º 1, al. a) CC; arts. 33.º, n.º 1, 34.º, n.º 3, 1.ª parte, CPC)
 - A falta de qualquer deles é motivo de ilegitimidade;
 - A preterição de litisconsórcio necessário é um vício sanável (ilegitimidade suprível). Uma vez que está em causa a conformação subjetiva da instância, pode/deve o juiz convidar o autor a fazer intervir o outro cônjuge, ao abrigo do disposto nos arts. 6.º, n.º 2 e 590.º, n.º 2, al. a), CPC, concedendo-lhe prazo para o efeito (pois só aquele tem o ónus de tornar regular a instância).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Aquela intervenção, quando suscitada por alguma das partes (autor ou réu) na ação, é feita nos termos dos arts. 316.º e ss. do CPC e, em princípio, apenas pode ser deduzida até ao termo da fase dos articulados [cfr. art. 318.º, n.º 1, al. a), CPC]; depois desse momento processual, a intervenção do cônjuge pode ser requerida nos termos do art. 261.º do mesmo Código (até ao 30.º dia subsequente ao trânsito em julgado da decisão que julgou a ilegitimidade).
- Se a intervenção principal do cônjuge for determinada oficiosamente pelo juiz, no quadro do artigo 6.º, n.º 2 do CPC, e considerando que o chamado pode, nos termos do n.º 3 do art. 319.º do CPC, deduzir a sua intervenção em articulado próprio em prazo igual ao da contestação, não deve ser proferido o despacho saneador ou a sentença, consoante os casos, sem o decurso do referido prazo, pelo que, nessa medida, ocorre uma situação atípica de suspensão da instância (Cons. Salvador da Costa, *Os Incidentes da Instância*, 3.ª ed., pp. 112 e 113).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- A sentença constitui caso julgado quanto ao cônjuge chamado (art. 320.º CPC);
- Se não tiver ocorrido a intervenção do cônjuge, ainda assim, a questão da natureza da dívida (própria) e, reflexamente, a legitimidade passiva ficam definitivamente decididas e fixadas, formando-se sobre elas *res judicata* (mesmo que a decisão final de mérito seja contrária ao direito substantivo – de acordo com a conceção *processual* de caso julgado).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Designam-se como “dívidas comunicáveis” as dívidas que têm por fonte um facto praticado apenas por um dos cônjuges, mas em que ocorre uma causa legal de comunicação da responsabilidade ao outro cônjuge (art. 1691.º, n.º 1, als. b) a d), e n.º 2, e art. 1693.º, n.º 2 CC), tendo o autor/credor em vista posteriormente executar a decisão sobre os bens comuns do casal e, subsidiariamente, sobre bens próprios do cônjuge não contratante (art. 1695.º, n.º 1 CC; e art. 34.º, n.º 3, 2.ª parte CPC).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Artigo 34.º, n.º 3, 2.ª parte CPC
 - Litisconsórcio legal necessário (Prof. M. Teixeira de Sousa)
 - A legitimidade *ad causam* (e, por isso, o litisconsórcio) acompanha o regime substantivo da responsabilidade patrimonial pelo pagamento da dívida, pelo que, se por esta forem responsáveis bens comuns ou bens próprios do cônjuge do executado (art. 1695.º, n.º 1 CC), devem ser demandados ambos os cônjuges.
 - A correspondência entre a responsabilidade patrimonial dos cônjuges e a legitimidade processual não está na disponibilidade das partes, nomeadamente do autor.
 - Litisconsórcio voluntário (Prof. J. Lebre Freitas)
 - Ao autor é facultado optar entre a propositura da ação só contra o cônjuge que contraiu a dívida (aceitando a qualificação da dívida como própria) ou contra ambos os cônjuges (dívida comum); o exequente pode não querer penhorar o bem comum (CPC Anotado, Vol I, Coimbra Editora, 1999, p. 61).
 - Mas a qualificação da dívida conjugal, como própria ou comum, não resulta de uma opção do legislador, através de regras imperativas?

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Artigo 34.º, n.º 3, 2.ª parte, nCPC
É, todavia, consensual que este segmento da norma apenas é aplicável à ação declarativa.
- A solução de litisconsórcio legal passivo como necessário aplica-se ao procedimento de injunção, quando o credor tiver configurado a dívida como comum no requerimento de injunção ou está em condições de saber que a dívida é comunicável. Quer dizer: também nestas hipóteses existe o ónus de o credor invocar a comunicabilidade da dívida no requerimento de injunção e de nele demandar os dois cônjuges (cfr. arts. 33.º, n.º 1, e 34.º, n.º 3, 2.ª parte, CPC), porque o incidente de comunicabilidade não se destina a sanar a ilegitimidade singular.
- Sobre a constitucionalidade do art. 14.º-A do RPOP, v. o nosso *paper*, intitulado “*Pela constitucionalidade do novo artigo 14.º-A do Regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior a € 15 000*”, acessível em:
- <https://blogippc.blogspot.com/2019/10/pela-constitucionalidade-do-novo-artigo.html>

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DECLARATIVA

- Preterição do litisconsórcio necessário na Injunção:
 - preclui a possibilidade de o credor suscitar a questão da comunicabilidade da dívida na posterior execução;
 - qualquer dos cônjuges pode invocar a ilegitimidade na execução movida com base no requerimento ao qual foi aposta fórmula executória: o cônjuge executado, dado que não podia ser demandado separadamente no procedimento de injunção; o cônjuge do executado, alegando que a dívida exequenda é comum e que o exequente não poder suscitar a questão da comunicabilidade da dívida na fase executiva, por essa faculdade ter precludido.
- (v. Prof. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Injunção requerida contra um único dos cônjuges: quais as consequências na posterior execução?*, Blog do IPPC, papers publicados em 7/12/2015 e 14/12/2015; e a nossa *Ação Executiva para Pagamento de Quantia Certa*, 2.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2016, pp. 141-146).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- Sendo a dívida emergente de facto praticado por ambos os cônjuges (dívida comum e constando ambos os cônjuges do título executivo, judicial ou extrajudicial), existe litisconsórcio necessário, sendo ambos executados, sob pena de ilegitimidade (arts. 33.º, n.º 1, 34.º, n.º 3, 1.ª parte, e 53.º, n.º 1, CPC; e arts. 1691.º, n.º 1, al. a) e 1695.º, n.º 1, CC);
- Em STJ 22/05/2018 (2299/10.5TBAMT-A.P1.S1), decidiu-se o seguinte:
- “III – A qualificação da dívida exequenda como comum não determina, por si, a existência de litisconsórcio necessário.
- IV – A executada, única demandada, é parte legítima na execução movida por exequente com base em título executivo respeitante a uma dívida da sua responsabilidade e do seu ex-cônjuge.”
- **OBSERVAÇÃO:** naquela hipótese, o credor não pode escolher qual é o cônjuge que é responsável por uma dívida comum. É a lei que o diz.
- Iguamente pode/deve o juiz convidar o exequente a fazer intervir o outro cônjuge, ao abrigo do disposto nos arts. 6.º, n.º 2, 316.º, n.º 1, 551.º, n.º 1, 590.º, n.º 2, al. a), 726.º, n.º 4 e 734.º, todos do CPC, concedendo-lhe prazo para o efeito (vide, ainda, art. 261.º, n.º 2, CPC).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- Sendo a dívida comunicável (art. 1691.º, n.º 1, als. b) a e), e n.º 2, CC), mas apenas um deles constar do título executivo: há que distinguir em função da natureza do título executivo.
 - No caso de sentença judicial (pressupõe que não haja sido requerida a intervenção principal do cônjuge que não contraiu a dívida, quer pelo exequente quer pelo cônjuge demandado, e não foi conhecida pelo juiz), a questão da comunicabilidade da dívida e, reflexamente, a legitimidade passiva ficam definitivamente decididas e fixadas, formando-se sobre elas caso julgado. Fica, por isso, precluída a possibilidade de se discutir a comunicabilidade da dívida na ação executiva (não fica, todavia, precluída a intervenção do cônjuge – cf. art. 740.º, n.º 1, CPC). A dívida deverá ser tratada como sendo dívida própria do cônjuge demandado, mesmo que esta solução seja contrária ao direito substantivo. E o mesmo se passa se o título for uma injunção, como vimos.
 - O cônjuge devedor pode exigir do outro a compensação devida pelo património comum, por ter respondido sozinho por uma dívida (substantivamente) comum (art. 1697.º, n.º 1, CC)? (**questão:** saber se na anterior ação declarativa, o réu tinha o ónus de promover a intervenção do seu cônjuge: não tinha; esse ónus é do credor porque é este quem tem o ónus de invocar a comunicabilidade da dívida; além de que é questão de conhecimento oficioso – arts. 6.º, n.º 2, 34.º, n.º 3, 2.ª parte, e 578.º, CPC).

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- Se o título executivo for extrajudicial, apenas o cônjuge que figura no título como devedor pode ser demandado na ação executiva (art. 53.º, n.º 1, CPC):
 - Logo, só aquele que contraiu a dívida é executado (critério de natureza formal para aferir a legitimidade em sentido processual na ação executiva); não constando um dos cônjuges do título executivo, a execução não pode, em princípio, ser instaurada contra ambos.
- *Mas como executar o título, diverso de sentença, em que apenas um dos cônjuges nele figura como devedor mas a dívida é da responsabilidade dos dois ?*
- *Como fazer intervir na ação executiva o cônjuge não contratante ?*

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- Incidente de comunicabilidade: pode ser suscitado quer pelo exequente (art. 741.º), quer pelo cônjuge executado (art. 742.º).
- Trata-se de um incidente facultativo (o n.º 1 do art. 741.º do CPC refere que o exequente “pode alegar”); e também não existe preterição de litisconsórcio necessário, já que a 2.ª parte do n.º 3 do art. 34.º do CPC apenas se aplica à ação declarativa. Por conseguinte, se aquele incidente não for deduzido pelo credor e a dívida for substantivamente comum ou comunicável, o cônjuge demandado não pode opor ao exequente a exceção da sua ilegitimidade, dado que, na ação executiva, a legitimidade se define em função dos sujeitos que constam do título executivo (art. 53.º, n.º 1, CPC).
-

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- Com aquele incidente tem-se em vista constituir o cônjuge do executado como executado, permitindo-se ao credor atingir, para além dos bens comuns do casal (e arrecadar a totalidade do produto da sua venda), ainda os bens próprios do cônjuge do executado, que respondem subsidiariamente pela dívida, ou seja, na falta ou insuficiência de bens comuns (art. 1695.º, n.º 1 CC), ou apenas a quota parte na dívida se o regime de bens for o da separação (art. 1695.º, n.º 2, CC).
- A alternativa para o credor (sem a previsão deste incidente) seria a instauração de uma ação declarativa, contra os dois cônjuges, alegando e demonstrando a comunicabilidade da dívida.

LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO EXECUTIVA

- O incidente de comunicabilidade pode ser deduzido mesmo depois de o cônjuge do executado ter sido julgado parte ilegítima na mesma execução [RL 10/01/2019 (2807/17.OT8OER-A.L1-2; e RP 10/10/2016 (157/14.3T8LOU-C.P1)], desde que esse incidente seja deduzido até ao início das diligências para venda ou adjudicação (arts. 734.º, n.º 1, 741.º, n.º 1, parte final, 812.º, n.º 1 e 799.º, n.ºs 1 e 2, do CPC).
- Há autores que consideram estar em causa a formação de um novo título executivo (agora, contra o cônjuge) de natureza parajudicial (Prof. Lebre de Freitas);
- Outros autores entendem que se trata de uma extensão da exequibilidade do título inicial ao cônjuge (Prof. M. Teixeira de Sousa);
- No domínio dos artigos 740.º e 741.º do CPC, primeiro penhoram-se os bens comuns; só depois se cita o cônjuge. Não se cumpre o disposto no art. 119.º, n.º 1 do CRegP.

II. As três situações de citação obrigatória do cônjuge do executado.

AS TRÊS SITUAÇÕES DE CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DO CÔNJUGE DO EXECUTADO

- A citação do cônjuge do executado pressupõe que o mesmo não seja parte na execução, e que é admitido a intervir na execução para defesa dos seus direitos (a sua meação nos bens comuns e os seus bens próprios);
- O exercício desses direitos pode decorrer de uma de três situações:

AS TRÊS SITUAÇÕES DE CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DO CÔNJUGE DO EXECUTADO:

- **1.ª Hipótese:** estando penhorados bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não pode alienar livremente, se a dívida for da responsabilidade própria do cônjuge contratante (art. 786.º, n.º 1, al. a), primeira parte, CPC), independentemente do regime de bens.
 - Nesta hipótese, se o regime de bens for o da separação, apenas é necessário o consentimento para a penhora e venda da casa de morada de família – art. 1682.º-A, n.º 2, CC.
 - A obrigatoriedade de citação do cônjuge do executado decorre da necessidade de a venda ou adjudicação só poder realizar-se, recaindo a penhora sobre certa categoria de bens, com o consentimento daquele cônjuge, nos termos do art. 1682.º-A CC, por estar em causa a possibilidade de alienação forçada de bens que só por ambos podem ser alienados.
 - Na hipótese considerada, o estatuto processual do cônjuge do executado está previsto no art. 787.º, n.º 1 do CPC (equiparação dos poderes processuais ao estatuto do executado).

AS TRÊS SITUAÇÕES DE CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DO CÔNJUGE DO EXECUTADO:

- **2.ª Hipótese:** Se no título executivo (judicial ou extrajudicial) apenas um dos cônjuges figurar como devedor ou a dívida for da responsabilidade própria do cônjuge contratante, e forem objeto de penhora bens comuns (art. 786.º, n.º 1, al. a), segunda parte, e art. 740.º, CPC), se o regime de bens for de comunhão:
 - Tem de ser citado o cônjuge do executado, sob pena de a execução não poder prosseguir sobre os bens comuns penhorados. Esta citação é obrigatória para que o cônjuge do executado possa defender os seus direitos em relação aos bens em que pode vir a concretizar-se a sua meação;
 - Verificada aquela hipótese, a citação do cônjuge do executado, nos termos do artigo 740.º, n.º 1, impede que aquele cônjuge possa embargar de terceiro se forem penhorados bens comuns; o cônjuge do executado defende a responsabilidade subsidiária dos bens comuns (e, reflexamente, a sua meação) no processo executivo (art. 1696.º, n.º 1, CC), requerendo a separação de bens.
 - O estatuto processual do cônjuge do executado é delimitado pelo disposto no artigo 787.º, n.º 2 do CPC, exercendo os poderes processuais previstos no artigo 740.º, n.º 1; logo, não pode o cônjuge do executado embargar de terceiro, dado que este poder não se encontra previsto no art. 740.º do CPC.
 - Citado o cônjuge, tem este o estatuto de parte principal; O cônjuge fica ao lado do executado numa situação de litisconsórcio legal sucessivo, com os poderes de ambos totalmente equiparados.

AS TRÊS SITUAÇÕES DE CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DO CÔNJUGE DO EXECUTADO:

- **3.ª Hipótese:** Em execução movida contra um único dos cônjuges [no título executivo (extrajudicial) apenas um dos cônjuges figura como devedor], tendo o exequente ou o próprio executado invocado a comunicabilidade da dívida (arts. 724.º, n.º 1, al. e), 786.º, n.º 5, 741.º, n.º 1 e 742.º, n.º 1, CPC), seja qual for o regime de bens.

- A falta de citação do cônjuge, em qualquer destas três situações, não tem como efeito a ilegitimidade processual do cônjuge demandado, mas antes a aplicação do regime geral da falta de citação do réu, com as especificidades previstas no n.º 6 do art. 786.º do CPC.

III. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Requerer a separação de bens ou fazer prova dessa separação, juntando certidão comprovativa da pendência de ação em que a separação já tenha sido requerida (n.º 1). O efeito imediato na execução é a suspensão automática até à partilha (1.º parte, do n.º 2).
- Competência material no processo de inventário (Lei n.º 117/2019):
 - A alínea b) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC (na redação introduzida pela Lei n.º 117/2019) atribui competência exclusiva aos tribunais para tramitar e decidir o processo de inventário que *constitua dependência* de um processo judicial. Vislumbram-se aqui dois requisitos: (i) que o processo de inventário tenha uma conexão relevante com um outro processo judicial; (ii) que essa conexão seja a relação de dependência, porventura, entendida em sentido amplo, e não já em sentido estrito como é exigido para a existência de causa prejudicial.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Por sua vez, o art. 122.º, n.º 2, parte final, da LOSJ, dispõe que os Juízos de Família e Menores são competentes para exercerem as competências que a lei confere aos tribunais nos processos de inventário instaurados nos casos especiais de separação de bens.
- Nesses casos especiais estão incluídos os casos de penhora de bens comuns do casal, que em matéria da ação executiva podem ocorrer no domínio da aplicação dos procedimentos previstos nos arts. 740.º e 741.º do CPC, e ainda se houver que proceder-se à separação de bens por causa da insolvência de um dos cônjuges.
- A alínea b) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC (na redação introduzida pela Lei n.º 117/2019) pode entrar em conflito com o art. 122.º, n.º 2, parte final, da LOSJ, dado que, para a mesma questão de competência material, estes preceitos estabelecem critérios legais distintos. Assim, para a alínea b) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC o critério legal é o da dependência (*lato sensu*) do processo de inventário com outro processo judicial, enquanto para o art. 122.º, n.º 2, parte final, da LOSJ, o critério é o da especialização das matérias jurisdicionais.

- Dúvida: um inventário que venha a ser instaurado, a partir do dia 01.01.2020, na sequência da penhora de bens comuns nos termos do art. 740.º, n.º 1 do CPC, é tramitado e decidido por apenso à execução, ou corre autonomamente no Juízo de Família e Menores? e o mesmo se diga quanto ao inventário para separação de bens instaurado no caso de insolvência de um dos cônjuges: também aqui, o processo de inventário corre por apenso ao processo de insolvência, ou corre autonomamente no Juízo de Família e Menores?
- Ou seja: o problema reside em saber como se articula a alínea b) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC com o art. 122.º, n.º 2, parte final, da LOSJ (!).
-

- Uma possível resposta é a de que não há colisão de normas, dado que, tendo as fontes a mesma hierarquia (Lei/Lei), o critério aplicável seria o da lei especial/lei geral, prevalecendo, por conseguinte, a disposição da alínea b) do n.º 1 do art. 1083.º do CPC (na redação introduzida pela Lei n.º 117/2019).
- Outra resposta possível é a de que não existe conflito de normas, considerando que o art. 1083.º do CPC respeita à repartição de competências entre notário e tribunal, e, no caso de ser competente o tribunal, o art. 122.º, n.º 2, da LOSJ determina a competência material entre os tribunais comuns. Tendo em conta a epígrafe do art. 1083.º do CPC, talvez seja esta a interpretação correta.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Efetuada a citação, não sendo requerida a separação de bens ou feita a sua prova, a execução prossegue sobre os bens comuns do casal penhorados (art. 740.º, n.º 1, parte final).
 - Nesta hipótese, porque o cônjuge não responde pela dívida, este não se torna executado (não é possível penhorar os seus bens próprios);
- Como pela dívida responde subsidiariamente a meação do executado (art. 1696.º, n.º 1, CC), o bem comum penhorado, mesmo em caso de silêncio do cônjuge, não responde integralmente pela dívida exequenda (a totalidade do produto da venda não reverte para pagamento do exequente). O credor apenas pode arrecadar metade do produto da venda, ou seja, a meação desse bem, que, afinal, é o que constitui a garantia do credor (arts. 1696.º, n.º 1 e 1730.º, n.º 1, CC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- A circunstância de a execução prosseguir sobre os bens comuns, em caso de silêncio do cônjuge, não advém tanto da admissão de factos (os factos que ficam assentes dizem respeito à insuficiência dos bens próprios do cônjuge devedor; o exequente não invocou a comunicabilidade da dívida), mas antes devido à revogação da moratória anteriormente prevista no art. 1696.º, n.º 1 do CC, operada através do DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro (cfr. art. 4.º, n.º 1 deste diploma legal), pelo que deixou de ser aplicável à penhora de bens comuns o regime previsto no art. 743.º, n.º 1 CPC, ou seja, nada obsta que o bem comum seja penhorado na sua totalidade.
- Não sendo aplicável o disposto no n.º 1 do art. 743.º do CPC, os bens comuns do casal podem sempre ser penhorados, mesmo quando a dívida exequenda for considerada própria do executado, e independentemente da natureza comercial ou civil da dívida.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Tendo sido requerida a separação de bens comuns, se os bens penhorados forem adjudicados ao executado, a execução prossegue sobre tais bens (o credor arrecada a totalidade do produto da venda);
- Se os bens penhorados não forem adjudicados ao executado, a execução prossegue com a penhora de outros bens deste, incluindo aqueles que lhe couberam pela partilha.
 - Nesta situação, a penhora anterior mantém-se até que sejam penhorados outros bens (justificação: evitar conluio entre os cônjuges para sonegar bens do património do executado);
 - Porque a intervenção dos credores no processo de inventário é facultativa, a sua omissão não tem efeito preclusivo – quer não seja chamado, quer seja citado e não tenha reclamado o seu crédito, o credor não fica inibido de exigir o pagamento pelos meios comuns.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Quanto à definição da titularidade dos bens comuns (qual o cônjuge a quem o bem é adjudicado), porque a partilha só é oponível aos credores depois de registada (pois a partilha é um dos efeitos do divórcio - art. 1789.º, n.º 3, CC), se algum bem comum for penhorado (e esta penhora registada) antes da data daquele registo, a partilha pela qual esse bem foi adjudicado ao cônjuge não devedor é inoponível ou ineficaz relativamente à execução (arts. 819.º, CC) – ao credor exequente e aos credores reclamantes que se apresentaram a reclamar créditos – e ainda que o terceiro adquirente se encontre de boa-fé (desconheça, sem culpa, a existência da penhora)
 - Solução contrária, conduziria a que as perspectivas de cobrança coerciva fossem facilmente neutralizadas através de uma partilha, à boa conveniência do devedor e conivência do seu ex-cônjuge.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Poderá o cônjuge deduzir oposição à penhora? (a favor):
 - Os arts. 786.º, n.º 1, al. a), 1.ª parte, e 787.º, n.º 1, do CPC, preveem a equiparação de estatuto processual entre o cônjuge e o executado quando está em causa a possibilidade de alienação forçada de bens que só por ambos podem ser alienados.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Poderá o cônjuge deduzir oposição à penhora? (a favor):
 - Por argumento *a fortiori*, pois assiste-lhe esse direito processual quando sejam penhorados bens que não são seus (mas próprios do executado), como na hipótese prevista na 1.ª parte da al. a) do n.º 1 do art. 786.º (cf. art. 787.º, n.º 1, CPC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Contra a admissibilidade da oposição à penhora:
 - Apesar de o cônjuge poder alcançar o mesmo resultado suscitando o incidente de oposição à penhora [dado que, quer na oposição à penhora, quer no inventário, o objetivo é a defesa da responsabilidade subsidiária dos bens comuns (art. 1695.º, n.º 1, CC) e, reflexamente, a sua meação nesse património], no entanto,
 - o n.º 1 do art. 740.º do CPC parece impor ao cônjuge o recurso à separação de bens (através do processo de inventário ou de ação).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- Contra a admissibilidade da oposição à penhora:
 - Os interesses envolvidos são diferentes, consoante se aplique a primeira parte da al. a) do n.º 1 do art. 786.º ou o art. 740.º, ambos do CPC:
 - No primeiro caso, está em causa a possibilidade de alienação forçada de bens que só por ambos os cônjuges podem ser alienados nos termos do art. 1682.º-A do CC (p. ex., a venda executiva da casa de morada de família, sendo esta bem próprio do executado e o regime de bens o da separação);
 - No segundo caso (do art. 740.º), está em causa a defesa da meação do cônjuge nos bens comuns e a composição dessa meação. Estas finalidades só podem concretizar-se mediante a partilha dos bens comuns. É esta que, depois de registada, põe termo à comunhão, sendo a partilha um dos efeitos do divórcio (cf. arts. 1689.º e 1789.º, n.º 3, CC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- No entanto, pelo menos quando a penhora recaia sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial comuns, parece entender-se que o cônjuge poderá requerer o incidente de oposição à penhora, alegando que existem bens suficientes próprios do executado (art. 784.º, n.º 1, al. b), CPC; e art. 1696.º, n.º 1, CC) ou algum dos bens comuns indicados no n.º 2 do art. 1696.º do CC – defesa da regra de subsidiariedade (objetiva) dos bens comuns; naturalmente que, nesta hipótese, o cônjuge corre o risco de a execução prosseguir sobre os bens comuns penhorados.
- Também nada parece obstar a que o cônjuge deduza oposição à execução, mediante embargos;
- E podendo cumular diversos fundamentos de oposição (art. 731.º).
 - CONCLUSÃO: Equiparação ao estatuto processual do executado.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- A autonomização dos dois números do art. 787.º do CPC apenas serve para tornar claro que, quando o exequente invocar a comunicabilidade da dívida, o cônjuge do devedor não pode recusar essa comunicabilidade, requerendo a separação de bens (prevalência da vontade do credor – por contraposição ao regime pretérito que estabelecia a soberania da vontade do cônjuge).
 - Com efeito, no regime pretérito, se o cônjuge apenas recusasse a comunicabilidade, impedia que a execução prosseguisse também contra si (obstando a que nela fossem subsidiariamente penhorados os seus bens próprios); se, para além de recusar, requeresse, ainda, a separação de bens ou a provasse, a execução nem sequer podia prosseguir sobre os bens comuns penhorados (cfr. art. 825.º, n.º 4 CPC/61).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 740.º

- A citação do cônjuge, no caso previsto no n.º 1 do art. 740.º, não é precedida de despacho liminar, pois este não responde pela dívida.
- A citação do cônjuge não tem de ser requerida pelo exequente, cabendo ao agente de execução a iniciativa de a ela proceder após penhora, no prazo de 5 dias a contar do apuramento da situação registral dos bens (art. 786.º, n.ºs 1, al. a), e n.º 8, nCPC).
- Tendo falecido o cônjuge, deve proceder-se à habilitação dos seus sucessores para que estes possam/devam ser citados nos termos previstos nos arts. 740.º e 786.º, ambos do CPC – v. RP 10/07/2019 (1366/08.OYYPRT-A.P1).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- A hipótese é: execução movida contra um dos cônjuges [no título executivo (extrajudicial) apenas um dos cônjuges figura como devedor], tendo o exequente invocado a comunicabilidade da dívida (art. 786.º, n.º 5, e art. 741.º, nCPC), seja qual for o regime de bens:
 - Deduzir oposição à execução, com base em qualquer dos fundamentos [arts. 726.º, n.º 7, 731.º, 741.º, n.º 2, parte final, e n.º 3, al. a), e 787.º, n.º 2, CPC].
 - Para se entender que o cônjuge pode deduzir oposição nos mesmos termos que o executado, é teoricamente mais aceitável considerar que não há formação de um novo título contra aquele, mas antes verifica-se a extensão ao cônjuge da exequibilidade do título extrajudicial oponível ao executado.
 - Deduzir oposição à penhora se, antes ou depois da penhora dos bens comuns, tiverem sido penhorados bens próprios do cônjuge, sendo aqueles suficientes, para defesa da subsidiariedade (objetiva) dos seus bens próprios [art. 784.º, n.º 1, al. b) CPC; e art. 1695.º, n.º 1 CC].
 - Este incidente só ganha relevância após o Juiz ter decidido pela comunicabilidade da dívida; nessa altura, o cônjuge passa a responder pela dívida (art. 741.º, n.º 5, 1.ª parte, CPC) e, como tal, é considerado executado. Por isso, tem legitimidade para deduzir oposição à penhora (art. 784.º, n.º 1, proémio, CPC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- O cônjuge, após ter sido citado, pode exercer os demais direitos que a lei processual confere ao estatuto processual do executado, nomeadamente no apenso de verificação e graduação de créditos e na fase de pagamento (v., a nossa *Ação Executiva para Pagamento de Quantia Certa*, 2.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2016, p. 120) – RG 17/12/2018 (7539/15.1T8VNF-D.G1)
- **QUESTÃO:** poderá o cônjuge, após ter sido citado, requerer a separação de bens quando o exequente tenha invocado a comunicabilidade da dívida (ou juntar certidão comprovativa da pendência de ação em que a separação já tenha sido requerida)?

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Prevalece a vontade do exequente sobre a vontade do cônjuge do executado. Este deixou de ter a faculdade de transformar em própria uma dívida que, de acordo com o regime substantivo das dívidas conjugais, é comum, pois bastava ao cônjuge recusar expressamente a comunicabilidade da dívida. Entendia-se que havia um comportamento concludente dessa recusa (recusa tácita) quando requeresse a separação de bens comuns ou a provasse.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- No domínio do art. 741.º do CPC, o cônjuge até pode requerer a separação de bens ou prová-la, mas se o fizer tal não determina a suspensão da execução, que prossegue sobre os bens comuns.
- Terá sempre de esperar pela decisão a proferir sobre a questão da comunicabilidade no incidente.
- Pelo que, se for requerida a separação de bens, o inventário ou a respetiva ação devem, *ex officio* (do notário ou juiz, consoante os casos), ficar suspensos por existir causa prejudicial (art. 272.º, n.º 1 CPC), dado que a vontade do cônjuge deixou de prevalecer, ou seja, não é pela circunstância de o cônjuge ter recusado a comunicabilidade, requerendo separação de bens ou fazendo prova desta, que a dívida substantivamente comum se transforma em própria do cônjuge devedor por via processual.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

☐ Opções do cônjuge após a sua citação:

- O cônjuge do executado aceita expressamente a comunicabilidade da dívida baseada no fundamento alegado (não é o cônjuge que qualifica a natureza da dívida como própria ou comum).
- Silêncio do cônjuge (uma vez efetuada a sua citação, acompanhada da cominação expressa relativa à falta de impugnação, sendo este ato seguido da omissão de declarar).
 - Em qualquer destas duas situações, a execução prossegue também contra o cônjuge do executado, cujos bens próprios podem ser nela subsidiariamente penhorados (art. 741.º, n.º 5, 1.ª parte CPC; art. 1695.º, n.º 1, CC), podendo ainda o credor arrecadar a totalidade do produto da venda dos bens comuns.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- O cônjuge do executado nega expressamente a comunicabilidade (impugnação).
 - Isso obsta à produção do efeito cominatório previsto no n.º 2 do art. 741.º e inviabiliza a extensão ao cônjuge da exequibilidade do título extrajudicial oponível ao executado, que permitisse a execução também contra si.
 - tem de ser apurado o fundamento da invocação da comunicabilidade da dívida, mediante a decisão do incidente que passa, na maior parte dos casos, por apurar a existência ou não de proveito comum quanto ao destino da dívida.
 - Impõe-se uma apreciação judicial de facto e de direito sobre os fundamentos alegados pelo cônjuge para que a dívida exequenda possa ser considerada própria do executado; no regime pretérito, a doutrina e a jurisprudência consideravam uniformemente que bastava ao cônjuge recusar a comunicabilidade para impedir a discussão pelo exequente dessa comunicabilidade e, por essa via, não respondiam subsidiariamente os seus bens próprios; se não requeresse a separação de bens, a execução só prosseguia sobre os bens comuns penhorados (cfr. art. 825.º, n.º 4 CPC/61).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Impugnação da comunicabilidade (tramitação):
 - Se o exequente invocar a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo (art. 724.º, n.º 1, al. e), 2.ª parte, CPC), no prazo de 20 dias, em oposição à execução (art. 741.º, n.ºs 2 e 3, al. a), proémio);
 - Existe o ónus de cumular a impugnação à comunicabilidade com a apresentação da oposição à execução quando a pretenda deduzir; se a oposição for recebida, observar-se-ão os termos do processo previstos no n.º 2 do art. 732.º do CPC, sendo o litígio acerca da comunicabilidade da dívida objeto de instrução e julgamento conjuntos com os fundamentos da oposição.
 - Quando não pretenda opor-se à execução, o cônjuge deduz a impugnação à comunicabilidade da dívida em articulado próprio, no prazo de 20 dias a contar da citação [art. 741.º, n.ºs 2 e 3, al. a), primeira parte].

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

➤ Impugnação da comunicabilidade (tramitação):

- Se o exequente invocar a comunicabilidade da dívida em requerimento autónomo (até ao início das diligências para venda ou adjudicação – art. 741.º, n.º 1, parte final, CPC), a impugnação é feita em oposição a esse requerimento, no prazo de 20 dias a contar da citação, aplicando-se os arts. 293.º a 295.º do CPC (*atuado como incidente em separado* – cfr. art. 741.º, n.º 1, parte final). Neste caso, a impugnação ao incidente de comunicabilidade não preclui a possibilidade de deduzir oposição à execução, com base em qualquer dos fundamentos [arts. 726.º, n.º 7, 731.º, 741.º, n.º 2, parte final, e 787.º, n.º 2, CPC] – RG 17/12/2018 (7539/15.1T8VNF-D.G1; v., a nossa *Ação Executiva para Pagamento de Quantia Certa*, 2.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2016, p. 120).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Tendo a comunicabilidade da dívida sido alegada pelo exequente no requerimento executivo e o cônjuge impugnado a comunicabilidade em articulado autónomo, existem duas possibilidades de tramitar o incidente:
 - Nos próprios autos da execução;
 - Certidão respeitante ao requerimento executivo que juntamente com o requerimento de impugnação deduzido pelo cônjuge dará origem ao incidente, que é atuado por apenso.
- Opção pela segunda solução, que encontra apoio no n.º 2 do artigo 206.º, facilita a decisão do incidente, já que é agora líquido que o juiz tem de se pronunciar acerca da comunicabilidade ou não da dívida em caso de impugnação expressa deduzida pelo cônjuge não executado.
 - A prova do cônjuge tem de estar indicada no articulado de impugnação (art. 293.º, n.º 1 CPC). Por isso, o juiz apenas concede a possibilidade de apresentação de meios de prova ao exequente, pois este não suscitou o incidente em requerimento autónomo.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Uma vez decidido o incidente:
 - Se a dívida for considerada pelo tribunal como comunicável, o cônjuge assume o estatuto de parte principal na execução e os seus bens próprios podem ser nela subsidiariamente penhorados, se o regime de bens for de comunhão (arts. 741.º, n.º 5, 1.ª parte, do CPC, e 1695.º, n.º 1 CC).
 - ❖ Nesta hipótese, o executado inicial (cônjuge contratante) pode requerer a substituição da penhora dos seus bens próprios que entretanto tenham sido penhorados (art. 741.º, n.º 5, 2.ª parte, do CPC), uma vez que respondem prioritariamente os bens comuns do casal (art. 1695.º, n.º 1 CC).
 - ❖ Este incidente de substituição de penhora nada tem que ver com o incidente de oposição à penhora, até porque o prazo deste último incidente pode já ter expirado.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Se a dívida for considerada pelo tribunal como comunicável, tal como o executado pode requerer a substituição dos seus bens próprios pela penhora dos bens comuns, também o cônjuge do executado deve poder exercer idêntico poder processual, dado que, em qualquer destes casos, está em causa a defesa da responsabilidade subsidiária dos bens próprios de cada um dos cônjuges (executados) quando existam bens comuns suficientes para garantir o pagamento da dívida exequenda (cf. art. 1695.º, n.º 1, CC).
- O meio processual que pode ser utilizado parece ser o incidente (inominado) de substituição de penhora, iniciando-se o prazo para a sua dedução a partir do trânsito em julgado da decisão do incidente de comunicabilidade.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Se a dívida não for considerada pelo tribunal como comunicável:
 - Estando penhorados apenas bens próprios do executado, a execução prossegue quanto aos mesmos;
 - Havendo penhora de bens comuns do casal (741.º, n.º 6 = 740.º):
 - No prazo de 20 dias, a contar do trânsito em julgado da decisão, o cônjuge deverá requerer a separação de bens comuns ou fazer a respetiva prova, sob pena de a execução prosseguir com a venda desses bens.
 - Havendo penhora de bens próprios do cônjuge do executado?
 - Este não está impedido de deduzir embargos de terceiro para obter o levantamento da penhora sobre os seus bens próprios, se ainda estiver em prazo (pode entender-se que o prazo só se inicia após o trânsito em julgado da decisão do incidente de comunicabilidade – art. 741.º, n.º 6, por analogia), dado que, não respondendo pela dívida, o cônjuge não tem a qualidade de executado, e, por conseguinte, não tem legitimidade para deduzir oposição à penhora (para deduzir oposição à penhora é preciso ter a qualidade de executado e o ato de penhora haver incidido sobre bens que lhe pertençam – cf. art. 784.º, *caput*, CPC).
 - Por identidade de razão, o cônjuge do executado poderá deduzir embargos de terceiro para, no contexto da hipótese do art. 741.º do CPC, atacar a penhora de bens próprios, apesar de estar citado para efeitos do n.º 2 daquele preceito, se ainda não estiver decidido o incidente de comunicabilidade.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- FORMAS DE PROCESSO: o exequente invoca a comunicabilidade da dívida:
 - No requerimento executivo, aplicando-se à execução a forma ordinária do processo comum para pagamento de quantia certa (art. 550.º, n.º 3, al. c), do CPC). A citação do cônjuge depende de despacho liminar (art. 726.º, n.º 7, CPC);
 - Em requerimento autónomo deduzido até ao início das diligências para venda ou adjudicação, aplicando-o as disposições gerais dos incidentes da instância (arts. 293.º a 295.º), sendo atuado por apenso (art. 741.º, n.º 1, parte final);
 - Não tem reflexo na forma de processo da execução.
 - Se o cônjuge do executado impugnar a comunicabilidade da dívida, as penhoras realizadas pelo agente de execução mantêm-se (a penhora só pode recair sobre bens próprios do executado ou bens comuns), mas a venda executiva (dos bens próprios do executado ou bens comuns) fica sustada até à decisão da questão da comunicabilidade (causa de suspensão da venda - cf. art. 741.º, n.º 4, CPC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Caso o exequente suscite o incidente de comunicabilidade em requerimento autónomo, dando origem ao incidente previsto na parte final do n.º 1 do art. 741.º do CPC, deve, ainda assim, este requerimento ser dirigido ao juiz para *controlo prévio* da viabilidade e oportunidade do incidente, independentemente da forma de processo ordinária ou sumária da execução, na medida em que recai sobre o exequente o ónus de alegação do suporte factual que substancie algum dos fundamentos que geram responsabilidade de ambos os cônjuges pelo pagamento da dívida exequenda (arts. 1691.º, n.º 1, als. a) a d), e 1693.º, n.º 2 CC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Concluindo o juiz pela viabilidade e oportunidade do incidente, profere despacho de citação do cônjuge para impugnar a comunicabilidade da dívida, com a expressa advertência da cominação relativa à falta de impugnação, devendo o cônjuge impugnar a comunicabilidade da dívida em *oposição* àquele requerimento [art. 741.º, n.º 3, al. b)].
- Ainda na hipótese de o incidente de comunicabilidade ser suscitado através de requerimento autónomo, MAS prossequindo a execução na forma sumária, aplica-se, *mutatis mutandis*, o disposto no art. 726.º quanto ao cônjuge (despacho liminar). Esta solução ainda cabe na previsão do n.º 4 do art. 741.º, apenas devendo ser penhorados bens próprios do executado ou bens comuns, cuja venda aguarda a decisão a preferir sobre a questão da comunicabilidade, como vimos (causa de suspensão da venda).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Não podem ser penhorados bens próprios do cônjuge sem que este tenha sido previamente citado e esteja decidida a questão da comunicabilidade, pois a dedução do incidente de comunicabilidade tem sempre efeito suspensivo da execução contra o cônjuge do executado, mesmo que o recebimento dos embargos deduzidos (quer pelo próprio cônjuge, quer pelo executado) não tenham suspenso o prosseguimento da execução, pelo que apenas podem ser penhorados bens próprios do cônjuge do executado depois de proferida a decisão sobre aquele incidente e de forma subsidiária (art. 741.º, n.º 5).
- A citação do cônjuge é, pois, precedida de despacho liminar mesmo quando a execução prossiga sob a forma sumária contra o executado (se a comunicabilidade foi invocada em requerimento autónomo).
 - Se tiverem sido penhorados bens próprios do cônjuge do executado, antes da sua citação, deverá permitir-se a este que requeira a substituição dos bens penhorados pelos bens comuns, mesmo antes da decisão do incidente, o que se pode alcançar usando os embargos de terceiro, dado que, nessa altura, o cônjuge ainda não tem a qualidade de executado;
 - Relativamente ao executado, a dedução do incidente de comunicabilidade não suspende o prosseguimento da execução, mas tem efeito suspensivo da venda dos seus bens próprios entretanto penhorados ou dos bens comuns do casal (art. 741.º, n.º 4). Este efeito decorre automaticamente da lei, funciona *ope legis*.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- (Hipótese): a execução inicia-se por dívida própria do cônjuge devedor (é movida contra um só dos cônjuges), fundada em título diverso de sentença (título extrajudicial), o agente de execução penhora bens comuns e procede à citação do cônjuge do executado nos termos do artigo 740.º, n.º 1. Na sequência da citação, este cônjuge não requer a separação de bens, e tão-pouco faz prova da mesma.
 - Nesta situação, mantém-se a penhora sobre os bens comuns que podem ser vendidos na execução (art. 740.º, n.º 1, parte final);
 - Mas, pode o exequente suscitar o incidente de comunicabilidade mais tarde na execução, em requerimento autónomo?
 - ❖ Existe interesse em agir para deduzir aquele incidente se quiser arrecadar a totalidade do produto da venda, já que em face do silêncio do cônjuge, este, não obstante ter o estatuto de parte principal, não responde pela dívida (não se transforma em executado); o art. 740.º, n.º 1, parte final, apenas permite que a execução prossiga com a venda dos bens comuns penhorados, e não já dos bens próprios daquele. Mas implica que o cônjuge do executado seja citado nos termos do artigo 741.º, n.º 2 do CPC.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- E na hipótese de o cônjuge do executado, citado nos termos do artigo 740.º, n.º 1, requerer a separação de bens.
 - A execução fica suspensa (art. 740.º, n.º 2, 1.ª parte);
 - Mas, pode, ainda assim, o exequente suscitar o incidente de comunicabilidade de forma superveniente?
 - ❖ O exequente pode suscitar o incidente de comunicabilidade em requerimento autónomo, apesar de suspensa a execução, pois este corre por apenso (art. 741.º, n.º 1, in fine); logo, pode ser decidido;
 - ❖ Se o cônjuge nada disser após ter sido citado nos termos do n.º 2 do artigo 741.º, não atua o efeito cominatório pleno, pois existe comportamento concludente da oposição à comunicabilidade da dívida face à separação de bens entretanto requerida por aquele, só que, contrariamente ao regime pretérito, esta impugnação tácita não obsta à decisão do incidente, que é causa prejudicial relativamente quer ao inventário quer à ação em que a separação de bens tenha sido requerida, devendo estes processos ficar suspensos (art. 272.º, n.º 1, parte final, CPC).

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- O cônjuge devedor/executado também deverá ser notificado pelo AE para, querendo, deduzir oposição ao incidente de comunicabilidade (art. 293.º, n.º 2 CPC)?
- Parece dever entender-se que não: o que o executado pode/deve fazer é suscitar o incidente de comunicabilidade, mas apenas no incidente de oposição à penhora, (cf. art. 742.º, n.º 1, CPC).
- Quer dizer: o incidente de comunicabilidade suscitado pelo executado não tem autonomia processual, pois a questão é decidida no âmbito do incidente de oposição à penhora deduzida por aquele quando tenham sido apreendidos os seus bens próprios, sempre que o título executivo seja de natureza extrajudicial.
- É no incidente de oposição à penhora que a questão da comunicabilidade é colocada pelo cônjuge executado, dado que está em causas a violação das regras de penhorabilidade subsidiária objetiva [cfr. al. b) do n.º 1 do art. 784.º, CPC], ou seja, o cônjuge executado defende a responsabilidade subsidiária dos seus bens próprios (cfr. art. 1695.º, n.º 1, do CC).
- Em suma: o interesse em agir do cônjuge executado não é opor-se ao incidente, mas antes suscitar a comunicabilidade da dívida.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Temas da prova (al. d) do n.º 1 do art. 1691.º do Cciv):
 - O exequente tem de alegar (i) a existência do crédito (imagine-se a venda de caixilharia dupla em alumínio), (ii) a comercialidade substancial da dívida (proveniente de ato relacionado com o exercício profissional do comércio do devedor; Assento n.º 4/78, de 13 de abril) e (iii) o estatuto de comerciante do devedor (pessoas que, tendo capacidade para praticar atos de comércio, fazem deste profissão habitual – cfr. art. 13.º, n.º 1 do Ccom –, ficam excluídos, p. ex., os gerentes não sócios de sociedades comerciais). (iv) Existe ainda um facto negativo: não vigorar entre os cônjuges o regime da separação de bens.
 - O credor beneficia de uma dupla presunção legal: (i) ter sido a dívida contraída no exercício do comércio (art. 15.º do Ccom) e (ii) a comunicabilidade da dívida baseada no proveito comum [art. 1691.º, n.º 1, al. d) do CC].
 - Todos estes factos são constitutivos do direito do credor.

INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE

Artigo 741.º

- Ao cônjuge cabe alegar que a dívida, embora comercial, não se integra no exercício da atividade mercantil habitual do cônjuge devedor, ou seja, que a dívida não tem uma conexão com o exercício habitual do comércio a que aquele se dedica, sendo emergente de ato estranho ao exercício da sua profissão comercial habitual;
- E ainda que a dívida contraída pelo cônjuge devedor não foi aplicada em proveito comum do casal (ausência de benefícios decorrentes do ato constitutivo da dívida ou que a dívida não foi contraída em vista dos interesses comuns do casal – releva apenas a intenção objetiva), salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens.
 - P. ex., alegando e provando que o devedor comerciante não lhe prestava auxílio económico regularmente, porque estava dele separado de facto.

IV. Consequências da falta de citação do cônjuge do executado

Consequências da falta de citação do cônjuge do executado

- ❑ O critério de legitimidade para embargar de terceiro: a legitimidade, em sentido processual, do cônjuge do executado para deduzir embargos de terceiro não pode ser unicamente este: se não estiver citado na execução, pode embargar (esta primeira conclusão está correta); se estiver citado na execução, ainda que indevidamente citado, não pode embargar (esta segunda conclusão pode não ser correta).
- A posição de terceiro do cônjuge do executado, para efeitos do art. 343.º do CPC, não depende apenas da citação para os termos da execução.
- Com efeito, casos existem em que a citação do cônjuge do executado não lhe permite embargar de terceiro:
 - (i) quando, em execução movida contra um dos cônjuges, tenham sido penhorados bens comuns; nesta hipótese, o cônjuge do executado carece de ser citado para defender a responsabilidade subsidiária do património comum (art. 1696.º, n.º 1, CC) e, reflexamente, a sua meação nesse património, evitando que a meação responda por uma dívida própria do executado. O cônjuge do executado alcança essa tutela requerendo a separação de bens (cf. arts. 740.º, n.º 1, e 786.º, n.º 1, al. a), 2.ª parte, CPC) e não embargando de terceiro. Por conseguinte, o cônjuge do executado, naquela execução (para pagamento de dívidas próprias do executado), deve arguir a falta da sua citação para a finalidade correta, nos termos dos arts. 740.º, n.º 1, e 786.º, n.º 6, do CPC, no primeiro ato que realizar no processo de execução (art. 189.º, CPC).

- (ii) quando, em execução movida contra um dos cônjuges, o exequente tenha alegado a comunicabilidade da dívida (arts. 741.º e 786.º, n.º 5, nCPC); nesta hipótese, o cônjuge do executado carece de ser citado para defender a responsabilidade subsidiária dos seus bens próprios [art. 1695.º, n.º 1, CC]. O cônjuge do executado alcança essa tutela no quadro legal do art. 741.º do CPC: se a dívida for considerada comum, a execução prossegue também contra o cônjuge do executado (art. 741.º, n.º 5, CPC), cujos bens próprios podem ser nela subsidiariamente penhorados (cf. art. 1695.º, n.º 1, 2.º parte, CC). Já se a dívida não for considerada comum, os seus bens próprios não podem ser penhorados na execução, porque estes não respondem pela dívida, e em relação aos bens comuns pode requerer a separação de bens (art. 741.º, n.º 6, CPC).
- Quer dizer: a tutela do interesse do cônjuge do executado é sempre assegurada pela lei processual, no domínio do art. 741.º do CPC; não necessita aquele de embargar de terceiro. Na falta da sua citação, o cônjuge do executado deve arguir a falta da sua citação para a finalidade correta, nos termos dos arts. 741.º, n.º 2, e 786.º, n.º 6, do CPC, no primeiro ato que realizar no processo de execução (art. 189.º, CPC).

- (iii) quando, em execução movida contra um dos cônjuges, tenha sido penhorado bem imóvel ou estabelecimento comercial próprio de qualquer deles (ex: a casa de morada da família – mesmo sendo o regime de bens o da separação), e que o executado não possa alienar livremente (art. 786.º, n.º 1, al. a), 1.º parte, CPC); nesta hipótese, a intervenção do cônjuge do executado justifica-se por estar em causa a possibilidade de alienação forçada de bens que só por ambos podem ser alienados (art. 1682.º-A, CC). Aqueles bens só podem ser penhorados com a intervenção do cônjuge do executado.
- O cônjuge do executado alcança essa tutela no quadro legal do art. 787.º, n.º 1, do CPC: pode intervir na execução, pode deduzir oposição à penhora (art. 784.º, n.º 1, CPC), pode deduzir oposição à execução com base em qualquer fundamento admissível e pode intervir na reclamação de créditos.
- Quer dizer: a tutela do interesse do cônjuge do executado é sempre assegurada pela lei processual, no domínio do art. 787.º, n.º 1, do CPC; não necessita aquele de embargar de terceiro. Na falta da sua citação, o cônjuge do executado deve arguir a falta da sua citação para a finalidade correta, nos termos dos artigos 786.º, n.º 1, al. a), 1.º parte, e n.º 6, do CPC, no primeiro ato que realizar no processo de execução (art. 189.º, CPC).

- Naturalmente que, nas três situações supra indicadas, o cônjuge do executado só fica impedido de deduzir embargos de terceiro se ele não tiver sido citado com a finalidade que a situação concreta da execução exige para a intervenção desse cônjuge, mas tiver sido citado para uma finalidade diferente dessa.
- Daí vem que, na hipótese de o cônjuge do executado não ter sido citado para nenhuma finalidade com vista à defesa dos seus interesses na execução movida contra o outro cônjuge, já aquele pode embargar de terceiro, sem qualquer limitação, dado que, por não ser interveniente na execução, tem a posição de terceiro (hipótese residual de não haver citação do cônjuge do executado com nenhuma finalidade para a execução).

- **MAS**, pode suceder que o cônjuge do executado esteja citado, e, ainda assim, é admitido a embargar de terceiro:
 - Exemplo: numa execução movida contra um dos cônjuges, em que se encontrem penhorados bens comuns, o cônjuge haja sido citado segundo o disposto no art. 786.º, n.º 1, al. a), 1.º parte, do CPC.
 - Nesta hipótese, como o cônjuge do executado foi apenas citado nos termos do art. 786.º, n.º 1, al. a), 1.º parte, do CPC (para dar consentimento), pode embargar de terceiro, por não ter sido citado de acordo com o art. 740.º, n.º 1, CPC, única situação em que ele pode defender a sua meação nos bens comuns, para que esta não responda por dívida própria do outro cônjuge (mesmo que não existam bens próprios do cônjuge devedor).
 - O cônjuge também pode arguir a falta da sua citação imposta pelo art. 740.º, n.º 1, CPC. Só que não é indiferente a opção por um ou outro destes meios processuais: se houver terceiros intervenientes na execução, como adquirentes, remidores e credores reclamantes, a venda executiva não é anulada (art. 786.º, n.º 6, CPC).

- Quer dizer: se o cônjuge arguir a falta de citação nos termos do art. 740.º, n.º 1 do CPC e, depois de citado, requerer a separação de bens em processo de inventário, o cônjuge defende a sua meação no património comum penhorado, só que corre o risco de, se já tiver sido feita a venda, adjudicação, remição ou pagamento de que tenham beneficiado terceiros ou outros credores na execução, a transmissão dos bens comuns penhorados não pode ser anulada (cf. art. 786.º, n.º 6, CPC). Nessa altura, a separação de bens torna-se impossível, por os bens comuns transmitidos na execução não poderem voltar ao património comum.
- Por conseguinte, o cônjuge deve embargar de terceiro para assegurar a suspensão da execução quanto aos bens comuns penhorados e, simultaneamente, requerer a partilha.

- Em síntese:
 - A legitimidade do cônjuge do executado para deduzir embargos de terceiro depende, por um lado, do ato de citação desse cônjuge, e, por outro, da natureza dos bens penhorados.
 - Se os bens penhorados forem próprios do cônjuge e este não for responsável pela dívida, mesmo que se entenda que ele pode deduzir oposição à penhora (por força da equiparação do seu estatuto processual ao do executado quando tenha sido citado), aquele cônjuge pode deduzir embargos de terceiro, por não poder usar o incidente de oposição à penhora para defender os seus bens próprios, dado que estes bens não respondem pela dívida, salvo se o exequente alegar a comunicabilidade dessa dívida e o juiz a considerar comunicável.

- Tentativa de enunciação de critério legal:
 - Se for indiferente para a tutela dos interesses do cônjuge deduzir embargos de terceiro ou usar os poderes processuais que lhe são conferidos pelos arts. 740.º, n.º 1, 741.º e 787.º, n.º 1 do CPC, o cônjuge do executado fica impedido de embargar de terceiro;
 - Já se não for indiferente a opção por um daqueles meios processuais, então o cônjuge do executado pode embargar de terceiro, se for adequado e necessário para a defesa dos seus interesses.
 - se o cônjuge do executado não for citado para nenhum dos termos da execução movida contra o outro cônjuge, aquele pode sempre deduzir embargos de terceiro, para defender a responsabilidade subsidiária do património comum ou dos seus bens próprios, nos quais se inclui a sua meação naquele património.

Muito obrigado pela vossa atenção
!

J. H. Delgado de Carvalho

Vídeos da apresentação

Vídeo 1



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2nmp1fh6ez/desktop.mp4?locale=pt>

Vídeo 2

→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/whpg3k954/desktop.mp4?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Título:

Casamento & União de facto: questões da jurisdição civil

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-46-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt